

FELIPE DA COSTA DE-LORENZI

JUSTIÇA NEGOCIADA
E FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

Pressupostos e limites materiais para os acordos
sobre a sentença

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

PREFÁCIO

A minha alegria em prefaciar a publicação da tese de doutorado de Felipe De-Lorenzi sobre “Justiça Negociada e Fundamentos do Direito Penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença” é toda especial. Trata-se, afinal, do primeiro prefácio que anteponho a uma monografia de direito processual penal. De-Lorenzi, que defendeu a sua tese na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do meu grande e antigo amigo Fabio D’Ávila, teve a iniciativa de vir à Alemanha, para dialogar com a rica reflexão alemã sobre o direito processual penal, o que, na tradição jurídica brasileira, tem certa nota de pioneirismo. No Brasil, reconhecemos o valor do pensamento alemão para o direito material, enquanto, para o direito processual, buscamos inspiração especialmente entre os italianos e os espanhóis. Se conferíssemos aos processualistas portugueses, que escrevem em nossa língua, a atenção que eles merecem – penso apenas em Figueiredo Dias, Costa Andrade ou Sousa Mendes – já teríamos percebido a riqueza da reflexão alemã também no âmbito processual. É dessa fonte que De-Lorenzi se dispôs a beber, tendo passado onze meses em minha cátedra, na Universidade Humboldt de Berlim.

O trabalho de De-Lorenzi não se limita a recepcionar as ideias de um debate sofisticado. A leitura revela que a sofisticação é uma marca do próprio autor, que renuncia a *slogans* e hipérboles, e constrói cada argumento com invejável cuidado.

Veja-se, como um primeiro exemplo, o tratamento do princípio da legalidade: teria sido fácil citar a Constituição Federal e mais uma série de documentos do direito internacional e comparado, para, em seguida, daí derivar o que bem se quisesse; De-Lorenzi opta, contudo, pelo difícil, que é distinguir legalidade penal da legalidade geral, entender a primeira como garantia individual, da qual não deriva um dever de persecução de toda infração, a segunda como uma

consideração predominantemente coletiva-institucional, que, portanto, pode ser relativizada diante de outros interesses dessa natureza. Isso não significa, contudo, que a legalidade possa ser desconsiderada, desde que não se castigue; De-Lorenzi argumenta que acordos sobre a sentença têm de atender a certos limites e que tanto os acordos como esses limites têm de estar previstos em lei.

Generalizando: o trabalho tem sempre o cuidado de distinguir os institutos jurídicos que se referem ao indivíduo daqueles que se referem à sociedade, entendendo que os primeiros só podem ser limitados com base em considerações que o indivíduo tem de aceitar, como o seu consentimento ou a culpabilidade, enquanto os segundos serão permeáveis a considerações de bem comum. A culpabilidade teria como fundamento o respeito ao indivíduo; já os argumentos derivados da teoria das normas teriam orientação coletivo-institucional.

Essa diferenciação fundamental entre o individual e o coletivo é a base para o subsequente meticuloso exame da medida em que acordos sobre a sentença poderiam conflitar com os princípios de legitimação do direito penal, que se move, outra vez, em um plano de concretude em que raramente se adentra. Seria fácil afirmar: também o inocente pode concordar com uma sentença condenatória, logo os acordos sobre a sentença violam o princípio da culpabilidade. De-Lorenzi, outra vez, opta pelo difícil: ele diseca essa afirmação fácil em várias subdimensões, mostrando, por exemplo, que seria ilegítima a chamada *trial penalty*, um aumento de pena só pela recusa em realizar o acordo; a impossibilidade de punir com base na mera aceitação formal da culpa.

O cuidado argumentativo não significa, obviamente, que se tenha de concordar com tudo o que desenvolve o autor. Tenho dúvidas, em especial, a respeito da posição do juiz nos acordos, ao qual o trabalho relega um papel de terceiro controlador. O lugar para discutir o acerto daquilo que o autor defende não é, contudo, um prefácio. Nesse, contento-me em animar o leitor no sentido de debruçar-se sobre uma obra que não apenas instrui o entendimento, mas que deleita o intelecto, e em cumprimentar o autor, manifestando meus votos no sentido de que essa obra tenha a acolhida que ela merece, e de que ele continue a enriquecer a reflexão jurídica brasileira com a sua rara e exemplar sutileza argumentativa.

LUÍS GRECO

Professor Catedrático de Direito Penal,
Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro
e Teoria do Direito Penal da Universidade Humboldt de Berlim

APRESENTAÇÃO

A apresentação de um trabalho científico é sempre, por sua natureza, a antecipação de um olhar, a oportunidade de estabelecer um primeiro diálogo, uma primeira troca de impressões, de lançar luzes sobre aspectos que, de um modo ou de outro, irão acompanhar futuros olhares. É, portanto – e a despeito da responsabilidade que implica –, tarefa que se assume, já à partida, carregada de imperfeição e subjetividade. E se isso é assim, é também ela, *per se*, gesto que convoca e deixa transparecer dimensões humanas mais profundas, nem sempre visíveis no resultado final de um longo processo de formação de ideias que habita uma tese doutoral. Apresentar uma obra é, assim, também apresentar-se a ela, é também colocar-se diante dela e do seu autor, em um gesto acadêmico único, a perdurar sem data de término. Isso explica, em alguma medida, a minha satisfação, grande satisfação, em escrever essas breves linhas.

