

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS – CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND

SUBSTITUTIVOS PROCESSUAIS PENAIIS: UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL OU MAIOR EFICIÊNCIA PUNITIVA?

LEANDRO CAMPOS SOTO

RIO DE JANEIRO

2022

LEANDRO CAMPOS SOTO

SUBSTITUTIVOS PROCESSUAIS PENAIS: UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL OU MAIOR EFICIÊNCIA PUNITIVA?

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Pós-doutor Salo de Carvalho.**

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

S718s Soto, Leandro Campos
Substitutivos processuais penais: um novo paradigma de justiça criminal ou maior eficiência punitiva? / Leandro Campos Soto. -- Rio de Janeiro, 2022.
60 f.

Orientador: Salo de Carvalho.
Coorientador: Tiago Joffily.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Substitutivos Processuais Penais. 2. Justiça Negocial. 3. Justiça Restaurativa. I. Carvalho, Salo de, orient. II. Joffily, Tiago, coorient. III. Título.

LEANDRO CAMPOS SOTO

SUBSTITUTIVOS PROCESSUAIS PENAIS: UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL OU MAIOR EFICIÊNCIA PUNITIVA?

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Pós-doutor Salo de Carvalho**.

Data da Aprovação: 08/07/2022

Banca Examinadora:

Dr. Salo de Carvalho

Orientador

Dr. Tiago Joffily

Membro da Banca

Ms. Melina Wilasco

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022

RESUMO: Da Conciliação e Transação Penal estabelecidas pela lei 9.099/95 até o acordo de não persecução penal regulamentado pela lei 13.964/19, vemos os institutos definidos como substitutivos processuais penais serem cada vez mais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio e a prática processual penal. Parte da doutrina tende a enxergar nessa ampliação uma bem-vinda mudança a anunciar a possibilidade de implementação de um novo modelo de justiça criminal em nosso ordenamento jurídico. De outra sorte, uma parcela da doutrina critica a ampliação do uso desses institutos, por entendê-los como um instrumento que milita contra o contraditório e a ampla defesa, uma vez que suprimem parte substancial do processo penal. O presente trabalho busca, a partir dos conceitos de justiça criminal retributiva, negocial e restaurativa, questionar se e em que medida os substitutivos processuais penais correspondem a um novo paradigma de justiça criminal.

Palavras-Chave: Substitutivos Processuais Penais; Justiça Criminal Negocial; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT: From Conciliation and Criminal Transactions established by Law 9.099/95 to the non-prosecution agreement regulated by Law 13.964/19, we see the institutes defined as criminal procedural substitutes being increasingly incorporated into the national legal system and criminal procedural practice. Part of the doctrine tends to see this expansion as a welcome change to announce the possibility of implementing a new model of criminal justice in our legal system. On the other hand, a portion of the doctrine criticizes the expansion of the use of these institutes, for understanding them as an instrument that militates against the contradictory and the ample defense, since they suppress a substantial part of the criminal process. The present work seeks, from the concepts of retributive criminal justice, negotiation criminal justice and restorative justice, to question whether and to what extent criminal procedural substitutes correspond to a new paradigm of criminal justice.

Key Words: Criminal Procedural Substitutes; Negotiation Criminal Justice; Restorative Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 JUSTIÇA CRIMINAL: CRISE E ALTERNATIVAS

2.1 O Paradigma da Justiça Criminal Retributiva e sua crítica

2.2 A Crise do Sistema de Justiça Criminal no Brasil

2.3 Os Modelos alternativos em debate

2.3.1 Justiça Criminal Negocial

2.3.2 Justiça Restaurativa

3 A EVOLUÇÃO DOS SUBSTITUTIVOS PROCESSUAIS PENAIS EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1 A Lei 9.099/95 e os institutos da Conciliação, Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo

3.1.1 A Conciliação em Matéria Penal na lei 9.099/95

3.1.2 A Transação Penal

3.1.3 A Suspensão Condicional do Processo

3.2 A Lei 12.850/2013 e o instituto da Colaboração Premiada

3.3 A Lei 13.964/2019 e o instituto do Acordo de não Persecução Penal

4 A CRÍTICA AO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

4.1 Coercibilidade, presunção de inocência e disponibilidade das garantias processuais

4.2 O abandono do contraditório: a apoteose do inquérito e a rainha das provas

4.3 A imensa máquina burocrática, seus interesses e a deformação de suas funções

5 CONCLUSÃO

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo consiste em investigar os institutos identificados como substitutivos processuais penais no ordenamento pátrio. Esses institutos, introduzidos a partir da lei 9.099/95, tem se multiplicado em nosso ordenamento como atestam o advento do instituto da colaboração premiada, disciplinado pela lei 12.850/2013, e o recente instituto do acordo de não-persecução penal disciplinado pela lei 13.964/2019. Com efeito, essa ampliação tem sido saudada por parte da doutrina como expressão de um paradigma de justiça criminal alternativo, capaz de superar o paradigma da justiça criminal retributiva, e ensejar soluções para a crise do Sistema de Justiça Criminal. Outra parte da doutrina, no entanto, vê com reservas essa expansão, enxergando nesses institutos uma ameaça as garantias democráticas do devido processo.

Nossa pesquisa buscará, nesse sentido, responder se e em que medida os substitutivos processuais penais são a expressão de um modelo de justiça criminal alternativo ou se, pelo contrário, implicam, tão somente, no aprimoramento da eficiência punitiva do Sistema de Justiça Criminal alicerçado no paradigma retributivista.

No primeiro capítulo, estudaremos os modelos de Justiça Criminal e a crise do Sistema de Justiça Criminal. Para tanto, nosso itinerário se iniciará a partir do estudo do paradigma de Justiça Criminal Retributiva. Como o ponto de partida de nosso estudo consiste na crítica a esse paradigma, vamos buscar compreendê-lo de forma dialética, estudando os argumentos que sustentam um tal modelo, mas também a crítica a esse, em especial aquela desenvolvida pela tradição da criminologia crítica.

Em seguida, estudaremos a crise do Sistema de Justiça Criminal em seus dois aspectos mais expressivos: a crise do sistema prisional, de um lado, e a crise do modelo adversarial de processo, por outro. Esse estudo entende o paradigma da Justiça Retributiva no nível de generalização estabelecido pelo estudo “Trocando as Lentes”, de Hoawrd Zehr, em contraposição à Justiça Restaurativa. Por isso, ao estudarmos a crise do Sistema de Justiça Criminal, estudaremos a expressão concreta da crise do paradigma de Justiça Criminal Retributiva como gênero em cujo cerne está o sistema prisional.

Ainda no primeiro capítulo, encerraremos, estudando os modelos pretensamente alternativos ao paradigma de Justiça Criminal Retributiva. Vamos buscar compreendê-los e descrevê-los cotejando suas características com o paradigma da Justiça Criminal Retributiva e apontando suas potencialidades e limites. No entanto, não será nosso objetivo desenvolver uma crítica a eles, nesse ponto.

No segundo capítulo, vamos, enfim, estudar os substitutivos processuais penais propriamente ditos em nosso ordenamento jurídico. Nosso objetivo será cotejar suas características com as características sistematizadas de cada paradigma no capítulo anterior, a fim de compreender se aqueles são expressão desses. Seguiremos um itinerário cronológico, estudando primeiros os institutos estabelecidos pela lei 9.099/95, a saber, a conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo, em seguida o instituto da colaboração premiada, estabelecido pela lei 12.850/2013 e o instituto do acordo de não-persecução penal, estabelecido pela lei 13.964/2019.

Por fim, desenvolveremos uma crítica ao modelo de justiça criminal correspondente aos substitutivos processuais penais, a fim de aferir se eles são, de fato, expressão de um modelo alternativo de justiça criminal ou se, pelo contrário, implicam no aprofundamento da eficiência punitiva do modelo de Justiça Criminal Retributiva. Acreditamos que, através desse itinerário, poderemos, dessarte, responder à pergunta que motiva nossa pesquisa.

2 JUSTIÇA CRIMINAL: CRISE E ALTERNATIVAS

2.1 O Paradigma da Justiça Criminal Retributiva e sua crítica

A fim de procedermos a uma análise dos substitutivos processuais penais e sua relação com o paradigma de justiça criminal vigente se faz necessário delimitarmos conceitualmente esse modelo. Assim, nos parece apropriado iniciarmos a nossa exposição buscando uma aproximação de um conceito de Justiça Criminal Retributiva.

Um Paradigma corresponde a um modelo através do qual enxergamos a realidade. Nas palavras de Howard Zehr:

“Os paradigmas moldam a nossa abordagem não apenas do mundo físico, mas também do mundo social, psicológico e filosófico. Eles são as lentes através das quais

compreendemos os fenômenos. Eles determinam a forma como resolvemos problemas. Moldam o nosso “conhecimento” sobre o que é possível e impossível.”¹

Assim, o paradigma de Justiça Criminal Retributiva corresponderia a lente através da qual enxergamos o fenômeno do crime e da realização de justiça em face a esse fenômeno. Embora o modelo de Justiça Criminal Retributivista corresponda ao modelo que vem sendo aplicado pelo menos desde o surgimento dos estados nacionais europeus, delimitá-lo conceitualmente pode não ser tarefa das mais fáceis. Justamente em razão da sua extensão no tempo e no espaço, é difícil sistematizar quais seriam as características determinantes de um tal modelo.

