

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO

VICTOR HUGO OLIVEIRA LEÔNCIO

**OS NEGÓCIOS JURÍDICOS ATÍPICOS NO PROCESSO PENAL: entre a expansão
da justiça penal negociada, a legalidade processual e a obrigatoriedade da ação penal
pública**

UBERLÂNDIA-MG

2023

Victor Hugo Oliveira Leôncio

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS ATÍPICOS NO PROCESSO PENAL: entre a expansão da justiça penal negociada, a legalidade processual e a obrigatoriedade da ação penal pública

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), como cumprimento do componente curricular Trabalho de Conclusão de Curso 2 - “TCC 2”

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Simone Silva Prudêncio

UBERLÂNDIA-MG

2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Marcelo Jorge Leôncio e Vandira Basílio de Oliveira, por serem os representantes dos meus sonhos.

À minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Simone Silva Prudêncio, pelo auxílio precioso que me forneceu desde a ideação do trabalho.

À amiga Anna Júlia Camargos Pennisi e aos amigos Paulo César Marques Júnior e Santiago Gonçalves Cardoso, pelo apoio e amizade.

Ao Dr. Jadir Cirqueira de Souza, Promotor de Justiça na comarca de Uberlândia/MG, por abrir as portas de seu gabinete a este estagiário.

À Universidade Pública, por mudar a minha vida.

E a Deus, por tudo.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo estudar e compreender a (in)compatibilidade dos negócios jurídicos atípicos com o ordenamento jurídico pátrio, que é caracterizado pela legalidade processual e a obrigatoriedade da ação penal pública. Seu objetivo geral é solucionar o seguinte problema de pesquisa: o Ministério Público brasileiro pode celebrar acordos criminais apenas nas hipóteses taxativamente previstas em lei, isto é, apenas negócios jurídicos processuais típicos, ou também lhe é facultado celebrar negócios jurídicos processuais atípicos, com amplo fundamento no autorregramento de vontades? Para tanto, foram abordadas as mais diversas nuances da tendência de expansão da justiça penal negociada ou consensual, que auxiliaram na construção de uma teoria dos negócios jurídicos processuais penais e permitiu uma segura conclusão pela incompatibilidade dos negócios jurídicos processuais atípicos para com o processo penal brasileiro. O trabalho contou com a metodologia de pesquisa dedutiva, aliada ao método exploratório e à análise comparativa do Direito. Foram utilizadas fontes legais e bibliográficas, em especial artigos, livros e revistas científicas.

Palavras-chave: justiça penal negociada; justiça penal consensual; legalidade processual; obrigatoriedade da ação penal pública; processo penal; negócios jurídicos; negócios jurídicos processuais; negócios jurídicos processuais penais; negócios jurídicos processuais penais típicos; negócios jurídicos processuais penais atípicos.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es estudiar y comprender la (in)compatibilidad de los acuerdos jurídicos atípicos con el ordenamiento jurídico brasileño, caracterizado por la legalidad procesal y la obligatoriedad de la acción penal pública. Su objetivo general es resolver el siguiente problema de investigación: ¿puede el Ministerio Público brasileño celebrar acuerdos penales sólo en los casos previstos por la ley, es decir, sólo acuerdos jurídicos procesales típicos, o también se le permite celebrar acuerdos jurídicos procesales atípicos, basados en gran medida en la autorregulación de voluntades? Para ello, se abordaron los más diversos matices de la tendencia a la expansión de la justicia penal negociada o consensual, lo que ayudó a construir una teoría de los negocios jurídicos procesales penales y permitió concluir con seguridad que los negocios jurídicos procesales atípicos son incompatibles con el proceso penal brasileño. El trabajo utilizó metodología de investigación deductiva, combinada con el método exploratorio y análisis comparativo de la ley. Se utilizaron fuentes jurídicas y bibliográficas, especialmente artículos, libros y revistas científicas.

Palabras clave: justicia penal negociada; justicia penal consensuada; legalidad procesal; acusación pública obligatoria; proceso penal; negocios jurídicos; negocios jurídicos procesales; negocios jurídicos procesales penales; negocios jurídicos procesales penales típicos; negocios jurídicos procesales penales atípicos.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study and understand the (in)compatibility of atypical legal agreements with the Brazilian legal system, which is characterized by procedural legality and mandatory public criminal action. Its general objective is to solve the following research problem: can the Brazilian Public Prosecutor's Office enter into criminal agreements only in the cases laid down by law, i.e. only typical procedural legal agreements, or is it also allowed to enter into atypical procedural legal agreements, based largely on the self-regulation of wills? To this end, the most diverse nuances of the trend towards the expansion of negotiated or consensual criminal justice were addressed, which helped to build a theory of criminal procedural legal deals and allowed a safe conclusion that atypical procedural legal deals are incompatible with Brazilian criminal procedure. The work used deductive research methodology, combined with the exploratory method and comparative analysis of the law. Legal and bibliographic sources were used, especially articles, books and scientific journals.

Keywords: negotiated criminal justice; consensual criminal justice; procedural legality; mandatory public prosecution; criminal procedure; legal deals; procedural legal deals; criminal procedural legal deals; typical criminal procedural legal deals; atypical criminal procedural legal deals.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CPP - Código de Processo Penal

CPC - Código de Processo Civil

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

EUA - Estados Unidos da América

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A TENDÊNCIA DE EXPANSÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL OU CONSENSUAL	11
2.1. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E O MODELO TRADICIONAL OU ADVERSARIAL.....	14
2.2. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E A LEGALIDADE PROCESSUAL.....	16
2.3. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA.....	21
2.4. OS FATORES DE EMERGÊNCIA E OS FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA.....	25
2.4.1. OS FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA...	28
2.4.2. OS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA....	31
2.5. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO COMPARADO.....	33
2.5.1. O MODELO NORTE-AMERICANO DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA.....	33
2.5.2. O MODELO EUROPEU-CONTINENTAL DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA	38
2.5.3. O MODELO LATINO-AMERICANO DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA.....	47
2.6. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO BRASILEIRO.....	49
2.6.1. O SURGIMENTO E OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL.....	49
2.6.2. A APROXIMAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL.....	54
2.7. AS CONTROVÉRSIAS E CRÍTICAS À TENDÊNCIA DE EXPANSÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA.....	55
2.7.1. AS OFENSAS AOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL NO MODELO NEGOCIAL.....	56
2.7.2. A RENÚNCIA A DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO MODELO NEGOCIAL.....	58
2.7.3. A AUSÊNCIA DE IGUALDADE ENTRE AS PARTES E A INEXISTÊNCIA DE REAL VOLUNTARIEDADE NO MODELO NEGOCIAL.....	62
2.7.4. A DIMINUIÇÃO DOS PODERES DO JUIZ E O DESLOCAMENTO DO EIXO DECISÓRIO PARA AS MÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MODELO NEGOCIAL	63
2.7.5. A MERCANTILIZAÇÃO E A PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL NO MODELO NEGOCIAL.....	65
2.8. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E O GARANTISMO PENAL: UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL E NECESSÁRIA.....	66
3. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS NO PROCESSO PENAL.....	68
3.1. OS FATOS JURÍDICOS NA TEORIA GERAL DO DIREITO.....	70
3.2. OS FATOS JURÍDICOS NA TEORIA GERAL DO PROCESSO (FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS).....	73
3.3. OS FATOS JURÍDICOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL (FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS).....	76
3.4. O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL.....	79

3.4. A TIPOLOGIA (CLASSIFICAÇÃO) DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS.....	82
3.4.1. QUANTO AO OBJETO OU CONTEÚDO.....	82
3.4.2. QUANTO AO PROPONENTE.....	83
3.4.3. QUANTO AO RECONHECIMENTO FORMAL OU NÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	83
3.4.4. QUANTO À FINALIDADE.....	84
3.4.5. QUANTO À EXTENSÃO DO EFEITO JURÍDICO DETERMINADO PELOS SUJEITOS PROCESSUAIS.....	85
3.4.6. OUTRAS CLASSIFICAÇÕES.....	86
3.5. OS REQUISITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS.....	86
3.5.1. VOLUNTARIEDADE.....	87
3.5.2. INTELIGÊNCIA.....	88
3.5.3. ADEQUAÇÃO.....	89
3.5.4. DEFESA TÉCNICA.....	90
3.5.5. TIPICIDADE PROCESSUAL.....	91
3.5.6. CONTROLE JUDICIAL.....	92
3.6. OS VÍCIOS DE VONTADE NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS.	93
3.7. OS PLANOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA.....	94
3.7.1. PLANO DA EXISTÊNCIA.....	95
3.7.2. PLANO DA VALIDADE.....	96
3.7.3. PLANO DA EFICÁCIA.....	96
4. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS ATÍPICOS NO PROCESSO PENAL.....	98
4.1. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS ATÍPICOS E A LEGALIDADE PROCESSUAL.....	99
4.2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS ATÍPICOS E A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA.....	100
4.3. O POSSÍVEL ARGUMENTO FAVORÁVEL AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS ATÍPICOS: A FLEXIBILIZAÇÃO CONSENSUAL DO PROCEDIMENTO.....	102
4.4. A (IN)APLICABILIDADE DO ART. 190 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 AO PROCESSO PENAL.....	104
4.5. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS ATÍPICOS: UMA BREVE ANÁLISE DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIs) N. 5790 E 5793.....	107
5. CONCLUSÃO.....	110
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113

1. INTRODUÇÃO

As últimas décadas foram acompanhadas de uma verdadeira ampliação dos espaços de consenso ou oportunidade nos mais diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, incluindo o ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, muito se discute a respeito da tendência de expansão da justiça penal negociada ou consensual e seus mecanismos, que se tratam de meios alternativos ou simplificados de resolução de conflitos penais, pautados no autorregramento de vontades.

No Brasil, em um primeiro momento, os mecanismos de justiça penal negociada ou consensual foram introduzidos ao ordenamento jurídico como negócios jurídicos processuais típicos, ou seja, como negócios jurídicos processuais formalmente reconhecidos pela ordem jurídica. Porém, nos últimos anos tem ganhado força a celebração de negócios jurídicos processuais que não estão expressamente contidos e regradados em lei, ou seja, de negócios jurídicos processuais atípicos. Por exemplo, foi assim com o Acordo de não Persecução Penal (ANPP), que, antes mesmo da sua previsão pela Lei n. 13.964/2019, foi concebido e disciplinado institucionalmente pelo próprio Ministério Público, através de atos administrativos de seu conselho nacional.

O presente trabalho tem como escopo justamente estudar e compreender a (in)compatibilidade dos negócios jurídicos atípicos com o ordenamento jurídico pátrio, que é caracterizado pela legalidade processual e a obrigatoriedade da ação penal pública.

Visando esse desiderato, o objetivo geral do trabalho será responder o seguinte problema de pesquisa: o Ministério Público brasileiro pode celebrar acordos criminais apenas nas hipóteses taxativamente previstas em lei, isto é, apenas negócios jurídicos processuais típicos, ou também lhe é facultado celebrar negócios jurídicos processuais atípicos, com amplo fundamento no autorregramento de vontades?

A hipótese que se buscará comprovar é a de que, no Direito Processual Penal brasileiro, só é possível a celebração de negócios jurídicos processuais penais típicos (reconhecidos formalmente pelo ordenamento jurídico) por parte do Ministério Público, em observância à legalidade processual e à obrigatoriedade da ação penal pública, que acarretam na necessidade de que a legislação estabeleça previamente as situações, condições e procedimentos para a negociação em matéria penal, bem como para a disposição a respeito da persecução punitiva.

Para tanto, propõe-se uma abordagem que partirá das mais diversas nuances da tendência de expansão da justiça penal negociada ou consensual, as quais auxiliarão a

construção de uma teoria dos negócios jurídicos processuais penais e permitirão uma segura conclusão pela (in)compatibilidade dos negócios jurídicos processuais atípicos para com o processo penal brasileiro.

No tópico “2”, focar-se-á a tendência de expansão do modelo negocial. Nele, serão exploradas suas tensões com o modelo tradicional de processo penal, com a legalidade processual e com a obrigatoriedade da ação penal pública, bem como os seus fatores de emergência, os seus fundamentos legitimadores, a sua expressão nos direitos comparado e brasileiro e, por fim, as suas controvérsias e críticas. Além disso, serão apresentados argumentos em favor da possível e necessária conciliação do modelo negocial com o garantismo penal.

No tópico “3”, o enfoque será voltado para a forma de manifestação dos mecanismos negociais no ordenamento jurídico penal brasileiro, os negócios jurídicos processuais penais. Em tal momento, serão empreendidos esforços no sentido de contribuir com o desenvolvimento de uma teoria dos negócios jurídicos processuais penais que leve em conta o caráter público do Direito Processual Penal, que se mostre coerente com os seus princípios e finalidades específicas.

Finalmente, no tópico “4”, a abordagem será totalmente direcionada para os negócios jurídicos processuais penais atípicos. Nessa parte do trabalho, a (in)viabilidade dos negócios jurídicos atípicos no processo penal será analisada sob a ótica da legalidade processual e da obrigatoriedade da ação penal pública. Ademais, serão tecidas considerações relativas aos argumentos favoráveis aos negócios jurídicos processuais penais atípicos (flexibilização procedimental consensual e aplicação analógica do art. 190 do CPC/2015), bem como sobre o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 5790 e 5793, nas quais se questionava a constitucionalidade do Acordo de não Persecução Penal à época em que não havia sua previsão em lei.

O trabalho desenvolvido contou com a metodologia de pesquisa dedutiva, aliada ao método exploratório e à análise comparativa do Direito. Foram utilizadas fontes legais e bibliográficas, em especial artigos, livros e revistas científicas.

2. A TENDÊNCIA DE EXPANSÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL OU CONSENSUAL

A justiça penal consensual ou negociada é uma das grandes tendências do direito processual penal contemporâneo¹.

Os mecanismos negociais ou consensuais estão sendo ou foram implementados nos mais diversos sistemas jurídicos. Seja por meio de reformas legislativas, seja por meio da própria atuação dos atores processuais, a justiça criminal consensual ou negociada passou a ser incorporada nos ordenamentos jurídicos de diferentes países. Sua difusão e penetrabilidade é tamanha que é por muitos anunciada como um possível “novo princípio”².

O modelo negocial se apresentou inicialmente como um fenômeno do universo jurídico anglo-saxônico, em especial do sistema norte-americano. Nos Estados Unidos da América, a justiça penal consensual ou negociada manifestou-se a partir do *plea bargaining* (barganha), mecanismo por meio do qual busca-se a resolução consensuada do caso criminal, onde o réu renuncia ao seu direito ao julgamento em troca de uma redução na acusação, de uma redução na sentença ou outro benefício pactuado entre acusação e defesa. O *plea bargaining* é hoje a grande marca da justiça criminal estadunidense, a ponto da Suprema Corte já ter afirmado que a justiça criminal americana “é na maior parte um sistema de *pleas* e não um sistema de *trials*”³.

Não obstante sua ascensão e consolidação ter se dado nos modelos inglês e norte-americano, o modelo de justiça consensuada ou negociada alcançou também a Europa Continental e a América Latina. Ou seja, os ordenamentos jurídicos de países de tradição jurídica romano-germânica também se renderam aos institutos negociais para a resolução dos casos criminais. Essa penetrabilidade do modelo negocial nos países europeus-continentais e latino-americanos se deu por influência do que já ocorria na Inglaterra e, principalmente, nos

¹ No presente trabalho, os termos justiça penal consensual e justiça penal negociada serão utilizados como sinônimos, em sentido amplo. No entanto, convém destacar que a doutrina costuma diferenciar os referidos termos. Como destaca Felipe da Costa De-Lorenzi, a mais conhecida e citada diferença traçada entre justiça penal consensual e justiça penal negociada é a de Françoise Tulkens. Para Tulkens, em sentido estrito, a justiça consensual denota institutos que permitem adesão do réu a uma proposta sobre a qual não tem controle, enquanto justiça penal negociada se refere a institutos que reconhecem espaço para ambas as partes influenciarem no conteúdo do acordo (DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 53). Sobre as possíveis diferenças entre justiça penal consensual e justiça penal negociada, ainda, indica-se as seguintes leituras: LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça consensual e efetividade do processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2023, p. 22-23; e ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 58.

² DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos sobre a Sentença no Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um “novo princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 28.

³ *Lafler vs Cooper*, 132 S Ct 1376, 1388 (2012).

Estados Unidos da América. Por isso, Bernd Schünemann sustenta a hipótese de uma “marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo”⁴.

Comumente, a emergência e expansão da justiça negociada são apontadas como consequências da busca por celeridade e eficiência no processo penal. Sustenta-se que a morosidade do processo penal tradicional, com todas as etapas de seus procedimentos, acarretou em desconfiças e insatisfações públicas com os sistemas de justiça criminal, tornando necessário o desenvolvimento de meios alternativos ou simplificados para a resolução de conflitos penais. Nesse sentido, a previsão de mecanismos de resolução pactuada no seio da justiça criminal teria o condão de permitir a aplicação da lei penal de modo célere e satisfatório, estabilizando as expectativas.

A tendência de expansão da negociação em matéria penal, porém, não foge às críticas doutrinárias. São inúmeras as controvérsias decorrentes da difusão da justiça penal negociada, como a tensão existente entre ela e o modelo tradicional de processo penal, entre o publicismo processual e o neoprivatismo, além da sua possível incompatibilidade para com os direitos e garantias fundamentais do acusado ou investigado. Os críticos ao modelo negocial chegam a apontar que o seu expansionismo desvela uma verdadeira “crise do processo penal continental” e, até mesmo, que se apresenta enquanto um “golpe mortal ao Estado de Direito Liberal”⁵.

A notória tendência de negociação no processo penal e as controvérsias que a cercam fazem com que seu estudo se torne indispensável. É preciso estudar e entender os fundamentos de legitimação e possíveis limites ao modelo de justiça criminal negociada. Assim, no presente capítulo, buscar-se-á trabalhar as diferenças e tensões entre o modelo tradicional e o modelo negocial ou consensual de processo; a relação entre a justiça criminal negociada, a legalidade processual e a obrigatoriedade da ação penal; a manifestação da justiça criminal negociada no direito brasileiro e no direito comparado; os fundamentos apontados pela doutrina como legitimadores da justiça criminal negociada; os principais institutos negociais existentes no ordenamento jurídico pátrio; e as principais controvérsias/críticas doutrinárias em relação ao modelo negocial.

⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del proceso penal norte-americano en el mundo? In: Schünemann, Bernd. Temas Actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002, p. 288-302.

⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 26.

2.1. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E O MODELO TRADICIONAL OU ADVERSARIAL

Uma questão que permeia a tendência de expansão da justiça negociada, especialmente sobre os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, é sua colisão com o modelo tradicional de processo penal, desenvolvido a partir de uma lógica adversarial. Nesse sentido, Felipe da Costa De-Lorenzi aduz que a lógica negocial se choca com a visão tradicional de uma justiça penal conflitiva e impositiva, tensionando os pilares sobre os quais foram erguidos nosso sistema jurídico-penal⁶.

Para demonstrar isso, convém realizar uma curta digressão à história do direito processual, partindo da sua fase privatística até o período de consolidação do publicismo.

Na Roma Antiga, no contexto do *ordo iudiciorum privatorum*, aqueles que hoje poderiam ser considerados ilícitos penais só eram submetidos à apreciação jurisdicional se assim desejassem autor e vítima, que tinham a opção de constituírem a *litiscontestatio* perante o pretor, um contrato no qual reconheciam a controvérsia e se obrigavam à decisão judicial (*in iure*)⁷. Essa fase marcou o início do chamado privatismo processual, em que era dado às partes do litígio o poder de decidirem sobre o seu destino, pelo menos no princípio. Entretanto, séculos depois, o advento da Idade Moderna trouxe consigo um novo estado de coisas, retirando o caráter privatístico do processo, vindo a substituí-lo pelo publicismo processual.

A partir da concepção publicística, o processo se tornou instrumento para o exercício da jurisdição enquanto poder do Estado, permitindo-o resolver os conflitos de interesse diante de casos concretos levados à sua apreciação⁸. Foi então que o Direito Processual se tornou ramo do Direito Público e os processualistas passaram a defender que o processo detinha funções sociais, entre elas a pacificação da sociedade. Assim, cessaram os espaços para a “contratualização” do processo, de modo que as regras e os princípios processuais ganharam contornos de normas de observância obrigatória, isto é, de normas cogentes.

O modelo tradicional de processo penal - também chamado de modelo persecutório-punitivo - desenvolveu-se justamente no contexto do publicismo processual.

⁶ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 29.

⁷ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade processual : a liberdade das partes no processo / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32 ed. Salvador, JusPODIVM, São Paulo, Malheiros, 2020, p. 340.

Com isso, o processo penal passou a se apresentar como o único meio para o julgamento de infrações penais. Em tal cenário, tornou-se conhecido o brocardo *nullum crimen nulla poena sine iudicio*, o qual, em resumo, espelha a máxima de que não se reconhecerá crime nem se aplicará pena sem o devido processo jurisdicional, desenvolvido de acordo com o ordenamento jurídico, respeitando-se a legalidade e os demais direitos e garantias. No Brasil, Aury Lopes Júnior sintetiza o caráter publicístico do processo penal como expressão daquilo que denomina de “princípio da necessidade”, cujo núcleo essencial é a definição de que o processo é caminho necessário para alcançar-se a pena e um limite à sua aplicação⁹.

Portanto, tendo o processo jurisdicional como meio necessário à aplicação da pena, o modelo tradicional funda-se naquilo que a doutrina nomeia de paradigma adversarial ou justiça penal conflitiva/impositiva. Segundo Flávio da Silva Andrade, o paradigma adversarial próprio do modelo tradicional está presente nos espaços de conflito, que, no direito processual, são aqueles caracterizados pelo exercício do contraditório, pelo dissenso, exigindo atos impositivos do Estado para a resolução da questão posta em juízo¹⁰.

Ao contrário, o modelo negocial se baseia no paradigma do consenso. O paradigma do consenso é o substrato da justiça penal negociada e está fundado nas noções de conformidade, negociação e concordância. Por isso a justiça negociada visa a resolução de casos criminais através de meios alternativos e diversificados de resolução de conflitos penais, pautados no autorregramento de vontades entre acusação e defesa¹¹.

O paradigma do consenso tensiona o caráter público do processo penal e, por essa razão, é comum encontrar-se visões críticas a denunciarem o seu potencial de conduzir à privatização e informalização, fazendo com que a aplicação do direito penal torne-se disponível às partes¹².

Ainda assim, com a tendência de expansão da justiça penal negociada, os dois modelos judiciais criminais têm convivido nos ordenamentos jurídicos da maioria dos países dos quais se tem notícia, em situação de equilíbrio ou com a preponderância de um sobre o outro. Diferentemente de outrora, o modelo tradicional de processo penal já não mais sobrevive sozinho e, agora, divide os “holofotes” com o modelo negocial.

⁹ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. - 15. ed. - São Paulo : Saraiva Educação. 2018, p. 33.

¹⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 29-30.

¹¹ *Idem*, p. 29.

¹² DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 161, p. 153.

Parte da doutrina tem defendido a necessidade de que os dois modelos convivam em harmonia, sem que o modelo negocial substitua o tradicional, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde, a cada 100 casos, 98 são resolvidos a partir da barganha¹³. Para Manuel da Costa Andrade, por exemplo, os espaços de consenso devem ser voltados apenas à pequena e média criminalidade, enquanto os espaços de conflito devem ser reservados aos delitos mais graves, dado o seu maior potencial lesivo a bens jurídicos preciosos à coletividade¹⁴.

A concomitância de modelos de justiça criminal, porém, não pode se dar à revelia das peculiaridades de cada país, tampouco ao arrepio dos direitos e garantias fundamentais. Não se pode tratar a justiça penal negociada como um fenômeno universal, com consequências uniformes. Ainda que seja considerada uma tendência possivelmente incontornável, conforme demonstra a experiência de diversos países, inclusive a brasileira, é preciso conformar o modelo negocial de acordo com ordenamento jurídico vigente, compatibilizando-o com os parâmetros de legalidade e com as regras e os princípios que regem o processo penal democrático.

2.2. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E A LEGALIDADE PROCESSUAL

A justiça penal negociada não se expandiu apenas através de reformas legislativas, mas também pela atuação direta dos atores processuais, tanto *praeter* como *contra legem*¹⁵. Vários dos mecanismos negociais foram instituídos ou pelo menos empregados no processo penal a despeito da ausência de suas previsões em lei. Não é incomum encontrar exemplos de mecanismos negociais que foram concebidos pela atividade criativa ou criadora dos próprios atores processuais, em especial por aquela exercitada pelos órgãos de acusação. É o caso da *Verständigung* ou *Absprache*, o acordo sobre a sentença desenvolvido na Alemanha, e da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a responsável

¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 60.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade - Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo. Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995, p. 334-335. No mesmo sentido: DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 283.

¹⁵ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 26.

por conceber o chamado Acordo de não Persecução Penal, antes mesmo da regulação do instituto pela Lei n. 13.964/2019.

Tal cenário trouxe para o centro do debate a tensão entre a expansão da justiça negociada e a denominada legalidade processual. Afinal, seria lícito às partes celebrarem negócios jurídicos relativos à persecução penal mesmo quando essa hipótese não é regulada pela legislação?

Para avançar sobre a questão, é preciso antes introduzir o que se deve entender por legalidade e, a partir daí, compreender suas repercussões no direito processual penal.

A legalidade é um dos principais pilares do Estado de Direito e é reconhecidamente o grande limite formal ao poder punitivo. Trata-se de herança iluminista, desenvolvida no contexto dos ideais que marcaram a modernidade, e que visa legitimar e limitar o exercício do poder estatal, invocando-se o primado da lei¹⁶. Desde o século XVIII, a legalidade tem sido previsão presente em diversas Constituições, inclusive na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, a qual tem os seus pressupostos encarnados em variadas passagens de seu texto, como nos seus arts. 5º, inciso II¹⁷, 37, *caput*¹⁸, e 150, inciso I¹⁹.

A legalidade possui diversas formas de manifestação nos diferentes ramos do Direito. No Direito Privado, se caracteriza por impedir que o Estado exija do particular/coletividade a realização de uma conduta fora ou diferente das hipóteses legais²⁰. No Direito Público, por

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero - 3 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. p. 42. No mesmo sentido: MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 32; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João M. Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Grupo GEN, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-5600-4. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5600-4/> > . Acesso em: 11 set. 2023. p. 203.

¹⁷ Art. 5º, I, da CRFB/1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso em: 11 set. 2023.

¹⁸ Art. 37, *caput*, da CRFB/1988: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso em: 11 set. 2023.

¹⁹ Art. 150, I, da CRFB/1988: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso em: 11 set. 2023.

²⁰ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. (Série IDP). Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/> > . Acesso em: 11 set. 2023. p. 463. No mesmo sentido: MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/> > . Acesso em: 11 set. 2023. p. 55.

sua vez, cuida de submeter a atuação dos órgãos do Estado aos estritos limites da lei, tornando defeso toda e qualquer ação estatal que não encontre amparo na legislação²¹.

No âmbito do direito punitivo, prevalece justamente a legalidade característica do Direito Público, a qual é comumente dividida em legalidade penal ou substantiva e em legalidade processual²².

A legalidade penal ou substantiva é aquela que se manifesta no direito material e sua expressão é consagrada na famosa fórmula de Feuerbach: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). Logo, sua função é submeter a intervenção penal a um limite intransponível, a lei em seu sentido estrito. Nesse sentido, aponta-se que a legalidade penal é verdadeiro meio de racionalização do poder punitivo, limitando a possibilidade de arbitrariedades ao prever que não se conceberá crime ou se aplicará pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa²³.

Vinicius Gomes de Vasconcellos ensina que a legalidade adentra ao direito processual penal, em geral, como decorrência da sua manifestação na esfera substantiva, isto é, como consequência da legalidade penal. Assim, prefacialmente, a legalidade processual impede que o Estado, por meio de seu órgão de acusação, leve adiante uma ação penal se não houver uma conduta criminalizada em lei a ser perseguida. Ainda, segundo a concepção vastamente adotada pela doutrina, impõe ao Estado o dever de dar início ao processo penal sempre que se verifique a existência de um crime, ou seja, a legalidade corresponderia também à obrigatoriedade da persecução punitiva²⁴.

Portanto, em tal perspectiva, o núcleo da legalidade processual é composto de um duplo significado, estabelecendo ao Poder Público, no que diz respeito à persecução penal, um dever negativo e outro positivo. No tocante ao dever negativo, está o Estado obrigado a se abster (obrigação negativa) de exercer a ação penal nos casos em que não haja indícios de

²¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo . Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/> >. Acesso em: 11 set. 2023. p. 109. No mesmo sentido: GRILLO, Marcelo Gomes F. Instituições de Direito Público e Privado. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597023527. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023527/> > . Acesso em: 11 set. 2023. p. 45. NUCCI, Guilherme de S. Instituições de Direito Público e Privado . Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530984960. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984960/> >. Acesso em: 11 set. 2023. p. 50.

²² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021. p. 33.

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 177.

²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021. p. 33.

materialidade e autoria suficientes de fato definido em lei como infração penal. Já quanto ao dever positivo, obriga-se o Estado, por seu órgão oficial, a dar início ao processo penal e nele continuar quando se verificar a autoria e existência do crime.

No entanto, entende-se que o conteúdo essencial da legalidade processual não pode ser resumido a tais deveres negativos e positivos do Estado relacionados ao início e à continuidade da persecução punitiva. Isso porque a legalidade processual exerce igualmente forte influência na forma dos atos processuais, questão analisada principalmente quando do estudo da teoria das nulidades.

A respeito da influência da legalidade em relação à forma dos atos, Duarte Rodrigues Nunes aduz que, uma vez que os mecanismos de direito processual penal são restritivos de direitos fundamentais, as normas legais se apresentam como o único critério para avaliar a regularidade dos atos processuais. Por isso, “qualquer atuação no âmbito de um processo penal não deverá estar inquinado por uma desconformidade à Lei, o que implica que existirá vício processual sempre que a atuação não observe uma determinada imposição legal (por ser praticado um ato que a lei não permite, por não ser praticado um ato que a lei impõe ou por ser praticado um ato permitido/imposto pela Lei, mas sem serem observados a forma e/ou as formalidades imposta em lei)”²⁵.

Gustavo Henrique Badaró aponta na mesma direção ao afirmar que o legislador adotou o princípio da legalidade processual ao conceber a tipicidade das formas como um critério-padrão de validade dos atos processuais. Badaró ensina que a lei prevê um “tipo legal” de ato processual e, desse modo, as condutas dos sujeitos processuais só serão válidas e produzirão seus efeitos jurídicos se obedecerem os requisitos e as formas previstas em lei. Segundo o autor, ainda, a tipicidade das formas como manifestação da legalidade se justifica enquanto garantia para as partes e para a correta prestação jurisdicional²⁶.

