

# Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial\*

## The Criminal Law's functionalization and expansion: the negotiation on criminal law

Antonio Henrique Graciano Suxberger\*\*

Dermeval Farias Gomes Filho\*\*\*

### RESUMO

O artigo versa sobre a expansão do direito penal e a consequente utilização de instrumento do direito penal negocial. A expansão do direito penal é apresentada como consequência do fenômeno da globalização, da ordem política e econômica mundial e do aumento da complexidade das relações sociais. O trabalho destaca a importante contribuição do direito internacional ao tema, especialmente, por meio de sua funcionalização, isto é, a utilização de ferramentas interpretativas e soluções normativas oriundas da internacionalização do direito. Apesar das críticas à expansão do direito penal, o fenômeno mostra-se inevitável. De igual modo, também a expansão das soluções trazidas pelo direito penal negocial, tais como a colaboração premiada e a barganha penal. Por meio de análise documental e revisão bibliográfica, com destaque aos projetos legislativos de novos códigos penal e de processo penal, a abordagem trazida pelo artigo mostra-se relevante por buscar a compatibilização desses institutos com a ordem constitucional brasileira.

**Palavras-chave:** Internacionalização do Direito. Política criminal. Expansão do Direito Penal. Direito Penal negocial. Colaboração premiada. Barganha.

### ABSTRACT

The article assays on the criminal law expansion and therefore the use of instruments of the negotiation on criminal law. A criminal law's expansion is presented as a consequence of the globalization, the economic and political order worldwide and the complexity increase of social relations. The study focus the essential contribution of the International Law, specifically the functionalization as a phenom due to the internalization of the law in general. The functionalization refers to the use of tools and solutions derived from the international law. Despite the criticism, the criminal law's expansion is inevitable. Thus, the expansion of the negotiation on criminal law and its solutions is unavoidable, such as legal collaboration and plea bargaining. From a literature review and document analysis about the subject, this paper mentions the bills proposing a new criminal procedure code and a new criminal code in Brazil. The relevancy of this approach consists on the pursue of conformity of these inevitable projections and the Brazilian constitutional principles.

\* Autores convidados

\*\* Mestre e Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB (Centro Universitário de Brasília). Promotor de Justiça no Distrito Federal. E-mail: [suxberger@gmail.com](mailto:suxberger@gmail.com)

\*\*\* Mestrando em Direito no UniCEUB (Centro Universitário de Brasília). Promotor de Justiça no Distrito Federal. E-mail: [dermeval-farias@yahoo.com.br](mailto:dermeval-farias@yahoo.com.br)

**Keywords:** Internationalization of Law. Criminal policy. Criminal Law expansion. Negotiation on criminal law. Legal collaboration; plea bargain.

## 1. INTRODUÇÃO

A expansão do direito penal, com a tutela de novos bens jurídicos a partir da segunda metade do século XX, sempre foi um fenômeno discutido pela Política Criminal. Muitas vezes abordada sob uma perspectiva negativa, a expansão do Direito Penal é confrontada pela contribuição do Direito Penal iluminista, que se apresentaria como única conformação do poder punitivo estatal em consonância com os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

No cenário atual, os debates acadêmico e forense andam mais acirrados, menos em razão da proteção penal de bens jurídicos coletivos, mais por conta das soluções processuais negociadas inseridas no expansionismo penal, principalmente por meio da importância assumida pela colaboração premiada na legislação atual<sup>1</sup> e, ainda, com a iminência de aprovação dos projetos de leis que cuidam das projeções de um Direito Penal negocial barganha<sup>2</sup>.

É certo que a tutela de bens jurídicos individuais como a vida, a liberdade e o patrimônio não constituem o único espaço de atuação do Direito Penal nas legislações atuais. Os bens jurídicos supraindividuais, também chamados de coletivos e difusos, como o meio ambiente, as relações de consumo, a ordem econômica e financeira passaram a constituir objeto da tutela penal.

Isso acontece em razão do rompimento das fronteiras econômicas, culturais e políticas no contexto da glo-

balização<sup>3</sup>. Some-se a isso o desenvolvimento tecnológico e industrial, que trouxe novas relações de produção, comunicação e convivência na sociedade pós-moderna. Também, o aumento da violência e o surgimento de novos riscos, com novas formas de lesão aos bens jurídicos individuais e coletivos contribuem para indicar a insuficiência, na perspectiva da Política Criminal que inspira a maioria dos Estados de Direito, das respostas cíveis e administrativas.

Por consequência, os Estados passaram a adotar políticas criminais expansivas, com a tipificação de novos delitos, na busca por segurança<sup>4</sup>, prestigiando a ideia de que “deve existir um direito penal com penas mais duras e violentas de modo a proporcionar segurança”<sup>5</sup>.

A resposta do Direito Penal pátrio, do ponto de vista normativo, igualmente decorre da chamada *funcionalização* do Direito Internacional. Esse fenômeno busca servir de ponte à construção de soluções e à oferta de ferramentas interpretativas para a consolidação de interpretações jurídicas que, devidamente contextualizadas, não se afastem por completo da consideração última de que, também, a ordem constitucional interna, notadamente em relação aos direitos e garantias, hão de guardar um mínimo de consonância com sua leitura na ordem internacional<sup>6</sup>.

Sob o ângulo instrumental, a expansão do Direito Penal fez surgir o desafio de gerenciar os conflitos, com o foco nas soluções mais eficientes e pragmáticas, como

1 A colaboração premiada, com essa designação e com contornos jurídicos mais detalhados, encontra-se positivada na Lei 12.850, de 2013.

2 O Projeto de Lei do Senado (PLS) 156 de 2009, já aprovado naquela Casa e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu a autuação PL 8.045 de 2010, cuida da reforma integral do Código de Processo Penal, isto é, apresenta um novo Código para finalmente afastar o Código de Processo Penal brasileiro. Este, apesar das sucessivas alterações pontuais, data de 1941 e sabidamente não responde satisfatoriamente às demandas mais complexas da sociedade contemporânea (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941). O artigo 283 do Projeto contempla hipótese de barganha penal. A barganha constava, também, no art. 105 do Projeto de Lei do Senado (PLS) 236 de 2012, que propunha um novo Código Penal. No entanto, a Comissão criada no Senado Federal para revisar o Projeto propôs a exclusão da barganha, em parecer de relatoria, na época, do Senador Pedro Taques.

3 Para José de Faria Costa, o fenômeno da globalização não pode explicar tudo, não pode ser a “panaceia analítica e compreensiva para tudo”, sob pena de prejudicar de vincular a pesquisa, o pensamento, a explicação de temas penais não e penais. Há espaço para “determinar zonas ou áreas onde o particular possa ter lugar como topos argumentativo e analítico” COSTA, José de Faria. O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, p. 9-10, abr./jun. 2001.

4 MULAS, Nieves Sanz. El Derecho Penal ante los retos del Siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, p. 5-126, abr. 2012. Disponível em: <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/haga-problemas-olvidar-viejos-limites-393459850>>. Acesso em: 8 jan. 2016. p. 5 e 126.

5 DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 67.

6 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 649-665, 2015. p. 652.

a delação e a barganha, sem implicar, necessariamente<sup>7</sup>, o abandono da pena. Tais iniciativas, do mesmo modo, não ficaram imunes às críticas por parte de setores que enxergam essas alternativas como redutoras de valores constitucionais, ofensivas aos princípios processuais penais do contraditório e da ampla defesa.

O objetivo do presente artigo, sem um viés exclusivamente negativo, é mostrar a irreversibilidade da expansão do direito penal e a sua dependência, na busca de respostas penais, aos novos instrumentos de solução jurídica dos problemas penais, classificados como negócio processual penal ou negócio penal. O artigo buscará indicar que essa aproximação do Direito Penal negocial decorre igualmente da funcionalização do Direito Penal como projeção da internacionalização do Direito.

O direito internacional, a partir de um processo de operacionalização que arregimenta seus atores em diferentes territórios, passa a se apresentar, portanto, como consequência da construção de micros e macros processos de expansão, desde suas fontes até os seus sujeitos tradicionais<sup>8</sup>.

O direito penal e o direito processual penal, assim, passam a responder a influxos teóricos e dogmáticos e, também, à expansão de preceitos normativos colhidos do direito internacional, tanto de Convenções e atos normativos quanto de contribuições advindas dos ordenamentos internos de outros países. Para a compreensão do processo de expansão do direito penal e a ampliação dos instrumentos de um direito penal negocial, a chamada funcionalização do direito internacional como projeção do direito internacional contemporâneo presta-se como imprescindível ferramenta metodológica e teoria de base para críticas e aprimoramento dos instrumentos que decorrem dessa expansão penal.

Para tanto, será utilizada a técnica de revisão bibliográfica e análise documental, com exame de artigos, livros, leis, projetos de leis, julgados que cuidam dos temas relativos à expansão penal e ao negócio penal.

A expansão penal, para efeito do presente artigo, é entendida como o fenômeno detectado, principalmen-

te, no final do século XX e início do século XXI, de crescimento da tutela penal em relação a bens jurídicos que, até então, eram tratados unicamente nas searas cível e administrativa. São características da dogmática inspirada nessa política criminal: o uso abundante de tipificações abertas, com uma maior incidência de elementares normativas; o incremento da tipificação pela técnica da norma penal em branco; a ampliação do uso de tipos de perigo abstrato, com a finalidade de prevenir danos e exercitar uma tutela penal preventiva própria de uma sociedade de riscos.