De outra sorte, construir essa definição passa por reconstruir os argumentos de sustentação desse modelo, bem como a sua crítica, uma vez que as características que delimitam o conceito se forjaram e se adaptaram ao calor de suas racionalizações e contestações. Assim que, para nos aproximarmos de um conceito do modelo de Justiça Criminal Retributiva, vamos recorrer ora aos argumentos que sustentam a pretensa racionalidade desse modelo, ora as críticas desenvolvidas a ele, sobretudo as oriundas da criminologia crítica. Acreditamos que essa construção dialética do conceito possa contribuir para uma justa delimitação em que consiste o paradigma da Justiça Criminal Retributiva.

Ao buscar uma sistematização do que seria essa “lente”, Zehr afirma que aos olhos da Justiça Criminal Retributiva:

“O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas.”²

Para uma melhor aproximação desse conceito do paradigma da Justiça Criminal Retributiva, vamos destrinchá-lo e analisá-lo por partes. Nosso itinerário seguirá os termos do conceito como foi definido por Zehr. Começamos, então, pela afirmação de que no modelo de Justiça Criminal Retributiva “o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência a lei”. Abordaremos a questão da culpa em separado, mais adiante.

¹ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo: Palas Athena, 4ª edição, 2020. p. 92.

² ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo: Palas Athena, 4ª edição, 2020. p. 185.

Com efeito, desde a formação dos estados nacionais europeus se consolidou o monopólio do poder punitivo nas mãos do Estado. Apenas o Estado pode reagir ao crime e essa reação deve ocorrer nos limites da lei. As vantagens dessa definição de crime seriam, supostamente, por um lado coibir, ou mesmo impedir, a vingança pessoal e os abusos que dessa derivariam, e por outro lado, restringir o próprio escopo da ação punitiva do Estado, uma vez que esse só estaria autorizado a punir as condutas que estivessem previamente determinadas como crime na legislação.

Não obstante, essa concepção é fortemente criticada pela criminologia crítica que destaca em primeiro lugar a seletividade dos bens penalmente protegidos. O ponto de partida da noção de crime é obviamente o conflito interpessoal, a violação, em algum aspecto, do outro, mas nem todo conflito interpessoal será definido como crime.

“Em virtude de suas dimensões interpessoais, o crime obviamente envolve conflito. Mas fazer dele um sinônimo de conflito poderá levar a erro e toldará alguns aspectos importantes.

O que dizer da palavra crime? Alguns gostariam que a palavra fosse evitada. O crime é resultado de um sistema legal que faz distinções arbitrárias entre variados danos e conflitos. É um construto artificial que joga num só balaio uma série de comportamentos e experiências distintos, separando-os de outros danos e violações e, assim, ocultando o verdadeiro significado da experiência.”³

Dessa sorte, se, por um lado, uma definição legal prévia de quais seriam as condutas criminosas, aparentemente, restringe o arco do poder punitivo do Estado, por outro, essa restrição implicará necessariamente em uma seleção, que elege determinadas condutas como passíveis de reação e punição estatal, e exclui outras do âmbito dessa ação. Esse fenômeno – a eleição de determinadas condutas como crime - é denominado criminalização primária, pela tradição da criminologia crítica. Outrossim, combina-se a essa criminalização primária, uma criminalização secundária, operada pelas agências do Estado (aparato policial, ministério público, judiciário etc), que elege entre os indivíduos que realizam a conduta prevista em lei como crime aqueles que serão efetivamente perseguidos e punidos pela ação estatal.

Resulta, dessarte, que a eleição de determinadas condutas e conflitos como crime e a exclusão de outros, não significa, efetivamente, um obstáculo ao poder punitivo, senão que uma seleção e direcionamento desse poder para coagir determinados grupos.

“Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se

³ ZEHR, Howard. Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo. São Paulo: Palas Athena, 4ª edição, 2020. p. 188.

revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é – segundo uma interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores – um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”⁴

Assim, bem entendido, ao definir o crime como uma violação à lei, o modelo de Justiça Criminal Retributiva estabelece que, em primeiro lugar, há uma seleção de quais conflitos estarão sob a alçada da perseguição penal e punição estatal e quais não estarão. Em segundo lugar, na operacionalidade cotidiana das agências do Estado, o atual paradigma de Justiça Criminal implica em uma seleção de quais indivíduos dentre os envolvidos nos conflitos eleitos como crime serão efetivamente perseguidos e punidos pelo poder estatal, e quais não serão.

De outra sorte, ao definir o crime como uma violação ao Estado, o paradigma da Justiça Criminal Retributiva desloca da compreensão do fenômeno do crime um de seus aspectos fundamentais: a vítima. Nesse entender, o crime não é uma lesão a vítima, fundamentalmente, mas sim uma violação ao Estado e ao Direito. O conflito interpessoal perde centralidade no paradigma de Justiça Criminal Retributiva e é, na prática, substituído pela violação à lei e ao Estado. Esse processo é tão agudo que culmina na criação de inúmeros tipos penais em que não há conflitos interpessoais. Assim, não apenas o modelo de Justiça Criminal Retributiva seleciona quais conflitos e quais indivíduos envolvidos nesses conflitos são passíveis da intervenção punitiva do Estado, como elege condutas que sequer envolvem conflitos interpessoais como crimes, permitindo também a ação punitiva do Estado contra aqueles que as pratiquem.

“Assim, em que pese todo argumento de monopolização do poder punitivo estar intimamente ligado à pessoa da vítima, uma vez que o Estado somente agiria para evitar o exercício da vingança pessoal, a verdade é que, com o passar do tempo, a vítima foi sendo simplesmente esquecida e, com isso, esquecido também o fundamento utilizado para justificar a publicização do conflito, até o ponto de termos, hoje, inúmeros crimes sem conflitos subjacentes, como é exemplo a quase totalidade dos crimes de perigo abstrato.

Corolário desse pensamento punitivo institucionalizado, o princípio da obrigatoriedade da ação penal é exemplo claro do alijamento da vítima do processo penal. É com base nesse princípio que se defende que o poder punitivo deve ser exercido a despeito e até mesmo contra o desejo da vítima de ver o suposto autor do delito punido pelos seus atos. Ou seja, afirma-se, num primeiro momento, que a vítima, se agisse em nome próprio, castigaria seu algoz de maneira vingativa e desproporcional, para logo em seguida, afirmar-se que pouco importa a percepção que a vítima tem do evento e qual a sua pretensão em relação a ele, cabendo

⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 6ª edição, 2011. P. 161.

obrigatoriamente ao Estado agir para punir qualquer violação de seus comandos legais.”⁵

Escusado dizer que uma tal concepção do fenômeno criminal, a qual alija a vítima da própria definição do fenômeno, não pode apresentar qualquer possibilidade de reparação ou reconciliação entre as partes do conflito. “*O processo criminal não promove a reconciliação entre vítima e ofensor porque o relacionamento entre eles não é visto como um problema importante.*” (ZEHR, 2020, p. 87).

Assim que, para o modelo de Justiça Criminal Retributiva o crime não é um conflito interpessoal entre vítima e ofensor, perante o qual, seria razoável pensar, a Justiça deve procurar uma solução, reparação, reconciliação, mas sim uma violação à lei e ao Estado que demanda uma punição. Porém, para avançarmos sobre a questão da punição ou, nos termos de Zehr, “a dor infligida”, precisamos abordar primeiro a questão da culpa, que possui enorme centralidade no modelo de Justiça Criminal Retributiva.

Para o modelo de Justiça Criminal Retributiva o estabelecimento da culpa é a questão central do Processo Penal. Não poderia ser diferente, uma vez que o paradigma retributivista diz respeito justamente a retribuição da conduta criminal e, portanto, a imposição da sanção ao criminoso. Dessa sorte, estabelecer com precisão quem são os culpados, quem são os criminosos, é a razão de ser do processo penal no interior desse modelo. Visto por outro ângulo, essa centralidade se justifica por ser justamente em razão dela que se estabelece, no processo penal, uma série de prerrogativas para que os acusados possam se defender e demonstrar sua inocência. Estabelecer a culpa ou a inocência é o cerne do Processo Penal para o paradigma da Justiça Criminal Retributiva porque será a partir dessa definição que a pena será ou não imposta.

Nesse sentido, será através da definição da culpa que se poderá determinar o *status* de criminoso a um indivíduo. Com efeito, isso significa no léxico popular muito mais do que estabelecer alguém como responsável por determinada conduta, mas sim etiquetar um determinado indivíduo como criminoso.