Assim, é possível afirmar que a legalidade processual corresponde também ao respeito às formas e/ou formalidades processuais, como expressão do formalismo no direito processual penal. Nesse sentido, não apenas a perseguição de um crime inexistente e a ausência do exercício da ação penal nos casos em que a lei a obriga configuram violações à legalidade no processo penal, mas também a prática de um ato processual sem a observância da forma/formalidade imposta pela legislação. Ou seja, a idêntica nomenclatura caracteriza fenômenos distintos, pois a legalidade processual é utilizada tanto para representar a

²⁵ NUNES, Duarte Rodrigues. Curso de direito processual penal : noções gerais : elementos do processo penal / Duarte Rodrigues Nunes. - Lisboa : Universidade Católica Editora, 2022, p. 463.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Processo penal/Gustavo Henrique Badaró. -- 5 ed. rev., atual. e ampl.. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 800-801.

submissão dos atos e atores processuais à lei como para representar a obrigatoriedade da ação penal pública.

Relacionar a legalidade processual ao formalismo processual não significa fazer coro a um “fetichismo formalista”, utilizando a expressão cunhada por Frederico Marques. Não se pode olvidar que nos domínios do processo penal a forma dos atos é também garantia processual e que, portanto, é limite ao poder punitivo. A ideia de legalidade processual está ligada às noções de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal, separação dos poderes e de vinculação dos agentes públicos à lei. Conforme afirma Conde Correia: “a legalização do processo, corolário lógico do Estado de Direito Democrático, constitui uma importante salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias individuais, que confere certeza e segurança aos cidadãos. As restrições aos seus direitos estão previstas na lei, de forma taxativa, só podendo ocorrer nos casos aí consagrados”²⁷.

Daí surge a colisão entre a criação de mecanismo negociais pelos próprios atores processuais, mormente os órgãos de acusação, e a legalidade no processo penal. É por isso que uma das críticas à justiça penal negociada é o seu conflito com o princípio da legalidade, como apresenta Felipe da Costa De-Lorenzi²⁸.

Quanto ao primeiro sentido da legalidade processual, argumenta-se que os acordos concebidos pelos sujeitos processuais permitiriam uma disposição ilegal do processo a respeito da aplicação da pena, podendo inclusive acarretar em punições em desconformidade com os tipos e sanções penais estabelecidas pela legislação criminal²⁹.

Já em seu segundo sentido, argumenta-se que os acordos celebrados sem prévia previsão legislativa para tal seriam inevitavelmente nulos por ofensa às formas dos atos processuais, mais precisamente pela ausência delas, por não se adequarem a um tipo legal previamente instituído pelo legislador³⁰.

No ano de 2012, em Portugal, ao se manifestar sobre a iniciativa do Ministério Público lusitano, que buscou ampliar o sistema português de acordos criminais para além do rito sumaríssimo daquele país, a Corte Suprema portuguesa julgou inviável a ampliação do mecanismo negocial justamente sob o argumento da inexistência de previsão legal³¹. No

²⁷ CONDE CORREIA, Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais. Editora Coimbra, 1999, p. 90-91.

²⁸ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 161.

²⁹ *Idem*, p. 161.

³⁰ *Idem*, p. 345.

³¹ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 36.

Brasil, quando o Acordo de não Persecução Penal foi instituído pela Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o instituto foi por muitos rejeitado pelo mesmo motivo, levando aos ajuizamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 5790 e 5793³².

Neste trabalho, parte-se da premissa de que mecanismos negociais só podem e devem ser empregados no processo penal brasileiro na existência de lei que os preveja e discipline a forma e as formalidades de suas celebrações, em observância à legalidade processual. Em geral, tal posição está em conformidade com o entendimento dos estudiosos da expansão da justiça penal negociada, como com o de Flávio da Silva Andrade, para quem “[...] não é possível implementar acordos em matéria penal (o que envolve a renúncia em matéria de direitos fundamentais) sem que o assunto seja cuidadosamente disciplinado pela lei, sobretudo quanto aos limites e procedimentos a serem adotados pelos atores processuais”³³.

2.3. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

No tópico anterior, viu-se que, em um dos seus significados, a legalidade processual corresponde à obrigatoriedade da persecução punitiva. Adotando-se esse conteúdo semântico, a doutrina processualista se acostumou a tratar a legalidade processual como sinônimo do conhecido princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Nesse sentido, Jacinto Coutinho ensina que “é praxe ser tratado o princípio da obrigatoriedade por princípio da legalidade, em face de fundar um dever do órgão oficial da acusação”³⁴.

Segundo a versão comumente adotada, o princípio da obrigatoriedade define que “[...] o Ministério Público deve propor a ação penal pública sempre que estiver com um fato típico, ilícito e culpável nas mãos, devidamente comprovado com elementos que o autorizem a

³² *Idem*, p. 240-241.

³³ *Idem*, p. 159. No mesmo sentido: CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS G. Notas sobre a perene crise do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 11, vol. 18, n. 1, p. 118-149, jan. 0 abr. 2017, p. 143; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 178.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, n. 1, p. 26-51, São Paulo, 2001, p. 41.

iniciar a persecução penal”³⁵. Em síntese, o princípio da obrigatoriedade “determina que o Ministério Público não tem discricionariedade na decisão sobre a persecução penal”³⁶.

Alguns autores já questionaram se o princípio da obrigatoriedade encontraria previsão no ordenamento jurídico brasileiro, que não prevê expressamente o termo “obrigatoriedade da ação penal pública”. No entanto, prevalece que a obrigatoriedade da persecução punitiva está inserida no direito positivo e que pode ser extraída de uma interpretação sistemática do ordenamento³⁷. Entende-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública foi adotado pela CRFB de 1988 ao estabelecer o Ministério Público como o titular da ação penal (art. 129, I), bem como pelo Código Processo Penal vigente, de 1941, em especial em seus arts. 42 e 576, os quais definem que, formulada a acusação ou interposto o recurso, o promotor não poderá desistir do processo³⁸.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública está presente nos ordenamentos jurídicos dos países de tradição romano-germânica, que têm no primado da lei um limite para a atuação dos agentes públicos. Por isso, a expansão da justiça penal negociada impulsionada pela influência dos sistemas/modelos jurídicos anglo-saxônicos (inglês e norte-americano) traz à baila o debate sobre a compatibilidade dos mecanismos negociais para com os ordenamentos jurídicos de países nos quais não vigoram o sistema de *common law*.

Em geral, no sistema de *common law* o exercício da ação penal é informado pelo chamado princípio da oportunidade, que se contrapõe à noção de obrigatoriedade da persecução punitiva, isto é, ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, sendo sua “antítese teórica”³⁹.

Pelo princípio da oportunidade, permite-se ao acusador, em casos em que existe fundada suspeita da existência da infração penal, utilizar critérios de conveniência e oportunidade sobre o início ou não da ação penal, possibilitando sua opção discricionária. Nessa linha, Montero Aroca define que a oportunidade pressupõe o “reconhecimento ao

³⁵ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/> >. Acesso em: 12 set. 2023, p. 232.

³⁶ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 55.

³⁷ PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça penal negociada : uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública / Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira. - 2. ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2021, p. 84-90.

³⁸ FERNANDES, Antonio Scarance, Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 263.

³⁹ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 55.

titular da ação penal da faculdade para dispor, conforme determinadas circunstâncias, de seu exercício, com independência de que se tenha acreditado na existência de um fato punível cometido por um autor determinado”⁴⁰.

Armenta Deu subdivide o princípio da oportunidade em dois sentidos, em um sentido amplo e outro restrito. Em sentido amplo, o princípio da oportunidade abarca institutos de direito material e direito processual e não possui limites subjetivos. Com isso, do ponto de vista amplo, são manifestações da oportunidade tanto institutos como a representação nos crimes de ação penal pública, a queixa nos crimes de ação penal privada, o perdão do ofendido, a anistia, o indulto e suspensão condicional da pena, relacionados especificamente com o direito material, quanto a transação penal, a suspensão condicional do processo e as demais negociações processuais, relacionados com o direito processual, além do que engloba todos os meios de diversificação para o tratamento do conflito social gerado pelo fato delitivo. Já em seu sentido estrito, o princípio da oportunidade está circunscrito ao âmbito do processo penal e subjetivamente limitado aos agentes públicos. Isso significa que, em sentido estrito, o princípio da oportunidade, (a) subjetivamente, dirige-se exclusivamente aos sujeitos públicos (promotor e órgão jurisdicional); (b) objetivamente, restringe-se ao conteúdo de suas obrigações no processo penal; e (c) teleologicamente, visa excepcionar o dever do Ministério Público de investigar, de iniciar e dar continuidade ao processo penal quando houver fundada suspeita de crime, e o dever dos magistrados de velarem pelo desenvolvimento do processo penal em conformidade com a lei, dizendo respeito a “formas procedimentais e processuais, expeditas e simplificadas, de resolução de litigiosidade”⁴¹.

É a definição estrita de oportunidade aquela que abarca as negociações no processo penal, notadamente o *plea bargaining* norte-americana. Nesse sentido, os institutos que se relacionam à vontade do particular, como a queixa e o perdão do ofendido nos crimes de ação penal privada, não são expressões da oportunidade no contexto da justiça penal negociada, posto que não se relacionam ao princípio da obrigatoriedade, mas sim ao reconhecimento do princípio dispositivo no processo penal (derivado do processo civil), permitindo aos particulares, que não estão submetidos à legalidade característica do Direito Público, a faculdade de decidir, sem qualquer justificativa, sobre o início ou continuidade da persecução

⁴⁰ MONTERO AROCA, Juan. Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thompson Civistas, 2008, p. 302.

⁴¹ ARMENTA DEU, Teresa. Sistemas Procesales penales, La justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 130.

punitiva⁴². Assim, neste trabalho, ao se falar de oportunidade no processo penal, deve-se ter em mente que ela é a contraface da obrigatoriedade e que, portanto, só se manifesta nos domínios da ação penal pública.

Visto isso, em princípio, se o ordenamento jurídico brasileiro é marcado pela obrigatoriedade da ação penal pública, seria inviável a celebração de acordos processuais entre o Ministério Público e acusados ou investigados, sob pena de violar-se a legalidade processual. Se assim fosse, então, como se explicaria a existência da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995), da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n.9.099/1995), do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) e da colaboração premiada (art. 3-A da Lei n. 12.850/2013)?

Para abrandar tal aporia, visando conciliar a introdução de mecanismos negociais ou de oportunidade com o regramento de ordenamentos jurídicos historicamente pautados pela legalidade/obrigatoriedade, a doutrina majoritária desenvolveu e consolidou, mesmo em meio às críticas, a definição de “oportunidade regrada”. Com a oportunidade regrada, estipulou-se uma mitigação restrita ao princípio da obrigatoriedade, permitindo sua flexibilização nos casos previstos em lei e conforme critérios por ela regulados⁴³. Portanto, passou a ser lícito ao Ministério Público dispor da ação penal se a lei assim permitisse, de modo que não haveriam óbices às celebrações de acordos criminais que estivessem previstos e regulados na legislação processual, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Por essa razão, Felipe da Costa De-Lorenzi sustenta que não existe uma ilimitada disposição dos agentes públicos sobre a ação e o processo penal nos países que tradicionalmente adotam a legalidade processual, já que neles os “espaços de oportunidade” dependem do atendimento de certos requisitos fixados em lei. No Brasil e nos países de mesma tradição jurídica, assim, inexistem uma “oportunidade pura”, mas tão somente uma oportunidade restrita aos casos em que a lei a admite⁴⁴.

Embora crítico à expansão da justiça penal negociada sobre o ordenamento jurídico brasileiro, Vinicius Gomes de Vasconcellos cogita da existência de uma “oportunidade regulada”, a permitir o não exercício ou disponibilidade da ação penal pública - ou seja, a

⁴² DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença* / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 57.

⁴³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro* / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021. p. 37-38.

⁴⁴ DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença* / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 57.

existência de espaços de oportunidade - em um cenário de legalidade, em que a obrigatoriedade mantém o seu papel estruturante e geral como regra. Ainda segundo o referido autor, só é aceitável no processo penal democrático a disposição da ação penal pública que esteja de acordo com parâmetros decisórios taxativamente previstos em lei, não podendo-se admitir manifestações de oportunidade baseadas na ampla discricionariedade do acusador⁴⁵.

Conforme já se afirmou no tópico anterior, este trabalho parte da premissa de que a implementação dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro dependem de prévia e exhaustiva previsão legal. Isso significa que os espaços de oportunidade no direito brasileiro devem estar expressamente estabelecidos na legislação processual e que só haverá lugar para a celebração de negócios jurídicos típicos no processo penal. Portanto, no Brasil, o Ministério Público só poderá celebrar acordos para não iniciar a persecução penal, para pôr fim consensual ao processo ou para promover modificações nos procedimentos criminais se tais possibilidades existirem em lei, de acordo com os requisitos e os procedimentos nela contidos.

2.4. OS FATORES DE EMERGÊNCIA E OS FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Apresentadas as primeiras tensões decorrentes da expansão da justiça penal negociada, como a sua relação com o modelo tradicional de processo penal e os desafios da implementação de seus mecanismos em ordenamentos jurídicos historicamente pautados nas noções de legalidade processual e obrigatoriedade da ação penal pública, agora é o momento de compreender os fatores de emergência e as justificativas frequentes do modelo negocial ou consensual.

Flávio da Silva Andrade descreve a emergência da justiça penal negociada ou consensual como um fenômeno multifatorial. O autor explica que o surgimento e difusão do modelo negocial ou consensual decorreu de uma combinação de fatores, no universo anglo-saxônico e, especialmente, no direito europeu-continental e latino de matriz romano-germânica. Citando Françoise Tulkens e Jean De Munck, Andrade afirma que a ascensão da negociação e do consenso na seara criminal pode ser compreendida a partir de

⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021. p. 46-47.

uma lógica externa e de uma lógica interna. Pela lógica externa, o ingresso dos mecanismos negociais teria resultado de um processo social no qual estruturas e regulações autoritárias e burocratizadas cederam espaço a novas formas e modelos de administração e de organização social, voltados a garantir mais comunicação e flexibilidade na resolução de problemas. Ao repercutir em matéria penal, esse processo social teria permitido uma abertura ao consenso em busca de ideias de legitimidade, de eficiência e redução de custos na justiça criminal. Já pela lógica interna, os fatores decisivos seriam a constatação da lentidão, ineficiência e inefetividade caracterizadoras do funcionamento dos sistemas penais ao longo dos anos. Os mecanismos negociais teriam, então, surgido na busca por soluções diante do congestionamento processual e do abarrotamento dos órgãos judiciários, que foram incapazes de absorverem o número de demandas levadas a efeito no sistema de justiça criminal⁴⁶.

Para além dos fatores mencionados por Andrade, Felipe da Costa De-Lorenzi relata que, somada à necessidade de conferir efetividade e eficiência no processo penal em um contexto de sobrecarga da justiça criminal, os primeiros mecanismos negociais foram implementados sob o argumento de que seriam parte de uma opção por uma política criminal de desencarceramento para crimes bagatelares, com a tendência de serem aplicados a crimes de pequena gravidade e como alternativa à pena privativa de liberdade⁴⁷. É nesse contexto, por exemplo, que no Brasil é instituída a transação penal, destinada aos chamados crimes de menor potencial ofensivo.

Por sua vez, Vinicius Gomes de Vasconcellos destaca a expansão do Direito Penal como grande fator para o surgimento da justiça penal negociada, que seria resultado da ampliação do poder punitivo. Haveria uma relação direta ou simbiótica entre a justiça negociada e a expansão do Direito Penal viabilizada pela difusão do discurso “lei e ordem”, pela ideia de risco por detrás da positivação de um grande número de crimes de perigo abstrato - com a desmaterialização de bens jurídicos - e pela (re)construção da figura do inimigo. Para o autor, o modelo negocial é a repercussão da maior expansão do poder punitivo sobre o direito processual penal, o qual, para dar conta do crescimento da persecução punitiva, adotou mecanismos de aceleração procedimental e flexibilização de garantias. Nesse sentido, de forma crítica, Vasconcellos afirma que “[...] a exponencial ampliação de seus âmbitos de intervenção (do Direito Penal) nas relações sociais acarreta a necessidade de

⁴⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 60-61.

⁴⁷ DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença* / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 27.

instrumentalização de mecanismo funcionalmente célere e eficaz para suprir a demanda por punições rápidas [...]”, legitimando “[...] inúmeras reformas legislativas sob o argumento da busca por eficiência, o qual propõe o máximo de celeridade na persecução penal para, em regra, responder às demandas sociais punitivistas [...]”⁴⁸.

Diante de tantos fatores de emergência, que não se excluem entre si, a justiça penal negociada tornou-se realidade corrente nos ordenamentos jurídicos de diversos países, de diferentes tradições jurídicas, bem como no âmbito do direito penal internacional. Além de constar do direito interno de diferentes países, a justiça penal negociada é reconhecida e incentivada por documentos internacionais, como a Recomendação n. 18/1987 do Conselho de Ministros da Justiça da Europa⁴⁹ e da Resolução n. 45/110 da Organização das Nações Unidas (ONU)⁵⁰, que dispõe sobre as chamadas “Regras de Tóquio” ou “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade”.

Os mecanismos negociais não avançam sem que lhes sejam fornecidos fundamentos legitimadores ou justificativas. Alguns deles, inclusive, acabam por se confundirem com os acontecimentos apontados enquanto fatores de emergência, como é o caso da busca por celeridade e eficiência no processo penal.

Durante a pesquisa realizada, identificou-se que os fundamentos legitimadores da expansão da justiça penal negociada podem ser divididos em fundamentos pragmáticos e fundamentos axiológicos. Isso porque existem diferentes justificativas apresentadas pela doutrina à implementação de mecanismos negociais no processo penal, algumas pautadas na aceleração procedimental e redução de custos, outras conferindo maior ênfase à consensualidade e ressocialização do imputado.

⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro* / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 149-152. No mesmo sentido: ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que possibilitan la expansión punitiva, p. 137-160. In: MAIER, Julio B.J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Bueno Aires: Del Puerto, 2005; ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 61.

⁴⁹ Na Recomendação n. 18/1987 do Conselho de Ministros da Justiça da Europa, o Conselho de Ministros de Justiça da Europa aconselhou aos Estados-membros a realização de reformas rumo ao consenso e à simplificação de ritos nos sistemas jurídico-penais (ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 61).

⁵⁰ O item 5.1 da resolução estabelece que “[...] sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas [...]” (ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 62).

Nos próximos dois subtópicos, tratar-se-á de cada um desses fundamentos apontados como legitimadores da justiça negociada ou consensuada, tanto daqueles de ordem pragmática como daqueles de ordem axiológica.

2.4.1. OS FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Para os dicionaristas, pragmático significa aquilo que é prático, direto; que se preocupa em produzir uma ação concreta e eficaz. Em geral, portanto, ao se empregar o termo “pragmático” busca-se fazer referência a condutas ou medidas baseadas em análises pretensamente objetivas da realidade e empregadas para se alcançar determinadas finalidades. Partindo dessa premissa, os fundamentos pragmáticos da justiça penal negociada são formados pelo grupo de justificativas que visam legitimar a implementação de mecanismos negociais no processo penal sob o argumento de que seriam eles meios necessários para a consecução de objetivos práticos para o sistema de justiça criminal. Assim, estão inseridos entre os fundamentos pragmáticos as defesas da expansão da justiça penal negociada em razão de sua pretensa necessidade para a eficiência processual, para a celeridade na aplicação da lei penal e para a redução de custos.

A compreensão dos fundamentos pragmáticos da justiça penal negociada exige que se entenda o pragmatismo como corrente filosófica. Isso porque, para alguns, é o pragmatismo o “suporte filosófico” da tendência de expansão dos mecanismos negociais no processo penal⁵¹.

O pragmatismo é uma corrente filosófica de origem estadunidense desenvolvida em meados de 1870, impulsionada por autores e estudiosos como Charles Sanders Pierce, William James, Oliver Wendell Holmes Junior e Nicholas Saint Jhon Green. Em sua base filosófica, despontam ideias tais quais a refutação de conhecimentos concebidos aprioristicamente e o relevo ao aspecto evolutivo do conceito de verdade. Além disso, se destaca por três das suas principais características: o antifundalismo (consistente na recusa à estaticidade dos conceitos, defendendo a tese da mutabilidade da verdade); o contextualismo (consistente na valorização da ciência enquanto busca por solução à situações concretas); e o consequencialismo (consistente na noção de consideração das consequências na tomada de decisão, enfocando um olhar prospectivo para a resolução de casos concretos).

⁵¹ SANTOS, Christiano Jorge; ZONTA, Fernando de Oliveira. Pragmatismo como suporte filosófico à justiça penal negociada. Revista do Processo I vol. 317 I p. 33-55 I jul / 2021.

O pragmatismo filosófico também influenciou o Direito, resultando no que se conhece por “pragmatismo jurídico”, objeto de estudo da Teoria do Direito e da Filosofia Jurídica. Um dos seus expoentes é Richard. A. Posner, entusiasta da intersecção entre o Direito e outros ramos do conhecimento, como com a Economia, a Psicologia e a História. Posner foi um dos autores responsáveis por defender a chamada Análise Econômica do Direito, em especial na obra *Economics Analysis of Law*, de 1971. O jurista norte-americano advogou a necessidade de que o Direito fosse analisado e aplicado a partir de um critério de eficiência, visando a melhor consequência, seja ela a “maximização de riqueza” ou a “melhor decisão no caso concreto”⁵².

O pragmatismo jurídico é assim caracterizado - e por vezes criticado - por conferir forte apelo ao caráter instrumental do Direito, tomando-o como meio para atingir fins determinados, destituídos de fundamentos morais pré-concebidos. Nele, enfoca-se a busca pela melhor solução, a mais eficiente em meio a outras. E sob a ótica posneriana, a mais eficiente é aquela capaz de pôr fim ao conflito, satisfazendo as partes litigantes, de modo que, sempre que uma medida desse tipo estiver presente, deverá ser preferida em relação às demais.

Portanto, é perceptível a influência pragmatista em vários dos fundamentos legitimadores da justiça penal negociada. Por isso, Christiano Jorge Santos e Fernando de Oliveira Zonta afirmam que a justiça penal negociada e os seus mecanismos/institutos podem ser compreendidos através do pragmatismo jusfilosófico, pois é ela o ponto de contato da lógica eficientista com o Direito Penal e o Direito Processual Penal⁵³. Os argumentos que legitimam a justiça penal negociada enfocando sua capacidade em garantir a eficiência e a celeridade na resolução dos conflitos penais, em reduzir custos estatais e conter o abarrotamento do sistema de justiça criminal, advogam em favor de se utilizar os mecanismos negociais como soluções pragmáticas aos casos criminais, ainda que isso importe em flexibilizações, violações ou renúncias a direitos e garantias processuais. Pela lógica eficientista/pragmatista, acusação e defesa promovem a autocomposição objetivando a prevalência de seus interesses; a defesa em busca de uma redução de pena, por exemplo, e a acusação visando a redução do acervo processual e a aceleração procedimental.

Esse é um lugar comum em especial no modelo norte-americano de justiça penal negociada, no contexto do *plea bargaining* ou do instituto da barganha. Nos Estados Unidos

⁵² SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. 2012. Disponível em < https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/ >. Acesso em: 14.09.2023.

⁵³ SANTOS, Christiano Jorge; ZONTA, Fernando de Oliveira. Pragmatismo como suporte filosófico à justiça penal negociada. Revista do Processo I vol. 317 I p. 33-55 I jul / 2021.

da América, a justiça penal negociada se destaca enquanto política utilitária- economicista, fundamentalmente a partir do movimento da *law and economics*, que, na esteira de Posner, um de seus integrantes, visa apreender as instituições jurídicas com a ajuda da análise econômica⁵⁴. Sustenta-se que o *plea bargaining* foi introduzido no sistema estadunidense para a contenção do crescimento da “pressão processual” ocasionada pela sobrecarga da justiça criminal pela quantidade de casos penais, que tornou necessária uma postura utilitarista do Estado e seus atores⁵⁵. Desde então, o processo penal norte-americano é caracterizado como um “sistema de mercado”, como um “método de alocação de recursos escassos”, tal como na visão defendida por Frank Easterbrook⁵⁶.

Tais justificações pragmáticas da justiça penal negociada, porém, não passam despercebidas às críticas. A principal delas é a discussão acerca da tendência de mercantilização do processo penal. Critica-se o fato dos mecanismos negociais caracterizarem a justiça criminal como um “mercado persa”, um “supermercado moderno”, um “escambo perverso” ou mesmo um “fast food jurisdicional”, nos quais ilegitimamente direitos e garantias fundamentais são transacionados, subvertendo-se a função do processo penal enquanto limite ao poder punitivo⁵⁷.

As visões pragmáticas da justiça penal negociada, ainda, se chocam com a essência do direito processual penal no modelo tradicional. Tradicionalmente, o direito processual penal, em especial o brasileiro, está solidificado em princípios de núcleos duros, os direitos e garantias individuais (art. 60, p. 4, da CRFB/1988). Como se viu, o pragmatismo é antifundalista, isto é, se contrapõe à imutabilidade e estaticidade dos conceitos, daí porque entra em rota de colisão com um sistema no qual a flexibilização é a exceção. Ademais, por dar forte apelo ao caráter instrumental do Direito, colide com o entendimento majoritário segundo o qual o processo penal é não apenas instrumento do direito material, mas também meio necessário e limite à aplicação da pena, ou seja, garantia do acusado ou investigado.

Definitivamente, deve-se reconhecer a importância da eficiência e da celeridade no processo penal, pois elas são, no ordenamento jurídico brasileiro, exigências constitucionais, já que a eficiência é princípio da Administração Pública (art. 37, caput, da CRFB/1988) e a

⁵⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 154-155.

⁵⁵ *Idem*, p. 75.

⁵⁶ EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. *Journal of Legal Studies* v. 12, p. 289-332, 1983.

⁵⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 154-155.

duração razoável do processo é direito fundamental (art. 5, LXXVII, da CRFB/1988). No entanto, não se pode buscá-las a qualquer custo. Em razão disso, ainda que venham a se basear em justificativas de ordem pragmática, os mecanismos negociais, quando instituídos, devem guardar compatibilidade com o ordenamento, sobretudo com a Constituição. Por exemplo, em prol da aceleração procedimental, não se pode admitir institutos negociais que não estejam previstos em lei, porque a justiça penal negociada deve obedecer a legalidade processual e as repercussões que dela advém.

2.4.2. OS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Além dos fundamentos pragmáticos, existem outros de ordem axiológica que igualmente se pretendem justificadores da justiça penal negociada e de seus mecanismos.

Para efeito deste trabalho, consideram-se axiológicos os fundamentos pautados na defesa da justiça penal negociada ou consensuada em perspectiva valorativa, como sendo o melhor modelo possível para a resolução dos conflitos penais, mas não pelos seus resultados práticos (v.g. eficiência, aceleração procedimental etc.), e sim pelas suas repercussões em termos de pacificação social, legitimidade da resposta estatal ao fato delitivo, comunicação e ressocialização do acusado ou investigado.

Em geral, os fundamentos axiológicos dão maior relevo ao fato de que o modelo negocial permite a solução consensual do conflito instaurado com a prática da infração penal, favorecendo tanto acusados como vítimas. É nesse sentido que, embora sem empregar expressamente o termo fundamento axiológico, Flávio da Silva Andrade afirma que “os espaços ou mecanismos de consenso trazem benefícios aos desviantes e às vítimas, pois propiciam um tratamento mais humano aos envolvidos, facilitando a construção de uma adequada resposta ao problema gerado pelo crime”⁵⁸.

Nesse ponto, é preciso ter cuidado para não confundir a justiça penal negociada com a denominada justiça restaurativa. Isso porque, diferentemente desta, aquela é menos ambiciosa e não intenciona restaurar os laços entre o autor e a vítima do delito, apesar de visar estancar a conflituosidade e restaurar a paz social⁵⁹.

⁵⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 66.

⁵⁹ Felipe da Costa De-Lorenzi enfatiza que quando se fala de justiça negociada não se está fazendo referência à chamada “justiça restaurativa”, que é um modelo extrajudicial de resolução de conflitos mediante a participação voluntária do autor e da vítima, intermediada por um terceiro, e que objetiva a autocomposição do conflito (DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. p. 59).

Também entre os fundamentos axiológicos, aponta-se que os mecanismos negociais encontram suporte no princípio da dignidade da pessoa humana, tanto porque para o acusado ou investigado “o consenso evita os estigmas geradores de frustração, alteradores da identidade e perturbadores do sentido de pertença à comunidade”, quanto porque prestigia um de seus atributos, qual seja, a “autonomia da vontade”⁶⁰.

Do mesmo modo, a justiça penal negociada teria efeitos positivos no que diz respeito à ressocialização do indivíduo, contribuindo com a tão almejada função preventiva da pena. A solução pela via consensual, costurada em um processo dialógico ou dialogado, gozaria de maior legitimidade por parte do acusado, favorecendo a ressocialização em virtude da participação direta do autor do fato na construção da solução para o caso⁶¹.

Todos esses fundamentos de fato parecem bem intencionados e não se duvida da sua eventual factibilidade em determinados contextos e países. No entanto, até aqui, a experiência brasileira especificamente tem demonstrado que os mecanismos negociais ou consensuais não conseguem êxitos em tais finalidades, porque, na realidade do sistema de justiça criminal nacional, a busca por reais soluções consensuais é comumente preterida em favor da lógica efficientista/pragmática anteriormente apresentada, preferindo-se soluções exclusivamente expeditas a resoluções verdadeiramente construídas por meio do diálogo e consenso. Pode-se mencionar a realidade nos Juizados Especiais Criminais como um sintoma disso. Citado por Vinícius Gomes de Vasconcellos, Rodrigo de Azevedo descreve que, em estudo empírico acerca da informalização da justiça, no qual se analisou dados sobre a instituição dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre, pôde-se constatar que a valorização do diálogo e da conciliação para a resolução do conflito pretendida pela Lei n. 9.099/1995 cedeu no plano da operabilidade, pois, na prática, os atores processuais pautam sua atuação visando a encerrar o processo de modo mais rápido possível (por meio do seu arquivamento ou da imposição imediata da sanção penal), conferindo pouca ou nenhuma atenção à efetiva resolução dialogada consensualmente do conflito⁶². Em sentido semelhante, Carmen Silva Fullin sustenta que, no âmbito dos juizados, “[...] a audiência preliminar aparece como uma

⁶⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 65.

⁶¹ *Idem*, p. 63-65.

⁶² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro* / Vinícius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 191-192; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: IBCCrim, 2000, p. 134-135.

oportunidade de negociação punitiva com o infrator, muito mais do que uma oportunidade para a promoção do diálogo entre as partes ou a mediação do conflito”⁶³.

Portanto, em que pese a justiça penal negociada ser acompanhada de fundamentos axiológicos que visam a legitimar afirmando a sua capacidade de proporcionar soluções consensuais em matéria penal, os fundamentos pragmáticos são aqueles que ganham maior relevo na experiência brasileira, fazendo com que os mecanismos negociais se apresentem precipuamente enquanto meios alternativos vocacionados apenas à aceleração dos procedimentos criminais. Desse modo, em geral, os fundamentos axiológicos assumem uma face predominantemente simbólica, escamoteando os verdadeiros objetivos por trás da expansão da justiça penal negociada no Brasil.