Já o negócio penal, numa perspectiva ampla, compreende os instrumentos de resposta para os conflitos penais. Pode-se indicar alguns desses instrumentos: acordos despenalizadores para infrações de menor gravidade (transação penal e suspensão condicional do processo); medidas de delação ou colaboração premiada, destinadas a facilitar a produção probatória, possibilitando uma resposta mais rápida e efetiva; o uso da barganha penal, que implica a possibilidade de negociar uma pena menor, com assunção da culpa pelo fato e a evitação de todo o caminho da instrução processual.

O Direito Penal possui uma interação constante com a Política Criminal, a Criminologia e o Direito Processual Penal, sem prejuízo da contribuição de outros saberes, de modo que nem sempre é possível delimitar fronteiras no campo da interdisciplinariedade, diante dos temas que serão aqui examinados: expansão penal e negócio penal.

## **2. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO FENÔMENO IRREVERSÍVEL**

O direito penal tem ampliado seu objeto de tutela de modo significativo ao longo do século XX e também no século atual. Mais que um fenômeno a ser criticado, faz-se necessário compreender as razões desse fenômeno e, principalmente, o modo como ele impacta na sua operacionalização.

### **2.1. A necessidade de expansão do direito penal diante dos novos bens jurídicos merecedores da tutela penal**

No início da década de 1970, na obra que inaugura a visão moderna de política criminal condutora do direi-

<sup>7</sup> Nas espécies de negócio penal conhecidas como transação penal e suspensão condicional do processo, o acordo não gera uma pena para o agente que cometeu o fato. Não há, nesses casos, condenação pena ou acordo de pena, são medidas despenalizadoras que não geram os efeitos da pena propriamente dita.

<sup>8</sup> VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 14-23.

to penal, Claus Roxin defendeu um modelo de direito penal guiado pelos princípios político-criminais, ou seja, “o direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica”<sup>9</sup>.

Dentre as finalidades políticas criminais, estaria a proteção dos bens jurídicos principais. Para tanto, o princípio da intervenção mínima vincularia a proteção penal somente das ofensas mais relevantes aos bens jurídicos<sup>10</sup>, desde que tais conflitos não pudessem ser solucionados satisfatoriamente fora do direito penal. Tudo isso com amparo na subsidiariedade e na fragmentariedade, respectivamente, corolários da intervenção mínima.

Todavia, o cenário que se seguiu nas décadas finais do século XX e que se apresenta nos quinze primeiros anos do século XXI denota uma expansão do direito penal que ultrapassou as barreiras da intervenção mínima, na forma cunhada pela doutrina majoritária.

Álvaro Pires explica que houve uma tentativa de mudança dessa racionalidade entre as décadas de 1960 e 1970, mas que, por razões não totalmente esclarecidas, a mentalidade punitivista foi retomada. Entre outras causas, o mencionado autor aponta a influência da mídia, a emergência discursiva de uma sociedade de vítimas, a importância dada à opinião pública, sem se referir ao fenômeno da globalização como causa da expansão penal<sup>11</sup>.

É usual a explicação de que a expansão penal decorre do advento da chamada sociedade de risco<sup>12</sup>, da globalização econômica e “da expansão em rede e em tempo real de informação automatizada”<sup>13</sup>, com o desenvolvimento tecnológico e industrial, ao lado de problemas de imigração, crescimento da violência (especialmente, urbana) etc.

Para Edgardo Donna, a globalização exerce um pa-

pel crucial na expansão penal, já que aumentou a frequência de convívio entre culturas diferentes.

A insegurança geral relaciona-se à insegurança individual das pessoas que, por sua vez, se relaciona ao medo do estranho, do imprevisível, do desconhecido. Alarmes, obstáculos, vigilantes; tudo serve ao mesmo fim: manter-nos apartados da figura do estranho. As pessoas criadas na cultura do alarme tendem a ser entusiastas de grandes condenações penitenciárias<sup>14</sup>.

Assim, o surgimento e o aumento da tutela penal na seara dos bens jurídicos coletivos: ordem econômica, meio ambiente, relações de consumo, atividades ligadas à computação, à manipulação genética; com a tipificação do perigo abstrato e, muitas vezes, com a tipificação do risco, uma espécie de tutela penal preventiva. O meio ambiente, as relações de consumo e a genética humana são os ramos emergentes do direito penal relacionados à proteção do futuro, na expressão de Augusto Silva Dias<sup>15</sup>.

Essa transformação em tipos penais de condutas, que outrora eram punidas somente na seara administrativa, foi rotulada como “administrativização do direito penal”. Sobre o tema, Nieves Sanz Mulas esclarece:

Este fenômeno, que globalmente se pode denominar administrativização do Direito penal, se caracteriza, pois, pela combinação de fatores como a introdução de novos objetos de proteção, da antecipação das fronteiras de proteção penal, da transição, em definitivo, dos delitos de lesão de bens individuais ao modelo de delito de perigo de bens supraindividuais. Em consequência, se trata de uma intervenção marcadamente preventiva do Direito Penal para atender as recentes demandas de segurança diante das novas fontes de risco, entendendo que aquele pode adaptar suas estruturas e regras às necessidades modernas, ainda que seja necessário reinterpretar algumas delas. Porque, certamente, tem aparecido novos riscos que provocam uma situação de insegurança superior ao esperado de forma racional, dado o risco que objetivamente existe, e o cidadão pede proteção ao direito penal<sup>16</sup>.

9 ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82.

10 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 41-69.

11 PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, mar. 2004. p. 39.

12 Expressão que faz referência à obra do sociólogo alemão Ulrich Beck, cujo original data de 1986 Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

13 COSTA, José de Faria. O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, abr./jun. 2001. p. 12.

14 DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 69.

15 DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 61-63.

16 MULAS, Nieves Sanz. El Derecho Penal ante los retos del Siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, p. 5-126, abr. 2012. Disponível em: <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/haga-problemas-olvidar-viejos>>

Para Sánchez, a administrativização do direito penal também está caracterizada na forma de gestão dos novos problemas penais:

O Direito Penal, que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito penal de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está administrativizado<sup>17</sup>.

Embora se manifeste contrariamente ao expansionismo penal, Jesus-Maria da Silva Sánchez entende que o fenômeno é inevitável. Ele propõe que a pena de prisão somente deva existir para os crimes de perigo real que atingissem bens jurídicos individuais, com a inexistência de flexibilização nos critérios clássicos de imputação e de garantia. Para o penalista espanhol, os delitos de perigo presumido e de acumulação e supraindividuais, que não causem danos reais aos bens individuais, não deveriam ser punidos com pena privativa de liberdade<sup>18</sup>.

Sánchez divide em três velocidades o direito penal que se formou a partir do Estado Liberal: primeira velocidade, caracterizada pela pena de prisão, é seguida por regras rígidas de imputação, de garantias processuais e de respeito aos princípios político-criminais (direito penal nuclear); enquanto a segunda velocidade é caracterizada pela flexibilização das regras de imputação, garantias processuais e princípios político-criminais, com tutela de novos riscos sociais, ou seja, proteção principal de bens jurídicos supraindividuais, com antecipação da tutela penal com a tipificação dos crimes de perigo presumido e crimes de acumulação, com o uso de penas restritivas de direitos e pecuniárias sem possibilidade de pena de prisão. Fala-se aqui em zona periférica (Direito Penal Periférico); a terceira velocidade é representada pela pena de prisão acompanhada de relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Essa terceira velocidade se faz presente, atualmente, no direito penal socioeconômico, mas deveria ser reformulada para regredir à primeira ou à segunda velocidade. Convém registrar o seguinte excerto da lição do penalista espanhol:

[...] não deve sobrar espaço algum para um Direito Penal de terceira velocidade? Isso já é mais discutível, se levamos em conta a existência, para

limites-393459850>. Acesso em: 8 jan. 2016. p. 127-128.

17 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 148.

18 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 147.

não dizer mais, de fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada ou fenômeno como a criminalidade organizada e o terror últimos da sociedade constituída na forma de Estado. Sem negar que a terceira velocidade do direito penal descreve um âmbito que se deveria aspirar a reduzir a mínima expressão, aqui se acolherá com reservas a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável<sup>19</sup>.

Outros sustentam que o direito penal não deve ser usado para tutelar bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, por exemplo. Nesse sentido, Hassemer defende um direito de intervenção<sup>20</sup>, com a regulação das novas relações de riscos com sanções não privativas de liberdade, mas consistentes em multa, penas restritivas aplicadas por órgãos administrativos, fora da esfera judicial.

Tais propostas de afastamento da pena de prisão ou de afastamento do direito penal dos casos de ofensas aos bens jurídicos coletivos, seja com o retorno à segunda velocidade do Jesus Maria da Silva Sanchez ou com o direito de intervenção do Hassemer (uma das abordagens da Escola de Frankfurt<sup>21</sup>), respectivamente, não têm recebido o respaldo no campo legislativo no Brasil, na Europa ou mesmo na América do Norte.

Apesar das críticas no campo acadêmico, a expansão penal é uma realidade crescente nos parlamentos dos

19 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 193-194.