O presente escrito é o resultado de um longo período de investigação que se projeta – se bem vejo – para muito além do tempo dedicado especificamente aos estudos doutorais. Já no âmbito do Mestrado em Ciências Criminais, concluído no ano de 2015, Felipe da Costa De-Lorenzi demonstrava particular interesse por questões de fundo do direito penal. A constituição do ilícito, a referência de validade dos diferentes sistemas, a relação entre crime e pena, entre tantos outros aspectos de base, sempre estiveram no seu horizonte de preocupação. A sua dissertação, nesse contexto, então orientada pelo Professor Doutor Paulo Vinícius Sporleder de Sousa, viria a se ocupar do conceito material do crime, sob a perspectiva do merecimento e da necessidade de pena.¹ Estudo que logrou,

1. Merecimento e necessidade de pena como elementos do conceito material de crime e sua relevância para o sistema dogmático. Dissertação de Mestrado orientada pelo Professor Doutor Paulo Vinícius Sporleder de Souza, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, 2015.

aliás, aprovação com nota máxima no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Em sede de doutorado, não seria diferente. Ao decidir-se pelos acordos sobre a sentença penal como objeto de investigação, Felipe De-Lorenzi levou consigo não só uma já larga carga de leitura, mas, e fundamentalmente, uma postura espiritual comprometida com um determinado modo de ver as coisas do Direito Penal, com um Direito Penal carente de uma incontornável dimensão de validade. Não por outra razão que, em seu percurso investigativo, o autor mantém um invulgar cuidado para com as premissas materiais que considera inegociáveis.

A conjugação desse preciso olhar com as demandas que a denominada justiça negociada coloca propiciou-nos – hoje seus leitores – uma obra única. Em um primeiro nível de análise – em um nível ideal, diga-se –, Felipe De-Lorenzi irá se posicionar contra a adoção, pelo Direito brasileiro, dos acordos sobre a sentença penal, tendo em consideração os fundamentos que estruturam e animam o nosso sistema penal. Em um segundo nível, busca indicar em que medida seria ainda aceitável (*rectius*, jurídico-penalmente legítima) a sua incorporação, a partir de um rigoroso esforço de compatibilização, pautado pela identificação de fronteiras intransponíveis. As suas conclusões não deixam margem a dúvidas. Em um contexto de franca expansão dos espaços de negociação no processo penal, a constatação de conflitos entre a lógica negocial e os fundamentos que conferem legitimidade ao Direito Penal brasileiro impõe, para além de uma tomada de posição sobre o plano ideal, a definição do resguardo mínimo, do resguardo do indispensável em termos de legitimidade. Tarefa, é preciso reconhecer, de enorme complexidade, a cobrar elevados custos de ambos os lados.

Esse tortuoso percurso, contudo, é percorrido de forma competente e serena pelo autor. Com uma escrita limpa, agradável e dogmaticamente precisa, Felipe De-Lorenzi conduz os seus leitores com segurança no enfrentamento de temas de muito difícil trato. O constante cuidado com o rigor científico, com a consistência de reduções e simplificações, por vezes incontornáveis, é traço marcante de toda sua escrita. Daí que, por seu exclusivo merecimento, o presente estudo tenha obtido, em seu escrutínio acadêmico, grande êxito em uma qualificada banca examinadora, por mim presidida enquanto orientador, e formada pelos Professores Doutores Gustavo Badaró, Antônio Martins, Marcelo Ruivo e Luís Greco.

Em verdade, Felipe De-Lorenzi reúne talentos incomuns. Nele o rigor e a perspicácia do pesquisador encontram o equilíbrio, a lucidez e – sublinhe-se – a rara maturidade de grandes espíritos, a revelar, sem esforço, um dos mais promissores juristas da sua jovem geração. Mais não é preciso dizer.

Tenham todos uma ótima leitura!

FABIO ROBERTO D'AVILA
Professor Titular da Escola de Direito
e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
da PUCRS

AGRADECIMENTOS

Esta obra é uma versão, com pequenas modificações, da tese de doutorado defendida em março de 2020 na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, cuja pesquisa contou, ainda, com dois estágios de investigação na Universidade Humboldt de Berlim. Muitas foram as pessoas que contribuíram para a conclusão da pesquisa.

Agradeço, primeiramente, à minha família pelo suporte incondicional, em especial aos meus pais, Caio e Simone, e aos meus avós, Luiz Carlos e, *in memoriam*, Clea Sir, Leonira e Solis, os quais, com seus exemplos, ensinaram-me sobre o que há de mais valioso na vida. Também à Carolina, cujo afeto, companheirismo e vivacidade foram essenciais para tornar mais leves os momentos de aflição.