2.5. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO COMPARADO

Atualmente, por diversos fatores, a justiça penal negociada e os mecanismos negociais encontram-se inseridos nos ordenamentos jurídicos de diferentes países, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro. O modelo negocial se apresentou inicialmente como um fenômeno do universo jurídico anglo-saxônico, em especial do sistema norte-americano, e desde então tem se alastrado às experiências jurídicas de diferentes países e tradições, influenciando o direito europeu-continental e latino de matriz romano-germânica. No presente tópico, buscar-se-á analisar o direito comparado a fim de demonstrar e compreender como os institutos negociais se inserem nos modelos jurídicos dos Estados Unidos da América, da Europa-Continental e dos demais países da América Latina. Visando esse desiderato, será realizado um trabalho descritivo, evitando-se juízos de valor tanto quanto possível, e não se buscará esgotar todos os temas, preferindo-se uma apresentação geral dos modelos.

2.5.1. O MODELO NORTE-AMERICANO DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

O sistema jurídico dos Estados Unidos da América (EUA) é qualificado como um sistema de *common law* e, portanto, funda-se na força normativa da jurisprudência do

⁶³ FULLIN, Carmen Silvia. Quando o negócio é punir : uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 96.

tribunais superiores (*judge-made law*), embora detenha também normas vinculantes nas leis editadas pelo Poder Legislativo (*statute law*)⁶⁴.

O direito processual penal norte-americano é bastante complexo, já que, em virtude da estrutura federativa constitucionalmente adotada pelos EUA, existem pelo menos 52 sistemas criminais em território estadunidense - sendo 50 dos Estados-membros, 1 da União e o Distrito Colúmbia -, ou seja, 52 diferentes fontes de estabelecimento de procedimentos penais.

Em geral, a estrutura do processo penal norte-americano é de natureza adversarial e se diferencia do sistema acusatório clássico ou continental por atribuir mais autonomia e poderes às partes, tendo o juiz uma participação mais passiva, como de um árbitro. No sistema adversarial (*adversarial system*) estadunidense prepondera a atuação das partes na determinação da marcha processual e na produção de provas. Também não há obrigatoriedade da ação penal e vigora a oportunidade⁶⁵.

A regra no processo penal norte-americano é o princípio da oportunidade, permitindo-se a irrestrita disponibilidade da persecução punitiva. Nos EUA, é natural a solução do conflito penal pela via negocial e a atuação do Ministério Público é caracterizada por uma absoluta discricionariedade (*prosecutorial discretion*)⁶⁶. Embora a Constituição norte-americana, por meio da Quinta Emenda, preveja que um cidadão só será processado criminalmente se perante o *grand jury* (colegiado composto de 16 a 23 pessoas), seguindo-se o devido processo penal (*due process of law*), as regras de exclusão de provas ilícitas (*exclusionary rules*), o privilégio contra a auto incriminação forçada (*privilege against compelled self-incrimination*) e outras garantias, podem as partes, baseadas em um juízo de conveniência e oportunidade, disporem sobre o início e a continuidade do processo e de seu objeto.

Esse cenário foi campo fértil para o surgimento e consolidação do *plea bargaining* (ou *plea agreement*), responsável pela solução da maioria dos casos criminais nos EUA, tanto em nível federal como estadual. O *plea bargaining* pode ser definido como uma negociação estabelecida para que o réu declare sua culpa (*guilty plea*) e/ou renuncie o seu direito à defesa (*nolo contendere* ou *plea of no contest*) a fim de que lhe seja aplicada uma pena antecipada em troca de algum benefício (redução de pena ou de acusação, via de regra). Nesse sentido,

⁶⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 119.

⁶⁵ *Idem*, p. 120-121. No mesmo sentido: CASTRO, Ana Lara Camargo de. Plea Bargaining: Resolução Pactuada nos Estado Unidos - 2 reimp. - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 25-26.

⁶⁶ *Idem*, p. 121.

segundo Milton Heumann, “*plea bargaining* é o processo pelo qual réu, num caso criminal, renuncia a seu direito de ir a julgamento pelo júri em troca da redução de acusações e/ou pena”⁶⁷.

O *plea bargaining* surgiu no contexto norte-americano no final do século XIX, quando começaram a ser celebrados acordos informais entre acusação e defesa visando-se agilizar a resolução dos conflitos penais. O seu surgimento foi justificado como uma necessidade diante da “complexificação” do processo penal e do aumento da “pressão processual”. De um lado, quanto à complexificação, a aprovação de diversas emendas constitucionais que trouxeram garantias processuais aos acusados, como as emendas IV, V, VI e VIII, e o crescimento do número de advogado defesa a atuarem perante os tribunais teriam “engessado” o sistema de justiça criminal e deflagrado uma lentidão na resolução das questões postas em juízo. De outro, no que se refere à pressão processual, o cenário de efervescência social característico dos EUA do século XIX, multiplicador do número dos conflitos sociais, da taxa de criminalidade e do conseqüente número de casos a serem julgados judicialmente, teria proporcionado forte congestionamento de processos e abarrotado a justiça criminal norte-americana, fazendo do *plea bargaining* a única e necessária medida para a resposta estatal a esse panorama⁶⁸.

Depois de se consolidar na prática forense a partir dos acordos informais, o *plea bargaining* foi legitimado por diversas decisões da Suprema Corte dos EUA, tais quais as proferidas em casos emblemáticos como *Brady vs United States*, *Santobello vs New York* e *Blackledge vs Allison*. Em *Santobello vs New York*, por exemplo, a Suprema Corte afirmou ser o *plea bargaining* “[...] componente essencial à administração da justiça”, pois “[...] se todas as acusações tiverem de ser levadas a júri, a fim de lograr uma completa atividade processual (*full trial*), os Estados e o próprio Governo Federal necessitariam aumentar consideravelmente o número de juízes e os recursos dos tribunais”⁶⁹.

Ainda, em nível federal, o *plea bargaining* foi regulamentada pela Rule 11 das *Federal Rules of Criminal Procedure*, que trouxe consigo o procedimento a ser observado na negociação para a declaração de culpa ou para a renúncia ao direito de defesa.

⁶⁷ HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*. Chicago and London, The University of Chicago Press, 1978.

⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 75. No mesmo sentido: ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 125.**

⁶⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 125.*

Desde então, o *plea bargaining* é o principal instrumento processual norte-americano. Na realidade estadunidense, é comum sustentar-se que o instituto é uma necessidade do sistema, em prol da eficiência e celeridade, e que é também uma característica inerente do modelo de *common law*.

Nas diferentes legislações estaduais, existem diversas espécies de *plea bargaining*, as quais podem assim ser resumidas: (a) *charge bargaining* (que tem por objeto a imputação, quando o promotor se compromete a excluir uma ou mais imputações ou concorda em formular acusação por delito menos grave); (b) *sentence bargaining* (que tem por objeto a pena, em que o promotor se compromete a postular a aplicação de uma pena mais benevolente ao acusado); (d) *fact bargaining* (que tem por objeto os fatos em relação aos quais o réu admitirá a culpa, podendo o promotor se comprometer a não contestar a versão do réu ou a suprimir da acusação determinadas circunstâncias que tornam o crime mais grave ou agravam a pena); (e) *substantial bargaining* (que tem por objeto a negociação para o auxílio substancial do réu na investigação ou acusação de outras pessoas que cometeram crimes, em troca de uma redução de pena ou outra medida); e (f) *package bargaining* (que tem por objeto um acordo condicionado, onde o promotor condiciona determinado benefício a corréus em troca do aceite de todos, que devem se declarar culpados). Além das espécies elencadas, pode-se em casos concretos se instituir outras, com diferentes objetos, em razão do poder discricionário que detém o Ministério Público norte-americano (v.g. pode-se acordar que o réu cumprirá a pena em determinada penitenciária; que a audiência sobre a determinação da pena ocorrerá em data específica; que o promotor manifestará favoravelmente à concessão da liberdade condicional etc.)⁷⁰.

Visando estruturar um arcabouço de requisitos para determinar, conforme o caso concreto, a admissibilidade do *plea bargaining*, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas definiram três condições cumulativas para sua validade: voluntariedade, inteligência e adequação. Com a voluntariedade, definiu-se que acordo só é legítimo se for aceite pelo acusado ou investigado em condições de liberdade voluntária, sem pressões ou coações que possam viciar sua vontade. Pela condição da inteligência, também chamada de informação, estabeleceu-se que a validade do acordo depende do conhecimento por parte do acusado ou investigado de seus termos e suas consequências (declaração consciente e informada), especialmente sobre quais direitos e garantias fundamentais está renunciando. E, por fim,

⁷⁰ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 82-84.

com a condição da adequação, assentou-se que a celebração do acordo deve estar fundada em uma base-fática mínima, isto é, que deve existir uma correlação mínima entre as imputações assumidas pelo acusado ou investigado e aquelas que teoricamente se capitulariam aos fatos reais, bem como de provas que sustentem o reconhecimento da culpabilidade pelo réu (daí a importância da confissão no *plea bargaining*). Além dessas condições, o direito de ser assistido por defensor, previsto na Sexta Emenda, é reconhecido durante a negociação, mas apenas quando ocorre depois do início do processo perante o juiz⁷¹.

Cabe ao julgador analisar a satisfação dos mencionados pressupostos, em geral em audiência especialmente designada para tal fim, conforme prevê a maioria das legislações estaduais. Ou seja, deve o juiz norte-americano verificar se o acordo celebrado entre acusação e defesa satisfaz as condições de voluntariedade, inteligência/informação e adequação. Existe controle judicial no *plea bargaining*, de modo que juiz estadunidense pode rejeitar o acordo, inclusive por motivos que vão além da violação de algum dos requisitos, como em razão de “interesse público na efectiva administração da justiça”. Para a doutrina majoritária e segundo a maioria das determinações normativas dos estados norte-americanos, prevalece que o magistrado deve se manter passivo diante das negociações, controlando os termos do acordo em momento posterior à sua formação⁷².

Por fim, cabe destacar que não existem limites ao *plea bargaining* baseado na gravidade do crime, de modo que a barganha é indiferente à infração penal perseguida.

O apresentado modelo norte-americano de justiça penal negociada tem servido de inspiração para a introdução ou ampliação dos espaços de oportunidade no âmbito do processo penal europeu e latino-americano, daí porque é imprescindível a sua compreensão⁷³. O “transplante” do *plea bargaining* a ordenamentos jurídicos distintos do norte-americano, porém, não pode ocorrer sem que se entenda que o modelo comercial dos EUA se moldou de acordo com as peculiaridades daquele país e de condições pré-existentes, aproveitando-se, por exemplo, do sistema adversarial, que confere maior autonomia às partes, inclusive ao

⁷¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 85-92.

⁷² *Idem*, p. 86-87. No mesmo sentido: DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 88-90.

⁷³ Nesse sentido, Flávio da Silva Andrade afirma que, “no estudo da denominada justiça penal consensual e de seus mecanismos, é imperioso que se busque conhecer, pelo referencial que encerra, o modelo norte-americano de justiça penal negociada, que tem servido de inspiração para a introdução ou ampliação dos espaços de consenso no âmbito do processo penal europeu e latino-americano” (ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 120).

Ministério Público. É por isso que a adoção de mecanismos negociais em outros contextos merece reflexões sobre como se pode e deve compatibilizá-los com ordenamentos jurídicos diversos. Assim, os institutos negociais devem passar por uma triagem prévia, por um filtro que os qualifique às feições de cada sistema jurídico, como aqueles caracterizados pelas noções de legalidade processual e obrigatoriedade da ação penal pública.

2.5.2. O MODELO EUROPEU-CONTINENTAL DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Em especial por influência do modelo norte-americano, os mecanismos negociais têm sido adotados em boa parte do sistema europeu-continental. Neste tópico, como recorte dessa realidade, serão apresentados os principais históricos e instrumentos da justiça penal negociada na Alemanha, na Espanha, na França, na Itália e em Portugal.

Na Alemanha, existem dois importantes instrumentos negociais, o arquivamento com imposição de condições e o acordo sobre a sentença (*Verständigung* ou *Absprache*).

O arquivamento com imposição de condições é uma ferramenta destinada à não instauração ou evitação do processo e está previsto no art. 153a, I, do Código de Processo Penal alemão (*StPO*). Em geral, no arquivamento mediante condições, o Ministério Público alemão propõe o pagamento de quantias em dinheiro em favor de instituições de utilidade pública, a reparação de danos pelo delito ou a participação em cursos, o que pode se dar tanto antes como depois de apresentada a acusação. O referido instituto é aplicável a infrações penais de pequena e média gravidade, e é responsável pela resolução de muitos casos criminais na Alemanha⁷⁴.

Por seu turno, o acordo sobre a sentença alemão (*Verständigung* ou *Absprache*) volta-se à terminação antecipada ou abreviada do processo por meio da negociação entre acusação, defesa e juiz. O *Verständigung* ou *Absprache* foi introduzido no modelo alemão a partir de acordos informais, sem amparo legal; surgiram na década de 70 e logo se tornaram comuns nos tribunais. A sua difusão teve justificativas semelhantes às do *plea bargaining* nos EUA, afirmando-se que o acordo no processo penal germânico era necessário diante do congestionamento processual e do abarrotamento da justiça criminal levada a cabo pela burocratização decorrente das regras processuais⁷⁵.

⁷⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 74-75.

⁷⁵ *Idem*, p. 81. No mesmo sentido: DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 95.

A ausência de previsão normativa para implementação do acordo sobre a sentença alemão foi criticada pela doutrina germânica, que a acusava de ser uma prática *praeter e contra legem*, que ocorria secreta e informalmente. Apesar das críticas, o *Verständigüng* ou *Absprache* foi aceito pelo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*), que, embora com reservas, afirmou que os acordos informais não eram inconstitucionais, desde que não resultassem em violações à tipicidade penal e em aplicações de penas inadequadas à culpabilidade do acusado. Com o tempo, porém, os acordos começaram a padecer de vícios evidentes, em razão da sua informalidade exacerbada, motivo pelo qual, no ano de 2005, o BGH, pelo Grande Senado Criminal, solicitou a atuação do legislativo a fim de regular a matéria. Então, em 2009, aprovou-se uma lei que disciplinou os acordos penais na Alemanha, a qual incluiu em seu Código de Processo Penal (*StPO*) o art. 276c, dando ao *Verständigüng* ou *Absprache* respaldo legal e definindo-o como um acordo firmado entre as partes (acusação e defesa) e o Juízo quanto ao patamar da pena. Já no ano de 2013, o Tribunal Constitucional alemão (*BVerfG*) julgou conjuntamente três processos nos quais se discutia a constitucionalidade do art. 276c do *StPO*; na ocasião, a Corte Suprema afastou as alegações de inconstitucionalidade por violações de direitos, fazendo, no entanto, alguns esclarecimentos sobre as condições de legalidade e validade dos acordos penais na Alemanha, que consistiram, em resumo, na afirmativa de necessidade da publicidade dos acordos, da sua congruência para com as discussões do processo e da existência de declaração voluntária e consciente por parte do réu, prevendo-se ainda a possibilidade de interposição de recurso nos casos de inobservância de tais pressupostos⁷⁶.

Na Espanha, destaca-se o instituto negocial da *conformidad*, mecanismo vocacionado ao encerramento antecipado do processo nos casos em que o réu se declara conformado com a pena reduzida pleiteada pela acusação ou com a mais grave delas, na hipótese de pluralidade de imputações.

A *conformidad* surgiu no contexto espanhol ainda no século XIX, por meio de diversos textos legais esparsos. Em um primeiro momento, não estabelecia a possibilidade de negociação entre as partes, permitindo apenas a finalização do processo penal quando o acusado espontaneamente se conformava com a acusação; era, portanto, um ato unilateral do réu (conformidade espontânea). Apenas em 1988 a *conformidad* se inseriu como um instituto de justiça penal negociada, isto é, como mecanismo negocial, quando passou a integrar o

⁷⁶ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 95-99.

procedimento abreviado, um daqueles previstos na legislação processual espanhola. A "conformidade negociada" aumentou os poderes do Ministério Público e teve como finalidades a economia e a celeridade processual, sob a justificativa de descongestionar os tribunais ao ampliar espaços de consenso que pudessem eliminar conflitos desnecessários⁷⁷.

A *conformidad* (negociada) é cabível nos casos cuja pena em concreto solicitada pela acusação não exceda a seis anos e naqueles para os quais estão previstas penas não privativas de liberdade. Além disso, existem restrições à sua aplicação levando-se em conta a gravidade do crime, aferida por sua pena em abstrato. Nesse sentido, como regra, a *conformidad* não é admitida para os crimes cuja pena privativa de liberdade em abstrato seja superior a nove anos.

Outrossim, as negociações para a prestação da *conformidad* são possíveis em variados momentos do processo penal espanhol, desde que após à fase de investigação, sendo viáveis no escrito da defesa (*en el escrito de calificaciones provisionales*), conjuntamente com os escritos da acusação (*conjuntamente com el escrito de calificaciones del Ministerio fiscal*) ou no início da sessão oral (*en las sesiones del juicio oral*). Uma vez celebrado o pacto para a *conformidad*, deverá o juiz realizar seu controle judicial, averiguando se decorre de ato puro, vale dizer, livre de condições, termo ou encargo; se a manifestação é personalíssima, voluntária (livre), consciente, formal e se há concorrência de vontades entre o defensor e o inculpado (*double garantia*) - pois um dos requisitos da *conformidad* é a concordância do advogado. Feito isso, se o magistrado espanhol entender que a *conformidad* não satisfaz seus pressupostos, a declarará inadmissível e o processo prosseguirá⁷⁸.

Em 2002, uma reforma parcial da legislação processual penal espanhola, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim), ampliou as hipóteses de *conformidad* negociada, passando a prever a *conformidad en la guardia* (também chamada de *conformidad premial*) e o *reconocimiento de hechos*. A *conformidad en la guardia* ou *conformidad premial* é um processamento rápido para determinados delitos, que possibilita ao acusado prestar *conformidad* mediante a redução de $\frac{1}{3}$ (um terço) da pena mutuamente acordada. Por sua vez, o *reconocimiento de hechos* é uma modalidade de *conformidad* negociada que pode ocorrer ainda na fase de investigação (ou de diligência prévia) do procedimento abreviado espanhol, na qual o investigado, assistido por seu defensor, presta conformidade e reconhece os fatos que lhe são imputados (ou seja, não se trata de negociação sobre a pena, mas sobre os fatos);

⁷⁷ *Idem*, p. 124-126.

⁷⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 83-84.

o *reconocimiento de hechos* transforma o procedimento abreviado em um juízo rápido, permitindo ao julgador ditar a sentença desde logo⁷⁹.

Na França, existem dois importantes mecanismos de justiça penal negociada, a composição penal e o comparecimento prévio para o reconhecimento de culpabilidade (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ou *plaider coupable*).

A composição penal francesa visa evitar o início do processo penal e encontra-se no ordenamento jurídico francês desde 1999. Tal mecanismo negocial possibilita ao Ministério Público propor ao investigado o cumprimento de algumas condições (v.g. pagamento de multa, perda dos instrumentos ou produtos do crime, prestação gratuita de serviços etc.) em troca do não oferecimento da acusação em seu desfavor. A composição penal só é aplicável às contravenções e delitos punidos com multa ou pena de até cinco anos de prisão, além do que tem como requisito essencial o reconhecimento da culpa e pode ser celebrada sem que o acusado esteja assistido por defensor⁸⁰.

Já o comparecimento para o reconhecimento prévio de culpabilidade é o instrumento negocial de finalização antecipada ou abreviada do processo penal já iniciado. Trata-se de acordo entabulado entre o Ministério Público e o imputado e seu defensor, tendo por objeto a aplicação da pena. Portanto, é o acordo sobre a sentença positivado pelo ordenamento jurídico francês⁸¹.

O comparecimento para o reconhecimento prévio de culpabilidade é aplicável aos delitos punidos com pena de multa isolada ou de prisão com duração igual ou inferior a cinco anos. Para que o acordo criminal seja celebrado, é indispensável a confissão ou reconhecimento dos fatos pelo réu, bem como a vítima deverá ser informada do procedimento, oportunizando-lhe atuar como parte civil e solicitar a reparação dos danos como uma das condições para que pacto surta seus efeitos.

Uma vez celebrado o acordo, o juiz verificará se a pena acordada se ajusta às circunstâncias da infração e à personalidade do agente. Se sim, o magistrado homologa o comparecimento prévio para o reconhecimento de culpabilidade, em decisão judicial que terá o efeito de uma condenação e estará suscetível a recurso. Do contrário, rejeitará o pacto e encaminhará os autos ao juiz do tribunal de instrução.

⁷⁹ *Idem*, p. 86-88. No mesmo sentido: DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 126.

⁸⁰ *Idem*, p. 75-76.

⁸¹ *Idem*, p. 79-80.

Na Itália, o principal mecanismo negocial é o *patteggiamento* ou *applicazione della pena su richiesta delle parti*.

O *patteggiamento* é o acordo sobre a sentença italiano e, assim, tem como finalidade a terminação antecipada do processo penal mediante a aplicação de uma pena acordada entre as partes.

Tal instituto negocial teve sua origem em 1988, quando da reforma da legislação inquisitorial italiana. O *patteggiamento* sucedeu um instrumento congênere antes previsto na Lei italiana 689/1981, o qual também tinha como objetivo simplificar e dar celeridade ao processo penal, bem como "despenalizar" certos ilícitos de menor gravidade⁸².

O âmbito de aplicação do *patteggiamento* foi bastante ampliado ao longo do tempo. Em reforma ocorrida na legislação penal italiana no ano de 2003, a possibilidade de sua aplicação foi estendida para os casos nos quais a pena privativa de liberdade cabível para o caso concreto, após a redução de até 1/3, não excedesse a cinco anos, o que ficou conhecido como *patteggiamento allargato*.

O *patteggiamento* se destaca pelo controle judicial em sua sistemática, que é mais ativo do que em outros países que adotam mecanismos semelhantes. No *patteggiamento*, o controle exercido pelo magistrado não é apenas formal, isto é, não se resume à verificação da presença de pressupostos como a voluntariedade do acusado, por exemplo. Na verdade, existe um controle judicial substancial sobre o acordo, podendo o julgador inclusive absolver o réu antes da apreciação das condições do negócio. Por isso, afirma-se que a vinculação do juiz italiano ao *patteggiamento* é sempre parcial.

Por fim, em Portugal, também podem ser encontrados relevantes mecanismos negociais.

O processo penal lusitano seguiu a tendência de outros países europeus e veio a adotar instrumentos de justiça penal negociada. Em um primeiro momento, tais instrumentos foram reservados à pequena criminalidade. Mais tarde, visando expandir os espaços de oportunidade/consenso no ordenamento jurídico português, pautando-se pelo critério de diversão e visando contemplar os ideais de efetividade e de eficiência no funcionamento do sistema de justiça criminal, o legislador lusitano ampliou os mecanismos negociais para abarcar também a média criminalidade, o que fez com a reforma processual penal estabelecida com o advento da Lei 48/2007.

⁸² DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 109-112.

No ordenamento jurídico lusitano, existem quatro relevantes mecanismos negociais: a suspensão provisória do processo; o procedimento sumaríssimo; a mediação penal de adultos; e a colaboração processual ou arrependimento.

Primeiro, a suspensão provisória do processo consiste em um mecanismo negocial por meio do qual, em havendo acordo entre o Ministério e o acusado, devidamente homologado pelo juiz, o processo penal é sobrestado por determinado período, evitando-se o seu prosseguimento. A suspensão provisória depende da satisfação de certos requisitos e do cumprimento de condições fixadas em lei⁸³.

Desde a reforma do processo penal português implementada pela Lei 48/2007, a suspensão provisória é admitida nos crimes puníveis com pena de prisão não superior a cinco anos, tendo em conta, portanto, a pena máxima cominada ao delito.

O pacto para a suspensão provisória do processo poderá ser celebrado tanto na fase do inquérito como na fase da ação penal e o início das tratativas se dará por iniciativa do Ministério Público lusitano, de ofício, ou mediante requerimento do acusado ou investigado. Segundo Flávio da Silva Andrade, uma vez iniciada as tratativas, a suspensão do processo dependerá de um “consentimento alargado”, porque para que o acordo criminal subsista serão necessárias as concordâncias do juiz de instrução, do arguido (acusado ou investigado) e do assistente de acusação (vítima que intervém nos autos), se existir⁸⁴.

Como condição para a suspensão provisória, o Ministério Público poderá estipular ao arguido o cumprimento daquilo que a legislação lusitana denomina de “injunções e regras de conduta”. As injunções e regras de conduta devem observância à legalidade penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), de modo que o Ministério Público só poderá estabelecer ao acusado ou investigado o cumprimento daquelas expressamente previstas em lei (v.g. indenizar o lesado, dar ao lesado satisfação moral adequada, não exercer determinadas profissões etc.). Ainda assim, o Código de Processo Penal português não confere às injunções e regras de conduta a natureza jurídica de penas, conceituando-as como “sanções de índole especial não penal”.

Nos termos do art. 281, 4, do Código de Processo Penal lusitano, o juiz da instrução deve fiscalizar a legalidade e adequação das medidas propostas pelo Ministério Público, verificando sobretudo se não ofendem a “dignidade do arguido”, assim como se o consentimento do acusado ou investigado é livre e consciente. No contexto da suspensão

⁸³ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 144-149.

⁸⁴ *Idem*, p. 145.

provisória, a função do juiz português assume extrema relevância e, nessa linha, o entendimento jurisprudencial local é o de que a decisão que rejeita o acordo é insuscetível de recurso, ainda que o pacto tenha sido celebrado com o consentimento do arguido e do assistente⁸⁵.

A suspensão provisória poderá durar até dois anos, podendo chegar a cinco anos nas hipóteses de crimes de violência doméstica e de crime contra a liberdade sexual e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado. Além disso, o prazo prescricional não corre no período de suspensão do processo.

Findo o período da suspensão, se imporá o arquivamento do processo penal caso o acusado ou investigado tenha cumprido as injunções e regras de conduta. Se o arguido não as cumprir ou se cometer crimes da mesma natureza e por eles for condenado, haverá a revogação da suspensão provisória. Antes de eventual revogação pelo descumprimento das condições, o arguido deverá ser ouvido e, se for o caso, o juiz poderá revisar as injunções e regras de conduta aplicadas e prorrogar o prazo de suspensão até o limite legal.

Segundo, outro mecanismo negocial português é o procedimento sumaríssimo. Tal mecanismo volta-se ao acordo sobre a pena a partir da concordância ou não do acusado quanto aos fatos imputados pelo Ministério Público. Trata-se de instituto aplicável aos crimes de menor gravidade e que permite a resolução do conflito penal por meio do acordo de vontades, dispensando a instrução probatória e o julgamento tradicional⁸⁶.

A aplicação do procedimento sumaríssimo depende da iniciativa do Ministério Público lusitano, a partir da qual ocorrerão as tratativas. Quanto ao momento processual, o Ministério Público deverá, se for o caso, requerer o procedimento sumaríssimo logo após a conclusão do inquérito. O requerimento será promovido ao juiz e, junto a ele, o órgão de acusação apresentará ao investigado uma proposta de sanção (pena) não privativa de liberdade. Somando-se à proposta do Ministério Público, prevalece que a vítima poderá manifestar-se na intenção de obter a reparação dos danos sofridos.

Há também controle judicial no procedimento sumaríssimo. O juiz poderá rejeitar o requerimento do Ministério Público se o procedimento não for legalmente admissível, se for manifestamente infundado e/ou se entender que a sanção proposta não é adequada ou que é insuficiente às finalidades da punição. Nos casos de rejeição, o juiz poderá, de ofício, modificar a proposta de sanção, se esse for o motivo da discordância, ou encaminhar o

⁸⁵ *Idem*, p. 148.

⁸⁶ *Idem*, p. 149-154.

processo a outra via, quando o requerimento do Ministério Público valerá como uma acusação formal.

Caso o juiz lusitano conheça do requerimento do Ministério Público, mandará notificar o acusado para se manifestar no prazo de quinze dias, dando-se também ciência ao seu defensor. Não se promoverá audiência para a homologação do acordo e, desse modo, o pacto poderá ser celebrado via petições. Se o acordo for celebrado, valerá como uma verdadeira condenação, diferentemente da suspensão provisória do processo. Lado outro, se for rejeitado pelo arguido, o processo penal será encaminhado à via comum e a proposta de sanção do Ministério Público valerá como uma acusação formal, nos mesmos moldes de quando a proposta é rejeitada pelo juiz.

Terceiro, tem-se a mediação penal de adultos. A mediação penal de adultos consiste em um processo informal e flexível, conduzido por um mediador, a quem compete promover a aproximação entre ofendido e arguido, a fim de solucionar o conflito⁸⁷.

A mediação penal de adultos ocorre ainda na fase policial (ou de inquérito) e as partes (investigado e vítima) poderão estipular o conteúdo do acordo criminal (v.g. prestação de serviço à comunidade, reparação de danos etc.), desde que nele não se inclua a aplicação de sanções privativas de liberdade, deveres que ofendam a dignidade do arguido ou medidas cujo cumprimento se prolongue para além de seis meses. Celebrado o acordo, ele valerá como uma renúncia à queixa por parte do ofendido, que, no entanto, poderá renová-la no prazo de um mês se o arguido descumprir a avença. Para o ajuste, é dispensável a presença de advogado.

O controle da mediação penal de adultos é realizado pelo Ministério Público lusitano, o qual verificará se o acordo está em conformidade com a lei e, se sim, homologará a desistência da queixa. Ou seja, não há controle judicial na mediação, sendo o Ministério Público lusitano aquele incumbido de intervir para o controle de legalidade da avença.

Quarto e último, há no ordenamento jurídico português a colaboração processual ou arrependimento. Cuida-se de mecanismo negocial premial, que prevê a atenuação ou dispensa da pena em favor do acusado ou investigado que auxilie concretamente as autoridades na obtenção de provas contra outros investigados ou co-réus⁸⁸.

A colaboração processual ou arrependimento encontra previsão legal nas leis portuguesas destinadas ao combate às drogas (Decreto-lei n. 15/1993), ao combate à

⁸⁷ *Idem*, p. 154-156.

⁸⁸ *Idem*, p. 157-158.

criminalidade econômica e financeira (Lei n. 36/1994) e ao combate ao terrorismo (Lei n. 52/2003).

Ademais, na colaboração processual ou arrependimento, é indispensável a confissão do investigado ou acusado, bem como a apresentação de outros elementos probatórios quanto à sua culpa e a dos demais agentes que integram a organização criminosa.

Sobre os mecanismos negociais no ordenamento jurídico português, cabem ainda algumas considerações, mesmo que breves, sobre a tentativa de implementação do acordo sobre a sentença por iniciativa própria do Ministério Público lusitano.