20 Ao tratar de algumas características da Escola de Frankfurt, Luís Greco ensina que, para Hassemer, os bens jurídicos individuais possuem proteção penal legítima, enquanto os bens supraindividuais capazes de mostrar uma recondução a seres humanos individuais (teoria pessoal ou monista-pessoal do bem jurídico). Para os bens coletivos, o legislador deve agir de modo comedido, Hassemer critica a criação penal de novos bens jurídicos coletivos vagos, sem referência individual, que não possuem idoneidade de proteção penal; critica ainda a incriminação de perigos abstratos. Assim, Hassemer propõe duas saídas: um retorno ao direito penal clássico com muitas descriminalizações, por exemplo, na seara ambiental; a criação de um direito de intervenção como novo ramo entre o direito público e o direito privado, mais flexível e menos severo que o direito penal, dedicado aos bens jurídicos coletivos e aos delitos de perigo abstrato, com medidas de prevenção técnica, tornando dispensável a intervenção do direito penal. GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16-17.

21 Sobre as demais abordagens da Escola de Frankfurt, cf. GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15-23.

países desenvolvidos e em desenvolvimento, ou seja, “será difícil frear certa expansão do direito penal, dadas as configurações e aspirações da sociedade atual”<sup>22</sup>.

Pode-se dizer que diante dos desafios de combate à criminalidade econômica, de manutenção do meio ambiente preservado, do enfrentamento ao terrorismo, do combate à intolerância crescente com o uso de redes sociais, novos tipos penais tendem a surgir, demonstrando a irreversibilidade da expansão penal.

Em algumas situações, constata-se o exagero na criação de tipos penais no movimento expansionista<sup>23</sup>. Todavia, a complexidade da sociedade moderna<sup>24</sup>, com o surgimento real de novos riscos, com a necessidade de tutela de bens jurídicos supraindividuais relevantes, legítima, sem abrir mão dos princípios e garantias constitucionais, o uso do direito penal e torna o fenômeno irreversível.

### 3. A POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA DA EXPANSÃO PENAL COM OS PRINCÍPIOS PENAIS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Constatada a expansão penal, busca-se, nesse item, compreender a possibilidade de convivência desse modelo com os princípios limitadores do direito penal de um Estado Democrático de Direito. De início, surgem duas correntes: a que nega a expansão penal, principalmente, em razão do princípio da intervenção mínima e do princípio da legalidade; e outra que sustenta a tutela penal de bens jurídicos coletivos e sua legitimação dentro do Estado Democrático de Direito, em razão da complexidade da sociedade moderna e das novas atividades de risco propiciadas pelo desenvolvimento eco-

nômico.

A oposição à tutela de bens jurídicos coletivos, ou mesmo à administrativização do direito penal, se alicerça nas seguintes premissas: exagero na tutela preventiva com a criação de tipos de perigo abstrato que ferem o princípio da intervenção mínima; a seleção de novos bens jurídicos penais, chamados de coletivos, difusos ou supraindividuais, é acompanhada do uso mais abundante, na construção típica, de elementares normativas e de excesso de delegação típica com as normas penais em branco, que dificultam a compreensão imediata da tipicidade, com violação ao princípio da legalidade.

Há, ainda, restrição de garantias na busca por maior segurança no cenário expansionista, segundo a compreensão da professora Elena Nuñez Castaño:

O direito penal, na atualidade, responde às demandas de expansão, características de uma sociedade de risco, na qual é necessária uma ampliação dos âmbitos e modos de intervenção do direito penal a fim de dar resposta aos novos riscos procedentes dos avanços tecnológicos de uma sociedade, para passar por uma intensificação do mesmo, como resposta a uma maior intervenção do direito penal nos âmbitos mais tradicionais, através de uma restrição de direitos e garantias fundamentais, em prol de uma maior segurança, contra uma delinquência que se encontra incorporada há muito tempo nos textos penais, recorrendo à criação de novos tipos, incremento desmesurado das penas, antecipação da intervenção penal e flexibilização das instituições clássicas<sup>25</sup>.

Para Edgardo Donna, o crescimento da tutela penal provoca restrição de garantias processuais e penais e dilui o princípio da legalidade penal:

Em praticamente todos os países conhecidos, nos últimos anos, tem ocorrido um incremento exponencial no número de delitos, com novos tipos penais, novas leis especiais, um forte agravamento das penas e uma forte restrição às garantias materiais e processuais dos cidadãos, com uma diluição do princípio da legalidade<sup>26</sup>.

22 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 185.

23 O tipo culposo de perigo abstrato previsto no § 3.º do art. 40 da Lei de crimes ambientais (Lei n. 9.608, de 1998).

24 Em excelente estudo sobre a racionalidade penal moderna, Álvaro Pires ensina que existe uma cultura punitiva, crime e pena como um binômio necessário e obrigatório, incorporados no modo de pensar, que dificulta o surgimento de outra análise do direito penal, a qual permanece na sociedade, que pode ser demonstrada, inclusive, com os fatos a partir das Revoluções do século XVIII, a partir do Estado. Cf. PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, p. 39-60, mar. 2004. Talvez essa forma enraizada na sociedade sobre a maneira de pensar o sistema penal, como vinculado à pena privativa, dificultando as soluções alternativas que impliquem o abandono da pena de prisão, dificulta a concretização de mecanismos legais contrários à expansão penal.

25 NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p.137-138.

26 DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ

Percebe-se, de um lado, o posicionamento de parte da doutrina nacional e estrangeira sobre as dificuldades de compatibilizar a teoria do delito tradicional com o direito penal econômico, ambiental, das relações de consumo e com as demais formas de tutela penal preventiva. Sustenta-se que a administrativização do direito penal confrontaria o princípio político criminal da intervenção mínima.

Do outro lado, na defesa da tutela penal de bens jurídicos coletivos, estão, também, renomados penalistas. A título de ilustração, Schünemann, cujo pensamento ampara-se no contratualismo pós-moderno, defende a tutela penal do meio ambiente e afirma que seria irresponsabilidade negar a tutela penal nessa seara. Ele defende, ainda, os delitos de perigo abstrato diante dos desafios da sociedade moderna, com cadeias causais complexas e invisíveis. Por fim, ainda fala de cumulação do direito penal com outros ramos, afastando a ideia de substituição<sup>27</sup>.

Considero a tese de que a lesão ao meio ambiente seja estruturalmente uma espécie de furto e, enquanto furto de bens elementares de todas as pessoas, uma espécie muito mais grave do que o furto dos pedaços de uma sociedade de consumo e do desperdício que se encontrem na propriedade individual, a minha mais importante tese a respeito do direito penal ambiental, com a qual fica também refutada a afirmação da Escola de Frankfurt, segundo a qual o direito penal não estaria aqui respeitando o princípio da proteção de bens jurídicos<sup>28</sup>.

Do mesmo modo, sem se afastar dos valores iluministas e da necessidade de obediência à subsidiariedade do direito penal, Jorge Figueiredo Dias, inclusive, com referência ao meio ambiente, ordem econômica e outros, assevera: “não pode negar-se a existência de bens jurídicos coletivos, dignos e necessitados de tutela penal”<sup>29</sup>.

CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 71.

27 GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 28.

28 SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 80.

29 DIAS, Jorge Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 33, p. 62, jan./mar. 2001. Na mesma linha, Augusto Silva Dias sustenta: “O Direito Penal, com as matrizes de validade e as funções que lhe conhecemos e que foram cometidas historicamente pelo iluminismo e pelo liberalismo setecentista, não pode nem deve ficar arredado desta tarefa de proteção de novos valores ou bens. De que

Um maior consenso existe no repúdio ao chamado direito penal do inimigo<sup>30</sup>, que permite antecipar pena e punir sem respeito aos princípios penais e as garantias processuais, e, também, às técnicas de neutralização<sup>31</sup> utilizadas, principalmente, no modelo penal dos Estados Unidos da América.

Com delimitação da discussão ao expansionismo penal na tutela de bens jurídicos coletivos e ao fenômeno da administrativização do direito penal, pode-se indagar se realmente existe a impossibilidade de compatibilizar o modelo expansionista penal, de tutela preventiva de bens jurídicos, com os princípios penais constitucionais advindos do movimento ilustrado. Existe uma ideologia minimalista nesse discurso que se distancia do princípio da proibição da tutela penal deficiente, que se distancia da real necessidade de proteção de bens jurídicos coletivos com o uso do direito penal?

modo o deve e pode fazer, isso depende de seu código operativo ou, dito de um outro modo, de sua autopoiesis”. DIAS, Augusto Silva.

*Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro: ambiente, consumo e genética humana*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 69.

30 O inimigo “é o não pessoa”, é o indivíduo que não oferece expectativa cognitiva positiva sobre o seu comportamento no meio social, o qual pode ser punido sem respeito às garantias processuais constitucionais e legais. Dessa forma, Jakobs distingue o direito penal do cidadão do direito penal do inimigo e ainda afirma que não estava inovando, uma vez que jusfilósofos do passado já reconheciam estas duas classes de humanos: “Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão- contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio- e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa”. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

31 Verifica-se a adoção de um modelo atuarial em alguns mecanismos político-criminais no modelo estadunidense. Entre elas, Sanches aponta a neutralização, na forma de incapacitação, como um dos fenômenos da administrativização do direito penal: “segregar dois anos cinco delinquentes cuja taxa previsível de delinquência é de quatro delitos por ano, gera uma economia para a sociedade de 40 delitos e lhe custam 10 anos de prisão. Em contrapartida, a esse mesmo custo de 10 anos de prisão se emprega para segregar cinco anos dois delinquentes, cuja taxa prevista de delinquência é de 20 delitos por ano, a economia social é de 200 delitos; e assim sucessivamente. De ser admitida a correção do anterior modus operandi, a selective incapacitation mostraria significativas vantagens econômicas perante a indiscriminada, ou cega, general incapacitation” SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p.170-171. Segundo o referido autor, afasta-se o estudo da psicologia do indivíduo (diagnóstico e prognóstico clínico) e recorre-se ao método de natureza atuarial, com “técnicas probabilísticas e quantitativas que no âmbito dos seguros, por exemplo, se utilizam para a gestão de riscos. [...] Prognósticos de periculosidade sobre grupos ou classes de sujeitos (low risk offenders, medium risk offenders, high risk offenders)” SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 172.