Com imensa consideração, agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Fabio Roberto D'Avila, cujos ensinamentos, dentro e fora da sala de aula, foram e são fundamentais não apenas para a tese, mas também para minha formação acadêmica e pessoal; e ao meu coorientador no exterior, Professor Dr. Luís Greco, cujas considerações e críticas foram essenciais para o resultado do trabalho e com quem, entre tantas outras lições, aprendi que o rigor pode estar aliado a uma enorme generosidade. A eles sou grato não apenas pelas contribuições para a tese, mas também pelos exemplos de atuação como professores e pesquisadores, os quais levarei para toda minha vida acadêmica. Agradeço também ao Professor Dr. Giovani Agostini Saavedra, que orientou os sempre difíceis primeiros passos de uma tese, e à Professora Dra. Ruth Maria Chittó Gauer, pela incitação à originalidade do pensamento, e cuja dedicação à academia é admirável. Pelas inestimáveis contribuições na banca de defesa da tese, que muito enriqueceram o texto final, agradeço ao Professor Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, ao Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins e ao Professor Dr. Marcelo

de Almeida Ruivo, além do Professor Dr. Luís Greco. Por fim, ao Professor Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza pelas importantes sugestões na banca de qualificação.

Pelo convívio e aprendizado, agradeço aos professores e colegas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCrim/PUCRS). Pela recepção e amizade, aos pesquisadores da Cátedra do Professor Luís Greco na Universidade Humboldt de Berlim. Particular gratidão tenho por todos aqueles que leram versões prévias do trabalho e discutiram problemas da tese ao longo desses anos, em especial, mas não exclusivamente, aos Professores e Pesquisadores Alaor Leite, Antônio Martins-Costa, Guilherme Góes, Heloisa Estellita, Hugo Soares, Izabele Kasecker, Luís Miguel Ramos Martínez, Marcelo Buttelli, Raquel Scalcon, Ronan Rocha, Uriel Moeller e Vinícius Vasconcellos. Devo fazer menção especial ao Guilherme F. Ceolin e ao Lucas Minorelli, pela amizade e pelos incontáveis debates ao longo desses anos.

Não posso deixar de agradecer à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), pelo financiamento no Brasil e em um dos períodos de doutorado sanduíche em Berlim; ao Centro de Estudos Europeus e Alemães, na pessoa do Professor Dr. Draiton Gonzaga de Souza, por subsidiar uma segunda estada na Alemanha; ao *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, na pessoa da Professora Dra. Joahanna Rinceanu, e ao Centro de Estudos de Direito Penal e Processo Penal Latino-Americano, na pessoa do Professor Dr. Kai Ambos, pelas oportunidades de realizar investigações como pesquisador visitante. Por fim, a toda equipe da Secretaria do PPGCrim/PUCRS, em particular à Márcia Cristina Brum Lopes, por todo auxílio.

FELIPE DA COSTA DE-LORENZI

SUMÁRIO

Prefácio – LUÍS GRECO	7
Apresentação – FABIO D’AVILA	9
Agradecimentos	13
Abreviaturas	17
Sumário	19
1 INTRODUÇÃO	25
1.1 ESTRUTURA DO TRABALHO	32
1.2 RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	33
1.3 POR QUE OS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA? O CONCEITO (MATERIAL) DE PENA E SUA ESPECIAL NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO.....	35
1.4 SOBRE A ABORDAGEM NORMATIVA E SUAS RELAÇÕES COM AS QUESTÕES EMPÍRICAS E INSTITUCIONAIS.....	42
2 APROXIMAÇÕES AO FENÔMENO DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA	51
2.1 APROXIMAÇÃO TEÓRICA AOS CONCEITOS DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E ACORDOS SOBRE A SENTENÇA .	51
2.1.1 Justiça penal negociada (ou justiça penal consensual)	52
2.1.1.1 Justiça negociada e princípio da oportunidade	55
2.1.1.2 Justiça negociada e justiça restaurativa	59
2.1.1.3 Justiça negociada e reparação da vítima.....	60
2.1.2 Espécies de justiça penal negociada – esboço de uma tipologia	61

2.1.2.1	Justiça negociada como alternativa à resolução de mérito.....	63
2.1.2.2	Justiça negociada como alternativa à instrução	63
2.1.2.3	Justiça negociada como colaboração para evitação de crimes ou para a persecução de terceiros	64
2.1.3	Objeto do trabalho: acordos sobre a sentença penal ..	65
2.1.4	Justiça negociada no Brasil: a inexistência de acordos sobre a sentença no direito positivo e os projetos de lei para sua incorporação	66
2.2	APROXIMAÇÃO A CONCRETOS MODELOS DE ACORDOS SOBRE A SENTENÇA	70
2.2.1	A <i>plea bargaining</i> nos Estados Unidos da América	72
2.2.1.1	Breve histórico da <i>plea bargaining</i>	72
2.2.1.2	Aspectos estruturais do processo penal estadunidense	74
2.2.1.3	As características da <i>plea bargaining</i>	79
2.2.2	A <i>Verständigung</i> ou <i>Absprache</i> na Alemanha	94
2.2.2.1	Breve histórico da <i>Verständigung</i> ou <i>Absprache</i> na Alemanha	94
2.2.2.2	Aspectos estruturais do processo penal alemão	99
2.2.2.3	As características da <i>Verständigung</i> ou <i>Absprache</i>	102
2.2.3	O <i>patteggiamento</i> na Itália	109
2.2.3.1	Breve histórico do <i>patteggiamento</i>	109
2.2.3.2	Aspectos estruturais do processo penal italiano....	112
2.2.3.3	As características do <i>patteggiamento</i>	115
2.2.4	A <i>conformidad</i> na Espanha	124
2.2.4.1	Breve histórico da <i>conformidad</i> na Espanha.....	124
2.2.4.2	Aspectos estruturais do processo penal espanhol ..	126
2.2.4.3	As características da <i>conformidad</i>	130
2.2.5	Aproximação indutiva às características dos acordos sobre a sentença	140
2.2.5.1	Participantes do acordo.....	140