Em território lusitano, a tentativa de instituição do acordo sobre a sentença penal por iniciativa do Ministério Público ocorreu por influência da doutrina, mais precisamente pela influência das ideias de Jorge Dias Figueiredo. Na obra “Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo ‘princípio’?”, Figueiredo propôs que o Ministério Público português, com a aquiescência dos juízes, estipulasse na prática forense acordos criminais com a finalidade de se obter a terminação antecipada do processo com a aplicação imediata da sanção (pena) privativa de liberdade, dispensando-se o perfazimento de todas as etapas do procedimento penal, em busca de um novo caminho para a solução dos conflitos no cenário lusitano.

A ideia do autor português foi bem recepcionada pela Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa e pela Procuradoria-Geral de Coimbra, que editaram os seus respectivos atos normativos regulamentando o acordo.

Contudo, o acordo sobre a sentença foi rejeitado quando apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Em 2012, a Corte Suprema portuguesa anulou sentenças por entender que os tais acordos criminais são inadmissíveis em razão da ausência autorização legal, expressa e específica para além do procedimento sumaríssimo⁸⁹.

Assim, percebe-se que os mecanismos negociais têm sido introduzidos com diferentes feições em diferentes ordenamentos jurídicos dos países europeus-continentais. Isso demonstra que, de uma forma ou de outra, a justiça penal negociada tem se expandido sobre a Europa Continental em observância às peculiaridades dos sistemas jurídicos de tradição romano germânica lá existentes. Exemplo disso é a “legalização” dos instrumentos negociais; todos os mecanismos negociais nos ordenamentos jurídicos europeus-continentais hoje estão previstos em lei, respeitando-se o princípio da legalidade. Como se viu, na Alemanha, ainda que os acordos sobre a sentença tenham surgido de forma informal, foram posteriormente

⁸⁹ *Idem*, p. 162.

submetidos à legalidade. Algo semelhante ocorreu em Portugal, em que os acordos informais foram rejeitados pela ausência de autorização legal. Nota-se ainda que, em geral, no modelo europeu-continental de justiça penal negociada tem se conferido maior prestígio ao controle judicial do que no modelo norte-americano, bem como que a possibilidade de celebração dos acordos é restringida à pequena e média criminalidade. Enfim, apesar de influenciado pelo modelo norte-americano, o modelo europeu-continental de justiça penal negociada tem se desenvolvido de modo a adaptar a solução acordada com a sua tradição jurídica, sem perder de vista as características de seu arquétipo de Estado de Direito. Aliás, isso confirma a posição de Pedro Nogueira, para quem “os sistemas jurídicos traçam, em maior ou (menor) medida, os espaços e os limites para que os sujeitos processuais do processo possam celebrar convenções processuais”⁹⁰.

2.5.3. O MODELO LATINO-AMERICANO DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Na América Latina, países como Argentina, Brasil, Chile e Peru têm seguido a tendência de expansão da justiça penal negociada.

Neste subtópico, se optará por não abordar os mecanismos negociais brasileiros, que serão apresentados em outro momento, em separado. Nesta parte do trabalho, se fará uma abordagem geral dos institutos de justiça penal negociada adotados em alguns dos demais países latino-americanos.

As legislações processuais penais da América Latina adotam, em geral, o *juicio abreviado* como principal mecanismo negocial. Trata-se de um acordo ou transação sobre a pena firmado entre a acusação e o imputado, assistido por seu defensor. Tal acordo depende da confissão do acusado ou investigado, para assim viabilizar a dispensa da fase probatória em favor da imediata prolação da sentença penal condenatória.

Flávio da Silva Andrade explica que o *juicio abreviado* não deve ser confundido com um juízo sumário ou acelerado, como se fosse um rito processual pautado na celeridade e simplificação de formas, porque se trata, na verdade, de um procedimento destino à resolução antecipada da causa penal com base num acordo⁹¹.

O *juicio abreviado* constou do “Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América”, produzido na década de 80 com a intenção de propor mudanças nas

⁹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 261.

⁹¹ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 89.

legislações processuais penais latino-americanos, então marcadas pela inquisitorialidade em todas as etapas do procedimento criminal, Segundo Andrade, o projeto influenciou a adoção do *juicio abreviado* em vários países da América Latina a partir da década de 90⁹².

Atualmente, o *juicio abreviado* está presente nos ordenamentos jurídicos da Argentina, da Bolívia, do Chile, da Costa Rica, de El Salvador, da Guatemala, do Peru, da Venezuela, entre outros. Em cada um deles, são diferentes os critérios legais fixados para a celebração do acordo.

Na Argentina, o *juicio abreviado* está previsto no Código Processual Penal da Nação e é cabível nos casos em que o Ministério Público solicitar uma pena privativa de liberdade inferior a seis anos ou uma pena diversa de prisão. No Chile, positivado na legislação processual daquele país, o *juicio abreviado* tem cabimento quando a pena concreta solicitada pela acusação não ultrapassar a cinco anos ou não se tratar de pena privativa de liberdade. E na Guatemala, o referido mecanismo negocial tem aplicação nos mesmos moldes do ordenamento jurídico chileno, ou seja, nas situações em que a pena pleiteada pela acusação não é privativa de liberdade ou, quando for, não ultrapassa o limite de cinco anos.

Em alguns casos, o *juicio abreviado* recebe outras nomenclaturas. É o que ocorre no Peru, onde o *juicio abreviado* é chamado de *proceso por terminación anticipada*, que não possui limites pré-estabelecidos para sua celebração, podendo as partes lhe celebrarem em todos os processos que envolvam crimes de ação penal pública. Na Venezuela, onde é chamado de *procedimiento especial de admisión de fatos*, o acordo também pode ser celebrado sem restrições em relação ao crime sob julgamento, o que igualmente ocorre na Costa Rica e em Honduras (país no qual o pacto é cabível inclusive no homicídio e no tráfico de drogas). Em todas essas situações, porém, mesmo sem limites quanto ao delito, o *juicio abreviado* está expressamente previsto nas respectivas leis processuais dos diferentes países.

Na Bolívia e na Costa Rica, ainda, o *juicio abreviado* se caracteriza em virtude da maior possibilidade da intervenção da vítima no acordo, que poderá se opor a ele e impedir sua celebração.

Portanto, nota-se que a justiça penal negociada também é tendência na América Latina, sem, no entanto, deixar de se moldar às características dos ordenamentos jurídicos latino-americanos. Como se viu, a implementação de mecanismos negociais nos países que formam o continente têm se pautado pela legalidade, por exemplo. O *juicio abreviado* consta

⁹² *Idem*, p. 89-90.

expressamente das legislações processuais penais latino-americanas, em que pese os diferentes critérios legais previstos em cada uma delas.

2.6. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO BRASILEIRO

2.6.1. O SURGIMENTO E OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

Depois de abordar a forma de manifestação da justiça penal negociada no direito comparado e, com isso, apreender os principais históricos e mecanismos negociais presentes nos modelos norte-americano, europeu-continental e dos demais países da América Latina, cumpre enfocar os acordos criminais na experiência brasileira.

Assim como os demais países latino-americanos, o Brasil atualmente tem em seu ordenamento jurídico diferentes mecanismos negociais passíveis de aplicação no processo penal. No ordenamento jurídico brasileiro existem instrumentos negociais destinados à não instauração ou à evitação do processo-crime (v.g. transação penal e acordo de não persecução penal); à suspensão do processo, com imposição de condições ao acusado (v.g. suspensão condicional do processo); e à concessão de benefícios processuais ao acusado que auxiliar substancialmente a apuração, processamento e julgamento de crimes (v.g. colaboração premiada).

A tendência de expansão da justiça penal negociada em território brasileiro não é historicamente recente. Ainda na década de 50, logo após a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal, de 1941, Hélio Tornaghi já difundia sua defesa às celebrações de convenções processuais em matéria penal⁹³. Inclusive, do anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado por Tornaghi, concluído em 1963, constou a previsão de acordos criminais, que à época não foram efetivamente implementados em razão da ausência de seu encaminhamento à apreciação e aprovação do Poder Legislativo⁹⁴.

Além do anteprojeto de Tornaghi, o anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado mais tarde por Frederico Marques, em 1981, também trouxe consigo a previsão de instrumento negocial a ser aplicado para a solução de casos criminais. O anteprojeto de

⁹³ TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 16.

⁹⁴ O art. 18 do Anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado por Tornaghi definia negócio jurídico processual como “toda manifestação de vontade de que resulte consequência relevante para o processo” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 172).

Marques propôs a extinção do processo sem julgamento de mérito se o acusado aceitasse, em sua resposta formal/resposta à acusação, o pagamento de multa, que seria fixada pelo juiz. O trabalho encabeçado por Marques igualmente não obteve êxito, o que travancou a implementação do mecanismo naquele momento⁹⁵.

Mas foi de fato a CRFB de 1988 que, embora sem introduzi-lo, permitiu a instituição do primeiro mecanismo negocial no ordenamento jurídico brasileiro, quando determinou a criação dos juizados especiais criminais e possibilitou ao legislador infraconstitucional a criação da transação penal. Em seu art. 98, I, a Constituição previu a criação de juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação. A previsão constitucional que conferiu permissão à transação em matéria penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo foi decisiva para a deflagração de uma justiça penal negociada no Brasil, ao reconhecer expressamente a possibilidade de implementação de espaços de consenso no processo penal brasileiro.

Na esteira de tal previsão constitucional, o legislador brasileiro promulgou a Lei n. 9.099/1995 para definitivamente instituir e regulamentar a transação penal nos juizados especiais criminais. A Lei n. 9.099/1995 é reputada como o “marco principal da justiça consensual no campo jurídico brasileiro” e estruturou um “microsistema processual” voltado a favorecer a celeridade e a eficiência no julgamento de casos penais⁹⁶. Para além da transação penal, a referida legislação trouxe também dois outros mecanismos negociais, que se somaram ao instituto expressamente reconhecido pela Constituição, qual seja, a composição dos danos civis e a suspensão condicional do processo.

Portanto, desde a Lei n. 9.099/1995, existem nos juizados especiais criminais três institutos que permitem modalidades distintas de acordos em matéria penal: a transação penal, a composição dos danos civis e a suspensão condicional do processo.

A transação penal e a composição civil dos danos aplicam-se às infrações de menor potencial ofensivo - dentre as quais estão os crimes cuja pena máxima não ultrapassam dois anos, as contravenções penais (art. 61 da Lei n. 9.099/1995) e o porte de drogas para consumo pessoal (art. 48, § 1º, da Lei n. 11.343/2006) - e ocorrem em audiência preliminar,

⁹⁵ GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo Lemos. Juizados Especiais Criminais. Lei n. 9.099/95. Comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41-42.

⁹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 100-101. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

anteriormente ao oferecimento da acusação, constituindo assim instrumentos voltados à não instauração ou evitação do processo. A composição dos danos civis é possível nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada e consiste no mecanismo por meio do qual autor e vítima acordam a reparação do dano decorrente da infração penal; a composição dos danos dependerá de homologação judicial, a qual, se ocorrer, valerá como título a ser executado no juízo cível e acarretará na renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 72 a 74 da Lei n. 9.099/1995). Já a transação penal terá lugar nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada ou da ausência de conciliação entre autor e vítima para a composição dos danos civis. Por meio da transação penal, o Ministério Público poderá propor ao autor a imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (penas alternativas), proposta que, se aceita e homologada pelo juiz, encerrará o processo sem sentença penal condenatória (art. 72 e 76 da Lei n. 9.099/1995).

O terceiro instituto previsto pela Lei n. 9.099/1995, a suspensão condicional do processo, se assemelha à suspensão provisória portuguesa e não se restringe às infrações de menor potencial ofensivo, diferentemente da composição dos danos civis e da transação penal. A suspensão condicional do processo é aplicável a crimes cuja pena mínima não ultrapassem a um ano - inclusive àqueles que não seguem o procedimento sumaríssimo - e consiste em um acordo celebrado entre o Ministério Público e o acusado que satisfaça determinados requisitos previstos em lei. A suspensão condicional do processo é proposta pelo Ministério Público junto ao oferecimento da denúncia, estipulando-se ao acusado o cumprimento de medidas restritivas de direitos (condições). Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o juiz, depois de receber a denúncia, poderá suspender o processo pelo período de dois a quatro anos. O período da suspensão é chamado de “período de prova” e, no seu curso, o acusado estará obrigado a cumprir com as condições acordadas. No curso do “período de prova”, a suspensão do processo deverá ser revogada se o acusado for processado por outro crime ou não reparar o dano (revogação obrigatória), além do que poderá ter sua revogação decretada pelo juiz caso as condições sejam descumpridas ou venha o denunciado a ser processado por contravenção penal (revogação facultativa). Se o “período de prova” escoar sem que haja a revogação da suspensão, o juiz declarará a extinção da punibilidade do fato.

A Lei n. 9.099/1995 abriu o caminho para a justiça penal negociada e, em 1999, a Lei n. 9.807 (Lei de Proteção a Testemunhas) introduziu um novo mecanismo negocial ao ordenamento jurídico brasileiro: a colaboração premiada. Mais recentemente, a Lei n.

12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa) conferiu regulamentação minuciosa ao instituto e o tratou expressamente como convenção processual.

A colaboração premiada está inserida no âmbito do chamado “direito premial” e consiste em um acordo celebrado entre o Ministério Público e o acusado ou investigado para facilitar a apuração e o processamento de determinados delitos. Pelo acordo, o colaborador que auxiliar substancialmente o desvelamento do delito, reconhecendo fatos e indicando provas da culpa de outros investigados, é agraciado com um benefício, que pode ser o arquivamento do procedimento investigatório quanto a si (não oferecimento da denúncia), a isenção da pena ou a sua redução em uma eventual sentença condenatória.

A colaboração premiada é aplicável apenas aos crimes cometidos no contexto de organizações criminosas e a sua finalidade é tanto facilitar a apuração de fatos como evitar a prática de novas infrações penais mediante o desmantelamento do crime organizado.

Recentemente, a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro outro mecanismo negocial voltado à não instauração ou evitação do processo penal: o acordo de não persecução penal.

O acordo de não persecução penal constitui uma ampliação dos mecanismos negociais à média criminalidade no Brasil. O referido instrumento negocial permite ao Ministério Público acordar com o investigado o não oferecimento da denúncia para crimes com pena mínima cominada inferior a quatro anos e cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que eles satisfaçam alguns requisitos previstos em lei e confessem “formal e circunstanciadamente” a prática da infração e aceitem determinadas condições, as quais podem incluir a reparação do dano, renúncia a bens e direitos, prestação pecuniária, prestação de serviço à comunidade, entre outras. Uma vez celebrado, o ajuste dependerá de homologação judicial a ser realizada em audiência e, se cumprido pelo investigado, terá como consequência a extinção da punibilidade do fato.

Atualmente, como visto, o acordo de não persecução penal está expressamente previsto na legislação processual. Em 2019, a Lei n. 13.964 alterou o Código de Processo Penal de 1941 para nele introduzir tal mecanismo negocial, submetendo-o à legalidade. Entretanto, antes mesmo de sua previsão legal, o acordo de não persecução penal já era uma realidade na prática forense, sendo que o histórico de seu surgimento se assemelha em alguma medida com aquele do *Verständigung* ou *Absprache* e do acordo sobre a sentença português.

Em um primeiro momento, atendendo a um anseio que já há muito existia entre os integrantes do Ministério Público brasileiro, o acordo de não persecução penal foi viabilizado

pelo art. 18 da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) - alterado pela Resolução n. 183/2018, também do CNMP -, o qual permitiu que seus membros o propusessem e o celebrassem⁹⁷. Ou seja, pode-se afirmar que o acordo de não persecução penal nasceu por iniciativa própria do órgão de acusação oficial do Estado brasileiro, a despeito da ausência de previsão legislativa.

A prática sofreu, porém, forte resistência no meio jurídico. A Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) foi impugnada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de ações diretas de inconstitucionalidade movidas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI n. 5790) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI n. 5793). Em tais ações de controle concentrado de constitucionalidade, foram apontadas inconstitucionalidades formal (usurpação de competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito processual - art. 22, I, da CRFB/1988) e material (violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública - art. 129, I, da CRFB/1988) impeditivas da introdução do mecanismo negocial sem amparo legal. Além disso, a maioria dos juízes criminais brasileiros negaram homologação aos acordos criminais celebrados com base na referida resolução do CNMP⁹⁸.

Por isso, para aparar as arestas, o “Pacote Anticrime” trouxe consigo o art. 28-A, introduzido ao Código de Processo Penal, disciplinando os requisitos e procedimentos do acordo de não persecução penal.

Por fim, para além dos instrumentos negociais já existentes - composição dos danos civis, transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e acordo de não persecução penal -, há constantes tentativas de implementação do acordo sobre a sentença no ordenamento jurídico brasileiro. Existem diversos projetos de lei que tramitaram ou tramitam no Congresso Nacional a fim de instituir o acordo sobre a sentença. O acordo sobre a sentença constou do PLS 156/2009 (Projeto de Novo Código de Processo Penal), sob o nome “procedimento sumaríssimo”, e do PLS 236/2012, quando foi chamado de “barganha”, porém sem êxito. Além disso, o “Pacote Anticrime” buscou introduzi-lo junto ao acordo de não persecução penal, mas o dispositivo que o previa foi retirado pelo Grupo de Trabalho da Câmara dos Deputados que o analisava. Hoje, a única proposta que tramita no

⁹⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 240. No mesmo sentido: DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença* / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 69; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro* / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 139.

⁹⁸ *Idem*, p. 240-241.

Congresso Nacional e busca regulamentar o acordo sobre a sentença é o Projeto de Novo Código de Processo Penal⁹⁹.

2.6.2. A APROXIMAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

É possível perceber algumas características comuns entre os mecanismos negociais adotados pelo ordenamento jurídico penal brasileiro, os quais lhes aproximam e estruturam a justiça penal negociada no Brasil. Em geral, tais características comuns podem ser resumidas no fato de que, atualmente, todos os instrumentos negociais brasileiros possuem seus respectivos requisitos e procedimentos pré-fixados em lei.

No âmbito dos juizados especiais criminais, por exemplo, a Lei n. 9.099/1995 trouxe consigo pressupostos a serem satisfeitos para a transação penal e para a suspensão condicional do processo. Como primeiro requisito, tratou de restringir os acordos considerando-se a gravidade da infração, permitindo a celebração da transação penal apenas para as infrações de menor potencial ofensivo e possibilitando a suspensão condicional do processo tão somente para aquelas cuja pena mínima em abstrato seja igual ou inferior a um ano. Além disso, vedou a transação penal para os investigados reincidentes, para aqueles que dela já tenham se beneficiado nos últimos cinco anos e àqueles que possuam circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime) desabonadoras; bem como a suspensão condicional do processo aos acusados que estão ou já tenham sido processados criminalmente e/ou que tenham circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime) desfavoráveis.

O art. 28-A do Código de Processo Penal - introduzido pela Lei n. 13.964/2019 - fez o mesmo com o acordo de não persecução penal. Por expressa determinação legal, o acordo de não persecução penal tem seu cabimento restringido à média criminalidade - crimes pena mínima inferior à quatro anos - e a crimes sem violência ou grave ameaça a pessoa, além do que é vedada sua celebração quando o investigado for reincidente ou existam elementos probatórios que indiquem sua conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (salvo se insignificantes as infrações pretéritas), se tiver ele se beneficiado do acordo ou de outros

⁹⁹ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 69-70.

mecanismos negociais nos últimos cinco anos e se o crime tiver sido praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Outrossim, as diversas legislações promoveram uma procedimentalização dos acordos criminais, estabelecendo diversos atos e etapas a serem observadas em suas celebrações.

A composição dos danos civis, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal exigem homologação judicial, audiência designada para tal fim e assistência do acusado ou investigado por defensor técnico.

Nota-se que o controle judicial é elemento indispensável para os mecanismos negociais no Brasil, pois todos eles carecem de homologação pelo juiz. Por exemplo, na colaboração premiada o acordo deverá ser remetido ao magistrado para análise, que deverá ouvir o colaborador, acompanhado de seu defensor, e verificar a regularidade e legalidade da convenção processual, a adequação dos benefícios pactuados entre as partes e se de fato as informações e elementos de prova indicados pelo beneficiado contribuem com o resultado da persecução punitiva (adequação dos resultados da colaboração).

Assim, o sistema jurídico brasileiro tem claramente conformado a justiça penal negociada à sua maneira. A legislação processual tem estabelecido os espaços e os limites para que os sujeitos processuais possam celebrar convenções processuais em matéria penal, fazendo a opção pela previsão de pressupostos e procedimentos específicos a serem adotados pelos atores processuais. A própria “legalização” dos mecanismos negociais no Brasil demonstra que o legislador tem optado por criar espaços de oportunidade e consenso regrados ou regulamentados, limitando a discricionariedade do Ministério Público no que diz respeito à celebração dos acordos criminais.

2.7. AS CONTROVÉRSIAS E CRÍTICAS À TENDÊNCIA DE EXPANSÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Nos últimos subtópicos, quando se tratou das tensões da justiça penal negociada para com o modelo tradicional de processo penal e com ordenamentos jurídicos pautados nas noções de legalidade processual e obrigatoriedade da ação penal pública, pôde-se perceber e inclusive foram apontadas algumas das controvérsias e críticas decorrentes da expansão do modelo comercial pelo mundo e sobre diferentes sistemas jurídicos. O mesmo ocorreu quando

foram apresentados os fatores de emergências e os fundamentos legitimadores (pragmáticos e axiológicos) dos mecanismos negociais no processo penal.

Nesta parte do trabalho, pretende-se destacar algumas outras importantes controvérsias e críticas. Os pontos controvertidos do modelo negocial são extremamente amplos e, considerando-se os limites da pesquisa realizada, optou-se por abordar alguns poucos enquanto recorte dessa realidade. Nesse recorte, se tomará como parâmetro as controvérsias e críticas apontadas em trabalho realizado por Flávio da Silva Andrade, que podem ser extraídas e sistematizadas da seguinte forma: ofensa aos princípios informadores do direito processual penal; renúncia a direitos e garantias fundamentais; desigualdade entre as partes e ausência de real voluntariedade nos acordos criminais; o deslocamento do eixo decisório para o Ministério Público; e a mercantilização e informalização do processo penal¹⁰⁰.

Nos próximos subtópicos, serão dissecadas cada uma das controvérsias e críticas assinaladas, fazendo-se sobre elas as considerações necessárias.

2.7.1. AS OFENSAS AOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL NO MODELO NEGOCIAL

Um dos principais pontos controvertidos relacionados à justiça penal negociada é o apontamento comum de que ela constitui violação aos princípios informadores do processo penal, como aos princípios da presunção de inocência, do privilégio contra a autoincriminação e da ampla defesa, incluindo os direitos ao contraditório e à produção de provas.

Em resumo, aponta-se que tal ofensa existe porque ao celebrarem os acordos criminais os acusados ou investigados renunciam ao direito de se presumirem inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que por vezes não será prolatada em razão da convenção processual; ao direito de não se incriminarem quando, por exemplo, confessam a prática do crime ou reconhecerem o fato; e ao contraditório, à ampla defesa e à produção de provas ao se comprometerem a não exercitarem as atividades processuais que lhe seriam possíveis no curso do procedimento penal.

Nesse sentido, mencionado por Flávio da Silva Andrade, Nestor Távora afirma que os mecanismos negociais implicam a desconstrução do processo penal, desgarrando-o do núcleo

¹⁰⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 94-119.

mínimo de garantias constitucionais do acusado¹⁰¹. Em sentido parecido, ao dar maior enfoque ao *plea bargaining*, ou seja, ao modelo norte-americano de justiça penal negociada, Vinicius Gomes de Vasconcellos aponta que o modelo comercial traria consigo um caráter autoritário ao processo e acarretaria em seu desaparecimento e do direito de defesa¹⁰².

Compreende-se os questionamentos. No entanto, discorda-se do fato de que a manifestação de vontade do acusado no sentido de reconhecer sua culpa por ocasião da convenção processual violaria os princípios assinalados. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, já há muito permite ao acusado renunciar ao privilégio à autoincriminação, como no caso do teste de alcoolemia nos crimes de trânsito, e inclusive viabiliza ao réu confessar as infrações que lhe são imputadas e assim romper com a lógica adversarial do processo, o que aliás é comumente apontado para sustentar-se a inexistência de uma possível “lide penal”. Da mesma forma, pelo menos no Brasil, nos acordos criminais que acarretam a não instauração do processo, o investigado não negocia sua presunção de inocência, já que a transação penal e o acordo de não persecução penal celebrados não devem constar da certidão de antecedentes acessível ao público em geral.

O que se deve questionar não é se o acusado ou investigado pode, mediante sua própria vontade, deixar de exercer direitos como a não autoincriminação, mas sim as condições necessárias para tal. Para evitar ofensas a princípios tão caros ao processo penal, é preciso bem limitar e delimitar os espaços de oportunidade e consenso, estabelecendo-se, a título exemplo, procedimentos específicos, que prevejam critérios e audiências especiais capazes de viabilizarem o controle judicial e o aferimento da voluntariedade nos acordos criminais.

Ainda sobre configurar a justiça penal negociada ofensa aos princípios reitores do processo penal, é comum encontrar a afirmativa de que, por dispensarem a produção de provas, os mecanismos negociais no processo penal podem comprometer o alcance da verdade e a realização da justiça¹⁰³.

Porém, embora a verdade deva ser buscada pelo processo penal, ainda que não a malfadada “verdade real”, é preciso ter em mente que a instrução processual integral nem sempre alcançará a melhor reconstrução dos fatos. De fato, é relevante se atentar para o risco

¹⁰¹ TÁVORA, Nestor. Princípio da Adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 192; ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 97.

¹⁰² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 170-175.

¹⁰³ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 104.

de condenação de inocentes e, justamente por isso, a confissão não deve ser tomada com o bastante para a demonstração da base fática a respaldar o acordo. No controle judicial, para além da confissão, o juiz deve verificar se existem elementos que com ela confluem, nos mesmos moldes do que ocorreria se o processo penal seguisse todas as suas etapas.

2.7.2. A RENÚNCIA A DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO MODELO NEGOCIAL

Como corolário da crítica segunda a qual a justiça penal negociada seria responsável por violações aos princípios informadores do processo penal, tem-se o apontamento de que os mecanismos negociais, pautados no autorregramento de vontades, dariam ensejo a uma odiosa e inconstitucional renúncia a direitos e garantias fundamentais por parte do acusado ou investigado.

Tal afirmativa deu força à discussão que já há muito existia sobre a (im)possibilidade da renúncia a direitos fundamentais. Obviamente, ao celebrar acordos criminais, o acusado ou investigado promove sua renúncia a ao menos uma parcela de seus direitos fundamentais (v.g. não autoincriminação) e, em face disso, é preciso verificar se tal situação é possível ou não, se está ou não em conformidade com o ordenamento jurídico.

Desde a perspectiva do direito positivo, os direitos fundamentais são definidos como direitos ou valores da pessoa humana que foram positivados - postos pelo Estado - na Constituição (formal ou material) de um país. George Marmelstein destaca que os direitos fundamentais contam com um notório conteúdo ético, porque, no aspecto material, estão conectados à dignidade da pessoa humana e representam limites ao poder estatal, daí porque os conceitua como sendo “[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação ao poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”¹⁰⁴. Portanto, são direitos subjetivos que vinculam a atividade do Estado e que conferem prerrogativas exercitáveis por seus titulares em face dele.

A doutrina tradicional foi responsável por firmar a premissa - ou o dogma - de que os direitos fundamentais são inalienáveis e irrenunciáveis, não podendo-se deles dispor em nenhuma ocasião. A compreensão tem como substrato a defesa de que a supremacia do interesse público imporia uma espécie de dever de exercício de direitos fundamentais.

¹⁰⁴ MARMELSTEIN, George. Curso de Direito Fundamentais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18-19.

Amparado em Marcelo Duque, Flávio da Silva Andrade afirma que tal entendimento contempla somente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, esquecendo-se de sua dimensão subjetiva, ou seja, sem levar em conta a autonomia de seu titular¹⁰⁵.

Atualmente, tem ganhado corpo a defesa pela possibilidade de renúncia ao exercício de direitos fundamentais, para reconhecer ao seu titular a faculdade de decidir se quer recorrer ou não a eles. Em resumo, a viabilidade da renúncia a direitos fundamentais por parte de seu titular prestigiaria o direito de livre desenvolvimento da personalidade, como também a esfera de discricionariedade individual do cidadão. É nesse sentido o posicionamento de Jorge Reis Novais, para quem “[...] se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, então da própria dignidade humana e do princípio da autonomia e autodeterminação individual [...] decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem [...]”¹⁰⁶, bem como o de Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual “[...] se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar [...]”¹⁰⁷. Nessa linha, então, por regra, não há problema algum na renúncia a um direito fundamental, porque renunciar a um deles é o mesmo que exercer outros, quais sejam, os direitos à autonomia e autodeterminação, inerentes ao próprio direito de liberdade.

O constitucionalista português Jorge Reis Novais tem trabalho reconhecido por explorar a renúncia a direitos fundamentais e afirma ser ela uma abstenção de invocá-los numa relação entre particulares ou perante o Estado. Para Novais, todavia, a disposição de uma posição jurídica tutelada não pode ocorrer de maneira ilimitada e deve observar alguns critérios, de modo que o direito de renúncia não é absoluto¹⁰⁸. De acordo com Flávio da Silva Andrade, os pressupostos de validade da renúncia ao exercício de direitos fundamentais adotadas pelo autor lusitano podem ser sistematizadas da seguinte forma: (a) declaração de vontade do titular do direito ou da posição jurídica - que indica a natureza personalíssima da renúncia; (b) caráter voluntário da declaração de renúncia - de modo que a renúncia só será

¹⁰⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 169.

¹⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 235.

¹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso de. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 163-164.

¹⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 239-269.

válida se o titular não houver sido coagido a realizá-la; e (c) formalização expressa - o que é adequado para a segurança jurídica, embora possa ser dispensada a depender do caso¹⁰⁹.

Além dos pressupostos de validade anteriormente apresentados, Novais aponta dois outros requisitos tão importantes quanto: (a) a reserva da lei e (b) a preferência da Constituição¹¹⁰.

Sendo a reserva da lei um dos requisitos para a renúncia a direitos fundamentais, é imprescindível a autorização e previsão legal para o fim de excepcionar o exercício ao direito. A reserva da lei possui funções garantistas e de racionalização, estabelecendo requisitos e formas para a renúncia válida.