Não é crível que o paradigma penal da sociedade do final do século XVIII, de todo o século XIX e do início do século XX, presente na obra dos clássicos, especialmente em relação aos bens jurídicos merecedores da tutela penal, seja o único guia constitucional para o direito penal compatível com o Estado Democrático de Direito.

O direito penal liberal foi formatado para a tutela de bens jurídicos individuais, como a vida, o patrimônio, a liberdade. Os institutos que se tornaram conhecidos na dogmática penal liberal, sistematizada a partir do final do século XIX, ancorada no princípio da legalidade, foram: conduta, nexa causal e resultado naturalístico.

Como já informado no capítulo anterior, na sociedade de risco, a tutela da atividade econômica, do meio ambiente, das relações de consumo, se dá com a tipificação do perigo abstrato e, muitas vezes, com a tipificação do risco, com um modelo preventivo para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação. Na dicção de Donna,

O direito penal clássico se ocupa de temas como a preservação da vida, da propriedade, da integridade física e da dignidade sexual. Já o direito penal pós-moderno se ocupa de outros campos, decorrentes da própria evolução social, que sequer eram idealizados na formulação clássica do direito penal, como a informática, a genética, a ecologia<sup>32</sup>.

É evidente que o princípio da legalidade e a vinculação à responsabilidade penal subjetiva no tocante às pessoas físicas são vetores irrenunciáveis do passado e do presente, que não impedem a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, a opção por uma proteção penal de bens relevantes para o convívio social, com o uso da tipificação do perigo abstrato, com o modelo de prevenção.

Isso não significa dizer que a filtragem constitucional pela jurisdição constitucional brasileira<sup>33</sup>, quando consta-

tado um exagero do legislativo, não possa ocorrer. Ademais, as elementares normativas, a tipologia aberta e as normas penais em branco não tornam a legislação penal inconstitucional. Deve-se atentar, contudo, ao dever de restringir essas técnicas de construção típica, que caracterizam exceções às balizas da clareza e da determinação, corolários do princípio da legalidade penal. Não se olvida que no cenário do direito penal econômico e ambiental, o uso das exceções vai ser mais acentuado numa comparação com o modelo de tutela de bens jurídicos individuais, como a vida ou o patrimônio, por exemplo.

#### 4. A INTERFACE DA EXPANSÃO PENAL COM O NEGÓCIO PENAL PROCESSUAL

Se o fenômeno de expansão do direito penal mostra-se irrefreável, faz-se necessário indicar e apreciar como essa expansão impacta na construção de soluções novas no direito processual penal contemporâneo. Além disso, convém analisar se essas inovações, especialmente a utilização de instrumentos de direito penal negocial, conflitam com as demandas oriundas do direito internacional e com as balizas constitucionais estabelecidas ao direito penal.

##### 4.1. A dependência da expansão do direito penal aos novos instrumentos processuais de solução de conflitos na forma negociada

Além da expansão penal, a segunda metade do século XX e o início do século XXI são marcados, no cenário processual penal, pela introdução de instrumentos

---

decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA”.(Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 104.410, julg. 6 mar. 2012).

32 DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 67.

33 A título ilustrativo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal o seguinte: “[...] A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de

de justiça negocial nos modelos jurídicos penais do *civil law*, que, até então, possuíam maior incidência, desde o século XIX, nos modelos do *common law*<sup>34</sup>.

Segundo Rafael Serra Oliveira, a expansão penal, fruto da política neoliberal no contexto da globalização, fracassou. Movimentos como *law e order* e a política de tolerância zero demonstraram um aparente sucesso inicial, mas depois falharam. Nesse contexto, surgiram propostas de descriminalização de condutas que não necessitam da intervenção penal, proposta de diversificação da resposta para infrações penais menos graves (desjudicialização), e busca de reintegração do ofendido no processo de solução do conflito penal. No entanto, tais propostas “não apresentam soluções para os diversos elementos que compõe a crise da justiça criminal [...] Diante dessa necessidade emerge a proposta de alterar os espaços de conflito por espaço de consenso”<sup>35</sup>.

A justiça penal negociada integra o modelo de administrativização do direito penal, como uma de suas dimensões, dentro da abordagem mais ampla nominada como *gerencialismo*. Segundo Sánchez, na justiça negociada, os valores como “verdade e justiça ficam, quando muito, em segundo plano”<sup>36</sup>. O modelo compreende acordos de imunidade das promotorias com certos imputados, abrangendo, também, as diversas formas de mediação<sup>37</sup>.

O negócio penal processual penal pode ser conceituado, de forma ampla, como um acordo entre acusação

e defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito. Sem prejuízo de outras variantes que serão abordadas mais adiante, o negócio processual penal está presente tanto nas soluções despenalizadoras (transação e suspensão condicional do processo), como na colaboração, quando o investigado ou o acusado ou o sentenciado<sup>38</sup> confessa e aponta outros fatos e autores, recebendo pena menor (colaboração premiada), como na antecipação de pena, quando o investigado ou o acusado declara a sua culpa e recebe uma pena menor (Barganha), evitando, em tese, o caminho longo do processo criminal.

Nos países de *civil law*, a introdução de modelos de justiça penal negociada coincide com o período de expansão do direito penal que se inicia na segunda metade século XX. O *plea bargaining* é aplicado nos EUA desde o século XIX; a *Absprachen* surge na Alemanha em 2009 e o *Patteggiamento* é positivado na Itália em 1988.

Para Rodrigo da Silva Brandalise<sup>39</sup>, as formas de consenso<sup>40</sup> no processo penal podem ser classificadas como *diversão e negociação* de sentença criminal. A diversão, conhecida como modelo verde de justiça, possibilita uma solução sem afirmar a culpa, resolução de conflitos processuais com a retirada de acusações, seja com o arquivamento do processo por razões de política criminal (diversão simples); com a extinção da punibilidade após

34 A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada no Brasil por meio do Decreto n. 5.015 de 2004, prevê nas alíneas “a” e “b” do § 1.º do art. 26 a figura da colaboração premiada. Da mesma forma, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), do ano de 2003, ratificada no Brasil pelo Decreto 5.687 de 2006, estabelece, no art. 37, §§ 1.º a 3.º, a colaboração premiada como instrumento a ser utilizado no enfrentamento da criminalidade ali mencionada.

35 OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 71-76.

36 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 90.

37 Sánchez divide o fenômeno da administrativização do Direito Penal em quatro dimensões: delitos cumulativos ou acumulativos, como pequeno tráfico ou pequena sonegação de tributo; Estado da Prevenção com aumento das infrações de dever, punição do risco, fomentado pela ideia da sociedade de risco; neutralização ou incapacitação de criminosos; mediação e negociação, uma espécie de gerencialismo, com a privatização dos conflitos (justiça doce), onde os valores como verdade e justiça ficam em segundo plano.

A quarta dimensão possui relação com o presente tópico do artigo (SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 90-91, 151-155, 165 e 170-171).

38 O § 5.º do art. 4.º da Lei n. 12.850 prevê a possibilidade de colaboração premiada após a sentença, de modo que os benefícios dirigidos ao colaborador influam na reprimenda ou no modo de cumprimento dessa pena que lhe foi imposta anteriormente.

39 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 23-29.

40 Com uma visão mais restritiva sobre o modelo de consenso no processo penal, Rafael Serra Oliveira afirma que os modelos brasileiros de transação penal e de suspensão condicional do processo, assim como os modelos portugueses de processo sumaríssimo (possibilidade de aplicar pena) e de suspensão provisória do processo, não correspondem a modelos de consenso no processo penal, uma vez que o autor do delito não é ouvido sobre o fato e sobre o conteúdo da proposta, com participação restrita à aceitação não aceitação do está sendo oferecido. Ademais, a vítima fica alheia à elaboração da proposta. OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 81-87. De forma um pouco diversa do afirmado pelo referido autor, no modelo brasileiro, nos casos de transação e de suspensão condicional do processo, vê-se que o autor do fato pode conversar e dialogar com o seu advogado para decidir se deve ou não aceitar a respectiva proposta ofertada pelo Ministério Público, cuja aceitação não implica reconhecimento de culpa, bem como a homologação judicial não significa condenação penal.

o cumprimento de certos atos pelo autor do fato, como, por exemplo, a indenização da vítima em casos de conciliação (diversão encoberta); e com, com base em lei, determinação ao acusado para cumprir certas condições (diversão com intervenção). Já a negociação da sentença penal é inspirada no modelo da *plea bargaining* do sistema dos EUA, que se espalhou com características diversas para outros países, a título de ilustração, a *Absprachen* (Alemanha) e o *Patteggiamento* (Itália).