2.2.5.2	Âmbito de aplicação	141
2.2.5.3	Objeto do acordo	142
2.2.5.4	Modo de determinação dos benefícios.....	143
2.2.5.5	Controle judicial	144
2.2.5.6	Vinculação judicial	145
2.2.5.7	Base fática	146
2.2.5.8	Estatuto da declaração do acusado e da sentença..	147
3	ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL.....	149
3.1	ESTRUTURAÇÃO E PRESSUPOSTOS DO CAPÍTULO	149
3.1.1	Distinção entre proteção de direitos individuais e de interesses da coletividade pelo sistema penal	150
3.1.2	O caráter público do direito penal e o fundamento utilitário dos acordos sobre a sentença: a busca de efetividade e eficiência na persecução e sancionamento de crimes	153
3.2	ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	156
3.2.1	Dever de punir (princípio da obrigatoriedade/legalidade processual) e princípio da legalidade penal	161
3.2.1.1	Concepção bilateral e unilateral do princípio da legalidade	163
3.2.1.2	Fundamentação de uma versão “fraca” do dever de punir (obrigatoriedade ou legalidade processual) ..	170
3.2.2	Os limites da relativização da legalidade pela própria lei	172
3.2.2.1	Um critério crítico da legalidade penal.....	175
3.2.2.2	A aplicabilidade das exigências do princípio da legalidade a institutos processuais penais	178
3.2.3	Corolários da legalidade e justiça penal negociada	183
3.2.3.1	Reserva de lei formal (<i>lex scripta</i>) e a necessidade de regulação dos acordos sobre a sentença por lei	183
3.2.3.1.1	<i>Um exemplo no Brasil: o acordo de não-persecução</i>	<i>186</i>

3.2.3.2	Mandado de determinação ou taxatividade (<i>lex certa</i>) e os limites à abertura dos acordos sobre a sentença	189
3.2.3.2.1	<i>O direito subjetivo do réu ao acordo</i>	196
3.2.3.2.2	<i>O risco de subversão dos parâmetros legais na prática</i>	198
3.2.3.3	Proibição de analogia (<i>lex stricta</i>) e limites às decisões nos acordos sobre a sentença	199
3.2.3.3.1	<i>Os limites da aplicação da lei em favor do réu: o exemplo da Colaboração Premiada</i>	203
3.2.3.4	Proibição de retroatividade (<i>lex praevia</i>) e os acordos sobre a sentença	205
3.3	ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	208
3.3.1	A redução da sanção pelos acordos e a adequação entre medida da pena e culpabilidade	212
3.3.1.1	Concepção bilateral e unilateral do princípio da culpabilidade: a possibilidade de mitigação da pena pelos acordos	215
3.3.2	Acordos sobre a sentença e punição de inocentes	221
3.3.2.1	Princípio da culpabilidade e busca unilateral da verdade	223
3.3.2.2	O conteúdo normativo da proibição de punir inocentes: dever de minimização de riscos	225
3.3.2.3	O conteúdo fático mínimo exigido para os acordos sobre a sentença: confissão completa do réu	230
3.3.2.4	O caráter coativo dos acordos sobre a sentença ...	235
3.3.2.4.1	<i>Medidas para minimizar o risco de coação nos acordos</i>	241
3.4	ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E TEORIAS DAS NORMAS	248
3.4.1	Esclarecimentos conceituais a respeito das normas penais	249
3.4.1.1	Normas de conduta e normas de sanção	249
3.4.1.2	Normas de valoração, de determinação e expectativas institucionalizadas	252

3.4.2 As críticas baseadas na função da norma de conduta .	254
3.4.2.1 A crítica de Schünemann: a negociação sobre o fato e o ilícito como alteração do conteúdo da norma de conduta	254
3.4.2.2 A crítica de Herrera Guerrero: a negociação sobre a pena como alteração do conteúdo da norma de conduta	257
3.4.3 A distinção entre as funções preventivas cumpridas pela norma de conduta (proibição) e pela norma de sanção (imposição da pena).....	257
3.4.4 A distinção e as relações entre as mensagens da proibição e da punição	260
3.4.4.1 O debate anglo-saxônico: regras de conduta e regras de decisão.....	261
3.4.4.2 Os distintos níveis da regra de conduta e da regra da decisão.....	263
3.4.4.3 Funções idealmente distintas e confusão entre as mensagens no mundo real	265
3.4.5 O que pode e o que não pode ser negociado? Limitações à negociação a partir da função e da mensagem da norma de conduta.....	267
3.4.5.1 As capitulações jurídicas como objetos de negociação	267
3.4.5.1.1 <i>Excurso: a norma penal é um “imperativo categórico”?</i>	271
3.4.5.2 Os fatos como objetos de negociação.....	274
3.4.5.3 As sanções como objetos de negociação	275
3.4.5.4 Medidas para minimizar as possibilidades de acordo sobre objetos ilícitos	278
3.4.6 Restrições à negociação com base no desvalor do crime – os crimes inegociáveis.....	278
3.4.6.1 Critérios para limitação dos acordos sobre a sentença com base no desvalor do crime.....	283