Por sua vez, também para Novais, a preferência da Constituição é a exigência de que a renúncia detenha compatibilidade material com os princípios e regras constitucionais, de maneira a afastar a sua aplicação quando não se harmonize com o texto constitucional. A preferência da Constituição torna necessária a ponderação dos bens, interesses e valores em jogo a fim de aferir a viabilidade da renúncia ao direito. O respeito à preferência da Constituição confere validade material à renúncia, legitimando-a exatamente por isso. Para atingir tal validade material, Novais estabelece alguns limites ou critérios para a renúncia, afirmando que dela ela observar (a) a disponibilidade de posições jurídicas tuteladas (isto é, a natureza do bem jurídico tutelado, as circunstâncias do caso concreto e as razões e interesses em conflito); (b) a necessidade de absoluto respeito à dignidade da pessoa humana (daí porque não se pode cogitar de renúncias que atentem contra a compleição moral, física e psicológica do sujeito de direito); (c) necessidade de respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental renunciado (impedindo-se renúncias totais, fora dos limites estabelecidos, devendo a renúncia ser sempre episódica); e (d) o respeito ao princípio da proporcionalidade (motivo pelo qual deve-se perquirir sobre se a renúncia é adequada e proporcional, verificando-se se ela é compatível ao benefício que daí se pretende retirar - regulação de meios e fins)¹¹¹.

Dessarte, percebe-se que, a despeito da posição tradicional, é crescente a tendência de admissibilidade a renúncias a direitos fundamentais.

Neste trabalho, concorda-se com tal posição, afirmando-se a viabilidade da renúncia de direitos fundamentais. Entende-se que a compulsoriedade no exercício de um direito contraria outros tantos relevantes, como a autonomia do indivíduo. Isso porque, conforme

¹⁰⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 175-178.

¹¹⁰ *Idem*, p. 178-179.

¹¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 282.

afirma Virgílio Afonso da Silva, “[...] renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais”¹¹².

No ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, é comum encontrar-se exemplos de renúncia em direitos fundamentais. O art. 5. XI, da CRFB/1988 permite ao indivíduo consentir e assim renunciar à inviolabilidade de domicílio. Igualmente, o art. 5, XX, também da Constituição garante ao indivíduo o direito de não se associar.

Contudo, a renúncia não pode ser ilimitada, mesmo que pautada na autonomia da pessoa humana. Não se pode permitir todo e qualquer tipo de renúncia a direitos baseando-se em uma “autonomia da vontade”. Nem mesmo o Direito Civil se submete à ideia de autonomia da vontade como expressão de uma irrestrita liberdade contratual ou de contratar. A renúncia deve sim se pautar na autonomia, que, no entanto, encontrará limites em normas de ordem pública e nos espaços delimitados pela legislação. Por isso, deve-se adotar os pressupostos de validade elencados por Jorge Reis Novais, devendo os acordos criminais que importem em renúncia a direitos fundamentais se pautarem na personalidade da convenção processual, na voluntariedade, na formalidade, na reserva da lei e na preferência da Constituição.

Assim, sobretudo pela incontornável tendência de expansão da justiça penal negociada, não se deve discutir se o acusado ou investigado pode renunciar a direitos fundamentais, mas sim quais as condições devem ser observadas para tanto. É preciso estabelecer parâmetros para a renúncia, como requisitos que permitam aferir sua proporcionalidade; audiências que garantam a aferição da voluntariedade e o controle judicial; a necessidade de assistência por defensor técnico; e a reserva legal para a introdução dos acordos como pressuposto de garantia e racionalização. Conforme pondera Rosimeire Ventura Leite, “[...] ao invés de negar ao imputado os benefícios que podem advir da solução consensual, retirando-lhe por completo a autonomia da vontade e o poder de disposição, é mais adequado aprimorar os institutos negociais, pautando-os pela boa-fé, pela defesa técnica efetiva, pela clareza das consequências de manifestação volitiva e por um controle jurisdicional que não seja mera ficção”¹¹³.

¹¹² SILVA, Virgílio Afonso de. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 163-164.

¹¹³ LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça Consensual e Efetividade no Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 35.

2.7.3. A AUSÊNCIA DE IGUALDADE ENTRE AS PARTES E A INEXISTÊNCIA DE REAL VOLUNTARIEDADE NO MODELO NEGOCIAL

A desigualdade entre acusação e defesa na persecução penal e a coercibilidade nas propostas de acordos criminais também são costumeiramente apontadas como obstáculos à justiça penal negociada e seus mecanismos.

Definitivamente, é inquestionável que não há entre a acusação e o investigado ou acusado uma igualdade absoluta. No processo penal, a acusação detém, via de regra, melhores condições no campo fático-jurídico, em especial por representar o Estado e fazer uso de seu poder. Atenta a isso, inclusive, a lei processual prevê diversas alternativas a fim de contornar a desigualdade em âmbito penal, como o ônus da acusação em provar os fatos alegados na denúncia.

A desigualdade entre os atores processuais é, portanto, algo incontornável no processo penal e que se manifesta mesmo no modelo tradicional, isto é, ainda que se siga todas as etapas do procedimento criminal, e não se trata de uma circunstância exclusiva ao modelo negociado ou consensual. É certo que, a depender do contexto, a justiça penal negociada poderá ampliar a desigualdade, mas isso não é uma regra e é possível estabelecer parâmetros capazes de atenuá-la, tal como se fez no modelo tradicional.

A desigualdade no modelo negociado pode ser atenuada pela atuação concreta da defesa e pelo efetivo controle judicial dos atos do órgão de acusação, conforme defende Flávio da Silva Andrade¹¹⁴. A assistência obrigatória de defensor é fundamental para conferir paridade de armas ao acusado, permitindo-se orientação adequada ao réu sobre o acordo criminal, assim como a atuação do juiz a fim de garantir igualdade de tratamento ao Ministério Público e o acusado, fiscalizar a legalidade do acordo e de suas condições e verificar se a vontade do arguido é livre e consciente.

A coercibilidade das propostas realizadas pela acusação talvez seja uma problemática mais relevante. Realmente, há considerável risco de coerção exercida pela acusação sobre o acusado, de diferentes formas. A coerção infligida a investigados e acusados é uma constante no modelo norte-americano de justiça penal negociada outrora apresentado. Como explica Vinícius Gomes de Vasconcellos, o *plea bargaining* é permeado por um poder coercitivo, sendo que os investigados ou acusados são de diversas maneiras forçados ao acordo, sobretudo mediante a ameaça aplicações de sanções penais abusivas e intensificadas em caso

¹¹⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 109.

de recusa, o que se costuma chamar de “preço de julgamento”, “pena de julgamento” ou “tesoura sancionatória”¹¹⁵.

Em um modelo negocial sustentável e no qual visa-se o respeito aos direitos e garantias fundamentais, não se pode admitir acordos criminais celebrados mediante coerção, o que equivaleria à tortura. É preciso garantir a voluntariedade nas convenções processuais e eliminar o risco de abusos sobre o acusado ou investigado. Por essa razão, por exemplo, é preciso que seja dada publicidade ao acordos, que se realize audiência publicizadas nas quais se permita o escrutínio das tratativas e, talvez o mais importante, que se renegue toda e qualquer iniciativa de celebração de acordos criminais com investigados ou acusados que estejam presos cautelarmente, inclusive nos casos de colaboração premiada.

Assim, mesmo que a ampliação da desigualdade entre os atores processuais e a coercibilidade das propostas se apresentem como riscos advindos do modelo negocial, é possível adotar-se meios de mitigá-las e impedir os abusos.

2.7.4. A DIMINUIÇÃO DOS PODERES DO JUIZ E O DESLOCAMENTO DO EIXO DECISÓRIO PARA AS MÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MODELO NEGOCIAL

Uma das notórias consequências da expansão da justiça penal negociada foi o aumento dos poderes do Ministério Público no processo penal. Em razão disso, passou-se a sustentar a existência de um deslocamento do eixo decisório do processo dos juízes ao órgão de acusação, fazendo do promotor tanto acusador como julgador. Nesse sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos afirma que “[...] a configuração de um modelo negocial de justiça criminal acarreta a hipervalorização da atuação do acusador [...]”, de modo que “[...] o poder punitivo se realiza fundamentalmente a partir de decisão do acusador por meio da usurpação das funções decisórias do julgador”¹¹⁶. À semelhança disso, Milton Heumann aponta que no modelo negocial existe uma constatação crescente de que há uma “insignificância relativa dos juízes”, como resultado da “realização de atividades do magistrado pelo acusador”¹¹⁷.

Definitivamente, não se pode admitir tal inversão do eixo decisório em um processo penal democrático e que se pretende plasmado no sistema acusatório. O sistema acusatório tem na separação das funções de julgar e acusar uma de suas principais características, daí

¹¹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 163-164.

¹¹⁶ *Idem*, p. 175.

¹¹⁷ HEUMANN, Milton. Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys. Chicago and London, The University of Chicago Press, 1978, p. 94.

porque é inconcebível que o promotor desempenhe ao mesmo tempo tanto o papel de acusador como o de julgador. Portanto, mesmo no modelo negocial, o Ministério Público não deve e não pode trazer para si o protagonismo ilimitado e exercitar funções que não lhes foram conferidas pela lei e pela Constituição.

Contudo, como bem pondera Flávio da Silva Andrade, a diminuição dos poderes do juiz e a consequente inversão do eixo decisório depende do modelo de justiça penal negociada escolhido pelo legislador¹¹⁸. Se se optar por um modelo marcado pela ampla discricionariedade do Ministério Público, conferindo-se poderes ilimitados ao promotor, tal como ocorre no modelo norte-americano de justiça penal negociada, certamente se dará azo ao protagonismo exacerbado da acusação, permitindo-lhe conduzir a persecução punitiva de acordo com a sua conveniência e usurpar a função do magistrado. Agora, se a opção realizada for por um modelo de justiça penal negociada com limites legais, delimitação dos poderes do Ministério Público, controle jurisdicional e asseguramento do direito de defesa técnica ao acusado, a negociação em matéria penal poderá dar conta de possíveis abusos, impedindo a perda do controle decisório por parte do magistrado e a concentração de poder pelo órgão de acusação.

No contexto da justiça penal negociada, aliás, a atuação do magistrado deve ser reconhecida por sua importância. Nas negociações em matéria penal, o juiz assume o relevante papel de fiscalizar a legalidade na celebração dos acordos. O controle jurisdicional ganha, desse modo, uma função garantística, para assegurar que o investigado ou acusado não será submetido a coações e condições abusivas, que atentem contra seus direitos e garantias ou ultrapassem os limites da razoabilidade e proporcionalidade¹¹⁹. Por essa razão, é preciso um controle jurisdicional efetivo, devendo o julgador funcionar como um “juiz garantidor”, e não apenas como um “juiz homologador”.

Assim, o risco de ocorrência da inversão do eixo decisório no modelo negocial poderá ser contornados com previsões legais que limitem a discricionariedade do Ministério Público e prevejam espaços de oportunidade ou consenso regradados ou regulamentados, assegurando, inclusive, instrumentos necessários ao controle jurisdicional.

¹¹⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 241.

¹¹⁹ *Idem*, p. 113.

2.7.5. A MERCANTILIZAÇÃO E A PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL NO MODELO NEGOCIAL

Ao se abordar os fundamentos pragmáticos da justiça penal negociada, apontados basicamente como aqueles que visam legitimar os mecanismos negociais em razão da sua contribuição para a eficiência e celeridade, viu-se que uma das críticas ao modelo negocial se liga ao fato de que seria ele vetor da mercantilização do processo penal, tornando-o um “mercado persa”, um “supermercado moderno”, um “escambo perverso” ou mesmo um “fast food jurisdicional”, nos quais ilegitimamente direitos e garantias fundamentais são transacionados, subvertendo-se a função do processo penal enquanto limite ao poder punitivo.

Quando se aponta o risco de mercantilização do processo penal provocado pela justiça penal negociada, geralmente se faz referência ao neoliberalismo e a desregulamentação, afirmando-se que o modelo negocial corresponde à introdução da lógica economicista ou de mercado na administração do sistema de justiça criminal¹²⁰. Toma-se como parâmetro o modelo norte-americano e o seu *plea bargaining*, que tem caracterizado o processo penal estadunidense como um “sistema de mercado” e como um “método de alocação de recursos escassos”¹²¹.

Realmente, é preciso cuidar para que o modelo negocial não transforme o sistema de justiça criminal em um “balcão de negócios”, em um campo fértil para “negociatas” em prejuízo de direitos e garantias. A justiça penal negociada deve estar pautada em um mínimo ético. Conforme defende Flávio da Silva Andrade, “a lógica da eficiência ou do mercado não pode subverter a essência da justiça, pois de nada adianta ter um sistema de justiça criminal eficiente, mas injusto”¹²². Por essa razão, deve-se discutir os limites da “liberdade contratual” em matéria penal, estabelecendo-se pressupostos bem definidos para sua ocorrência, como aqueles pautados na gravidade da infração e no conteúdo do acordo criminal.

Da mesma forma, os negócios jurídicos no processo penal devem se desprejar do direito privado e sua lógica privatística. Os acordos criminais devem ser entendidos a partir das premissas do Direito Público e suas normas cogentes, como a legalidade. Nesse sentido, Pedro da Costa De-Lorenzi aponta que “é preciso [...] estabelecer bases próprias para o

¹²⁰ *Idem*, p. 114.

¹²¹ EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. *Journal of Legal Studies* v. 12, p. 289-332, 1983.

¹²² ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 116.

negócio jurídico penal e processual penal, levando-se em conta o caráter público desses ramos, seus princípios e suas finalidades específicas, os quais devem guiar o regramento e a interpretação dos institutos de justiça negociada”¹²³.

Desse modo, a mercantilização e privatização do processo penal devem ser combatidas, sendo necessário o estabelecimento de parâmetros capazes de fazerem com que os mecanismos negociais não dêem azo à negociatas, tampouco ao esquecimento do caráter publicístico do direito processual penal, tais como limites à “liberdade contratual” em matéria penal e à análise dos instrumentos negociais à luz do Direito Público.

2.8. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E O GARANTISMO PENAL: UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL E NECESSÁRIA

A tendência de expansão da justiça penal negociada é fenômeno que se desenvolve em meio às suas contradições e possibilidades. Ao mesmo tempo em que almeja se legitimar por oportunizar eficiência, celeridade, consensualidade e pacificação social, o modelo negocial não escapa a inúmeras controvérsias e críticas.

A adoção de mecanismos negociais é por vezes criticada por ofender os princípios informadores do direito processual penal, por acarretar em renúncias a direitos e garantias fundamentais, por promover a inversão do eixo decisório para as mãos do Ministério Público e por provocar a mercantilização e privatização do processo penal, afirmando-se que por tais razões o modelo negocial culminaria na abolição do modelo garantista.

No entanto, a despeito disso, os instrumentos de justiça penal negociada continuam a ser implementados e ampliados em diversos ordenamentos jurídicos, apresentando-se como uma tendência irrefreável. Por esse motivo, então, mesmo que existam resistências, a doutrina não pode se portar como “ludista do processo penal contemporâneo” ao buscar destruir o que já é uma realidade. No atual contexto, as energias devem ser concentradas em pensar sobre parâmetros e meios que permitam compatibilizar os institutos negociais com um sistema de justiça criminal fixado sob as bases do garantismo penal e, desse modo, mitigar os riscos advindos do modelo negocial, ainda que como uma forma de “contenção de danos”.

O garantismo é reconhecidamente uma doutrina político-constitucional ou teoria jusfilosófica que assegura direitos ao cidadão a fim de estabelecer garantias em seu favor

¹²³ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 156.

como forma de limitar o poder Estado. Em resumo, trata-se de uma doutrina que preceitua a existência de um sistema de garantias dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), voltado à tutela do indivíduo contra o arbítrio estatal¹²⁴.

Por influência da primeira acepção de garantismo, o garantismo penal foi desenvolvido como uma teoria jurídico-penal do direito fundamental de liberdade. Tal teoria surgiu no seio do iluminismo, no século XVIII, quando da ascensão dos direitos humanos e fundamentais de primeira geração ou dimensão e da consequente defesa de um processo criminal justo, público e humanitário, bem como de um direito penal baseado na legalidade. A teoria do garantismo penal foi, mais tarde, reformulada por Luigi Ferrajoli, que estabeleceu a ideia de que só se é verdadeiramente livre quando há um sistema de garantias penais e processuais hábeis à proteção do indivíduo contra o arbítrio punitivo do Estado¹²⁵.

Assim, afirmar que a justiça penal negociada deve ser compatibilizada com o modelo de garantias ou com o garantismo penal significa dizer que os mecanismos negociais não podem desvirtuar-se do fato de ser o processo penal também limite à aplicação pena, ou seja, uma limitação ao exercício do poder punitivo por parte do Estado.

Há evidentemente uma tensão entre a justiça penal negociada - sobretudo em relação ao seu viés efficientista - e o modelo de garantias. Contudo, é preciso buscar o adequado equilíbrio entre a eficiência e celeridade no funcionamento da justiça criminal e a garantia dos direitos do acusado ou investigado.

A compatibilização dos mecanismos negociais com o modelo garantista não só é necessária - para assegurar a limitação ao poder punitivo e o respeito aos direitos individuais -, como também é possível. Isso dependerá da forma com a qual os institutos negociais são regulamentados, isto é, do modelo negocial conformado pelo legislador. Um modelo negocial que vincule a atuação do promotor de justiça, que garanta o controle jurisdicional e evite coações sobre o acusado ou investigado possivelmente evitará abusos e violações a direito e garantias. Nesse sentido, conforme pondera Flávio da Silva Andrade, “[...] dependendo da forma como é normatizado, o instrumento de consenso pode perfeitamente se amoldar ao sistema garantista, concorrendo para a consecução de seus propósitos e guardando compatibilidade com a Lei Fundamental do país”¹²⁶.

¹²⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1007-1041, set.-dez. 2017, p. 1010.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. de Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.

¹²⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 99.

Entende-se que um pressuposto essencial à conciliação do modelo negocial ao garantismo penal é a submissão dos mecanismos negociais à legalidade processual. Segundo se constatou ao longo do presente trabalho, a legalidade processual é um importante limite formal ao poder punitivo, a qual vincula a atuação do órgão oficial de acusação do Estado e as formas dos atos processuais à lei, com a finalidade de garantir os direitos do acusado ou investigado. Portanto, em um modelo de garantias, os acordos em matéria penal devem respeitar um critério de tipicidade e estar em consonância à lei na forma e no conteúdo. Somente a lei poderá autorizá-los, além do que deverá prever os limites e procedimentos a serem adotados para as convenções processuais.

A exigência de conciliação da justiça penal negociada ao modelo garantista, ainda, exige que os mecanismos negociais sejam filtrados de acordo com os distintos ordenamentos jurídicos em que são implementados, com os direitos e garantias os quais prevêm. Com efeito, assinala Diego Del Corral que cabe a cada ordenamento jurídico definir os limites da solução negociada, delimitando até que ponto ela pode comprometer os pilares que sustentam seu Estado de Direito¹²⁷. Sendo assim, não se pode nem deve realizar simples transplantes de institutos negociais previstos nos ordenamentos jurídicos de determinados países a outros sem que antes sejam eles compatibilizados ao modelo de garantias os quais adotem.

Desse modo, no atual contexto de expansão irrefreada do modelo negocial, a conciliação entre a justiça penal negociada e o garantismo penal é tanto possível como necessária. No presente momento, urge pensar sobre parâmetros e meios que permitam compatibilizar os institutos negociais com um sistema de justiça criminal fixado sob o modelo de garantias, em especial a fim de mitigar os riscos advindos do modelo negocial. Para tal, é preciso defender e incentivar o desenvolvimento de modelos negociais pautados em espaços de oportunidade ou consenso regrados ou regulamentados, onde seja possível limitar a discricionariedade da acusação e permitir o controle jurisdicional da legalidade dos acordos criminais, impedindo-se negociatas em prejuízo dos direitos e garantias fundamentais, além da pressão coercitiva sobre acusados ou investigados.

3. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS NO PROCESSO PENAL

Na primeira parte deste trabalho, foram apresentadas as diversas nuances da tendência de expansão da justiça penal negociada. Explorando tal fenômeno, enfocou-se as suas tensões

¹²⁷ CORRAL, Diego Del. Juicio Abreviado. Buenos Aires: Astrea, 2016, p. 145-149.

com o modelo tradicional de processo penal, com a legalidade processual e com a obrigatoriedade da ação penal pública, bem como os seus fatores de emergência, os seus fundamentos legitimadores, a sua expressão nos direitos comparado e brasileiro e, por fim, as suas demais controvérsias e críticas.

Após enfrentada a temática da expansão cada vez mais frequente do modelo negocial, o presente tópico irá se debruçar sobre a forma de manifestação dos mecanismos negociais no ordenamento jurídico penal brasileiro, os negócios jurídicos processuais penais. Afinal, quanto à natureza jurídica, a transação penal, a composição dos danos civis, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal nada mais são do que negócios jurídicos, eis que decorrentes do autorregramento da vontade dos atores processuais.

Como proposta, buscar-se-á desenvolver uma teoria dos negócios jurídicos diferente daquela arquitetada pelo direito privado. Com efeito, a compreensão teórica dos negócios jurídicos processuais penais que aqui se almeja conceber levará em conta o caráter público do Direito Processual Penal, sem perder de vista os seus princípios e finalidades. Isso porque, conforme bem assinala Pedro da Costa De-Lorenzi, embora façam parte do fenômeno de “contratualização da justiça penal”, os negócios jurídicos processuais penais “[...] não podem ser interpretados a partir da teoria dos negócios jurídicos como desenvolvida no direito privado, com submissão à lógica da disponibilidade e da autonomia da vontade [...]”, de modo que “é preciso, pelo contrário, estabelecer bases próprias para o negócio jurídico penal e processual penal, levando-se em consideração o caráter público desses ramos, seus princípios e finalidades específicas, os quais devem guiar o regramento e a interpretação dos institutos de justiça negociada”¹²⁸.

Visando a construção de um teoria dos negócios jurídicos que se mostre compatível com o Direito Processual Penal, parte-se da premissa de que o conceito de negócio jurídico não é exclusivo do direito privado e que, portanto, sua existência independe da construção que lhe conferiu a doutrina privatística de acordo com as regras e princípios do Direito Civil. Defende-se que, na verdade, o negócio jurídico é um conceito jurídico fundamental (lógico-jurídico), o qual, por tal razão, se enquadra no âmbito da Teoria Geral do Direito, de modo que pode ser transposta a diferentes ramos, com as adaptações necessárias a cada um. Sobre isso, Pedro Henrique Nogueira ensina que, apesar da sua origem privatística, a noção

¹²⁸ DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença* / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 156.

de negócio jurídico não é estanque e imutável, cabendo aos diversos setores do ordenamento jurídico impingir-lhe as feições que repute mais adequadas em função dos valores historicamente eleitos pela comunidade¹²⁹. Em outras palavras, também segundo Nogueira¹³⁰:

“[...] ao lado do negócio jurídico, como conceito lógico-jurídico, há, v.g., o negócio jurídico civil, o negócio jurídico administrativo, o negócio jurídico processual etc., como noções dogmático-jurídicas, cada qual com os seus pressupostos jungidos às contingências históricas e variações de tempo e espaço, conforme estabelecido em cada ordem jurídica em particular.”

Ao longo da pesquisa, constatou-se que a construção de uma teoria dos negócios jurídicos própria ao direito processual penal é desafiadora, em especial porque o arcabouço teórico dos negócios jurídicos processuais em sentido amplo tem sido conformado muito mais às feições do direito processual civil, mesmo nos casos em que é apresentado como uma categoria da Teoria Geral do Processo. No entanto, isso não pode impedir a tentativa de se desenvolver uma teoria dos negócios jurídicos peculiar ao processo penal, que esteja conformada com os seus princípios informadores e as suas funções, todos lapidados ao longo da história; a construção de uma teoria dos negócios jurídicos como categoria do Direito Processual Penal é necessária para manter a unidade do sistema e, inclusive, mitigar os riscos do modelo negocial, buscando conciliá-lo ao modelo garantista. Nesta parte do trabalho, pretende-se contribuir com a construção de uma teoria dos negócios jurídicos processuais penais, a fim de incentivar o debate acadêmico e a pesquisa científica sobre o tema.

Com esse desiderato, não sem antes enquadrar os negócios jurídicos processuais penais entre os fatos jurídicos processuais, serão engendrados esforços no sentido de definir a sua fonte, as suas (possíveis) espécies, os seus requisitos e os seus planos.

3.1. OS FATOS JURÍDICOS NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Os negócios jurídicos em geral são tipos de fatos jurídicos. Portanto, para compreendê-los, é preciso antes definir o que se pode entender por “fato jurídico”, bem como a sua tipologia e os seus elementos.

O fato jurídico e o negócio jurídico são conceitos jurídicos fundamentais e, por isso, “representam a condição de possibilidade do conhecimento do direito positivo”¹³¹. Desse modo, de forma ampla, estão enquadrados na Teoria Geral do Direito e não devem ser

¹²⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais* / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 32.

¹³⁰ *Idem*, p. 32.

¹³¹ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 238.

encarados como assuntos típicos e específicos do direito privado, embora tenham sido os civilistas os responsáveis por se ocuparem primeiramente de seu estudo, em especial a partir dos pandectistas¹³².

O termo “fato jurídico” não é unívoco na doutrina. Existem diversos sentidos ou significados atribuídos à expressão. Tradicionalmente, por exemplo, o termo é empregado ora para designar aquilo a que uma norma jurídica correlaciona a um efeito jurídico (conceito funcional de fato jurídico), ora para fazer referência aos fenômenos temporais não configurados como atividade voluntária humana (evento não identificado como “ato”)¹³³. Assim, metodologicamente, é imprescindível definir qual é a noção de fato jurídico adotada neste trabalho, sob pena de se incorrer em confusões teóricas.

Neste trabalho, para a definição e classificação do fato jurídico, na esteira do trabalho realizado por Pedro Henrique Nogueira, adota-se a teoria de Pontes de Miranda, a qual é seguida em diferentes ramos do direito.

Pode-se dizer que Pontes de Miranda construiu uma definição de fato jurídico relacionada à estrutura da regra/norma jurídica. Para Miranda, a regra jurídica possui dois componentes: o suporte fático e a incidência. No suporte fático da regra jurídica, estão os fatos de possível ocorrência no mundo, previstos abstratamente na norma. Uma vez que tais fatos previstos em abstrato efetivamente se concretizam, isto é, ocorrem no mundo da vida, a regra jurídica é completada com o seu segundo componente, a denominada incidência. A incidência é, portanto, o resultado da concretização do fato abstrato, que até então estava no suporte fático, no plano concreto. Segundo o autor, a incidência da regra jurídica sobre o suporte fático é quem compõe ou faz surgir o fato jurídico, que virá acompanhado dos efeitos previstos na norma geral e abstrata¹³⁴.

Portanto, para efeito deste trabalho, define-se o fato jurídico como sendo o produto da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático, gerando por isso efeitos jurídicos. Nessa definição, como explica Pedro Henrique Nogueira, separa-se o mundo dos fatos e o mundo jurídico. No mundo dos fatos está a totalidade de situações que podem ocorrer na realidade (v.g. morrer, nascer, dormir etc.), sem distinções. No mundo jurídico estão apenas as situações reais que adquiriram relevância ao direito através da incidência, ou seja, quando se concretizou um fato regulado por uma norma jurídica. Significa dizer que o direito seleciona, por meio da incidência, aquilo que do mundo dos fatos irá adentrar ao mundo

¹³² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais* / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 32.

¹³³ *Idem*, p. 31.

¹³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 4.

jurídico e produzirá seus efeitos típicos. Esse fenômeno é chamado de “juridicização do fático”, que ocorre quando o direito adjetiva os fatos para serem considerados jurídicos e, por conseguinte, integrarem o seu mundo particular, o mundo jurídico¹³⁵.

A partir dessa perspectiva, Miranda dividiu em sua teoria os três planos do fato jurídico: existência, validade e eficácia. No plano da existência, estão todos os fatos jurídicos; o fato jurídico existe sempre que tenha havido a incidência da norma sobre o suporte fático. No plano da validade, cuja análise só importa para aqueles que cuja vontade tem relevância para o suporte fático (atos jurídicos *lato sensu*), adentram apenas os fatos jurídicos com ausência de vícios invalidantes (v.g. coação, erro, dolo etc.). Por fim, no plano da eficácia, entram os fatos jurídicos que, existentes e válidos, estão aptos a produzirem os seus efeitos jurídicos.

Quanto à tipologia, existem diversas classificações doutrinárias sobre os fatos jurídicos. Aqui, como se fez com a definição, será também adotada a classificação da teoria dos fatos jurídicos desenvolvida por Pontes de Miranda.

Em sua classificação dos fatos jurídicos, Pontes de Miranda considera o elemento nuclear (dados essenciais) do suporte fático da regra jurídica. De acordo com Miranda, o suporte fático de todos os fatos jurídicos compõe-se dos seguintes elementos: núcleo, elementos complementares e elementos integrativos. O núcleo é o elemento mais importante do suporte fático, e é composto de outros dois: o cerne (elementos básico do suporte fático, que caracteriza o fato jurídico como espécie - v.g. evento da natureza, vontade humana na definição dos efeitos jurídicos etc.) e os complementos (que também são determinantes para o ingresso do fato no mundo jurídico)¹³⁶.

Partindo do elemento nuclear do suporte fático, Miranda divide os fatos jurídicos em dois grupos: fatos jurídicos lícitos (aqueles cujos efeitos são tutelados pela ordem jurídica), e os fatos jurídicos ilícitos (aqueles cujos efeitos são contrários à ordem jurídica). Os fatos jurídicos lícitos são divididos em: (a) fato jurídico *stricto sensu* (se dá quando o fato que integra o suporte fático se trata de evento da natureza capaz de gerar consequências jurídicas - v.g. morte, nascimento com vida etc.); (b) ato-fato jurídico (se dá quando o fato que integra o suporte fático decorre de uma conduta humana, mas independe da vontade - v.g. decadência, prescrição etc.); e o (c) ato jurídico *lato sensu*, que, por sua vez, se subdivide em (c.1) ato jurídico *stricto sensu* (se dá quando o fato que integra o suporte fático depende da

¹³⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 36.

¹³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 47.

vontade humana, que, no entanto, não permite a escolha da categoria eficaz, isto é, da eficácia do ato - v.g. adoção, emancipação voluntária etc.) e (c.2) negócio jurídico (se dá quando o fato que integra o suporte fático depende da vontade humana, que poderá definir seus efeitos jurídicos, nos limites da lei - v.g. contrato). De outro, os fatos jurídicos ilícitos são assim separados: (a) fatos ilícitos *stricto sensu* (se dá quando o fato que integra o suporte fático se trata de evento da natureza que traz como consequência o dever de reparar/obrigação de indenizar); (b) atos-fatos ilícitos (se dá quanto o fato que integra o suporte fático e que acarreta o dever de reparar decorre da conduta humana, mas independe da vontade); e (c) atos ilícitos (se dá quando o fato integra o suporte fático decorre de uma conduta humana derivada de um ato de vontade)¹³⁷.

Assim, percebe-se que, de acordo com a teoria ponteana, os negócios jurídicos são espécies de fatos jurídicos, especificamente de fatos jurídicos lícitos, que se diferenciam dos demais em razão do elemento nuclear de seu suporte fático, que é a relevância da vontade na definição e ocorrência dos efeitos jurídicos.