#### Segundo Brandalise:

as negociações americanas de sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (*guilty plea*, mote do *plea bargaining*) ou pela declaração de que não haverá a contestação da acusação (*nolo contendere*). A nota distintiva entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda, não, porque se limita a não contestar a ação (em assumir a responsabilização mas sem realização de confissão pelos fatos). Diferenciam-se, igualmente, porque a segunda, no âmbito americano, não é aceita em todos os Estados<sup>41</sup>.

A *Absprachen* consiste em uma espécie de acordo que ocorre, geralmente, na fase judicial, entre o juiz e o acusado com o seu defensor, sem uma participação ativa do Ministério Público. A confissão não é suficiente por si só para gerar uma sentença antecipada com pena menor. O juiz tem o dever de buscar a verdade. O acordo tem a finalidade de encurtar a marcha processual, tendo o acusado direito ao conhecimento de todas as provas. O acordo depende da homologação judicial. O modelo de negociação da sentença criminal surgiu na prática judiciária, sem previsão legal, em 1970, foi introduzido na legislação em 2009. O Tribunal Constitucional alemão já decidiu sobre a constitucionalidade do acordo em mais de uma ocasião. Merece destacar a decisão de 2013 que estabeleceu, quanto ao acordo, a necessidade de busca da verdade por parte do judiciário, de somente contemplar o objeto do processo, necessidade do acordo e de seu conteúdo ser registrado em audiência, necessidade do arguido ser devidamente orientado, com possibilidade de recurso<sup>42</sup>.

Segundo Schünemann, o modelo estadunidense é adversarial, fundado no princípio da verdade formal,

que admite a procedência da acusação com a assunção da culpa (*guilty plea*) pelo acusado. Lá, o acordo realizado entre acusação e defesa. Enquanto no modelo alemão, não adversarial, há uma busca da verdade material. A confissão não é suficiente para gerar a condenação. O acordo é feito entre defesa e juiz, com uma possibilidade de veto pelo Ministério Público<sup>43</sup>.

No modelo italiano do *patteggiamento*, as partes (acusação e defesa) estabelecem um acordo sobre a sentença e pedem ao juiz para aplicar a pena acordada. Compete ao magistrado fazer um juízo de legalidade, possuindo o poder de absolver o acusado se verificar a possibilidade diante da prova colhida. O juiz deve fazer, também, uma valoração da pena com proporcionalidade e adequação, conforme decidiu a Corte Constitucional da Itália na decisão n. 313 de 1990<sup>44</sup>.

Merece registrar, também, o acordo sobre sentença em processo penal<sup>45</sup> proposto por Figueiredo Dias, com suporte em um processo penal funcionalmente orientado, que segue o princípio do favorecimento do processo, ou seja, com a existência de meios eficientes para a concretização do direito. Para concretizar o referido princípio, propõe a possibilidade, com a finalidade de buscar a verdade e simplificar o procedimento, já na fase do inquérito, do investigado conversar com o Ministério Público, confessando o fato, de modo que a futura denúncia seja elaborada conforme os fatos apurados em conjunto pelas partes, sem negociação dos termos da acusação, sem impedir a possibilidade de futura investi-

43 SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 305-307.

44 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 93-96.

45 Malgrado ter gerado aplicação inicial pelo Ministério Público português, inspirado na doutrina de Figueiredo Dias, o Supremo Tribunal de Justiça impediu a prática por falta de previsão legal. Destaca-se, da decisão, a seguinte ementa: "I - O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença. II - Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar" PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Penal 224/06.7GAV/ZL.C1.S1*. Sumário: I - O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença. II - Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar. 3. Secção. Rel. Santos Cabral. Julg. 104 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

41 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 65.

42 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 78-93.

gação judicial na busca da verdade processualmente válida, sem possibilidade de estipulação exta de uma pena concreta, porque violaria o princípio da ‘culpa’, com a possibilidade de fixar um limite mínimo de pena<sup>46</sup>.

No Brasil, por ora, numa perspectiva ampla, são aplicados como forma de justiça penal negociada os seguintes institutos: possibilidade de querelante e querelado se reconciliarem, em audiência destinada para tal fim, conforme previsão dos arts.521 e 522 do Código de Processo Penal; conciliação com composição de danos que implica a renúncia do direito representação ou do direito de queixa, no caso dos crimes de ação pública condicionada e de ação privada, forma de mediação, prevista nos artigos 72 a 74 da Lei n. 9.099 de 1995; transação penal para crimes de menor potencial ofensivo, com pena máxima em abstrato de 2 anos; conforme art. 76 da Lei 9999/95; suspensão condicional do processo para os crimes com pena mínima em abstrato de 1 ano, conforme art. 89 da Lei n. 9.099; delação ou colaboração premiada, dependendo da lei, com natureza jurídica de causa de redução de pena até a possibilidade de extinção da punibilidade extinção da punibilidade. Há previsão da delação nas seguintes leis brasileiras: parágrafo único do art. 8º da Lei n. 8.072/1990, § 4º do art. 159 do Código Penal (introduzido pela Lei n. 8072/90, posteriormente alterado pela Lei n. 9.269/1996), § 2º do art. 25 da n. Lei 7.492 de 1986 (introduzido pela Lei n. 9.080 de 1995), art. 13 da Lei n. 9.807/1999, art. 41 da Lei n. 11.343/2006, § 5º do art.1º da Lei n. 9.613/1998, arts. 4º a 7º da Lei n. 12.850/2013. Somente essa última regulou o procedimento da colaboração premiada, mas isso não impossibilitada a aplicação do instituto com base nas leis anteriores.

Todos os modelos citados permitem resolver mais rapidamente o conflito penal e apresentar uma resposta ao fato. Em todos eles, há necessidade de voluntariedade do investigado ou autor do fato ou processado ou condenado, bem como de assistência técnica de um advogado.

Sob o aspecto gerencial, os modelos permitem reduzir o custo financeiro do aparato estatal de justiça criminal, antecipando fases e, portanto, diminuindo algumas atividades de persecução penal e atos processuais. Há uma economia de recursos no âmbito do Judiciário,

46 DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordo sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 37-96.

principalmente, com diminuição de audiências, de intimações, de atos processuais e de outros serviços de cartório.

É evidente que, no modelo de justiça penal negociada, há um aumento dos atos jurídicos no âmbito do Ministério Público, uma vez que exigirá reuniões e tratativas para a formalização dos acordos, seja no modelo da Barganha ou da Delação ou Colaboração Premiada.

Diante do aumento da criminalidade das últimas décadas, denominada de expansão do direito penal, é possível observar, em alguns casos, a sua completa dependência ao modelo negocial. No EUA, por exemplo, no ano de 2013, cerca de 94% das condenações na justiça estadual e 97% na justiça federal decorreu de acordos. Em monografia publicada em 2015, Vinicius Vasconcelos ressalta que, nos Estados Unidos, até 98 de cada 100 casos são resolvidos com o uso da barganha, com ampla discricionariedade do membro do Ministério Público<sup>47</sup>. Schünemann afirma que, em mais de 90% dos casos, verifica-se a prática do sentenciamento acelerado sem qualquer controle judicial sério<sup>48</sup>.

Pode-se afirmar, com base nos dados que o modelo de Justiça Criminal dos EUA<sup>49</sup> entraria em colapso, caso fosse afastada, hoje, a solução negocial da barganha.

47 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 60.

48 SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 242.

49 O modelo norte-americano depende dos mecanismos de Justiça Negociada antes ou durante o processo. Na fase da execução da pena, aplica-se muito a chamada Política Criminal Atuarial, apesar de criticada por muitos penalistas. Segundo Maurício Stegemann Dieter, nos EUA, em razão dos altos índices de reincidência e considerando o princípio da eficiência, observa-se uma mudança político-criminal nas décadas de 70 e de 80 do século XX, nos EUA, com o início de uma nova penologia contrária à existente no Estado de Bem-estar Social. “Dada a importância desse fato histórico para a compreensão do atual estado de legitimidade da lógica atuarial no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos- de onde se projeta para os demais países- é pertinente esclarecer a natureza do consenso sobre a necessidade de descarte da proposta de reabilitação social, profundamente relacionado com a crítica mais geral às políticas públicas do Welfare State formulada pela ideologia neoliberal e vendida como panacea para a maior parte dos problemas sociais [...] De fato, e nada obstante a sua ampla disseminação nos demais estágios do sistema de justiça criminal, o campo preferencial da lógica atuarial continua a ser a Execução Penal [...]”.VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 97-120.

Em entrevista concedida no ano de 2014, o juiz federal norte-americano Jeremy D. Fogel, após dizer que 97% dos casos criminais dos EUA são resolvidos com a *plea bargaining*, alertou: “se do dia para a noite tornasse prática ilegal, teríamos um grave problema para reajustar o Judiciário”<sup>50</sup>.

Ao tratar do acordo penal nos EUA, Yue Ma anota que houve um incremento da tipificação penal na área federal, com novos tipos penais que, muitas vezes, colide com as leis estaduais, como se verifica na área de drogas ilícitas, sendo certo que as leis federais estabelecem penas mais graves e, por isso, a possibilidade de processo federal constitui forte ameaça aos réus. Consta que a tipificação de novos crimes sem se preocupar em prover os recursos necessários para o julgamento e punição, faz com que os promotores sejam forçados a usar a “discrição para decidir entre denunciar e oferecer clemência em troca de confissões judiciais. A negociação da pena, sem dúvida, desempenha um papel importante para preservar os limitados recursos da Justiça Penal”<sup>51</sup>.