3.5 ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E IMPOSIÇÃO DA PENA	286
3.5.1 A justificação da mitigação da punição pelo acordo sobre a sentença em referência às teorias da pena.....	290
3.5.1.1 Acordos e retribuição.....	291
3.5.1.2 Acordos e prevenção geral negativa	298
3.5.1.3 Acordos e prevenção geral positiva.....	302
3.5.1.4 Acordos e prevenção especial.....	309
3.5.1.5 Breve referência às teorias expressivas.....	314
3.5.1.6 Valoração geral da relação dos acordos sobre a sentença com as teorias da pena e consequências para o Brasil.....	315
3.5.2 Questões autônomas sobre a redução da pena em razão dos acordos sobre a sentença.....	317
3.5.2.1 A igualdade na distribuição da pena	317
3.5.2.2 Acordos sobre a sentença e comportamentos pós-delitivos positivos	321
3.5.3 Como e quanto reduzir a pena pelos acordos sobre a sentença.....	327
3.5.3.1 Como reduzir a pena	327
3.5.3.1.1 <i>Análise dos possíveis modelos de redução da pena</i>	327
3.5.3.1.2 <i>Proposta de um modelo de redução de pena</i>	332
3.5.3.2 Quanto reduzir a pena: tentativa de definição de uma medida “moderada”	335
3.5.3.3 Possibilidade de negociações sobre outros aspectos da sanção.....	339
3.5.3.4 Considerações finais sobre o modelo proposto.....	342
4 CONCLUSÕES	343
REFERÊNCIAS	359
ANEXO I – PROJETOS DE LEI A RESPEITO DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA NO BRASIL	397

INTRODUÇÃO

Há suspeita de que um cidadão roubou uma loja. Dado o contexto do fato e considerando o grande número de crimes que ocorrem no local, a escassez de pessoal, a defasagem dos métodos de investigação disponíveis e a morosidade do processo penal, investigar e produzir provas de que o crime realmente ocorreu e de que aquele é o autor levará muito tempo. Uma eventual condenação com trânsito em julgado demoraria mais de quatro anos. O sistema de justiça criminal está sobrecarregado e não consegue oferecer resposta a todas as suspeitas de crimes, ao mesmo tempo em que há uma enorme sensação de impunidade e altos índices de criminalidade na sociedade.

Nesse contexto, um espírito pragmático sugere uma solução: ao invés de investigar e produzir provas em um procedimento moroso, o promotor poderia negociar com o suspeito a mitigação da pena – por exemplo, a punição por furto em vez de roubo – caso ele se declare culpado. Se o suspeito aceitar, terá como benefício o recebimento de uma pena substancialmente menor do que aquela que seria imposta no caso de condenação após a conclusão do processo penal tradicional; ao Estado e à sociedade, a solução célere libera recursos para investigar e produzir provas para outros casos e, ademais, troca-se a dúvida pela certeza da punição de um crime. Afirma ele que seria uma situação benéfica para todos – *win-win*.

No entanto, um interlocutor levanta algumas questões relevantes: E se o suspeito for inocente? E se, apesar de inocente, pela desconfiança nas instituições penais, ele entender que é menos arriscado se declarar culpado por um crime menos grave do que tentar provar a inocência em relação a um outro

mais grave, pelo qual pode acabar condenado? E se o promotor coagir o réu, afirmando que pedirá a aplicação de uma pena muito mais severa se ele não reconhecer a culpa? Além disso, caso o fato tenha realmente ocorrido, não há um problema em punir um roubo como se furto fosse? As condenações por diferentes crimes são intercambiáveis? As penas cominadas pelos legisladores podem ser simplesmente alteradas por meio de uma negociação? Por fim, não há nenhum problema em o Estado negociar com o suspeito da prática de um crime?



A justiça negociada triunfou.² Apesar da resistência inicial em todos os locais, primeiramente nos Estados Unidos,³ depois ao redor do mundo,⁴ os institutos que permitem acordos entre as partes foram incorporados ao direito processual penal de grande parte dos países ocidentais⁵ e alcançaram o direito penal internacional.⁶ Não obstante a doutrina ser majoritariamente crítica, a justiça negociada foi adotada, seja por meio de reformas legislativas, seja diretamente pelos atores processuais *praeter* ou *contra legem* – mas, em qualquer caso, quase sempre posteriormente legitimada por decisões de tribunais superiores.⁷ Na Europa, há inclusive recente decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconhecendo a legitimidade de acordos no processo penal.⁸ Isso, no entanto, está longe de significar que os problemas tenham sido superados ou

2. Desde o início da década de 1990 se anunciava a “marcha triunfal” da justiça negociada pelo mundo. Cf. WEIGEND, *Die Reform des Strafverfahrens*, p. 493 e ss.: “*Siegeszug konsensualer Verfahrensformen*”. Em referência especificamente à *plea bargaining*: SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal?*, p. 288 e ss.