A partir das premissas aqui fixadas, será possível estudar os fatos jurídicos processuais e verificar as suas principais peculiaridades.

3.2. OS FATOS JURÍDICOS NA TEORIA GERAL DO PROCESSO (FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS).

Assim como os fatos jurídicos (em sentido amplo) e os negócios jurídicos têm entre si uma relação de gênero e espécie, os negócios jurídicos processuais nada mais são do que tipos de fatos jurídicos processuais ou fatos processuais. Desse modo, a definição dos fatos processuais deve anteceder à definição dos negócios jurídicos processuais.

Como se viu anteriormente, o fato jurídico é um conceito jurídico fundamental, tendo aplicabilidade nos diferentes ramos do direito, incluindo o Direito Processual. Por isso, segundo Pedro Henrique Nogueira, é possível construir uma teoria dos fatos jurídicos processuais, a qual deve decorrer da sistematização dos diversos fatos jurídicos verificáveis no fenômeno processual. Para Nogueira, o lugar adequado para o enfoque da teoria dos fatos jurídicos processuais é a Teoria Geral do Processo, que é parte da Ciência do Direito

¹³⁷ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, I. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 184.

Processual responsável por estudar e sintetizar os conceitos jurídicos válidos para todos os ramos das Ciências Processuais, sistematizando o seu conhecimento¹³⁸.

Para adentrar à questão, também é necessário, metodologicamente, definir o conceito de fato jurídico processual que aqui se adotará. Isso porque existem diferentes conceitos de fato jurídico processual, como a concepção de Chiovenda¹³⁹, a concepção de Liebman¹⁴⁰, a concepção de Satta¹⁴¹, entre outras. Em geral, as diversas concepções que disputam o conceito se diferenciam em relação ao que confere “processualidade” ao fato, isto é, sobre o que faz de um fato jurídico (comum) um fato jurídico processual, ou ainda melhor, o que difere o fato jurídico ligado ao direito material ou fato extraprocessual do fato jurídico relacionado ao direito processual ou fato processual.

Neste trabalho, segue-se a concepção compartilhada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Pedro Henrique Nogueira, que em comum definem o fato jurídico processual a partir de seu suporte fático, aplicando a teoria de Pontes de Miranda ao Direito Processual.

Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga similarmente definem que o fato ganhará o qualitativo (adjetivo) processual quando compor o suporte fático de uma norma jurídica processual e estiver apto a produzir efeitos em uma relação jurídica processual (situação jurídica processual) através da incidência. Nesse sentido, Didier Jr. afirma que “[...] qualquer ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em um relação jurídica processual poderia ser enquadrada na categoria (fato jurídico processual)”¹⁴². Em sentido semelhante, Braga pontua que o fato jurídico processual é aquele “juridicizado pela incidência da norma processual”, independentemente da sua ocorrência no curso do procedimento ou fora dele, isto é, dentro ou fora dos atos ou etapas que formam a cadeia procedimental¹⁴³. Portanto, trata-se de concepção que leva em consideração o suporte fático do fato jurídico e que é ampla o bastante para abranger os fatos acontecidos dentro do

¹³⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl.* - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 43-44.

¹³⁹ Para quem os atos processuais seriam definidos a partir de dois critérios: (a) um de ordem subjetiva (só seriam processuais os atos praticados pelos sujeitos da relação processual; e (b) outro de ordem objetiva (somente se enquadrariam na categoria os atos que constituíssem, conservassem, desenvolvessem, modificassem ou extinguissem um dada relação jurídica processual) (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl.* - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 49).

¹⁴⁰ Para quem os atos processuais são assim caracterizados por “pertencerem ao processo e de exercerem um efeito jurídico direto sobre a relação processual, constituindo-a, impulsionando-a ou extinguindo-a” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil, I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286).

¹⁴¹ Para quem o ato processual em razão da sua “sede”, que é processo, motivo pelo qual o ato é processual justamente porque é praticado no processo (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl.* - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 52).

¹⁴² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2010, p. 265.

¹⁴³ BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fatos Jurídico Processual: Plano da Existência*. In: *Revista do Processo*, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 309.

procedimento (v.g. citação, alegações finais etc.) e aqueles ocorridos fora dele (v.g. a transação extrajudicial, depoimento do condutor e do conduzido no auto de prisão em flagrante etc.).

Pedro Henrique Nogueira adota a concepção anterior, mas promove dois adendos. Nogueira afirma que, para além de compor o suporte de uma norma jurídica processual, o fato jurídico processual deverá também se referir a um procedimento existente, bem como resultar em situações jurídicas processuais (relacionais ou não) nele exercitáveis. Segundo o autor, um elemento completamente do núcleo do suporte fático do fato jurídico processual é a existência de um procedimento a que se refira, ou seja, um procedimento que seja contemporâneo ao acontecimento (v.g. habilitação do assistente do Ministério Público), mesmo que não integre a cadeia procedimental (v.g. alienação de coisa litigiosa). Da mesma forma, o fato jurídico processual necessariamente deve ter como consequência a criação de situações jurídicas processuais a serem exercidas no procedimento, as quais são entendidas, em suma, como os efeitos causados pela ocorrência do acontecimento com relevância ao direito processual. Assim, Nogueira define os fatos jurídicos processuais (em sentido amplo) como “[...] os eventos, abrangendo manifestações de vontade, conduta e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídica processuais” e dos quais “[...] surgem situações jurídicas processuais (qualidades, poderes e relações jurídicas processuais), exercitáveis em um dado procedimento”¹⁴⁴.

Se adotada integralmente, a definição de Pedro Henrique Nogueira pode trazer consideráveis repercussões sobre a natureza dos mecanismos negociais que atualmente integram o ordenamento jurídico penal brasileiro. Como se viu, Nogueira estabelece como pressuposto essencial para a caracterização do fato jurídico como fato jurídico processual a necessidade de se referir a um procedimento (judicial) existente. Logo, a partir dessa compreensão, os institutos negociais celebrados antes do exercício da ação penal (v.g. transação penal, composição civil dos danos, acordo de não persecução penal etc.) não poderiam ser tomados como fatos processuais, porque antecedem ao procedimento criminal propriamente dito. Porém, prefere-se não enfrentar tal questão por enquanto e, como opção de organização do trabalho, se voltará ao assunto no subtópico seguinte.

Retomando o enfoque principal deste tópico, a definição de fato jurídico processual de acordo com a teoria ponteano também permite a classificação alicerçada no suporte fático dos fatos processuais, precisamente quanto aos seus elementos nucleares.

¹⁴⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 73-77.

Paula Sarno Braga é quem melhor se ocupou de classificar os fatos processuais a partir da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, ao considerar os elementos do suporte fático. Braga divide os fatos jurídicos processuais em lícitos e ilícitos. De um lado, entre os fatos processuais lícitos estão (a) o fato jurídico processual em sentido estrito ou *stricto sensu* (são aqueles em que no núcleo do suporte fático estão eventos naturais ou biológicos, que não estão ligados nem à conduta nem à vontade humana - v.g. morte do agente); (b) o ato-fato processual (são aqueles em que no núcleo do suporte fático está um fato que decorre de uma conduta humana, mas independente da vontade; são atos recebidos pela ordem jurídica como fato, por ser desprezada pelo Direito a vontade de praticá-lo - v.g. preparo, revelia etc.); (c) atos processuais em sentido estrito (são aqueles em que no núcleo do suporte fático está um fato que decorre da conduta e da vontade humana, sendo que a vontade é sem escolha da categoria eficaz, ou seja, sem escolha dos efeitos decorrentes do ato - v.g. citação, intimação); e (d) os negócios processuais (são aqueles em que no núcleo do suporte fático está um fato que se origina da uma conduta e de uma vontade humana, que poderá escolher a categoria oficial ou as situações jurídicas processuais exercitáveis, nos limites da lei- v.g. transação). De outro, entre os fatos ilícitos lista (a) os atos ilícitos processuais (são aqueles em que no núcleo do suporte fático estão fatores que acarretam o dever de indenizar, a invalidade do ato ou impedem a realização do ato lícito) e (b) os negócios processuais ilícitos (são aqueles em que no núcleo do suporte fático está uma conduta e uma vontade dirigida à escolha de efeitos desconformes ao Direito - v.g. alienação de coisa litigiosa para fraude a credores)¹⁴⁵.

Dessa maneira, levando em conta o suporte fático do fato previsto na norma jurídica processual, o negócio jurídico processual pode ser definido enquanto fato jurídico voluntário, no qual se confere ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, nos limites da lei, certas situações jurídicas processuais.

3.3. OS FATOS JURÍDICOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL (FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENALIS).

A partir da teoria dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda, na esteira de Fredie Didier Jr. Paula Sarno Braga e Pedro Henrique Nogueira, é possível definir os fatos jurídicos

¹⁴⁵ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fatos Jurídico Processual: Plano da Existência. In: Revista do Processo, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 318-319. Em sentido parecido: NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 128-137.

processuais penais como aqueles que compõem o suporte fático de uma norma jurídica processual penal e que estão aptos a produzirem efeitos (situações jurídicas) em um processo criminal (v.g. recebimento da denúncia, citação para responder à acusação, alegações finais etc.), independentemente se ocorridos dentro ou fora do procedimento.

No entanto, ainda que o conceito de fato jurídico se pretenda uma categoria da Teoria Geral do Processo e, portanto, aplicável a todos os ramos das Ciências Processuais, é preciso conforma-lo às peculiaridades do Direito Processual Penal e enfrentar alguns desafios importantes à adaptação da definição de fato jurídico processual à totalidade dos fenômenos observáveis no processo criminal.

O primeiro desafio para a compreensão do fato jurídico processual penal é fixar o que se deve entender por norma processual penal, já que são elas que preveem o seu suporte fático.

A doutrina desenvolveu critérios variados a fim de diferenciar as normas materiais puras, as normas processuais puras e as normas mistas (ou processuais materiais)¹⁴⁶. Alguns simplificam a distinção ao considerarem o diploma legislativo para diferenciá-las; afirmam que será material a norma que estiver contida no Código Penal e processual a que estiver presente no Código Processo Penal, e assim sucessivamente. Outros buscam identificar a diferença considerando-se a matéria regulada, e definem que deve ser considerada material a norma que se relacione à punibilidade de condutas (v.g. tipos penais, excludentes de ilicitude, extinção da punibilidade etc.); que deve ser considerada processual a norma relacionada ao procedimento para a aplicação da pena (v.g. procedimento comum, procedimento especial, provas etc.); e que deve ser considerada mista ou processual material a norma que diga respeito tanto à punibilidade de condutas como ao procedimento para aplicação da pena (v.g. ação penal, representação etc.)¹⁴⁷. O último critério - que leva em conta a matéria regulada - é o dominante no Brasil, e será adotado neste trabalho.

Portanto, adotando-se o critério da matéria regulada, o fato jurídico processual pode ser conceituado como aquele que compõe o suporte fático de uma norma relacionada ao procedimento para a aplicação da pena. Contudo, cabe uma ressalva: os negócios jurídicos afetos ao processo penal brasileiro podem vir a ser considerados também como integrantes do suporte fático de normas mistas ou materiais penais, porque tanto influenciam a extinção da

¹⁴⁶ DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença* / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 179.

¹⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique *Processo penal* / Gustavo Henrique Badaró. -- 5 ed. rev., atual. e ampl.. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 104. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012, p. 143.

punibilidade (v.g. acordo de não persecução penal) como o procedimento para a aplicação da pena (v.g. ao afastar o oferecimento da denúncia ou a continuidade do processo). Isso não impede, obviamente, que sejam considerados também processuais e que sejam submetidos ao regime jurídico do Direito Processual Penal.

O segundo desafio diz respeito à possibilidade ou não de conferir o qualitativo “processual” aos fatos jurídicos ocorridos antes da existência do procedimento criminal, isto é, daqueles ocorridos ainda na fase de inquérito policial, que antecede ao oferecimento da denúncia ou queixa.

Como se viu no tópico anterior, o conceito de fato jurídico processual tal como projetado por aqueles que partem da teoria ponteana - mais precisamente aquele projetado por Pedro Henrique Nogueira - exige que o acontecimento se refira a um procedimento em curso, contemporâneo à sua ocorrência. Em outras palavras, estabelece como pressuposto essencial para a caracterização do fato jurídico como fato jurídico processual a necessidade de se referir a um procedimento (judicial) existente.

Se adotada integralmente, tal definição poderia trazer consideráveis repercussões sobre a natureza dos mecanismos negociais que atualmente integram o ordenamento jurídico penal brasileiro. Isso porque, a partir dela, os institutos negociais celebrados antes do exercício da ação penal (v.g. transação penal, composição civil dos danos, acordo de não persecução penal etc.) não poderiam ser tomados como fatos processuais, porque antecedem ao procedimento criminal propriamente dito, iniciado com o oferecimento da denúncia ou queixa, uma vez que visam justamente evitá-lo. Logo, é preciso compatibilizar o conceito com o fenômeno processual penal.

Embora vise enquadrar-se como um conceito de Teoria Geral do Processo, parece que o conceito trazido por Nogueira prende-se à realidade do processo civil, que de fato origina-se com o procedimento judicial, iniciado com a propositura da ação. Todavia, o panorama do processo penal brasileiro é um tanto quanto diferente, já que ele se subdivide em duas fases, uma delas precedente ao procedimento: a fase de inquérito policial e a fase de ação penal (ou fase processual).

O processo penal brasileiro é classificado, por grande parte da doutrina, como misto¹⁴⁸. Com isso, subdivide-se em duas fases. Na primeira fase, a inquisitorial, tem-se a etapa do inquérito policial, onde se apuram a autoria, as circunstâncias e a materialidade do

¹⁴⁸ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. - 15. ed. - São Paulo : Saraiva Educação. 2018, p. 45.

fato. Já na segunda fase, a acusatória, na etapa processual, tem-se o início do procedimento judicial.

Assim, pela estrutura peculiar do processo penal brasileiro, considerar que os atos processuais só seriam possíveis a partir da existência do procedimento criminal seria deixar de lado boa parte do fenômeno processual. Entende-se por isso que, apesar da sua natureza administrativa, é também possível a ocorrência de fatos jurídicos processuais na primeira fase, ou seja, na fase de inquérito policial, como a produção de provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, bem como a celebração de negócios jurídicos processuais, inclusive porque repercutirão no procedimento futuro.

Finalmente, então, enfrentados tais desafios e feitas as adaptações necessárias, pode-se afirmar que os fatos jurídicos processuais penais são aqueles que compõem o suporte fático de normas processuais penais (que se voltam à aplicação da pena) e que visam gerar efeitos no processo, quer quando ocorram na fase de inquérito policial, quer quando ocorram no curso do procedimento criminal.

3.4. O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL

Considerando-se o elemento nuclear (dado essencial) do suporte fático da norma processual, o negócio jurídico processual penal pode ser definido enquanto fato jurídico voluntário que confere ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, nos limites da lei, certas situações jurídicas processuais (ou seja, os efeitos jurídicos do ato). Portanto, por se tratar fato jurídico voluntário, a “vontade” assume papel marcante no negócio jurídico processual penal, sendo aquilo que o diferencia dos demais fatos jurídicos processuais penais, em especial do ato jurídico em sentido estrito ou *stricto sensu*.

Ao longo do tempo, foram desenvolvidas diversas teorias voltadas à identificação da fonte do negócio jurídico. Surgiram desde teorias subjetivas, que apontavam que a origem dos negócios jurídicos seria a declaração da vontade que se ligaria diretamente à obtenção dos efeitos jurídicos desejados, até teorias objetivas, normativas ou preceptivas, que definiam os negócios jurídicos como normas jurídicas cujo significado seria extraído da autonomia como fonte criadora do Direito, como autorregulamento das relações privadas¹⁴⁹.

¹⁴⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 142-149.

Atualmente, prevalece a concepção segundo a qual é o autorregramento de vontades ou a autonomia privada o elemento fundamental para a caracterização do negócio jurídico, contrapondo-se às teorias subjetivas, por negar o “dogma da vontade” - isto é, a ausência de limites na declaração de vontade para a produção dos efeitos jurídicos -, e as teorias objetivas, por negar o caráter preceptivo dos negócios jurídicos e partir do pressuposto de que particulares não podem criar preceitos ou normas jurídicas, o que se trata de atividade exclusiva do Estado¹⁵⁰.

Inclusive, o traço distintivo entre os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu* reside no autorregramento de vontades (autonomia privada). Nestes a manifestação de vontade quanto aos efeitos é prescindível. Naqueles o suporte fático é sempre composto de manifestação de vontade, que permite o poder de escolha da categoria jurídica ou da estruturação das relações jurídicas correspondentes.

Definir o negócio jurídico - em especial o negócio jurídico processual penal - como ato de autorregramento de vontades tem como vantagem permitir limitações aos poderes negociais e à escolha dos efeitos jurídicos. Nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira assinala que o “[...] autorregramento de vontades se define como um complexo de poderes, que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico”¹⁵¹.

O autorregramento de vontades possui quatro zonas de liberdade: (a) liberdade de negociação (zonas das negociações preliminares antes da consumação do negócio); (b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos); (c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer conteúdo negocial); e (d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio). O ordenamento jurídico, no entanto, poderá limitar tais zonas de liberdade, para que subsistam apenas uma ou mais delas¹⁵².

Neste trabalho, defende-se que as zonas de liberdade do autorregramento de vontades no processo penal devem ser limitadas à liberdade de negociação e à liberdade de vinculação, ou seja, que nos domínios do direito processual penal só há espaço para negociações preliminares e para a faculdade de celebrar ou não o negócio jurídico. Isso porque, por força da legalidade processual e da necessidade de preservação do modelo de garantias, não se pode admitir a liberdade de criação, ou seja, a possibilidade de se criar modelos negociais

¹⁵⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais* / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 149-157.

¹⁵¹ *Idem*, p. 156.

¹⁵² *Idem*, p. 156-157.

além daqueles previstos em lei, tampouco a liberdade de estipulação, porque o conteúdo do negócio jurídico deve observar as “condições” previamente estipuladas para o ato negocial, como os benefícios que poderão ser concedidos em troca do reconhecimento de culpabilidade e da celebração do acordo criminal. Tal defesa, todavia, não afasta o fato de estarem os mecanismos negociais pautados no autorregramento de vontades, pois “remanescendo um desses níveis de incidência (zonas de liberdade), preserva-se, ainda que em limite mínimo, a ‘autonomia’ [...]”¹⁵³.

A fonte dos negócios jurídicos processuais penais reside no autorregramento de vontades, o qual, porém, não é ilimitado. O autorregramento de vontades encontra limites nas normas cogentes que decorrem do caráter público do processo penal, da qual é exemplo a legalidade processual, que impede a liberdade das formas¹⁵⁴. O caráter público do processo penal restringe substancialmente as zonas de liberdade negocial¹⁵⁵.

O autorregramento da vontade no negócio jurídico processual encontra limite nas normas fundamentais do processo, ou seja, nos princípios e garantias fundamentais, que constituem a chamada “ordem pública processual”¹⁵⁶.

Pedro Henrique Nogueira sintetiza os limites ao autorregramento da vontade na categoria do “formalismo processual”, que abarca a totalidade formal do processo, nas quais se inserem as formalidades, a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, além da organização do procedimento a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas¹⁵⁷.

Portanto, para efeito desta monografia, os negócios jurídicos processuais penais têm como fonte o autorregramento de vontades entre os atores processuais, que estará sempre limitada ao mínimo das zonas de liberdade previstas na legislação, as quais estabelecerão as possibilidades de negociação e os efeitos jurídicos passíveis de escolha.

¹⁵³ *Idem*, p. 157.

¹⁵⁴ Conforme observa Pedro Henrique Nogueira, “o espaço para o exercício do autorregramento da vontade é aquele deixado pelas normas cogentes” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais* / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 184).

¹⁵⁵ PEREIRA, Davi de Lacerda. *Negócio jurídico no processo penal* / Davi de Lacerda Pereira. – 2022. 58 f. Orientador: Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti de Alencar. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022, p. 41.

¹⁵⁶ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais - Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: RT, 2008, p. 293.

¹⁵⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais* / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 186.

3.4. A TIPOLOGIA (CLASSIFICAÇÃO) DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS

Existem algumas classificações possíveis dos negócios jurídicos processuais penais. Todas elas levam em consideração determinados critérios, como o objeto ou conteúdo, o proponente, a (in)existência de reconhecimento formal, entre outros.

Neste tópico, buscar-se-á demonstrar algumas das classificações e os seus respectivos critérios e exemplos. Para tanto, será levado em conta os atos negociais encontrados no direito comparado e no direito brasileiro, bem como aqueles apontados pela doutrina.

3.4.1. QUANTO AO OBJETO OU CONTEÚDO

Quanto ao objeto ou conteúdo, podem ser apontados os negócios jurídicos sobre a sentença, os negócios jurídicos sobre a imputação e os negócios jurídicos sobre os fatos.

Os negócios jurídicos sobre a sentença são aqueles que no modelo norte-americano de justiça penal negociada recebem a denominação *sentence bargaining*. Em tal modalidade, o negócio tem por objeto a pena e o promotor se compromete a postular a aplicação de uma sanção mais benevolente ao acusado¹⁵⁸. São exemplos de negócios jurídicos sobre a sentença o *Verständigung* ou *Absprache* (acordo sobre a sentença alemão), a *conformidad* negociada (acordo sobre a sentença espanhol), o *patteggiamento* (acordo sobre a sentença italiano), entre outros. No Brasil, até então inexistem negócios jurídicos sobre a sentença, em que pese as tentativas de sua introdução no ordenamento jurídico pátrio.

Os negócios jurídicos sobre a imputação são aqueles que têm por objeto a classificação ou capitulação jurídica do fato, quando o promotor se compromete a excluir uma ou mais imputações ou concorda em formular acusação por delito menos grave¹⁵⁹. Chamada de *charge bargaining* no modelo norte-americano, inexistente, em princípio, tal modalidade no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Finalmente, os negócios jurídicos processuais sobre os fatos têm por objeto os fatos em relação aos quais o réu reconhecerá a culpa, podendo o promotor se comprometer a não contestar a versão do réu ou a suprimir da acusação determinadas circunstâncias que tornam

¹⁵⁸ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 82-84.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 82-84.

o crime mais grave ou agravam a pena¹⁶⁰. Comum no modelo norte-americano, onde é chamada de *fact bargaining*, também não há tal modalidade no Brasil, pelo menos em princípio.

3.4.2. QUANTO AO PROPONENTE

Quanto ao proponente, os negócios jurídicos processuais penais são classificados em negócios jurídicos processuais propostos pelo juiz e os negócios jurídicos processuais propostos pela acusação. Trata-se de classificação que leva em consideração o ator oficial do processo penal que inicia e controla o acordo.

Os negócios jurídicos processuais propostos pela acusação são também chamados *prosecutorial bargaining* e neles o acusador assume com exclusividade a iniciativa e a determinação do acordo, restando o julgador em posição passiva para o controle judicial dos requisitos formais¹⁶¹. No Brasil, todos os mecanismos negociais previstos em lei são negócios processuais penais de propositura exclusiva pelo acusador (v.g. acordo de não persecução penal, cuja proposta cabe ao Ministério Público), cabendo ao magistrado realizar o controle jurisdicional da avença.

Por fim, os negócios jurídicos processuais propostos pelo juiz são também denominados de *judicial bargaining* e neles é o magistrado quem propõe e negocia os termos do acordo com o acusado ou seu defensor. Cuida-se de modalidade que recebe críticas doutrinárias, sobretudo aquelas que questionam o fato de o *judicial bargaining* comprometer a imparcialidade do julgador para gerir as possibilidades de acordo¹⁶². A referida modalidade não encontra previsão legal no Brasil, e está presente em algumas legislações estaduais estadunidenses.

3.4.3. QUANTO AO RECONHECIMENTO FORMAL OU NÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em relação ao seu reconhecimento formal ou não pelo ordenamento jurídico, os negócios jurídicos processuais penais podem ser classificados em típicos e atípicos.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 82-84.

¹⁶¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 95.*

¹⁶² *Idem*, p. 95.

Os negócios jurídicos processuais típicos são aqueles reconhecidos formalmente pelo ordenamento jurídico, enquanto os negócios jurídicos atípicos são aqueles cujos modelos não estão previamente regulados em lei¹⁶³.

Embora não previsto em lei, os negócios jurídicos processuais atípicos são possíveis quando o sistema jurídico promove a abertura para a estipulação negocial para além de modelos pré-fixados, em favor da liberdade de criação¹⁶⁴. É o exemplo do art. 190 do Código de Processo Civil, que prevê uma “cláusula geral de negócios jurídicos processuais atípicos”.

Conforme já se afirmou neste mesmo trabalho, porém, entende-se que no processo penal só há lugar para os negócios jurídicos típicos, ou seja, para aqueles reconhecidos formalmente pelo ordenamento jurídico (v.g. transação penal, suspensão condicional do processo etc.), em observância à legalidade processual e à necessidade que a legislação estabeleça previamente as condições e os procedimentos para a negociação em matéria penal. Em outras palavras, afirma-se que, no Brasil, o Ministério Público só poderá celebrar acordos para não iniciar a persecução penal, para pôr fim consensual ao processo ou para promover modificações nos procedimentos criminais se tais possibilidades existirem em lei, de acordo com os requisitos e os procedimentos nela contidos.

3.4.4. QUANTO À FINALIDADE

De acordo com os apontamentos de Flávio da Silva Andrade a respeito dos instrumentos ou procedimentos que caracterizam a justiça penal negociada, pode-se classificar os negócios jurídicos processuais penais em função das suas diferentes finalidades, dividindo-os em negócios jurídicos processuais que levam à não instauração ou à evitação do processo, em negócios jurídicos processuais que acarretam a suspensão do processo e em negócios jurídicos que conduzem à terminação antecipada ou abreviada do processo.

Os negócios jurídicos processuais que levam à não instauração ou à evitação do processo são aqueles nos quais se transige sobre o exercício da ação penal e se afasta o início do procedimento criminal (v.g. transação penal, acordo de não persecução penal etc.)¹⁶⁵.

¹⁶³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais* / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 205-206.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 206.

¹⁶⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 74.

Os negócios jurídicos processuais que acarretam a suspensão do processo são aqueles que provocam o seu sobrestamento, ou seja, afastam o seu prosseguimento (v.g. suspensão condicional do processo)¹⁶⁶.

Por fim, os negócios jurídicos processuais que conduzem à terminação antecipada ou abreviada do processo são aqueles que visam permitir o julgamento sem a observância de todas as etapas do procedimento, sobretudo a instrução processual (v.g. *Verständigung* ou *Absprache*, *patteggiamento* etc.)¹⁶⁷.

3.4.5. QUANTO À EXTENSÃO DO EFEITO JURÍDICO DETERMINADO PELOS SUJEITOS PROCESSUAIS

O processualista colombiano Devis Echandía promoveu uma relevante classificação dos negócios jurídicos processuais em dois grupos, a partir do critério da extensão do efeito jurídico determinado pelo sujeito: negócios jurídicos processuais vinculativos e negócios jurídicos processuais discricionários¹⁶⁸.

Para o autor, os negócios jurídicos processuais vinculativos são aqueles nos quais as partes podem apenas fazer produzir ou não o efeito jurídico, mas não podem definir o seu alcance, que já vem pré-fixado. Enquanto os negócios jurídicos processuais discricionários são aqueles em relação aos quais as partes interessadas determinam a extensão dos efeitos jurídicos ou suas condições¹⁶⁹.

A classificação de Echandía é profícua para o processo penal brasileiro. Conforme se viu anteriormente, como decorrência da legalidade processual e da obrigatoriedade da ação penal, as zonas de liberdade para o autorregramento da vontade que devem ser delineadas pelo ordenamento jurídico penal pátrio haverão de ser restringidas apenas à liberdade de negociação e à liberdade de vinculação, impedindo-se às partes (Ministério Público e acusado ou investigado) estabelecerem livremente o conteúdo negocial, o que inclui o alcance dos efeitos do negócio jurídico. Assim, pode-se afirmar que, no Brasil, os negócios jurídicos processuais penais devem ser sempre vinculados e jamais discricionários, porque acusação e acusado ou investigado deverão se deter aos efeitos jurídicos pré-fixados na legislação, não podendo instituir outros que vão além dos permitidos e previstos em lei. A discricionariedade no acordo criminal deve se resumir à fase de negociação preliminar e ao poder de optar ou

¹⁶⁶ *Idem*, p. 74.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 74.

¹⁶⁸ ECHANDÍA, Devis. Teoría General del Proceso. 3. ed. Buenos Aires: Universidad, 2004, p. 379.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 379.

não por celebrar o negócio jurídico. Por exemplo, em uma colaboração premiada celebrada para obter o auxílio de um corréu processado por integrar organização criminosa envolvida em homicídios, a acusação não poderá propor que um dos efeitos do negócio jurídico será afastamento da competência do Tribunal do Júri para julgá-lo, porque a Lei n. 12/850/2013 não prevê expressa e previamente tal efeito, ao estabelecer que os possíveis efeitos da colaboração são limitados ao eventual perdão judicial, à redução da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritivas de direito.

3.4.6. OUTRAS CLASSIFICAÇÕES

Além das classificações anteriormente apresentadas, existem outras, definidas conforme diferentes critérios.

Em relação ao lugar de celebração, os negócios jurídicos processuais penais são agrupados em *(a)* negócios jurídicos processuais procedimentais (celebrados no interior do procedimento, ou seja, na sequência típica que o compõe - v.g. suspensão condicional do processo) e em *(b)* negócios jurídicos processuais extraprocedimentais (que ocorrem fora do procedimento judicial propriamente dito - v.g. transação penal, acordo de não persecução penal etc.)¹⁷⁰.

Quanto ao momento de celebração ou produção, os negócios jurídicos processuais penais são divididos em *(a)* negócios jurídicos processuais preparatórios (concluídos antes da propositura da demanda) e em *(b)* negócios jurídicos processuais interlocutórios (celebrados durante a pendência da causa)¹⁷¹.

Finalmente, relativamente à existência ou não de uma ou mais manifestações de vontade, são classificados em *(a)* negócios jurídicos unilaterais (v.g. desistência do recurso interposto) e em *(b)* negócios jurídicos bilaterais ou sinalagmáticos (v.g. transação penal suspensão condicional do processo etc.)¹⁷².

3.5. OS REQUISITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIIS

Uma das vantagens de estabelecer o autorregramento da vontade como a fonte dos negócios jurídicos processuais penais é a de permitir a instituição de limitações aos poderes

¹⁷⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 203.

¹⁷¹ *Idem*, p. 204.

¹⁷² *Idem*, p. 205.

negociais dos atores processuais. Com isso, afasta-se o “dogma da vontade”, que viabilizaria uma ampla liberdade negocial, em prejuízo do modelo de garantias.

Ao longo da pesquisa, foram encontrados diversos limites dos mecanismos negociais no processo penal. Tais restrições são extraídas dos diversos modelos de justiça penal negociada e de apontamentos doutrinários a respeito do tema.