Além da redução de custos financeiros, a delação e a barganha exercem um papel fundamental para se chegar a uma resposta penal para os crimes perpetrados por organizações criminosas, na seara do direito penal econômico, bem como para recuperar valores em caso de corrupção e lavagem de dinheiro, por exemplo. No campo das drogas, a delação é fundamental para desmontar estruturas organizadas que praticam o tráfico. Em outras palavras, na criminalidade complexa, o instituto exerce relevante papel de instrumento de efetividade da resposta penal.

A barganha poderia, no caso brasileiro, se fosse aprovada, diminuir o volume de feitos parados no judiciário referentes à criminalidade de massa, sem implicar maior encarceramento, uma vez que o acordo tende a render uma pena menor que aquela que seria concretizada na sentença após a regular instrução processual.

Para Rafael Serra Oliveira, a possibilidade de consenso visa não somente à desburocratização do sistema

penal com a alteração da forma de relacionar dos sujeitos processuais, mas deve ser vista como uma forma de orientar as reformas processuais em busca de finalidade de prevenção do direito penal. Anuncia, ainda, que o consenso no processo penal deve implicar a retomada de discussões sobre temas como descriminalização, diversão e vitimologia, hipertrofia do sistema penal, estigmatização do desviante e esquecimento do ofendido<sup>52</sup>.

No Brasil, o modelo negocial não é a regra. Aqui, o processo ainda segue os contornos do Código de Processo Penal, que sofreu diversas reformas nas últimas décadas, mas ainda reflete um *design* legislativo ultrapassado, burocrático e com resquícios do modelo inquisitorial. Na década atual, verifica-se a introdução nas leis de mecanismos de justiça negociada (ampliação da transação penal, conformação da delação ou colaboração premiada), bem como a existência de projetos de lei que trazem mudanças significativas de forma a incorporar a barganha, como ocorre no projeto de reforma integral do Código de Processo Penal<sup>53</sup> que tramita no Congresso Nacional.

Diante do quadro de expansão do direito penal, verifica-se uma dependência da justiça negociada, por razões diversas. Não somente a gestão financeira identifica o interesse da Política Criminal Estatal, mas, também, na dinâmica da sociedade moderna, parece não existir mais espaço para um processo penal burocrático, ineficiente e moroso, como instrumento de concretização do direito material no quadro da criminalidade complexa e organizada. Os procedimentos processuais, com a repetição de atos desnecessários, não se coadunam com a velocidade da comunicação da sociedade moderna.

Pode-se dizer que o crescimento da tipificação penal nos países desenvolvidos e em desenvolvimento forcem a incorporação de mecanismos de justiça penal negociada<sup>54</sup>, com revisão e readequação de conceitos penais e processuais tradicionais, fazendo surgir discussões sobre a eventual colisão com os princípios penais e ga-

50 FOGEL, Jeremy D. Acordos criminais podem diminuir a morosidade da justiça brasileira. *Revista Consultor Jurídico*, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-16/acordos-criminais-podem-ajudar-morosidade-judiciario-brasileiro>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

51 MA, Yue. A discricionabilidade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 1, p. 198-199, 2011.

52 OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 77.

53 Artigo 283 do Projeto de Lei do Senado n. 156 de 2009, que cuida da reforma integral do Código de Processo Penal.

54 Registre-se que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, proclamada em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000, ratificada pelo Brasil no Decreto n. 5.015 de 2004, recomenda que os Estados-partes adotem mecanismos para estimular integrantes de grupos criminosos a colaborarem com a justiça criminal.

rantias processuais explícitos e implícitos no texto da Constituição.

#### 4.2. O uso do negócio processual como ferramenta de concretização da tutela penal no cenário expansionista sem conflitar com os limites constitucionais ao *ius puniendi*

Muitas discussões têm surgido nos últimos anos sobre a possibilidade ou não de convivência dos acordos no processo penal com os princípios penais e as garantias processuais, malgrado, conforme vistos nos itens anteriores, o modelo de justiça penal negociada, mais conhecido no modelo *common law*, ter se espalhado pelos sistemas do *civil law*.

No caso brasileiro, as críticas, atualmente<sup>55</sup>, estão concentradas na proposta da barganha<sup>56</sup> (modalidade de direito premial), contida nos projetos de Código Penal e Código de Processo Penal que tramitam no Congresso

55 Não se observa, atualmente, críticas ao modelo da transação penal e da suspensão condicional do processo. Em monografia recentemente publicada, Vinicius Gomes de Vasconcelos afirma que as mesmas críticas à barganha devem ser dirigidas à composição civil dos danos, à transação penal e à suspensão condicional do processo, todavia, em razão da previsão constitucional, que determina a transação de maneira expressa, acredita que os três institutos estão consolidados no ordenamento e não deve existir novas expansões. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p.110.

56 Em pesada crítica à proposta de barganha contida no projeto do novo Código Penal que tramita no Senado (PLS 236, de 2012), Paulo Sérgio de A. Coelho Filho argumenta que “A barganha põe fim à presunção de inocência e ao contraditório — duas conquistas históricas do Direito Penal — e incentiva o sistema a conspirar contra o réu: promotores, interessados em aumentar suas taxas de condenação, querem evitar uma possível derrota no julgamento; defensores públicos, sobrecarregados de casos, buscam uma solução rápida; e juízes, diante da inflação de processos à espera de resposta do Judiciário, querem reduzir a pilha de casos sobre a mesa. Resultado: apenas os réus mais ricos, com recursos para bancar advogados, resolvem apostar suas chances no tribunal” COELHO FILHO, Paulo Sérgio A. Barganha penal, perigo iminente. *Estado de São Paulo*, 7 nov. 2012. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://opiniaopublica.estadao.com.br/noticias/geral,barganha-penal-perigo-iminente-imp-956711>>. Acesso em: 26 mar. 2016. A crítica do autor não tem sido comprovada, de forma empírica, no conjunto de processos e investigações que recebeu a alcunha de “Operação Lava-Jato”, mencionada a seguir, onde um considerável grupo de investigados, com alto poder aquisitivo e defendido por respeitáveis bancas de advogados, optaram pela colaboração premiada em busca de melhores consequências penais para os fatos ali apurados. Importa frisar, todavia, que a colaboração premiada é instituto substancialmente diferente da barganha.

Nacional<sup>57</sup>, bem como na colaboração premiada, principalmente, no segundo caso, em razão do recente caso denominado “Operação Lava-Jato”<sup>58</sup>, que resultou em muitos acordos amparados principalmente nas novas disposições trazidas pela Lei n. 12.850 de 2012.

É certo que a barganha no modelo dos EUA, aqui colhido como exemplo ilustrativo, possui um fundamento histórico-cultural e se ancora no princípio da oportunidade, vigente naquele sistema. Todavia, nos países de tradição romano-germânica, como já sustentado no item 2.1 do presente artigo, os países, que já introduziram o mecanismo, adotaram-no em razão da expansão do direito penal e da busca de soluções mais eficazes e rápidas, bem como por necessidade, já que o modelo tradicional de persecução não é compatível com a expansão da criminalidade e da própria tutela penal de novos bens jurídicos<sup>59</sup>.

Reduzindo à proposta do presente item deste artigo à de compatibilidade da barganha e da delação premiada com os princípios constitucionais penais e processuais penais postos em discussão, importa, de início, distinguir os referidos institutos. Naquela, o investigado negocia a assunção da culpa para obter uma pena menor, enquanto nesta, o investigado, ou processado, ou até mesmo o condenado, com o fim de obter uma resposta penal menos gravosa para si, colabora com o esclarecimento de fatos que redundarão, após a apuração, na obtenção de provas para identificar outros autores e, inclusive, novos crimes. Apesar de ambos os institutos possuírem conotações penais e processuais, fica evidente que a barganha é mais penal e menos processual, enquanto o inverso ocorre com a delação ou colaboração premiada<sup>60</sup>.

57 Respectivamente, o PLS 236 de 2012 que tramita no Senado Federal e o PLS 156 de 2009, que hoje tramita na Câmara dos Deputados sob o número PL 8.045/2011.

58 Nome dado ao conjunto de investigações e processos criminais de corrupção, lavagem de dinheiro e outros crimes econômicos, envolvendo recursos desviados da Petrobrás, que redundou acordos de colaboração, denúncias, processos, condenação, com forte impacto no cenário político nacional.

59 No mesmo sentido, explicando a razão de introdução da barganha em países de tradição *civil law*, Frederico Valdez Pereira explicou que se deu por “uma necessidade de eficácia no controle à grave criminalidade, com cunho eminente de política criminal” (*Delação Premiada*, p. 39).

60 Há autores que utilizam as expressões delação premiada e colaboração premiada como sinônimos. Mas não há precisão no uso do termo na doutrina. Para Renato Brasileiro, a delação é mais ampla que a colaboração, esta é espécie daquela. Se o imputado, durante o processo, assume a culpa e fornece informações sobre a localização

Ao tratar da barganha no art. 105 do projeto de Código Penal<sup>61</sup>, Paulo Sérgio A. Coelho Filho aponta violação aos princípios do contraditório e da presunção de inocência, uma vez que promotores teriam interesse em aumentar as taxas de condenação, defensores públicos, sobrecarregados de casos, teriam interesse nos acordos com a possibilidade de solução rápida, enquanto os juízes, diante da quantidade de processos à espera de decisão, teriam interesse na possibilidade de redução do número de casos que chegariam à fase final do processo. Argumenta que somente os réus mais ricos, com recursos para o custeio de bons advogados, teriam interesse no processo<sup>62</sup>.