“A culpa adere à pessoa de modo mais ou menos permanente, e há poucos solventes conhecidos. Em geral ela se torna uma característica primária que define a pessoa. A pessoa culpada por um roubo se torna um ladrão, um criminoso. Uma pessoa que foi

⁵ JOFFILY, Tiago. Direito e Compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 170.

aprisionada se torna um ex-presidiário, um ex-criminoso, e isso passa a fazer parte da sua identidade, sendo difícil de eliminar.”⁶

Assim, a definição de culpa no Processo Penal no interior do modelo de Justiça Criminal Retributiva não busca definir a culpa entendida como uma responsabilidade, cujo reconhecimento é fundamental a fim de se apontar eventuais reparações necessárias a superação do conflito, mas sim definir o culpado, entendido como alguém que possui a estigma de criminoso e que, portanto, está apto a ser selecionado pelas agências do Estado para que se exerça sobre ele o poder punitivo e todas as demais consequências sociais que derivam desse rótulo.

Entendida a centralidade da questão da culpa e seu significado para além da responsabilização no paradigma de Justiça Criminal vigente, analisemos agora, seguindo ainda o itinerário destrinchado do conceito estabelecido por Zehr, a questão da sanção penal.

A sanção é o resultado útil do processo no interior do modelo de Justiça Criminal Retributiva. Com efeito, ela é a razão de ser do referido modelo, uma vez que é através dela que a Justiça Retributiva pretende alcançar seus objetivos. Dentro desse paradigma, além de ser uma justa retribuição ao crime realizado – àquele que comete um mal, deve se realizar um mal - as teorias justificadoras da sanção penal sustentam, fundamentalmente, que essa possuiria quatro funções, a saber: a prevenção especial negativa e positiva e a prevenção geral negativa e positiva.

A prevenção especial negativa consiste em neutralizar o agente criminoso através de sua prisão ou outra medida capaz de neutralizar sua conduta delitiva. A prevenção especial positiva corresponde a tentativa de ressocializar o agente criminoso, reinserindo-o na sociedade. A prevenção geral negativa seria a função através da qual a pena intimidaria os demais criminosos ou potenciais criminosos a delinquir, em razão do medo da punição. E a prevenção geral positiva corresponde a coesão social que deriva da percepção de que as normas são cumpridas e de que aqueles que não as cumprem são punidos.

“Então, a pena representaria (a) a retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, (c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça

⁶ ZEHR, Howard. Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo. São Paulo: Palas Athena, 4ª edição, 2020. p. 74.

penal e prevenção geral positiva como manutenção\reforço da confiança na ordem jurídica etc.”⁷

Assim, para o paradigma da Justiça Criminal Retributiva, a sanção penal estaria justificada não apenas pela retribuição ao injusto cometido pelo agente, mas, sobretudo, pelas funções da pena. Retornando a definição de Zehr, “*Devemos ser honestos no uso da linguagem. Quando falamos de punição estamos falando de infligir dor a alguém, de propósito.*” (ZEHR, 2020). Essa dor a ser infligida pelo Estado ao criminoso estaria justificada, sob a lente do paradigma retributivista, pelas funções declaradas da pena.

Entretanto, as funções declaradas da pena não escaparam a crítica criminológica. Se por um lado a prevenção especial negativa impede que o criminoso volte a delinquir durante o tempo em que estiver preso – apenas fora da prisão, diga-se – ela não o impede de voltar a delinquir quando sair da prisão. A prevenção especial positiva não consegue se sustentar perante a análise concreta da imensa massa de condenados que reincidem no crime, dentro ou fora do cárcere. Longe de ser um instrumento de ressocialização, os presídios e o sistema prisional parecem possuir um efeito criminógeno, não apenas em relação aos que estão presos, em razão da construção de um estereótipo de indivíduo que seria rotulado como criminoso.

“Na prisão encontramos os estereotipados. Na prática é pela observação das características comuns da população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los. E, como a cada estereótipo deve corresponder um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhes são propostos.”⁸

A prevenção geral positiva além de não ser demonstrada empiricamente, uma vez que não se pode estabelecer uma correlação entre a aplicação de sanções penais e uma suposta coesão social a ser alcançada em virtude de tais aplicações, é uma demonstração de quão perversa é a pretensa racionalidade que sustenta o paradigma da Justiça Criminal Retributiva, uma vez que:

“(…) a coesão do grupo ao redor da punição cria uma situação no mínimo insólita: “*proporciona um sentimento de solidariedade no sentido da pena que se opõe a solidariedade em relação às pessoas. A solidariedade ao redor da pena se dá pelo mesmo mecanismo que impõe a hostilidade contra o infrator.*” A dissolução dos vínculos sociais é, a partir daí, inevitável, de modo que o Direito, que deveria servir como instrumento de pacificação social, passa a valer como principal fator de divisão

⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral. Florianópolis: Empório do Direito. 7ª edição, 2017. p. 430.

⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução da Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 5ª edição, 2001. p. 130.

dos membros do grupo, etiquetando as pessoas como “cidadãos de bem” ou inimigos.”⁹

A prevenção geral negativa também não se sustenta perante as análises empíricas que não conseguem encontrar correspondência entre a previsão da sanção penal e um suposto efeito intimidador da criminalidade.

“A crítica da prevenção geral negativa destaca a ineficácia da ameaça penal para inibir comportamentos criminosos, conforme indicam a inutilidade das cruéis penas corporais medievais e a nocividade das penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno.”¹⁰

Outrossim, do ponto de vista ético, a proposta de infligir dor a indivíduos com o propósito de dissuadir outros indivíduos de praticarem determinada conduta é, obviamente, repudiável.

“Inventamos uma série de motivos para infligir dor. Em algumas épocas foi imposta como tratamento, para levar à reabilitação. Muitas vezes a utilizamos a fim de prevenir crimes, intimidar o ofensor (intimidação individual) e coibir outros ofensores em potencial (intimidação geral) pelo medo de consequências similares. Administramos a dor em nome da prevenção, muito embora seu poder de intimidação e sua eficácia sejam bastante discutíveis. E o fazemos apesar de ser eticamente questionável infligir dor a uma pessoa a fim de *possivelmente* coibir outras. Infligimos a dor mesmo que ela possa ter pouca relevância para as necessidades da vítima ou para a solução dos problemas criados pela ofensa.”¹¹

Dessarte, resulta da crítica às funções declaradas da pena que a imposição da sanção penal conforme prescrita e sustentada no modelo de Justiça Criminal Retributiva é absolutamente irracional e injustificada, uma vez que inflige dor a indivíduos a fim de perseguir objetivos declarados os quais não consegue, nem conseguirá no marco desse paradigma, alcançar. Trata-se, portanto, de pura e simples administração de dor com resultados perversos e criminógenos.

Por fim, encerrando o nosso circuito pelo conceito do paradigma de Justiça Criminal Retributiva desenvolvido por Zehr, vejamos agora o caráter adversarial do Processo Penal no modelo de Justiça Criminal Retributiva, aquilo a que Zehr se refere como “uma disputa entre o ofensor e o Estado, regida por regras sistemáticas”.

⁹ JOFFILY, Tiago. Direito e Compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 171.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral. Florianópolis: Empório do Direito. 7ª edição, 2017. p. 429.

¹¹ ZEHR, Howard. Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo. São Paulo: Palas Athena, 4ª edição, 2020. p. 81

É certo que já tocamos na superfície dessa questão quando desenvolvemos a questão da culpa. Se a aferição da culpa a fim de estabelecer ou não um *status* de criminoso ao indivíduo é a razão de ser do processo penal, e se esse *status* é, nas palavras de Baratta, um “bem negativo”, decorre necessariamente que o Processo Penal no bojo do modelo de Justiça Criminal Retributiva será adversarial. De um lado estará o Estado acusador objetivando etiquetar o acusado com o rótulo de criminoso e do outro lado estará o acusado resistindo a essa pretensão. Ninguém assumirá um “bem negativo” sem resistência, salvo se coagido a isso.

Saliente-se mais uma vez, conforme já afirmamos anteriormente, que essa característica do Processo Penal é arguida como algo salutar por aqueles que defendem o paradigma de Justiça Criminal vigente. Porque decorrem desse caráter adversarial, e da gravidade das sanções impostas uma vez afirmada a culpa, as prerrogativas da defesa do acusado. Dessa sorte, o assim chamado devido processo, pedra de toque de quaisquer regimes democráticos, derivaria, justamente, do caráter adversarial e do modelo acusatório de processo.

Não obstante, são muitas as críticas apontadas a esse modelo, desde aquelas que são proferidas no marco do paradigma de Justiça Criminal Retributiva, se restringindo a questionar a sua celeridade e eficiência, àquelas que questionam o modelo adversarial no bojo de uma crítica mais ampla ao modelo de Justiça Criminal Retributiva. Essas sublinham, principalmente, as características do Processo Penal e seu modelo adversarial que expropriam o conflito da vítima e ofensor e inviabilizam a reparação e reconciliação entre esses, enfim a cessação e superação do conflito.