Neste tópico, abordar-se-á os requisitos dos negócios jurídicos processuais penais, que são verdadeiros limites aos acordos criminais. Entre tais requisitos, se situam a voluntariedade, a inteligência e a adequação nos negócios jurídicos processuais, além da assistência de defensor constituído, a tipicidade processual e o controle judicial.

3.5.1. VOLUNTARIEDADE

O primeiro requisito dos negócios jurídicos processuais penais é a voluntariedade nos acordos criminais.

Em linhas gerais, pelo requisito da voluntariedade, o negócio jurídico processual penal só será válido quando o acusado ou investigado for realmente livre para escolher negociar e renunciar ao processo. Significa dizer que o aceite do acusado ou investigado não poderá advir de ameaças ou pressões de qualquer tipo, sob pena de viciar-se a vontade para a decisão¹⁷³.

Trata-se de pressuposto presente em diferentes modelos de justiça penal negociada do direito estrangeiro, tais como o norte-americano, o alemão e o português¹⁷⁴. Além disso, a voluntariedade também é requisito presente no ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, por exemplo, o art. 28-A, § 4º, do CPP prevê expressamente que o juiz deverá verificar a voluntariedade no acordo de não persecução penal; e o art. 4º, § 7º, IV, da Lei n. 12.850/2013 estabelece que o juiz deverá apreciar a voluntariedade na manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Como já se observou ao longo deste trabalho, uma das críticas à justiça penal negociada é aquela segundo a qual não haveria voluntariedade real nos acordos criminais, em razão da coerção infligida sobre acusados ou investigados. Contudo, entende-se que a

¹⁷³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 87-89.

¹⁷⁴ DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 72-130.

voluntariedade pode ser de fato atingida, desde que observados algumas exigências, como a realização de audiências publicizadas, para que se permita o escrutínio das tratativas, bem como a vedação da celebração de acordos criminais com investigados ou acusados que estejam presos cautelarmente, inclusive nos casos de colaboração premiada.

3.5.2. INTELIGÊNCIA

O segundo requisito dos negócios jurídicos processuais penais é a exigência de inteligência ou informação nos acordos criminais, ou seja, de que o acusado ou investigado tenha pleno conhecimento e consciência das condições e consequências do negócio jurídico.

De acordo com Vinicius Gomes de Vasconcellos, o requisito da inteligência visa impedir que o acusado ou investigado venha a ser enganado pelo promotor, e que deve ser analisado em três aspectos. O primeiro aspecto é a necessária compreensão das acusações por parte do acusado ou investigado, ou seja, da natureza das imputações penais, e dos fatos que precisam ser provados para autorizar a condenação. O segundo é o entendimento das consequências, em especial da pena a ser imposta e dos efeitos dela (v.g. reincidência, perda do cargo público etc.). E o terceiro e último deles, é a compreensão dos direitos que são objetos de renúncia a partir do consenso (v.g. direito de defesa, direito de propriedade sobre bens, direito à não autoincriminação etc.)¹⁷⁵.

Ao aplicar a teoria habermasiana do agir comunicativo a fim de indicar as condições para a formação de espaços de consenso válido no processo penal, Flávio da Silva Andrade lista a inteligibilidade (ou compreensibilidade), a verdade, a correção normativa e a sinceridade como pretensões de validade dos mecanismos negociais ou dos negócios jurídicos processuais penais. Para o autor, os atores processuais devem empregar uma linguagem clara e acessível (inteligibilidade ou compreensibilidade); amparar suas propostas em proposições verdadeiras, sem alterações ou omissões a respeito dos indícios de autoria e da materialidade do crime (verdade); negociarem com justeza normativa, sem contrariarem o ordenamento jurídico vigente (correção normativa); e promoverem um diálogo franco e autêntico, sem blefes ou outras dissimulações verbais (sinceridade)¹⁷⁶.

¹⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro* / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 89.

¹⁷⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 49-57.

É preciso, por exemplo, ter cuidado com o emprego excessivo de termos técnico-jurídicos na celebração do acordo, devendo-se prezar pela acessibilidade da proposta. Além disso, a orientação por defensor técnico pode ser fator relevante a garantir e viabilizar a compreensibilidade, a ponto de impedir que o acusado ou investigado seja eventualmente submetido a acordos abusivos ou desproporcionais em razão de sua inexperiência ou desconhecimento.

Enfim, sem que o acusado ou investigado compreenda o conteúdo e as consequências do acordo criminal, não haverá “vontade livre e consciente”, de modo que o negócio jurídico processual penal padecerá de um vício evidente. Ainda, a ausência inteligibilidade na proposta vai de encontro ao princípio da boa-fé objetiva, e contraria um dos seus importantes deveres anexos: o dever de informação.

3.5.3. ADEQUAÇÃO

O terceiro requisito dos negócios jurídicos processuais penais é a necessidade de adequação dos seus termos, entendida como a “[...] correlação mínima entre as imputações assumidas pelo acusado e aquelas que teoricamente se capitulariam aos fatos reais, além da obrigação de existência de uma base fática que sustente o reconhecimento de culpabilidade pelo réu”¹⁷⁷.

Em linhas gerais, pelo requisito da adequação, exige-se que os negócios jurídicos processuais penais estejam amparados em indícios razoáveis da autoria e da materialidade delitiva (existência do crime), sobretudo a fim de se afastar o risco de punição de inocentes pela via negocial.

É em razão da adequação que grande parte dos acordos criminais existentes em diferentes modelos de justiça penal negociada exigem a confissão (ou declaração de culpa) do acusado ou investigado (*v.g. plea bargaining, Verständigung* ou *Absprache*, acordo de não persecução penal etc.). Contudo, entende-se que a confissão não pode ser o bastante para a aferição da existência da base fática (adequação) dos negócios jurídicos processuais, e que deve ser ela cotejada e respaldada com outros elementos, sob pena de se retroceder à sua compreensão como “rainha das provas”.

¹⁷⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 91.*

No Brasil, por exemplo, o acordo de não persecução penal exige expressamente a adequação ou base fática para o ato negocial. Isso porque o art. 28-A do Código de Processo Penal deixa claro que o referido negócio jurídico processual penal só será celebrado “em não sendo o caso de arquivamento”. Ou seja, estabelece a exigência de justa causa para o acordo, compreendidas como lastro probatório mínimo da autoria ou participação e da existência da infração penal.

Enfim, os negócios processuais penais devem ser carreados de indícios de autoria e prova da materialidade do fato, que podem ser demonstrados pela confissão, mas não exclusivamente por ela.

3.5.4. DEFESA TÉCNICA

O quarto requisito dos negócios jurídicos processuais penais é a exigência de assistência de defensor técnico ao acusado ou investigado.

Trata-se de exigência presente em alguns modelos de justiça penal negociada, com a exceção marcante do modelo norte-americano, em que a assistência de defensor técnico é prescindível se o acordo criminal for celebrado na fase de inquérito¹⁷⁸.

A assistência por defensor técnico é essencial para reduzir ou eliminar a desigualdade negocial entre promotor e acusado ou investigado. Isso porque, conforme aponta Flávio da Silva Andrade, o defensor é “[...] dotado de conhecimento técnico, tem prerrogativas para o exercício do ofício, dispõe de ferramentas processuais previstas na legislação para tutelar os direitos do réu e ainda pode ter acesso ao julgador e às instâncias superiores para expor e requerer o que for de interesse do acusado”¹⁷⁹.

Além disso, a orientação por defensor técnico permite o atingimento de outro requisito: a inteligência. O defensor é capaz de garantir a necessária compreensibilidade no negócio jurídico processual penal, ao informar o acusado ou investigado a respeito das condições e consequências do acordo criminal.

Porém, a simples assistência não é o bastante, pois é preciso também que haja uma defesa técnica efetiva. Assim, é indispensável o preparo e o comprometimento profissional do

¹⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro* / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 85-92.

¹⁷⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 109.

defensor técnico, seja constituído ou nomeado, sob pena de nulidade do acordo criminal por deficiência de defesa.

3.5.5. TIPICIDADE PROCESSUAL

O quinto e o mais relevante requisito para os fins deste trabalho é a tipicidade processual, segundo o qual os negócios jurídicos processuais penais constarão sempre de modelos pré-fixados em lei, devendo a eles se adequarem.

A tipicidade é uma exigência que decorre da legalidade processual, em especial quanto à sua influência sobre os atos processuais. Conforme já se viu neste trabalho, a legalidade processual também corresponde ao respeito às formas e/ou formalidades processuais na prática dos atos, que devem observância a um tipo legal previamente estabelecido pela legislação.

Sobre a tipicidade processual, Guilherme Madeira Dezem explica que o tipo processual ou procedimental possui dois elementos: o elemento procedimental e o elemento funcional. De um lado, o elemento procedimental responde à pergunta “como o ato deve ser praticado?”. E de outro, o elemento funcional responde à pergunta “qual é função que o ato ocupa no procedimento?”. Para atender ao seu elemento procedimental, cuja análise é puramente objetiva, é preciso a completa adequação do suporte fático ao tipo processual, ou seja, o ato deve ser praticado dentro do procedimento ou modelo legal previsto; o contrário importará em sua atipicidade e conseqüente invalidade, eis que “o ato processual, fora do modelo definido, também é defeituoso em si, pois afeta um dos elementos do tipo processual, o que acaba por afetar também o tipo objetivo”. Em um segundo momento, apenas se o elemento procedimental for atendido, poderá se perquirir sobre a presença do elemento funcional, ou seja, se a prática do ato é tendente à busca dos efeitos ou conseqüências decorrentes da função que ocupa no procedimento¹⁸⁰.

A explicação de Dezem é profícua para entender o porquê os negócios jurídicos processuais penais devem observância à tipicidade processual. Se os negócios jurídicos processuais penais são tipos ou espécies de atos jurídicos processuais (*lato sensu*), e se estes devem ser praticados de acordo com o procedimento ou modelo legal, logo só serão válidos se adequarem-se ao suporte fático do tipo processual (objetivo), isto é, ao fato abstratamente previsto na norma processual penal. Assim, se o negócio jurídico processual penal for

¹⁸⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. Tipicidade processual e provas típicas e atípicas. 2008. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

celebrado fora ou diferentemente de um modelo pré-fixado em lei, será atípico e, por consequência, inválido ou nulo.

Por isso, não se pode nem se deve admitir a celebração de negócios jurídicos processuais penais atípicos, porque estes, nos domínios do processo penal, por não se adequarem ao tipo objetivo, já nascem defeituosos em si e, portanto, não estão aptos a produzirem efeitos jurídicos legítimos.

3.5.6. CONTROLE JUDICIAL

O sexto e último requisito dos negócios jurídicos processuais penais é o controle judicial ou jurisdicional dos acordos criminais.

Cuida-se de requisito que tem como finalidade garantir a satisfação de todos os demais. A partir do controle judicial, o magistrado deve verificar ou fiscalizar se o acordo é voluntário, se o acusado ou investigado compreendeu as suas condições e consequências, se há base fática, se a defesa técnica foi oportunizada e exercitada, e se o acordo corresponde a um modelo previsto em lei.

Atualmente, no modelo brasileiro de justiça penal negociada, o controle judicial é exigência direcionada a todos os negócios jurídicos processuais penais. Nos termos das respectivas leis que lhes regulamentam, a transação penal, a composição dos danos civis, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal dependem de homologação judicial a ser realizada em audiência designada para que o juiz verifique a satisfação dos requisitos previstos na legislação.

Além do Brasil, o controle pelo magistrado está presente em diferentes modelos de justiça penal negociada do direito estrangeiro, inclusive no modelo norte-americano.

Contudo, tal requisito não pode ser reduzido a uma mera formalidade. Isso, fundamentalmente, porque o controle judicial resulta do “papel garantidor do magistrado” no modelo negocial. Nele, o juiz deve exercer uma função garantística a fim de assegurar a igualdade de oportunidade de falas, a efetiva atuação da defesa e inexistência de coação psicológica ou eventuais ameaças. Nesse sentido, Flávio da Silva Andrade afirma que cabe ao juiz constatar, conversando com o réu e formulando perguntas, se há real voluntariedade no acordo e inteligência, consciência ou compreensibilidade a respeito da avença¹⁸¹.

¹⁸¹ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 110.

Por fim, uma questão bastante debatida é se, ao controlar o negócio jurídico processual, o magistrado pode ou não se imiscuir em seus termos, atuando também como negociador, ou se sua atuação deve se resumir à verificação dos pressupostos do ajuste. Sobre isso, a despeito de outras posições, prevalece tanto na doutrina brasileira como na doutrina estrangeira que o magistrado deve manter-se equidistante e, por isso, para preservar sua imparcialidade, deverá apenas realizar o controle da forma e do conteúdo dos acordos criminais¹⁸².

3.6. OS VÍCIOS DE VONTADE NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS

Como se viu no subtópico “6”, dois dos requisitos dos negócios jurídicos processuais penais são a voluntariedade e a inteligibilidade, que exigem que o aceite do acusado ou investigado resulte de uma manifestação de vontade livre e consciente.

Tais requisitos trazem à tona o necessário estudo dos vícios de vontade que invalidam os negócios jurídicos processuais penais. São eles: (a) coação moral; (b) dolo; e o (c) erro ou ignorância.

Os vícios de vontade dos negócios jurídicos são majoritariamente catalogados como institutos de direito material, precisamente como institutos de direito privado, portanto submetidos ao seu regime jurídico. Apesar disso, os vícios de vontade têm aplicabilidade reconhecida no que tange os atos processuais praticados pelas partes; como afirma Pedro Henrique Nogueira, a doutrina processualista já há muito admite que os atos processuais praticados pelas partes sejam invalidados de acordo as regras jurídicas substanciais, o que inclui as invalidades decorrentes da existência de coação moral, dolo e erro/ignorância¹⁸³.

A coação moral se caracteriza quando, sob ameaças, se constrange alguém a celebrar o negócio o qual não queira. Como demonstra Paula Costa e Silva, a coação moral é causa de vício do ato processual praticado pela parte, mesmo na ausência de previsão legal no ordenamento processual a esse respeito¹⁸⁴. No que concerne aos negócios jurídicos processuais penais, por exemplo, a manifestação de vontade será invalidada pela existência

¹⁸² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 85-87.

¹⁸³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 189.

¹⁸⁴ Sobre isso, a autora afirma que “a coação é um dos vícios mais graves que podem afetar que podem afectar uma acção, na medida em que interfere directamente com a liberdade de autodeterminação” (SILVA, Paula da Costa e. Acto e Processo - o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 552).

de coação moral quando o acusado ou investigado for constrangido a celebrar o acordo criminal sob a ameaça da aplicação de uma pena mais grave, isto é, sob a ameaça do “preço de julgamento” ou “tesoura sancionatória”.

O dolo ocorre quando a parte contrária ou terceiro, maliciosamente, dá ensejo ao erro sobre o negócio. Por exemplo, ocorre nos casos de *overcharging*, muito comum no modelo norte-americano de justiça penal negociada, em que o promotor apresenta uma acusação inflada a fim de induzir o acusado ou investigado a erro e forçar o aceite ao acordo criminal. Outro exemplo é o negócio jurídico processual penal celebrado sem a menor base fática, isto é, sem indícios razoáveis de autoria delitiva e prova da materialidade do fato¹⁸⁵.

O erro ou ignorância se dá quando o negócio jurídico processual penal é celebrado em virtude de uma falsa percepção da realidade ou pelo total desconhecimento dela. Exemplificativamente, se dá quando o acusado ou investigado declara seu aceite por acreditar que o negócio jurídico processual penal é uma medida impositiva, e não uma faculdade; e ainda nos casos que o negócio é celebrado por inexperiência ou desconhecimento das condições e consequências do acordo criminal, isto é, por falta de inteligência/compreensibilidade.

Portanto, do que se expôs, verifica-se que os negócios jurídicos processuais penais serão inválidos quando da presença de quaisquer dos vícios de vontade (coação moral, dolo, erro), porque contrariam as exigências de voluntariedade e inteligibilidade nos acordos criminais.

3.7. OS PLANOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIIS: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Ao longo deste trabalho, adotou-se a teoria dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda. A partir dela, definiu-se o fato jurídico como o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático, isto é, como a concretização de um fato previsto na norma geral e abstrata.

Uma das importantes repercussões da teoria ponteana é a sujeição dos fatos jurídicos a três planos, quais sejam, o da existência, o da validade e o da eficácia, que serão satisfeitos ou não conforme a presença ou a ausência dos elementos do suporte fático (hipótese normativa abstrata).

¹⁸⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 55.

Assim como os demais fatos jurídicos, os negócios jurídicos em geral e os negócios jurídicos processuais penais devem perpassar os três planos (existência, validade e eficácia), os quais são necessários para o seu efetivo ingresso no mundo jurídico, ou seja, para que adquiram relevância ao direito.

Neste subtópico, buscar-se-á identificar os elementos que devem constar do suporte fático dos negócios jurídicos processuais penais em cada um dos planos, sob pena de inexistência, invalidade e/ou ineficácia.

3.7.1. PLANO DA EXISTÊNCIA

No plano da existência, estão todos os fatos jurídicos. Isso porque o fato jurídico existe sempre que tenha havido a incidência da norma sobre o suporte fático¹⁸⁶.

Como se viu, o negócio jurídico processual é um fato humano voluntário. Desse modo, exige-se como primeiro elemento integrante do núcleo do suporte fático do negócio jurídico processual penal a ocorrência de uma vontade manifestada e conhecida pelos demais sujeitos processuais¹⁸⁷.

Além disso, o segundo elemento integrante do suporte fático do negócio jurídico processual é o autorregramento da vontade, que se configura pelo exercício do poder de escolha da categoria jurídica ou das situações jurídicas que configurarão sua eficácia, ainda que nos limites da lei (v.g. extinção da punibilidade, não instauração do processo penal etc.)¹⁸⁸.

Por fim, o elemento completante do núcleo do suporte fático do negócio jurídico processual penal será a referibilidade a um procedimento existente ou futuro, de modo a abarcar o fato humano voluntário ocorrido ainda na fase de inquérito policial.

Portanto, são três os elementos do suporte fático necessários para que o negócio jurídico processual penal adentre ao plano da existência: (a) a vontade manifestada e conhecida pelos demais sujeitos processuais (primeiro elemento nuclear do suporte fático); (b) autorregramento da vontade (segundo elemento nuclear do suporte fático). e (c) referibilidade a um procedimento existente ou futuro (elemento completante do núcleo do suporte fático).

¹⁸⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 209.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 209.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 210.

3.7.2. PLANO DA VALIDADE

Uma vez presentes os elementos do núcleo do suporte fático, o negócio jurídico processual penal irá perpassar pelo plano da existência. Para que ingresse no plano da validade, porém, deverá atender aos requisitos ou limites estabelecidos pelo sistema processual. Do contrário, ter-se-á um negócio jurídico processual penal existente e inválido.

No plano da validade, estão os requisitos dos negócios jurídicos processuais penais. Ou seja, para que ingresse no plano da validade, o negócio jurídico processual penal deve atender aos pressupostos de voluntariedade, inteligência, adequação, assistência de defensor técnico, tipicidade processual e controle judicial.

Além deles, Pedro Henrique Nogueira afirma que a capacidade processual e a capacidade postulatória (v.g. para postular ao Ministério Público a proposta de acordo de não persecução penal) são dois requisitos subjetivos para o ingresso no negócio jurídico processual em geral no plano da validade¹⁸⁹.

Se por ausência de quaisquer dos requisitos o negócio jurídico processual não ingressar no plano da validade, será ele nulo ou inválido. Porém, é necessário que o vício decorrente da ausência de observância dos pressupostos resulte em prejuízo, ou seja, que a falha impeça a obtenção da finalidade do ato; não configurado o prejuízo, o ato negocial nulo poderá ser convalidado¹⁹⁰. Por exemplo, poderá ser convalidado por ausência de prejuízo o acordo de não persecução penal celebrado no lugar de uma transação penal por um lapso dos atores processuais, porque os requisitos e os efeitos do primeiro são relativamente parecidos com os do segundo, diferenciando-se tão somente em relação aos delitos aos quais se aplicam¹⁹¹.

3.7.3. PLANO DA EFICÁCIA

¹⁸⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 211.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 212.

¹⁹¹ Sobre o tema das nulidades no processo penal, Norberto Avena ensina que, por expressa previsão do art. 563 do Código de Processo Penal (CPP), “não se decreta a nulidade relativa e não se declara a nulidade absoluta sem que haja resultado prejuízo para qualquer das partes (*pas de nullité sans grief*), sendo isto cabalmente demonstrado pela parte interessada” (AVENA, Norberto. Processo Penal . Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647774. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/> >. Acesso em: 01 out. 2023).

Ao ingressar no plano da eficácia, o negócio jurídico processual penal produzirá os efeitos jurídicos típicos e pretendidos pelos atores processuais (v.g. suspensão do processo, extinção da punibilidade etc.).

Em regra, o negócio jurídico só ingressará no plano da eficácia depois de perpassar pelos planos da existência e da validade. No direito processual brasileiro, porém, é plenamente possível a existência de negócios jurídicos processuais eficazes e inválidos, isto é, que tenham ingressado no plano da eficácia ainda que eivados de vícios. Isso porque, como ensina Pedro Henrique Nogueira, os atos processuais viciados produzem seus efeitos típicos até sua respectiva invalidação¹⁹².

No âmbito do direito processual penal brasileiro, ainda, a norma jurídica descreve alguns acontecimentos que subordinam a propagação dos efeitos dos negócios jurídicos processuais penais, as quais são verdadeiras *conditios iuris*, isto é, elementos de eficácia presentes na norma processual.

A primeira *conditio iuris* para a propagação dos efeitos dos negócios jurídicos processuais penais é a homologação judicial. Isso, fundamentalmente, em razão do que prevê o direito positivo, que estabelece a necessidade de que os acordos criminais sejam homologados em juízo (v.g. transação penal, acordo de não persecução penal, suspensão condicional do processo etc.). Trata-se, aliás, de decorrência lógica do controle judicial como requisito de validade dos negócios jurídicos processuais penais; ao mesmo tempo em que o magistrado é o responsável por fiscalizar os pressupostos do acordo criminal, é também quem confere, via homologação judicial, a produção de seus efeitos jurídicos típicos.

Para além da homologação judicial, a lei ainda prevê algumas outras condições de eficácia dos negócios jurídicos processuais penais, isto é, eventos futuros e incertos que devem ocorrer para que os acordos criminais produzam seus efeitos típicos. Por exemplo, o acordo de não persecução penal só produzirá seu efeito típico, que é a extinção da punibilidade, quando o acusado ou investigado proceder ao implemento das condições estabelecidas, como o pagamento de prestação pecuniária ou a prestação de serviços à comunidade.

Uma questão adicional é se os atores processuais podem conferir elementos de eficácia que não aqueles previamente fixados em lei, o que Pontes de Miranda nomeia de “determinações inexas”, que compreendem os elementos futuros subordinantes da eficácia do ato jurídico, postos pelo exercício da própria vontade do sujeito, que se inexam ao ato

¹⁹² NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 213.

jurídico para lhes fazer futuramente irradiar ou cessar a eficácia¹⁹³. Neste trabalho, entende-se pela impossibilidade do estabelecimento de determinações inexas pelos próprios atores processuais, uma vez que, nos domínios do processo penal, conforme já se afirmou, as zonas de liberdades relativas ao negócio jurídico processual se exaurem nas liberdades de negociação preliminar e liberdade de vinculação, inexistindo liberdade de estipulação, isto é, de estabelecer o conteúdo negocial.

4. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS ATÍPICOS NO PROCESSO PENAL

Na parte final deste trabalho, focar-se-á o grande objeto da pesquisa realizada: os negócios jurídicos atípicos no processo penal.

Nos dois primeiros capítulos, viu-se a tendência de expansão da justiça penal negociada, além dos seus instrumentos correspondentes: os negócios jurídicos processuais penais. De início, foram apresentadas as tensões da expansão da justiça penal com o modelo tradicional de processo penal, com a legalidade processual e com a obrigatoriedade da ação penal pública, bem como os seus fatores de emergência, os seus fundamentos legitimadores, a sua expressão nos direitos comparado e brasileiro e, por fim, as suas controvérsias e críticas. Depois, buscou-se contribuir com o desenvolvimento de uma teoria dos negócios jurídicos processuais penais, levando em consideração o caráter público do Direito Processual Penal e os seus princípios e finalidades específicas.

Agora, se buscará responder ao problema de pesquisa, qual seja: o Ministério Público brasileiro pode celebrar acordos criminais apenas nas hipóteses taxativamente previstas em lei, isto é, apenas negócios jurídicos processuais típicos, ou também lhe é facultado celebrar negócios jurídicos processuais atípicos, com amplo fundamento no autorregramento de vontades?

A hipótese que se almeja comprovar é a de que, no Direito Processual Penal brasileiro, só é possível a celebração de negócios jurídicos processuais penais típicos (reconhecidos formalmente pelo ordenamento jurídico) por parte do Ministério Público, em observância à legalidade processual e à obrigatoriedade da ação penal pública, que acarretam na necessidade de que a legislação estabeleça previamente as situações, condições e procedimentos para a negociação em matéria penal, bem como para a disposição a respeito da persecução punitiva.

¹⁹³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, I. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 92.

A (in)viabilidade dos negócios jurídicos atípicos no processo penal será analisada sob a ótica da legalidade processual e da obrigatoriedade da ação penal pública. Ademais, serão tecidas considerações relativas aos argumentos favoráveis aos negócios jurídicos processuais penais atípicos (flexibilização procedimental consensual e aplicação analógica do art. 190 do CPC/2015), bem como sobre o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 5790 e 5793, nas quais se questionava a constitucionalidade do Acordo de não Persecução Penal à época em que não havia sua previsão em lei.

4.1. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS ATÍPICOS E A LEGALIDADE PROCESSUAL

O primeiro obstáculo aos negócios jurídicos processuais penais atípicos é a legalidade processual.

Conforme já se afirmou, no direito processual penal vigora a legalidade característica do Direito Público, que adentra à sua esfera tanto como o dever de submissão dos atos processuais à lei quanto como o vetor da obrigatoriedade da persecução punitiva (princípio da obrigatoriedade da ação penal pública).

Neste subtópico, chama-se a atenção particularmente para um dos significados da legalidade processual, a saber, ao que se relaciona à forma dos atos processuais. De acordo com essa definição, a legalidade processual diz respeito à necessária observância da tipicidade das formas enquanto critério-padrão de validade dos atos processuais, ou seja, ao respeito ao tipo legal de ato processual. Foi a partir dessa definição de legalidade processual, inclusive, que se estabeleceu a tipicidade processual como requisito de validade dos negócios jurídicos processuais penais.

A celebração de negócios jurídicos processuais penais atípicos dependeria da existência de uma abertura no sistema jurídico para estipulação negocial para além de modelos pré-fixados¹⁹⁴. Porém, no ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente do que ocorre no modelo norte-americano de justiça penal negociada, inexistente tal abertura, uma vez que o legislador fixou a tipicidade das formas como parâmetro de validade dos atos processuais, ao definir que as condutas dos sujeitos processuais só serão válidas e produzirão

¹⁹⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 206.

seus efeitos jurídicos se obedecerem os requisitos e as formas previstas em lei, conforme ensina Gustavo Henrique Badaró¹⁹⁵.

Aliás, entende-se que nem mesmo poder-se-ia optar pela abertura para a celebração de negócios jurídicos processuais penais não reconhecidos formalmente pela legislação, isto é, de que se permitisse aos sujeitos processuais criarem novos modelos negociais de acordo com o autorregramento da vontade (liberdade de criação). Isso porque do contrário se teria uma amplitude indesejada dos espaços de oportunidade/consenso no Direito Processual Penal brasileiro, o que impediria a mitigação dos riscos do modelo negocial, como a informalização exagerada e a mercantilização do processo penal¹⁹⁶.

Nesse sentido, segundo aponta Antonio Scarance Fernandes, as alternativas consensuais no direito processual penal brasileiro não devem seguir a amplitude do modelo transacional norte-americano, e deve ter como fundamento a regulação por lei dos seus institutos, como o estabelecimento de seus pressupostos e requisitos¹⁹⁷.

Não se pode olvidar, ainda, que os negócios jurídicos processuais penais proporcionam renúncias a direitos fundamentais por parte do acusado ou investigado. E como se viu, a reserva da lei é um dos requisitos para a renúncia válida a direitos fundamentais, devendo a legislação estabelecer expressamente os seus requisitos e formas.

Portanto, no processo penal brasileiro, só há lugar para negócios jurídicos processuais típicos, ou seja, para aqueles reconhecidos formalmente pela legislação processual. Em outras palavras, os mecanismos negociais só podem e devem ser empregados no processo penal brasileiro na existência de lei que os preveja e discipline a forma e as formalidades de suas celebrações, em observância à legalidade processual.

4.2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS ATÍPICOS E A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

¹⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Processo penal/Gustavo Henrique Badaró. -- 5 ed. rev., atual. e ampl.. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 800-801.

¹⁹⁶ Conforme defende Flávio da Silva Andrade, a implementação segura dos acordos criminais (negócios jurídicos processuais penais) depende de normatização e práticas adequadas, de uma não exagerada amplitude nos espaços de consenso, para que assim não ocorram vulneração aos princípios reitores do Direito Processual Penal e, em última análise, seja possível preservar as garantias constitucionais (ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022).

¹⁹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance, Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 269.

O segundo obstáculo aos negócios jurídicos processuais penais atípicos é o princípio (ou regra) da obrigatoriedade da ação penal pública.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é uma decorrência da legalidade processual, que estabelece um comando dirigido ao Ministério Público, determinando-lhe o exercício da ação penal quando presentes indícios de autoria e existência do crime, afastando qualquer espaço para a discricionariedade do órgão de acusação, ou seja, para a realização de juízos de conveniência e oportunidade.

Tal princípio representa a obrigatoriedade e também a indisponibilidade da persecução punitiva, e se faz presente nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânico, a exemplo do ordenamento jurídico brasileiro.

Como se viu, via de regra, não há espaços de oportunidade para o Ministério Público em ordenamentos jurídicos que adotam a obrigatoriedade da ação penal pública. Todavia, com a inescapável tendência de expansão da justiça penal negociada, a obrigatoriedade foi arrefecida nos mais diversos países que a adotam. Neles, visando conciliar a introdução de mecanismos negociais ou de oportunidade com o regramento de ordenamentos jurídicos historicamente pautados pela legalidade/obrigatoriedade, a doutrina desenvolveu e consolidou a definição de “oportunidade regrada”, por meio da qual se estipulou uma mitigação restrita ao princípio da obrigatoriedade, permitindo sua flexibilização nos casos previstos em lei e conforme critérios por ela regulados¹⁹⁸.

O Brasil adotou em seu sistema jurídico a oportunidade regrada ao restringir os espaços de consenso/oportunidade aos casos expressamente admitidos em lei, como nas hipóteses em que se autorizam a transação penal, a composição dos danos civis, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal.