O instituto da barganha, se bem delineado, não parece veicular ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o investigado, com assistência técnica de advogado, pode ou não concordar com os termos da proposta ofertada pela acusação, ou seja, há voluntariedade e possibilidade de argumentar quanto à proposta apresentada, bem como a possibilidade de recusá-la. Ademais, considerando o texto do projeto de reforma do CPP, o modelo que se pretende adotar no Brasil guarda mais semelhança com os institutos de negociação da sentença penal incorporados em países da Europa, ou seja, com notável controle judicial na homologação dos acordos.

do produto do crime, pode-se falar em colaboração, ou seja, é tido, nesse caso, como mero colaborador. De outro modo, se além de confessar, também, delata outras pessoas, pode-se falar em delação premiada ou em chamamento do corréu. Se o acusado nega a autoria e imputa o fato a um terceiro, há apenas um testemunho. Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 526. Já Vladimir Aras aponta quatro espécies de colaboração premiada: a) delação premiada (chamamento do corréu): confessa o envolvimento no crime e ainda aponta outras pessoas. É denominado agente revelador; b) colaboração para libertação: o colaborador aponta o local onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação (caso do art.159 §4º do CP); colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador apresenta informações para a localização do produto ou proveito do crime e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais; colaboração preventiva: colaborador apresenta informações relevantes aos órgãos da persecução penal, de forma a impedir um crime, ou interromper a continuidade ou permanência de condutas criminosas. Cf. ARAS, Vladimir. *Técnicas especiais de investigação*. In: CARLI, Carla de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 428.

61 PLS 236 de 2012. A Comissão instituída para avaliar o Projeto, como já mencionado, manifestou-se pela exclusão do instituto da barganha.

62 COELHO FILHO, Paulo Sérgio A. Barganha penal, perigo iminente. *Estado de São Paulo*, 7 nov. 2012. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,barganha-penal-perigo-iminente-imp-,956711>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

Em consistente pesquisa sobre o tema da barganha, embora com uma perspectiva negativa quanto ao instituto, Vinicius Gomes de Vasconcelos aponta os aspectos negativos da delação premiada, quais sejam: atestado tácito de deficiência do Estado na persecução dos delitos com a inversão da carga probatória, que passaria do órgão acusador para o sujeito ativo da conduta; incentivo a condutas que violam o mínimo ético de atuação pública, com a possibilidade de incriminações ilegítimas apenas para obter o benefício; limitação do contraditório e da ampla defesa, em razão de declarações indevidamente sigilosas; discurso eficientista de ruptura com as premissas de um processo penal democrático<sup>63</sup>.

Vinicius, também, aponta as seguintes críticas à barganha: expansão do direito penal e o empecilho ao devido processo legal com a mercantilização processual; distorção dos papéis dos autores do sistema criminal; a possibilidade de coercibilidade da proposta aos inocentes; o retrocesso ao processo penal autoritário com a primazia da confissão com obstáculos ao exercício da defesa e do contraditório; desequilíbrio na balança entre os autores processuais, com usurpação da função decisória ao acusador; o desaparecimento do processo e da defesa<sup>64</sup>.

Os argumentos contrários ao instituto da delação e da barganha, entretanto, não suportam um exame mais acurado. A questão da inversão da carga probatória não constitui um fundamento apto a tornar o instituto inconstitucional.

Na colaboração premiada, o colaborador, de forma voluntária, concorda em apresentar a prova, negociando benefícios com o Ministério Público, titular do direito de promover a realização do *ius puniendi* em juízo (o chamado *jus perseguendi*). O Estado até poderia, em alguns casos, chegar à prova, por conta própria, dentro de um intervalo temporal maior, mas o investigado/colaborador opta por oferecer uma solução mais rápida. Em contrapartida, o colaborador, em razão do acordo, terá grandes benefícios penais.

Quanto à possibilidade de incriminações ilegítimas por parte do colaborador, no caso brasileiro, a própria

63 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 125-127.

64 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 143-145.

lei traz solução. Em primeiro lugar, o acordo de colaboração não se mostra suficiente para lastrear juízo condenatório de terceiro. Haverá, sempre, a necessidade de investigar e apurar os fatos noticiados pelo colaborador<sup>65</sup>. Em segundo lugar, caso seja comprovada a intenção de atribuir fato falso a um terceiro com a consequente instauração de investigação, o colaborador será processado criminalmente por isso e não terá qualquer benefício.

Com relação à possibilidade de limitação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como já destacado, não há ofensa, uma vez que o colaborador, com assistência técnica de advogado, pode ou não concordar com os termos da proposta ofertada pela acusação. É dizer: a voluntariedade é da essência do instituto. Não se pode crer que, apenas, o processo judicial formal, com o seu *iter* instrutório, seja compatível com o contraditório e a ampla defesa ou, de modo mais amplo, com a formalização da resposta penal do Estado. Registre-se que a colaboração, conforme procedimento trazido pela Lei n. 12.850 de 2013, é submetida à homologação judicial para o controle de sua legalidade e, posteriormente, será objeto de severo escrutínio judicial para a eventual concessão das benesses ali ofertadas.

A questão do sigilo, apontada pelo Vinicius Gomes Vasconcelos como redutora do contraditório e da ampla defesa, não se sustenta, uma vez que o acordo não constitui, por si só, prova. Os meios de prova trazidos pela colaboração necessariamente deverão ser submetidos ao contraditório judicial. O sigilo inicial dá-se para assegurar a eficácia da investigação em relação aos novos fatos e autores indicados pelo colaborador.

Vale registrar que a divulgação previa dos meios de prova e das informações trazidas pela colaboração deve ser combatida, dada a sua aptidão para gerar espetacularização midiática de fatos que ainda não foram verificados, com prejuízos à imagem do futuro investigado que ainda não foi submetido ao devido processo legal.

Sobre a barganha, as críticas devem ser temperadas. Algumas já foram analisadas nos parágrafos anteriores. Quanto ao risco de seguir uma expansão e mercantilização do processo penal, é certo, conforme já visto, que a expansão penal depende dos mecanismos de solução negociada, mas eles devem se conformar ao modelo constitucional de direito penal e de processo penal, sem

65 Consta no § 16 do art. 4º da Lei n. 12850 “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

a adoção de critérios puramente atuariais onde o ser humano é moldado como um mero objeto. É possível a compatibilização da proposta negocial com as garantias constitucionais.

Não se pode falar em coercibilidade da proposta, pois se exige voluntariedade e presença de defesa técnica. O exemplo estadunidense de mais de 90% dos casos solucionados com base em acordos, tanto na seara estadual quanto na federal, como se constituísse uma demonstração da coerção, não serve integralmente ao problema brasileiro. Isso porque o modelo de penas dos EUA é diferente do modelo interno. No Brasil, decerto, muitos investigados poderão optar pelo processo. Ademais, é certo que a proposta, no caso brasileiro, deverá se ancorar em indícios veementes de autoria e prova da materialidade. O modelo previsto no projeto de CPP<sup>66</sup> exige denúncia do Ministério Público; logo, nota-se de plano substancial diferença em face do modelo estadunidense.

Releva enfatizar que o texto, previsto na proposta de emenda constitucional que fora arquivada<sup>67</sup>, que permitia a barganha na fase da investigação, com o acordo entre investigado e Ministério Público, submetido à futura homologação judicial com o controle de legalidade, apresentava características mais robustas e claras de negócio processual penal.

A crítica não procede com a ideia de primazia da confissão sobre o direito de defesa, uma vez que é a assunção da culpa é voluntária e precedida de diálogo com a defesa técnica para optar ou não por essa via.

Conforme leciona Brandalise:

Por fim, não se pode olvidar de que se está a tratar de um sistema processual penal acusatorial, pelo que o entendimento é uma atividade das partes, na qual não cabe a participação judicial. Compete ao juiz funcionar com um verdadeiro árbitro do equilíbrio entre elas, conferindo a regularidade de seus termos frente aos fatos; com a análise dos fatos, pode o juiz negar o acordo quando não for ele suportado pela prova<sup>68</sup>.

Não há desequilíbrio entre os autores processuais, uma vez que o investigado (ou o processado no caso da

66 Art.283 do já mencionado Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156 de 2009; PL 8.045 de 2011).

67 A Proposta de Emenda à Constituição n. 230, de 2000, foi arquivada em 2008.

68 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 183.

proposta contida no art.283 do projeto do novo CPP) atua com voluntariedade e sob orientação de um advogado. A aceitação do acordo revela parcela do exercício do direito de defesa, ligada ao direito de liberdade, com faculdade e não obrigatoriedade, conforme já decidiu a Corte Constitucional italiana<sup>69</sup>.

Não desaparecem o processo e a defesa. A defesa continua existindo tanto na fase da barganha quanto em juízo, no caso da opção processual. Ressalte-se que o processo é instrumento de concretização do direito penal, submetido aos princípios constitucionais, não constitui um fim em si mesmo.

Sobre a afirmação de que o modelo negocial, na verdade, decorre de um discurso eficientista de ruptura com as premissas de um processo penal democrático, pode-se afirmar que tal afirmação constitui uma perspectiva ideológica de um garantismo com viés, apenas, negativos, mas que acaba por redundar numa negativa do postulado da proibição da tutela penal deficiente.