Dessa sorte, critica-se o caráter adversarial do Processo Penal correspondente ao modelo de Justiça Criminal Retributiva como fomentador do conflito entre as partes, que pressupõe interesses irreconciliáveis e que no marco do desenvolvimento do próprio processo contribui para aprofundar o cisma e o conflito. Howard Zehr, abordando essa questão, afirma:

“Ele é adversarial, ou seja, parte do pressuposto – e fomenta – o conflito de interesses entre as partes. O processo pressupõe que através do conflito regulado entre interesses opostos a verdade emergirá, tendo sido salvaguardado os direitos das partes. Pressupõe interesses irreconciliáveis e depois não mede esforços para garantir que sejam de fato irreconciliáveis. A justiça adversarial tende a tornar-se uma profecia que cumpre a si mesma.”¹²

¹² ZEHR, Howard. Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo. São Paulo: Palas Athena, 4ª edição, 2020. p. 83.

Por fim, mas não menos importante, condena-se o caráter demasiado complexo e burocrático dos procedimentos adotados no assim chamado devido processo, não porque esses sejam óbice a celeridade da resolução do feito, mas sim porque a excessiva burocratização afasta vítima, ofensor e comunidade das decisões e se torna obstáculo para uma superação do conflito.

“O Processo Penal, enredado nas muitas voltas de suas complexas regras, depende de procuradores profissionais que representem o réu e o Estado. Isto, por sua vez, afasta o processo de justiça dos indivíduos e da comunidade que foram afetados pelo delito. Vítima e ofensor tornam-se espectadores que não participam de seu próprio processo. Daí nasce uma imensa máquina burocrática com interesses cativos próprios”¹³

Importante salientar que essa “imensa máquina burocrática com interesses cativos próprios” será um dos principais obstáculos a mudança do modelo de Justiça Criminal, como veremos em outro capítulo. Uma vez que a sua própria existência está vinculada a esse modelo, o primeiro interesse cativo dessa burocracia é a manutenção do paradigma de Justiça Criminal Retributiva e o aprofundamento da sua lógica punitivista.

Do que foi dito, conclui-se que, em que pese o devido processo e sua constituição adversarial joguem um papel democrático imprescindível no interior do modelo de Justiça Criminal Retributiva, ele não deixa de ser um elemento desse modelo, desse paradigma, marcado por suas características, a fomentar o conflito e não a conciliação, e circunscrito a uma forma de ver a justiça e o crime na qual a vítima, o ofensor e a comunidade não são os protagonistas.

Acreditamos que tendo percorrido o conceito de Justiça Criminal Retributiva em suas mais relevantes dimensões, apresentando sua pretensa racionalidade, mas também sua crítica, conseguimos vislumbrar um panorama do paradigma de Justiça Criminal vigente. Como afirmamos, esse panorama será fundamental para nossa investigação, uma vez que essa pretende compreender se e em qual medida os substitutivos processuais penais podem ser considerados os arautos de um outro paradigma de justiça criminal ou se, de outra sorte, constituem um aprofundamento do atual modelo.

¹³ ZEHR, Howard. Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo. São Paulo: Palas Athena, 4ª edição, 2020. p. 84.

2.2 A Crise do Sistema de Justiça Criminal no Brasil

Em que pese o importante papel que a criminologia crítica cumpriu e cumpre no sentido de desmistificar a suposta racionalidade que sustenta o paradigma da Justiça Criminal Retributiva, aquela não conseguiu produzir, como consequência prática da sua crítica, uma superação desse, seja no âmbito acadêmico, no qual o paradigma da Justiça Retributiva ainda vige, embora fortemente questionado, seja na prática penal. Como veremos mais a frente, há, sem dúvida, modelos alternativos em debate, que vão se constituindo como corpos teóricos ao passo que ensejam experiências práticas em diversos ordenamentos. No nível de generalização que nos encontramos, nos termos estabelecidos na obra de Zehr, podemos considerar que o paradigma vigente de Justiça Criminal segue sendo o da Justiça Retributiva, em contraposição ao paradigma Restaurativo.