Desse modo, como decorrência lógica da adoção de espaços regradados de oportunidade/consenso no direito brasileiro, é de se concluir que só é possível a existência de negócios jurídicos processuais penais típicos, ou seja, daqueles reconhecidos formalmente pela legislação processual. Isso porque admitir a possibilidade de celebrações de negócios jurídicos processuais atípicos seria ampliar os espaços de oportunidade para além das hipóteses legais, isto é, dos modelos negociais pré-fixados em lei, o que permitiria a ampla discricionariedade da acusação em matéria penal.

¹⁹⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021. p. 37-38.

A adoção da obrigatoriedade e indisponibilidade da persecução punitiva tem justamente o condão de limitar a discricionariedade exacerbada do Ministério Público, a fim de impedir uma ilimitada disposição dos agentes públicos sobre a ação e o processo penal. Portanto, se o ordenamento jurídico brasileiro garantisse uma liberdade negocial tal que permitisse ao Ministério Público a criação de negócios jurídicos processuais não submetidos à reserva da lei, ter-se-ia uma quebra do sistema normativo, que iria de encontro à legalidade processual.

Em suma, em um ordenamento jurídico que adota a obrigatoriedade da persecução punitiva como regra, a disposição da ação penal pública só deve ser admitida nos casos taxativamente previstos em lei, o que inviabiliza, por conseguinte, a celebração de negócios jurídicos processuais penais atípicos.

Assim, por força do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, a implementação dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro dependem de prévia e exaustiva previsão legal. Isso significa que os espaços de oportunidade no direito brasileiro devem estar expressamente estabelecidos na legislação processual e que só haverá lugar para a celebração de negócios jurídicos processuais penais típicos; o Ministério Público só poderá celebrar acordos para não iniciar a persecução penal, para pôr fim consensual ao processo ou para promover modificações nos procedimentos criminais se tais possibilidades existirem em lei, de acordo com os requisitos e os procedimentos nela contidos.

4.3. O POSSÍVEL ARGUMENTO FAVORÁVEL AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS ATÍPICOS: A FLEXIBILIZAÇÃO CONSENSUAL DO PROCEDIMENTO

Na esteira do que já ocorria no processo civil, as ideias relacionadas à flexibilização procedimental têm permeado o debate doutrinário no processo penal¹⁹⁹.

A flexibilização procedimental representa as possibilidades de adaptação dos procedimentos aos casos concretos, de modo a moldá-los às especificidades do conflito, visando a celeridade em sua resolução. Em outras palavras, a flexibilização procedimental significa a adaptação da norma legal relativa ao procedimento a um caso determinado, nas

¹⁹⁹ Como explica Vinícius Gomes de Vasconcellos, “em um cenário de paulatinas alterações e intensos debates no direito processual, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 surgiu com importantes inovações, como a introdução de mecanismos para possibilitar a flexibilização procedimental” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. A flexibilização procedimental na justiça criminal: os impactos dos CPC/15 e as distintas premissas dos processo penal. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 25 - n. 2 - mai - ago 2020, p. 390).

situações que esta exigência se fizer necessária²⁰⁰. Trata-se de concepção oriunda da ideia de instrumentalidade processual, que parte da premissa de que o direito processual é instrumento de concretização do direito material, e que deve conferir meios adequados de solução da crise deste último, a qual é o conflito de interesses instaurado entre as partes²⁰¹.

Apesar de se caracterizar como adepto de um sistema processual rígido, em que os procedimentos possuem caráter marcadamente indisponíveis, o processo penal brasileiro tem caminhado para a flexibilização²⁰². Desde a Lei n. 9.099/1995, que trouxe consigo institutos negociais e o procedimento sumaríssimo (informal e simplificado), o processo penal brasileiro tem buscado alterar a ordem rígida dos procedimentos criminais existentes.

Segundo Guilherme Madeira Dezem, a necessidade de flexibilização procedimental resulta da constatação cada vez mais frequente de que nem sempre o modelo legal previsto pelo legislador consegue responder às peculiaridades de situações que, em razão da velocidade das mudanças que ocorrem na sociedade, aumentam a complexidade do processo²⁰³.

Existem diferentes planos nos quais a flexibilização procedimental pode ser vislumbrada. Primeiro, há a flexibilização legislativa (flexibilização estabelecida pelo próprio legislador). Segundo, há a flexibilização judicial (flexibilização realizada pelo juiz). E por fim, há a flexibilização consensual (flexibilização realizada por acordo entre as partes).

A admissão da existência da flexibilização consensual do procedimento criminal poderia legitimar as celebrações de negócios jurídicos processuais penais atípicos. Isso porque se se admitisse às partes adaptarem consensualmente o procedimento às necessidades do caso concreto, a fim de conferir efetividade à resolução do conflito penal, permitir-se-ia os mais diversos acordos a respeito dos ritos processuais, inclusive para além dos modelos negociais previamente estabelecidos pelo legislador.

Contudo, como afirma Dezem, embora possível no processo civil, a flexibilização consensual tem atuação restrita no âmbito do processo penal. Nesse sentido, para o autor,

²⁰⁰ GAJARDONI, Fernando F. Flexibilização procedimental: novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 160. No mesmo sentido: DEZEM, Guilherme Madeira. A flexibilização no processo penal. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 35.

²⁰¹ GRINOVER, Ada P. Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta, 2016, p. 14.

²⁰² DEZEM, Guilherme Madeira. A flexibilização no processo penal. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 40.

²⁰³ *Idem*, p. 35.

“[...] o objeto do processo penal e o valor da liberdade tendem a limitar a possibilidade de acordos entre as partes que não encontrem amparo legal”²⁰⁴.

Em razão da legalidade processual, já exaustivamente mencionada, a flexibilização procedimental no processo penal deve se limitar ao plano legislativo. Significa dizer que as adaptações do procedimento ao caso concreto só devem ocorrer quando determinadas pelo legislador quando da elaboração da lei, que abre mais possibilidades para os sujeitos do processo. Por esse motivo, exemplificativamente, a flexibilização do procedimento criminal é viável nos casos em que a lei prevê a possibilidade de celebrações de negócios jurídicos típicos como forma de adaptação do procedimento (v.g. transação penal, acordo de não persecução penal etc.).

A ideia de instrumentalidade processual que embasa a flexibilização procedimental como um todo deve ser encarada com ressalvas no processo penal. Isso acontece, fundamentalmente, porque o processo penal não pode nem deve ser considerado mero instrumento para a concretização do direito material, mas também como garantia do acusado enquanto meio de limitação do poder punitivo. Como afirma Vinícius Gomes de Vasconcellos²⁰⁵:

“[...] no processo penal a forma é garantia, de modo que o desrespeito a uma formalidade prevista na Lei deve acarretar uma presunção de violação de direito fundamental. E, nesse sentido, a legalidade assume posição de indispensabilidade e primazia na dogmática processual penal. Considerando-se que o poder tende ao abuso, a sua divisão, com controle e limitações recíprocas, é medida que se impõe. Isso ocorre com a estruturação do processo em um sistema acusatório (com a divisão dos poderes entre julgador, acusação e defesa) e com a submissão do exercício do poder punitivo (Estado-juiz) aos limites impostos pela Lei (poder legislativo como representante do povo)”.

Assim, como a flexibilização consensual do procedimento criminal também é obstaculizada pela legalidade processual, acordos para modificações procedimentais devem ser submetidos às limitações previstas em lei, de modo que são inadmissíveis as adaptações do procedimento ao caso concreto realizadas para além dos modelos legais previamente estabelecidos.

4.4. A (IN)APLICABILIDADE DO ART. 190 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 AO PROCESSO PENAL

²⁰⁴ *Idem*, p. 46.

²⁰⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A flexibilização procedimental na justiça criminal: os impactos dos CPC/15 e as distintas premissas dos processo penal. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 25 - n. 2 - mai - ago 2020, p. 396.

Os negócios jurídicos processuais existem no direito processual civil brasileiro desde pelo menos as ordenações filipinas, e se fizeram presentes nos diplomas legislativos subsequentes, inclusive no Código de Processo Civil de 1973. Mas foi o Código de Processo Civil de 2015 o responsável por intensificar a negociação processual, inclusive em razão da sua evidente preferência à solução autocompositiva do conflito²⁰⁶.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) fez uma clara opção pela abertura de maior liberdade às partes na conformação do procedimento. A evidência disso é a norma prevista no *caput* do seu art. 190²⁰⁷, que, apresentando-se como uma grande novidade no direito brasileiro, conferiu a faculdade às partes e aos sujeitos em geral de disciplinarem, por meio de convenção, de maneira ampla, o próprio processo.

A redação do art. 190, *caput*, do CPC/2015 é resultado do uso da técnica legislativa da cláusula geral, e por isso é tratada como uma norma de conteúdo aberto que abre o sistema processual para as mais diversas possibilidades de negociação sobre o processo²⁰⁸.

É justamente em razão da sua tessitura aberta que a doutrina extrai do art. 190, *caput*, do CPC/2015 a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos no processo civil, ou seja, para além daqueles já expressamente previstos no sistema. Na sistemática do processo civil, tais negócios jurídicos processuais atípicos podem versar tanto sobre o procedimento, permitindo-se às partes a flexibilização procedimental consensual ou voluntário, como sobre os ônus, faculdades, direitos e deveres processuais (v.g. pacto para a redução de prazos processuais, pacto sobre a distribuição do ônus da prova etc.)²⁰⁹.

Atualmente, há quem defenda a aplicação do art. 190, *caput*, do CPC/2015 ao processo penal, para permitir a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos também na justiça criminal, como faz Catharina Peçanha Martins Oroso.

Para Oroso, a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos na justiça criminal resultaria do diálogo entre os diplomas legislativos processuais civil e penal, o que encontraria guarida no próprio Código de Processo Penal brasileiro, o qual consagra as interpretações extensiva e analógica da lei processual penal (art. 3 do CPP). E é por sustentar a existência dessa intercambialidade entre os diferentes diplomas processuais que conclui pela compatibilidade entre os negócios jurídicos processuais atípicos e o processo penal,

²⁰⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 262-265,

²⁰⁷ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

²⁰⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 265.

²⁰⁹ *Idem*, p. 266.

argumentando pela aplicação analógica da cláusula geral de negociação presente no art. 190 do CPC/2015²¹⁰.

O argumento sustentado por Oroso, porém, parte de uma premissa equivocada. Isso porque a argumentação traçada pela referida autora baseia-se em uma confusão entre interpretação analógica e analogia, que são diferentes entre si; a interpretação analógica é método hermenêutico por meio do qual se busca extrair sentidos de fórmulas genéricas empregadas pela legislação, enquanto a analogia é meio de integração a partir do qual visa-se colmatar lacunas/omissões do ordenamento jurídico mediante a aplicação de uma norma jurídica que, embora presente em outro diploma normativo, regula caso semelhante²¹¹. Portanto, em verdade, Oroso não defende uma interpretação analógica da lei processual penal, mas o uso da analogia para preencher uma suposta lacuna do Código de Processo Penal, por meio de um dispositivo do Código de Processo Civil.

Então, ao contrário do que busca sustentar, a aplicação do art. 190, *caput*, do CPC/2015 ao processo penal tal qual defendida por Oroso não está pautada na interpretação analógica da lei processual penal, e sim no emprego da analogia enquanto método de integração para colmatar uma suposta omissão presente no ordenamento jurídico. Sendo assim, no fundo, a premissa da qual parte Oroso não está baseada na possibilidade de interpretação analógica, mas na existência de uma lacuna no Código de Processo Penal que necessitaria ser preenchida pelo CPC/2015. E diante disso, é preciso responder a seguinte pergunta: há de fato omissão do Código de Processo Penal a respeito dos negócios jurídicos processuais penais atípicos ou o legislador optou, intencionalmente, por admitir apenas a celebração de convenções processuais reconhecidas formalmente pelo ordenamento jurídico, a fim de limitar o autorregramento da vontade no processo penal?

Entende-se que não há lacuna na lei processual penal relativamente aos negócios jurídicos processuais atípicos, mas silêncio eloquente. Como bem assinala Davi de Lacerda Pereira, a ausência de autorização para a celebração de negócios jurídicos processuais penais atípicos é propósito do legislador, que conformou o regime jurídico processual penal sob o pilar da tipicidade das formas, inclusive o regime de negociação no processo penal, como decorrência da legalidade processual²¹². Por essa razão, descabe a aplicação analógica do art.

²¹⁰ OROSO, Catharina Peçanha Martins. Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Penal: possibilidades e limites de aplicação do art. 190, CPC/15. Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2018, p. 08.

²¹¹ MARCÃO, Renato. Código de processo penal comentado. Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502626799. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626799/> >. Acesso em: 10 out. 2023, p. 26.

²¹² PEREIRA, Davi de Lacerda. Negócio jurídico no processo penal / Davi de Lacerda Pereira. – 2022. 58 f. Orientador: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022, p. 54.

190 do CPC/2015 a pretexto de colmatar uma lacuna do Código de Processo Penal; uma vez que a tipicidade das formas é critério-padrão de validade dos atos processuais, a ausência de um modelo legal definido (atipicidade) não será uma lacuna, e sim uma vedação expressa à prática de determinado ato.

Além disso, vislumbra-se um outro obstáculo a uma eventual aplicação analógica do art. 190, *caput*, do CPC/2015 ao processo penal: os direitos em relação aos quais se admitiria a autocomposição.

No processo civil, para que seja possível a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, a causa deve versar sobre direitos passíveis de autocomposição. No entanto, há uma verdadeira zona cinzenta sobre os direitos passíveis de autocomposição no processo penal. Isso porque os direitos e garantias processuais/fundamentais do acusado ou investigado são amplamente compreendidas como direitos indisponíveis, inclusive o direito ao procedimento, cujas renúncias só seriam possíveis nos casos expressamente previstos em lei, conforme o entendimento de Jorge Reis Novais²¹³. Por isso, de imediato, a cláusula geral de negociação sobre o processo encontraria óbice na ausência de autorização específica para a renunciabilidade aos direitos ou garantias processuais/fundamentais.

Assim, conclui-se pela inaplicabilidade do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015 ao processo penal. Primeiro, porque não há lacuna no Código de Processo Penal a respeito da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, mas opção legislativa pela sua vedação, em virtude do estabelecimento da tipicidade das formas como critério-padrão de validade dos atos processuais. Segundo, porque, diferentemente do processo civil, os direitos que admitem autocomposição no processo penal devem ter sua possibilidade de renúncia reconhecida expressamente pela legislação.

4.5. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS ATÍPICOS: UMA BREVE ANÁLISE DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIs) N. 5790 E 5793

Atualmente, o Acordo de não Persecução Penal está expressamente previsto na legislação processual. Isso porque, em 2019, a Lei n. 13.964 alterou o Código de Processo Penal de 1941 para nele introduzir tal mecanismo negocial, submetendo-o à legalidade.

²¹³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora. p. 235.

Todavia, antes mesmo de sua previsão em lei, o Acordo de não Persecução Penal já era uma realidade na prática forense brasileira, sendo que o histórico de seu surgimento se assemelha em alguma medida com aquele do *Verständigung* ou *Absprache* e do acordo sobre a sentença português.

No Brasil, o Acordo de não Persecução Penal surgiu inicialmente como instrumento negocial informal, ou seja, como um negócio jurídico processual penal atípico, eis que não reconhecido formalmente pela legislação. Por essa razão, a despeito da “legalização” superveniente do instituto, é relevante repisar o seu histórico, a fim de entender como a sua existência era encarada antes da Lei n. 13.964/2019.

A primeira tentativa de implementação do Acordo de não Persecução Penal se deu com o Projeto de Lei (PL) do Senado n. 513/2013, que visava atender o anseio de integrantes do Ministério Público pela ampliação dos espaços de consenso a partir da introdução de um novo mecanismo negocial no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, como a tramitação do PL não avançou no parlamento brasileiro, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) - posteriormente alterada pela Resolução n. 183/2018, também do CNMP - optou por instituir o referido acordo criminal, permitindo que os membros do *parquet* brasileiro lhe celebrasse com o investigado que, para obter o arquivamento da investigação, anísse com o cumprimento de determinadas condições²¹⁴.

Pela ausência de sua previsão em lei, entretanto, o Acordo de não Persecução Penal sofreu forte resistência no meio jurídico. Nesse cenário, a Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) foi impugnada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de ações diretas de inconstitucionalidade movidas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI n. 5790) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI n. 5793), as quais questionavam as inconstitucionalidades formal (usurpação de competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito processual - art. 22, I, da CRFB/1988) e material (violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública - art. 129, I, da CRFB/1988) do mecanismo. Além disso, também pela ausência de autorização legislativa para a prática do ato, a maioria dos juízes criminais brasileiros negaram homologação aos acordos criminais celebrados com base na referida resolução do CNMP²¹⁵.

²¹⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 240.

²¹⁵ *Idem*, p. 240-241.

Em defesa da resolução instituidora do Acordo de não Persecução Penal, argumentava-se que deveria ser reconhecido ao CNMP o caráter normativo primário para expedir atos regulamentares, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).²¹⁶ Contudo, como bem afirma Vinícius Gomes de Vasconcellos, tal argumento não representava uma justificativa plausível para a Resolução 181/2017, porque a competência para a edição de atos regulamentares não autoriza a inovação no ordenamento jurídico, especialmente para a introdução de mecanismos contrários à ordem jurídica²¹⁷.

Na verdade, na esteira dos argumentos sustentados nas ações de controle concentrado, a Resolução 181/2017 do CNMP era evidentemente inconstitucional, sobretudo em razão da violação ao art. 22, I, da CRFB/1988, que confere à União a competência privativa para legislar sobre direito processual e se apresenta como um dos vetores da legalidade no processo penal.

Nesse sentido, Vasconcellos afirma que “[...] a introdução de tais espaços de não-obrigatoriedade por meio de uma resolução do CNMP acarreta evidente violação à legalidade estrita que deve orientar (e limitar) a incidência do poder punitivo estatal. Inclusive, no processo penal, a legalidade é uma fundamental premissa, de modo que somente a Lei pode alterar a sua normativa”²¹⁸.

Aliás, à época da tramitação da ADI n. 5790, a Advocacia Geral da União (AGU) manifestou-se pela inconstitucionalidade da Resolução 181/2017 do CNMP. Em parecer apresentado perante do Supremo Tribunal Federal (STF), a AGU afirmou que o Acordo de não Persecução Penal previsto pelo art. 18 da Resolução 181/2017 excedia a competência regulamentar do CNMP, violava o princípio da reserva legal e afrontava a competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito processual penal, conforme demonstra o trecho a seguir:

“[...] o acordo de não persecução penal, o qual, como próprio nome sugere, envolve negociação acerca do ajuizamento da ação penal pública, somente poderia ser veiculada, validamente, por meio de lei, de modo que, a só tempo, o art. 18 da Resolução 181/2017 extravasa o âmbito de competência regulamentar constitucionalmente atribuída ao Conselho Nacional do Ministério Público e viola o princípio da reserva legal.

²¹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021, p. 141.

²¹⁷ *Idem*, p. 141.

²¹⁸ *Idem*, p. 140-141. No mesmo sentido: DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença / Felipe da Costa De-Lorenzi. - São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 187-188.

Soma-se a isso que a instituição do acordo de não persecução penal por ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público afronta a competência da União para legislar sobre o processo penal (art. 22, inciso I, da Constituição), na medida em que envolve matéria referente ao exercício da ação penal pública e à responsabilização do acusado pelo Poder Judiciário, as quais são disciplinadas pelo Código de Processo Penal [...]”²¹⁹.

As ADIs que questionaram o art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP não chegaram, contudo, a serem apreciadas pelo STF, em razão da promulgação posterior da Lei n. 13.964/2019, que ocasionou na perda dos seus objetos, inclusive já reconhecida em relação à ADI n. n. 5790. Ainda assim, tais ações de controle concentrado permitem inferir certas conclusões sobre os negócios jurídicos processuais penais atípicos ou acordos criminais informais; pode-se afirmar que a problemática relativa aos negócios jurídicos processuais penais atípicos é discutida de um forma ou de outra desde a Resolução 181/2017 do CNMP, quando já se questionava suas incompatibilidades com ordenamentos jurídicos pautados pela legalidade processual e a obrigatoriedade da persecução punitiva.

5. CONCLUSÃO

O objetivo geral visado neste trabalho foi o de solucionar o seguinte problema de pesquisa: o Ministério Público brasileiro pode celebrar acordos criminais apenas nas hipóteses taxativamente previstas em lei, isto é, apenas negócios jurídicos processuais típicos, ou também lhe é facultado celebrar negócios jurídicos processuais atípicos, com amplo fundamento no autorregramento da vontade?

Partindo das mais diversas nuances da tendência de expansão da justiça penal negociada e buscando encontrar uma teoria própria dos negócios jurídicos processuais penais, pôde-se chegar às seguintes conclusões:

(a) A justiça penal negociada não se expandiu apenas através de reformas legislativas, mas também pela atuação direta dos atores processuais, tanto *praeter* como *contra legem*, o que colide com a noção de legalidade processual que caracteriza os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, da qual é exemplo o ordenamento jurídico brasileiro.

(b) No ordenamento jurídico brasileiro, em que a legalidade processual representa tanto a obrigatoriedade da ação penal pública como a submissão das formas e formalidades

²¹⁹ O parecer pode ser consultado validade através do seguinte link: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcl> >.

dos atos processuais à legislação, os mecanismos negociais só podem e devem ser empregados na existência de lei que os preveja e discipline os seus procedimentos.

(c) No processo penal brasileiro, no qual vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, a disposição da persecução punitiva por parte do Ministério Público é a exceção, e só é permitida nos casos expressamente admitidos pela legislação. No Brasil, não existe uma ilimitada disposição do Ministério Público sobre a ação e o processo penal, a exemplo dos demais países que tradicionalmente adotam a legalidade processual. A discricionariedade ou oportunidade do Ministério Público brasileiro é regrada ou regulamentada, de modo que o órgão oficial de acusação do Estado só pode dispor sobre o exercício da ação penal pública nos casos previstos em lei e conforme os critérios por ela estabelecidos. Portanto, os espaços de oportunidade no direito brasileiro devem estar expressamente previstos na legislação processual, de maneira que o Ministério Público só poderá celebrar acordos para não iniciar o processo, para pôr fim consensual à persecução punitiva ou para promover modificações nos procedimentos criminais se tais possibilidades existirem em lei, de acordo com os requisitos e os procedimentos nela contidos.

(d) Os fundamentos pragmáticos (busca por eficiência, aceleração procedimental, redução de custos) e axiológicos (ressocialização, pacificação social etc.) da justiça penal negociada não são suficientes para derrogar a legalidade processual, porque o modelo negocial lhe deve obediência.

(e) Os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica (da Europa Continental e América Latina) devem conformar os institutos negociais de acordo com seus sistemas normativos, que se caracterizam pela legalidade processual. Não se podem deixar influenciar acriticamente pelo modelo norte-americano de justiça penal negociada, onde o autorregramento de vontades é praticamente ilimitado; a amplitude do modelo norte-americano de justiça penal negociada é resultado das peculiaridades do sistema estadunidense, como do sistema adversarial, que confere maior autonomia às partes. Por essa razão, deve-se evitar o “transplante” do *plea bargaining* a ordenamentos jurídicos distintos do norte-americano, motivo pelo qual os mecanismos negociais devem ser implementados nos limites do ordenamento jurídico de cada país.

(f) A submissão dos mecanismos negociais à legalidade processual é um pressuposto essencial para a conciliação do modelo negocial com o garantismo penal. Isso porque a legalidade é capaz de limitar o poder punitivo no modelo negocial, de modo a preservar os direitos e garantias do acusado ou investigado.

(g) É imprescindível o desenvolvimento de uma teoria dos negócios jurídicos processuais penais baseada no caráter público do Direito Processual Penal, a qual esteja de acordo com seus princípios e finalidades específicas.

(i) Os negócios jurídicos processuais penais são fatos jurídicos voluntários que conferem ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, nos termos da lei, certas situações jurídicas processuais.

(j) A fonte dos negócios jurídicos processuais penais reside no autorregramento da vontade, que, no entanto, não é ilimitado. O autorregramento da vontade encontra limites nas normas cogentes que decorrem do caráter público do processo penal, da qual é exemplo a legalidade processual. O caráter público do processo penal restringe substancialmente as zonas de liberdade negocial, e impede a liberdade de criação e estipulação em matéria penal.

(k) Os negócios jurídicos processuais penais possuem diversos requisitos específicos. Dentre eles, destaca-se a tipicidade processual, que decorre da legalidade e se apresenta como critério-padrão de validade dos atos processuais. A tipicidade processual exige que os atos processuais se adequem a um tipo objetivo, incluindo os negócios jurídicos processuais penais. A tipicidade processual está, portanto, no plano da validade dos negócios jurídicos no processo penal.

(l) O primeiro obstáculo aos negócios jurídicos atípicos no processo penal é a legalidade processual. Em razão da legalidade processual, que estabelece a tipicidade das formas como critério-padrão de validade dos atos processuais, inexistente abertura no sistema jurídico para estipulação negocial para além de modelos pré-fixados em lei.

(m) O segundo obstáculo aos negócios jurídicos atípicos no processo penal é o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Isso porque, em um ordenamento jurídico que adota a obrigatoriedade da persecução punitiva como regra, a disposição da ação penal pública só é admitida nos casos taxativamente previstos em lei, o que inviabiliza, por conseguinte, a celebração de negócios jurídicos processuais penais atípicos.

(n) A flexibilização consensual do procedimento é inexistente no processo penal. Isso acontece também em virtude da legalidade processual. A flexibilização procedimental no processo penal deve se limitar ao plano legislativo, como regra.

(o) Por fim, a cláusula geral de negociação sobre o processo prevista no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015 é inaplicável ao processo penal, nem mesmo a título de analogia. Isso porque não há lacuna na lei processual penal relativamente aos negócios jurídicos processuais atípicos, mas silêncio eloquente. A ausência de autorização para a celebração de negócios jurídicos processuais penais atípicos é propósito do legislador, que

conformou o regime jurídico processual penal sob o pilar da tipicidade das formas, inclusive o regime de negociação no processo penal, como decorrência da legalidade processual.

A partir de tais conclusões, tem-se a comprovação da hipótese de pesquisa. Assim, afirma-se que, no Direito Processual Penal brasileiro, só é possível a celebração de negócios jurídicos processuais penais típicos (reconhecidos formalmente pelo ordenamento jurídico) por parte do Ministério Público, em observância à legalidade processual e à obrigatoriedade da ação penal pública, que acarretam na necessidade de que a legislação estabeleça previamente as situações, condições e procedimentos para a negociação em matéria penal, bem como para a disposição a respeito da persecução punitiva.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios* / Flávio da Silva Andrade - 2 ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

_____. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1007-1041, set.-dez. 2017.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e Oportunidade - Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo*. Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995.

ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que possibilitan la expansión punitiva, p. 137-160. In: MAIER, Julio B.J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Bueno Aires: Del Puerto, 2005.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas Procesales penales, La justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647774. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/> >. Acesso em: 01 out. 2023.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique *Processo penal*/Gustavo Henrique Badaró. -- 5 ed. rev., atual. e ampl.. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fatos Jurídico Processual: Plano da Existência. In: Revista do Processo, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007.

BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João M. Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Grupo GEN, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-5600-4. Disponível em: <
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5600-4/>> . Acesso em: 11 set. 2023.

CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS G. Notas sobre a perene crise do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 11, vol. 18, n. 1, p. 118-149, jan. 0 abr. 2017.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Plea Bargaining: Resolução Pactuada nos Estado Unidos - 2 reimp. - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CONDE CORREIA, Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais. Editora Coimbra, 1999.

CORRAL, Diego Del. Juicio Abreviado. Buenos Aires: Astrea, 2016.

COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, n. 1, p. 26-51, São Paulo, 2001.

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

DEZEM, Guilherme Madeira. A flexibilização no processo penal. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

_____. Tipicidade processual e provas típicas e atípicas. 2008. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos sobre a Sentença no Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um “novo princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

_____. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32 ed. Salvador, JusPODIVM, São Paulo, Malheiros, 2020.

EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. Journal of Legal Studies v. 12, p. 289-332, 1983.

ECHANDÍA, Devis. Teoria General del Proceso. 3. ed. Buenos Aires: Universidad, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. de Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir : uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções*. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GAJARDONI, Fernando F. *Flexibilização procedimental: novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo Lemos. *Juizados Especiais Criminais. Lei n. 9.099/95. Comentários e críticas ao modelo consensual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual - Primeiras reflexões*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais - Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta, 2016.

GRILLO, Marcelo Gomes F. *Instituições de Direito Público e Privado*. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597023527. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023527/> > . Acesso em: 11 set. 2023.

HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*. Chicago and London, The University of Chicago Press, 1978.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2023.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil, I*. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal / Aury Lopes Jr.* - 15. ed. - São Paulo : Saraiva Educação. 2018.

MARCÃO, Renato. *Código de processo penal comentado* . Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502626799. Disponível em: <

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626799/> >. Acesso em: 10 out. 2023.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direito Fundamentais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. (Série IDP). Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/> >. Acesso em: 11 set. 2023.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, I. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

MONTERO AROCA, Juan. Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thompson Civistas, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/> >. Acesso em: 11 set. 2023.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais / Pedro Henrique Nogueira - 5 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora.

NUCCI, Guilherme de S. Instituições de Direito Público e Privado . Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530984960. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984960/> >. Acesso em: 11 set. 2023.

NUNES, Duarte Rodrigues. Curso de direito processual penal : noções gerais : elementos do processo penal / Duarte Rodrigues Nunes. - Lisboa : Universidade Católica Editora, 2022.

OROSO, Catharina Peçanha Martins. Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Penal: possibilidades e limites de aplicação do art. 190, CPC/15. Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2018.

PEREIRA, Davi de Lacerda. Negócio jurídico no processo penal / Davi de Lacerda Pereira. – 2022. 58 f. Orientador: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça penal negociada : uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública / Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira. - 2. ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo . Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/> >. Acesso em: 11 set. 2023.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade processual : a liberdade das partes no processo / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: <
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/> >. Acesso em: 12 set. 2023.

SANTOS, Christiano Jorge; ZONTA, Fernando de Oliveira. Pragmatismo como suporte filosófico à justiça penal negociada. Revista do Processo I vol. 317 I p. 33-55 I jul / 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. 2012. Disponível em <
https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/ >. Acesso em: 14.09.2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero - 3 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

SCHÜNEMANN, Bernd. Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del proceso penal norte-americano en el mundo? In: Schünemann, Bernd. Temas Actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA, Paula da Costa e. Acto e Processo - o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso de. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

TÁVORA, Nestor. Princípio da Adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 192.

TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negociada : análise de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro / Vinicius Gomes de Vasconcellos - 2. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo : D' Plácido, 2021.

_____. A flexibilização procedimental na justiça criminal: os impactos dos CPC/15 e as distintas premissas dos processo penal. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 25 - n. 2 - mai - ago 2020.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito.. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.