A introdução da barganha no modelo penal nacional e a concretização diária da colaboração premiada não correspondem à redução dos modelos penal e processual penal brasileiros ao paradigma atuarial, de gestão de riscos, eficientista, de práticas de neutralização ou outros hábitos jurídicos existentes nos EUA<sup>70</sup>.

Em defesa da negociação de sentença criminal, Brandalise afirma que a obrigatoriedade reside na verificação da prática da infração penal, mas que a atuação na persecução é discricionária com o fim de atingir o interesse público. E, inspirado nos modelos alemão e italiano, aduz que o Ministério Público somente pode partir para a negociação se preenchidos os requisitos

exigidos para iniciar ou continuar a persecução penal, se o acordo frustrar, sendo que os Tribunais podem e devem analisar a legalidade da negociação, proibindo-se a desistência do recurso<sup>71</sup>.

Com outra perspectiva na abordagem do tema, Rafael Oliveira afirma que deve ser afastada a ideia de consenso nas reformas do processo penal com orientação exclusiva na oportunidade e na celeridade<sup>72</sup>. Segundo o referido autor:

Ao contrário do que sustenta parte da doutrina, a proposta de consenso não possui ligação com o princípio da oportunidade ou com o princípio da celeridade, uma vez que, por definição não faculta às partes transigirem sobre a acusação – apenas modifica a maneira de interagirem- e também não cria mecanismos voltados a acelerar o processo penal em detrimento de garantias fundamentais dos cidadãos, sendo certo que a rapidez na solução do conflito é apenas uma consequência quase sempre atrelada à adoção de um processo orientado pela relação processual<sup>73</sup>.

É possível, portanto, compatibilizar os princípios penais e processuais constitucionais com os institutos da barganha e da colaboração premiada, com a necessidade de previsão em lei dos limites e contornos a atividade do Órgão acusador, do limite da homologação por parte do Poder Judiciário, da voluntariedade do investigado, da necessidade e ser assistido por advogado, de forte posição jurisprudencial das Cortes Superiores para anular eventuais excessos.

Pode-se aliar teoria ao pragmatismo sem se esconder em um mundo abstrato, sem abrir mão de valores e princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. Há possibilidade de convivência do direito penal democrático com instrumentos modernos de combate à criminalidade do modelo negocial, seja a barganha, seja a delação, sem incorrer em uma ideológica falsa<sup>74</sup>,

69 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 216.

70 A influência de métodos econômicos na política criminal é classificada por Schünemann como uma mudança do templo para o mercado, como tendência do direito como um todo. “[...] não me hesitarei em qualificar, como também o fez o já mencionado Tribunal Supremo da Áustria, a introdução do acordo na Alemanha como um gigantesco crime coletivo de torsão do direito [...] Testarei aqui essa hipótese, descrevendo, por meio de metáfora do templo, essa evolução de um direito que, em sua origem, tinha um fundamento religioso, e que se transforma em um direito fundado em uma mera negociação, o que expresse através da metáfora do mercado. Suspeito que o acordo represente a expansão desse novo modelo de direito ao último ramo do direito que, por assim dizer, ainda se encontra quase no templo, qual seja, o direito penal”. SCHÜNEMANN, B. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*, p. 309.

71 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 171.

72 OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 77.

73 OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 79.

74 Ensina Zizek que a “ideologia não é necessariamente falsa, quanto ao seu conteúdo positivo, ela pode ser verdadeira, muito precisa, pois o que realmente importa não é o conteúdo afirmado como tal, mas o modo como esse conteúdo se relaciona com a postura subjetiva envolvida em seu próprio processo de anunciação” ZIZEK, Slavoj. *O espectro da ideologia*. In: ZIZEK, Slavoj (Org.).

a qual depende muito mais da visão do intérprete, uma vez que o modelo constitucional não parece rebater a negócio penal.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão penal, com a tutela de bens jurídicos supraindividuais, apresenta-se como fenômeno irreversível. Diante dos novos riscos oriundos do desenvolvimento tecnológico e industrial, que fez nascer novas possibilidades de agressão aos bens jurídicos individuais e coletivos, proteção estatal reduzida às searas cível e administrativa, reclama aprimoramento e sofisticação de seus instrumentos de intervenção — e nesse ponto o direito penal responde a um chamado de intervenção.

Diante do crescimento da tipificação penal na sociedade de risco, com a administrativização do direito penal, marcada pelo crescimento dos tipos penais de perigo abstrato, de maior espaço para normas penais em branco e elementares normativas, o presente trabalho confrontou as ideias contrárias e favoráveis à convivência da referida expansão, caracterizada pela tutela penal preventiva, com os princípios penais e processuais penais e, de forma mais específica, com o princípio político criminal da intervenção mínima.

O fenômeno não é exclusividade nacional. Ao contrário, decorre de toda uma inspiração colhida no plano internacional, seja na proliferação de documentos que igualmente obrigam o Brasil a observar essa tendência, seja nas soluções dogmáticas construídas por países que sempre serviram de inspiração e norte para a construção dogmática da resposta penal no plano interno.

É possível a convivência dos princípios clássicos do direito penal com a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, com a filtragem constitucional das leis pelo Supremo Tribunal Federal, quando constatado um exagero do legislativo. Aliás, essa convivência é justamente informada pela *funcionalização* do direito internacional, a legitimar inclusive essa inclinação do direito pátrio.

A expansão penal coincide com a introdução de mecanismo de justiça penal negociada no cenário dos países que trabalham com o paradigma do *civil law*, sob as justificativas de redução de custos com o aparato ju-

diciário estatal e de maior eficiência no combate à criminalidade organizada.

O modelo negocial penal pode e deve ser confrontado com os princípios penais e processuais penais, quais sejam: legalidade, contraditório, presunção de inocência, ampla defesa, acusatório. Os institutos próprios dessa expansão do direito penal negocial mostram-se compatíveis com os princípios constitucionais do processo penal. A conciliação, a transação, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e até mesmo a barganha, se condicionadas à previsão em lei dos limites e dos contornos da atividade a ser desenvolvida pelo órgão acusatório, bem assim à homologação do Poder Judiciário com o respectivo controle da legalidade, à voluntariedade do investigado, à necessidade do patrocínio do advogado em todos os termos da persecução penal, podem integrar uma modelagem de processo penal dotada de controle de eventuais excessos e convergente com as balizas constitucionais da intervenção penal do Estado.

No ambiente da expansão do direito penal, com a tutela de novos bens jurídicos, os sistemas penais dos Estados Democráticos de Direito, caminham para modelos de consenso, nos quais o Estado abre mão de parcela do *ius puniendi* e incorpora institutos negociais no ordenamento, sob a justificativa de redução de custos com o aparato judiciário estatal e de maior eficiência no combate à criminalidade organizada.

Nos dias atuais, diante da complexidade dos sistemas de justiça estatal e do aumento da criminalidade, a justiça negocial apresenta-se como um mecanismo de socorro da política criminal estatal, que deve ser utilizada sem abrir mão dos valores penais e processuais aclamados pelo direito penal de cariz liberal. A nítida inspiração do direito internacional, de onde se podem colher êxitos e alertas quanto a eventuais desvios e excessos, há de informar a construção, a crítica e a implementação desses instrumentos do direito penal negocial no ordenamento interno.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

*Um Mapa da Ideologia*. Contraponto: Rio de Janeiro, 1996. p.13.

- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 230, de 2000*. Acrescenta inciso ao art. 129 da Constituição Federal, criando o instituto da negociação da pena e inserindo-o como funções institucionais do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.
- BRASIL. *Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 12850, de 2 de agosto de 2012*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 2008*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009*. Reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012*. Reforma do Código Penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 104.410*, RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 6 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 28 mar. 2016.
- COELHO FILHO, Paulo Sérgio A. Barganha penal, perigo iminente. *Estado de São Paulo*, 7 nov. 2012. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,barganha-penal-perigo-iminente-imp,-956711>>. Acesso em: 26 mar. 2016.
- COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, abr./jun. 2001.
- DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro*: ambiente, consume e genética humana. Coimbra: Coimbra, 2008.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordo sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- DIAS, Jorge Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 33, jan./mar. 2001.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atual: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 65-84.
- FOGEL, Jeremy D. Acordos criminais podem diminuir a morosidade da justiça brasileira. *Revista Consultor Jurídico*, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-16/acordos-criminais-podem-ajudar-morosidade-judiciario-brasileiro>>. Acesso em: 2 abr. 2016.
- GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015
- MA, Yue. A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 1, p.198-199, 2011.
- MULAS, Nieves Sanz. El Derecho Penal ante los retos del Siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, p. 5-126, abr. 2012. Disponível em: <[SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negociado. \*Revista de Direito Internacional\*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016 p.377-396](http://libros-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

revistas-derecho.vlex.es/vid/haga-problemas-olvidar- viejos-limites-393459850>. Acesso em: 8 jan. 2016.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 115-162.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015.

PIRES, Alvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, mar. 2004.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Penal 224/06.7GAVZL.C1.S1*. Sumário: I - O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença. II - Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar. 3. Secção. Rel. Santos Cabral. Julg. 104 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do*

*direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 649-665, 2015.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um Mapa da Ideologia*. Contraponto: Rio de Janeiro, 1996. p. 7-38.