3. FISHER, *Plea bargaining's triumph*, p. 3; TURNER, *Plea bargaining across borders*, p. 271.

4. Ver, por exemplo, os artigos com relatos da justiça negociada em diversos países europeus em: THAMAN (Ed.), *World Plea Bargaining*. Também: LANGER, *From legal transplants to legal translations*, p. 26 e ss. No contexto latino-americano, ver: ANITUA, *La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas*, p. 44 e ss.

5. THAMAN, *Introduction*, p. xvii: “‘*Consensual*’ procedural forms are an integral part of criminal procedure reform worldwide”. No mesmo sentido: TURNER, *Plea bargaining across borders*, p. 1.

6. Com referência à utilização de *plea bargaining* no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia: DAMASKA, *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, p. 1035-6; CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, p. 1071 e ss.; TURNER, *Plea bargaining across borders*, p. 213 e ss.

7. Uma exceção, no que diz respeito aos acordos sobre a sentença, é Portugal, onde as tentativas de realização de acordos *praeter legem* foram rechaçadas pelo Supremo Tribunal de Justiça em razão da falta de previsão legal (ver a nota 137, *infra*). Contudo, existem no país outras formas de pactos processuais e propostas de incorporação de acordos sobre a sentença são amplamente discutidas.

8. *Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia* (ECHR), n° 9043/05, §§ 91-98, 29.04.2014. Uma análise crítica dessa decisão pode ser encontrada em: BACHMAIER WINTER, *Justiça negociada e coerção*, p. 17 e ss.

mesmo que haja uniformidade dos institutos de justiça negociada nos diversos ordenamentos jurídicos; pelo contrário, “justiça negociada” é um conceito que abarca fenômenos muito distintos⁹ e que geram calorosas discussões.

As variações sobre o tema da justiça negociada são muitas: âmbito de aplicação, objeto do acordo entre as partes, consequências jurídicas, estatuto da declaração do réu, natureza da sentença, modo de controle judicial, entre outras. No âmbito dos ordenamentos de tradição romano-germânica, é possível constatar uma certa tendência na incorporação dos acordos no processo penal: primeiro, foram adotados para crimes de pequena gravidade e como uma alternativa à pena de prisão; depois, houve progressiva ampliação para crimes de média e/ou alta gravidades e com admissão da aplicação de pena privativa de liberdade como resultado. Os primeiros eram justificados, normalmente, com um misto de argumentos que unia a opção por uma política criminal de desencarceramento para crimes bagatelares e a necessidade de conferir efetividade e eficiência ao processo penal em um contexto de sobrecarga da justiça criminal; para os segundos, em que há possibilidade de privação de liberdade, restou apenas a segunda justificativa. Subjacente a ambos há uma defesa da ideia de consenso, em oposição ou complemento à ideia de verdade, como fundamento para a resolução de casos penais.¹⁰

No Brasil, a Constituição de 1988 previu a possibilidade de “transação” para infrações penais de menor potencial ofensivo. A Lei nº 9.099/1995 incorporou mecanismos negociais que possibilitavam aplicação de medidas restritivas de direitos, distintas da prisão, a crimes de pequena gravidade. O passo seguinte da incorporação da justiça negociada foi dado por meio do instituto da colaboração premiada, de forma bastante explícita no regramento pela Lei nº 12.850/2013, embora possua antecedentes em outras legislações. O tema ganhou especial destaque recentemente no âmbito da Operação Lava Jato, na qual houve um grande número de acordos de colaboração, inclusive com concessão de benefícios não previstos na legislação, mas, na maioria das vezes, convalidados pelos tribunais superiores.¹¹ Seguindo a tendência internacional e sob influxo da experiência nacional recente, no final de 2019 foi incorporada ao nosso ordenamento, pela Lei nº 13.964/2019, a possibilidade de realização de acordos de não persecução, pelos quais se podem aplicar medidas restritivas de direitos para crimes de pequena e média gravidades (pena mínima inferior

9. A esse respeito, e definindo de forma mais precisa o conceito de “justiça negociada” ou “justiça consensual”, ver a seção 2.1.1, *infra*.

10. Uma breve crítica ao consenso como fundamento para a sentença condenatória pode ser encontrada na seção 3.1.2, *infra*.

11. *Wunderlich* denomina esses movimentos como justiça penal negocial de primeira e segunda dimensões, referindo-se, respectivamente, aos institutos da Lei nº 9.099/1995 e à colaboração premiada nos moldes utilizados na Operação Lava Jato, com base na Lei nº 12.850/2013. Cf. WUNDERLICH, *Colaboração premiada*, p. 20-1.

a 4 anos). Simultaneamente, ganhou força a discussão sobre a inclusão de uma espécie de acordo ainda não positivada no país: os acordos sobre a sentença, aplicáveis a crimes de média e alta gravidades, pelos quais o réu deve se declarar culpado ou aceitar a punição e, em troca, recebe uma mitigação da pena. Ademais, deles resulta uma condenação criminal e é possível a aplicação até mesmo de pena privativa de liberdade.¹²⁻¹³

Diante desse cenário de expansão da justiça negociada – que está inserido em um contexto mais amplo de expansão do direito penal¹⁴ – e das reais possibilidades de incorporação dos acordos sobre a sentença no Brasil, a academia não pode repetir o erro que cometeu em relação à colaboração premiada, que, no vácuo deixado pela rejeição categórica ao instituto por parte majoritária da doutrina, teve seus contornos definidos pela prática forense. Isso conduziu a uma interpretação mais focada na adequação da resposta a certos casos concretos do que em uma visão abrangente e sistemática do instituto no contexto mais amplo dos fundamentos normativos do direito penal e processual penal. Portanto, para o caso de o legislador optar pela adoção dos acordos sobre a sentença, é preciso que a doutrina ofereça pautas para como deve se dar a regulamentação e aplicação.¹⁵ Nessa conjuntura, *este trabalho tem como objeto de análise os acordos sobre a sentença penal*.

A difusão dos acordos sobre a sentença penal tem forte influência da *plea bargaining* estadunidense.¹⁶ Assim, por se tratar de institutos oriundos da tradição do *common law*, seu habitat de origem apresenta diferenças sensíveis em relação aos países de tradição romano-germânica. O direito penal e o processual penal dessas duas tradições jurídicas possuem discrepâncias relevantes no que diz respeito aos fundamentos normativos, e, ainda quando mesmos princípios ou finalidades são reconhecidos em ambas, distinções existem no que diz respeito às suas exatas compreensões e consequências.¹⁷ Nesse sentido, a incorporação

12. Sobre as características dos acordos sobre a sentença, ver a seção 2.1.3, *infra*.

13. Para uma descrição mais detalhada sobre a evolução da justiça negociada no Brasil e os institutos atualmente existentes, ver a seção 2.1.4, *infra*.

14. Abordando a justiça negociada no contexto de expansão do direito penal: SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, p. 74 e ss.; VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negociada*, p. 150 e ss.; SUXBERGER/GOMES FILHO, *Funcionalização e expansão do direito penal*, p. 383 e ss.

15. Nesse sentido, afirma *Lobo da Costa*, em um contexto de forte crítica aos acordos processuais, que a dogmática penal não pode resignar-se diante da justiça negociada e que deve buscar edificar sistemas racionais “que tragam soluções de qualidade e gerem verificabilidade das decisões”. Cf. LOBO DA COSTA, *Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática*, p. 117.

16. Esse fato é amplamente reconhecido. Ver, por exemplo: LANGER, *From legal transplants to legal translations*, p. 3; SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal?*, p. 293; RINCEANU, *A tradução como problema metodológico no âmbito da comparação jurídico-penal*, p. 16.

17. Destacando as diferenças entre os sistemas e suas influências sobre os acordos sobre a

dessa modalidade de justiça negociada a países que integram a tradição romano-germânica resultou em alterações substanciais no regramento dos acordos em comparação com o modelo estadunidense,¹⁸ o que, contudo, não afastou as críticas no que diz respeito à violação de princípios e de finalidades do direito penal e processual. Por essa razão, a adoção dos acordos sobre a sentença nesses sistemas, como é o caso brasileiro, pressupõe uma discussão sobre a compatibilidade com seus fundamentos normativos. A lógica negocial se choca com a visão tradicional de uma justiça penal conflitiva e impositiva¹⁹ e, com isso, tensiona diversos pilares de nosso sistema jurídico-penal.

Em âmbito nacional, as discussões sobre a compatibilidade dos acordos sobre a sentença com os fundamentos do sistema jurídico-penal têm como foco os princípios processuais penais. Examina-se, por exemplo, se eles violam o devido processo legal, a presunção de inocência, o direito à não autoincriminação, o contraditório, a ampla defesa, a obrigatoriedade ou legalidade processual, a busca da verdade, a publicidade etc.²⁰ A priorização dessa perspectiva é compreensível, já que normalmente se atribui a tais institutos natureza processual. Porém, não parece ter sido dada a devida atenção até o momento aos relevantes efeitos de tais acordos sobre os pilares de nosso direito penal material.²¹ Uma abordagem exclusivamente processual pode conduzir a uma visão incompleta da questão.²²

sentença, ver: LANGER, *From legal transplants to legal translations*, p. 7 e ss.; DAMASKA, *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, p. 1024 e ss.

18. Conforme Langer, em diversos países (Alemanha, Itália, França e Argentina) houve uma “tradução jurídica” da *plea bargaining*, pela qual ela foi adaptada, de diferentes formas, aos processos de *civil law*. Cf. LANGER, *From legal transplants to legal translations*, p. 62-4. No mesmo sentido, mas com referência apenas à Alemanha: RINCEANU, *A tradução como problema metodológico no âmbito da comparação jurídico-penal*, p. 17. De modo mais amplo, Turner afirma que “*to say criminal justice systems have tended to converge toward plea bargaining is not to say the systems are now identical. When plea bargaining has been incorporated in new systems, it has taken on characteristics reflecting its new environment*” (TURNER, *Plea bargaining across borders*, p. 271).

19. Sobre a distinção entre um modelo impositivo e um modelo negocial de justiça penal, ver a seção 2.1.1, *infra*.

20. Com referência a pelo menos alguns desses princípios, ver, por exemplo: VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal negocial*, p. 164 e ss.; BRANDALISE, *Justiça penal negociada*, p. 163 e ss.; LEITE, *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, p. 35 e ss.; GUINALZ, *Consenso no processo penal brasileiro*, p. 77 e ss.

21. Algumas exceções podem ser citadas. Por exemplo, em relação à transação penal, é possível citar dois artigos de Reale Júnior que apontam os efeitos do instituto sobre o direito penal: REALE JÚNIOR, *Simplificação processual e desprezo ao direito penal*, p. 331 e ss.; REALE JÚNIOR, *Pena sem processo*, 25 e ss. Fernandes examina as relações entre os institutos de justiça negociada e a determinação da pena: FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, p. 703 e ss. Oliveira analisa alguns aspectos da medida da pena no acordo: OLIVEIRA, *Consenso no processo penal*, p. 153 e ss. Brandalise analisa a relação entre acordo sobre a sentença e princípio da culpabilidade: BRANDALISE, *Justiça penal negociada*, p. 193 e ss. De todo modo, nenhum deles propõe uma análise ampla e sistemática a partir da perspectiva do direito penal material.

22. Caputo faz constatação semelhante na Itália, afirmando que o estudo do *patteggiamento* tem sido realizado sob enfoque exclusivamente processual, sem a devida atenção aos problemas de direito material. Cf. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, p. 3-4. Na Alemanha,

A depender do regramento dos acordos sobre a sentença, é possível negociar uma alteração do crime imputado, e uma redução da pena aplicada ao caso concreto é conatural ao instituto. No primeiro caso, afasta-se o principal constructo da dogmática penal, a teoria do crime, mediante a qual historicamente se busca estabelecer um método seguro e materialmente correto de aplicação do direito penal a casos concretos;²³ no segundo, insere-se um novo fator de redução da sanção – derivado de um comportamento processual –, aparentemente estranho aos tradicionais fins atribuídos à punição e aos critérios desenvolvidos pelas teorias da determinação da pena.²⁴ A esses efeitos se somam outros menos evidentes. Por exemplo, ao criarem espaços de discricionariedade para negociar as sanções, os acordos podem entrar em conflito com o princípio da legalidade, pelo qual crimes e penas devem ser regrados por lei de modo determinado, a fim de que sejam previsíveis aos cidadãos. Da mesma forma, ao reduzirem a pena com base em uma razão alheia ao ilícito culpável, parece ser afetada a ideia de que a punição deve ser proporcional ao crime, normalmente entendida como um corolário do princípio da culpabilidade.

Não tenho conhecimento de estudo monográfico no país que priorize os problemas materiais dos acordos sobre a sentença.²⁵ Nesse contexto, este trabalho busca suprir uma lacuna bibliográfica, ao lidar com essas questões e objetivar *responder se e em que medida os acordos sobre a sentença podem ser compatibilizados com exigências mínimas de fundamentos normativos do direito penal brasileiro*. Para responder a essas questões, optei por, primeiramente, realizar uma aproximação conceitual às ideias de justiça penal negociada e acordos sobre a sentença. Em seguida, examinei o funcionamento de alguns modelos concretos de acordos sobre a sentença no direito estrangeiro, para compreender as exatas possibilidades de efetivação do instituto. Por fim, no exame propriamente normativo da questão estruturei a pesquisa a partir de

Schünemann indica que a adoção dos acordos sobre a sentença não é simplesmente uma questão processual, mas que tem efeitos sobre o “direito penal e sua estrutura normativa”. Cf. SCHÜNE-MANN, *Vom Tempel zum Marktplatz*, p. 25.

23. A respeito, ver: LOBO DA COSTA, *Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática*, p. 104 e ss. No mesmo sentido, *Donini* cita a negociação como um dos elementos de uma “flexibilização da dogmática”. Cf. DONINI, *Escenarios del derecho penal en Europa a principios del siglo XXI*, p. 50. *Herrera Guerrero* afirma que a negociação processual penal “se atenuam os critérios de imputação”. Cf. HERRERA GUERRERO, *La negociación en el nuevo proceso penal*, p. 230-1.

24. DONINI, *Escenarios del derecho penal en Europa a principios del siglo XXI*, p. 48-9.

25. Mesmo no exterior monografias com foco no direito penal material não são tão comuns, mas existem. Ver, por exemplo: CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*; HERRERA GUERRERO, *La negociación en el nuevo proceso penal*, p. 229 e ss. Dando destaque a questões de direito material, também: FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença penal*, p. 43 e ss. Em artigos e outros escritos, porém, encontram-se muitas referências a conflitos dos acordos sobre a sentença com fundamentos do direito penal.