Não obstante, essa permanência não esconde o fato de que esse paradigma vive uma profunda crise e se vê a cada dia mais questionado, não somente pela crítica elaborada pela criminologia crítica, mas pelas implicações práticas que esse modelo carcero-cêntrico suscita na vida em sociedade. Assim:

“O século XX assistiu ao processo de edificação, de consolidação e de crise das instituições totais punitivas (manicômio e cárcere). Se na constituição do projeto político-criminal oficial da Modernidade a prisão aparece como importante mecanismo humanizador, deixando de ser espaço de sequestro preventivo para substituir as penas cruéis, sobretudo, à pena capital, ao longo do século passado a penitenciária perderá, gradual e definitivamente, a legitimidade auferida pelas teses racionalizadoras de intervenção.”¹⁴

O ponto nevrálgico dessa crise parece residir no coração do Sistema de Justiça Criminal: o cárcere. Com efeito, a prisão não é capaz de cumprir nenhuma de suas promessas de prevenção especial e geral. Pelo contrário, demonstra ter um efeito criminógeno. Não obstante a incapacidade do Sistema Prisional de cumprir suas promessas de prevenção, o encarceramento explodiu nas últimas décadas no Brasil.

Segundo os dados divulgados pelo SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional), a população carcerária no Brasil saltou de 90 mil presos em 1990 para 232.755 presos em 2000, alcançando a insólita marca de mais de 759 mil pessoas presas no país em 2020. Esse crescimento assustador, combinado com a degradante situação

¹⁴ CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na era do grande encarceramento. In: Abramovay, Pedro V.; Batista, Vera Malaguti (orgs.). Depois do Grande Encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 146)

dos presos em nosso país, cuja dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais mais elementares são cotidianamente violados, explicita a crise do Sistema Prisional que por sua vez coloca em xeque o atual modelo de Sistema de Justiça Criminal.

Mesmo aqueles que são incapazes de concluir pela falência do atual modelo em razão do seu caráter irracional, cruel, bárbaro e violador dos direitos humanos, questionam sua viabilidade em razão dos custos que uma população carcerária dessa dimensão – e, diga-se, crescente - trazem ao poder público. Segundo o Tribunal de Contas da União, em relatório divulgado em 2017, o custo anual do sistema prisional gira em torno de 15 bilhões de reais por ano. Assim que, também do ponto de vista econômico, o atual modelo de Sistema de Justiça Criminal apoiado no paradigma da Justiça Retributiva expressa sua crise.

Embora para o nosso estudo sobre os substitutivos processuais penais, e também pela relevância do Sistema Prisional no bojo do paradigma da Justiça Criminal Retributiva, seja mais relevante compreender a crise do modelo de Justiça Criminal partindo da crise do Sistema Prisional, não estaríamos sendo inteiramente honestos se não destacássemos que, em nosso país e no continente latino-americano como um todo, a crise do atual modelo se expressa de forma mais contundente não apenas em razão do drama do encarceramento em massa, mas, principalmente, em razão da tragédia da letalidade seletiva com que as agências do sistema punitivo eliminam indivíduos de determinados recortes étnicos e sociais¹⁵.

“Mas se a criminologia crítica redirecionou a lente da *criminalidade* individual à *seletividade* do sistema punitivo (da criminalidade à criminalização), notadamente à vulnerabilidade de determinados grupos ao encarceramento, na particularidade latino-americana a crítica percebeu a existência de um problema anterior à seletividade: a *letalidade* das agências formais e informais do sistema punitivo. (...)

(...) Por mais que seja trágico afirmar, os *enclausurados* (encarcerados e manicomizados) no Brasil representam os restos humanos que sobreviveram ao massacre que sofre cotidianamente a juventude brasileira, especialmente a juventude negra, das periferias.”¹⁶

Em que pese nosso estudo, em razão do seu objeto (substitutivos processuais penais), não vá se debruçar a fundo sobre esse fenômeno da letalidade, não podemos perder de vista que ele é a expressão mais trágica da crise do atual modelo de Justiça Criminal, a reclamar

¹⁵ Zaffaroni chega a afirmar, se referindo aos sistemas penais latino-americanos, que “já agora a atuação de nossos sistemas penais caracteriza um genocídio em andamento” (ZAFFARONI, E. Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução da Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 5ª edição, 2001.p.123)

¹⁶ CARVALHO, Salo de; ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa em Risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. *in* Florianópolis: Sequência, vol. 42, n. 87, 2021, p. 8.

urgentemente uma mudança de paradigma, estando intimamente relacionado com a seletividade penal e o Sistema Prisional, características basilares desse modelo.

Assim, podemos afirmar, diante do exposto, que a crise do Sistema Prisional é a demonstração inequívoca do esgotamento do modelo de Justiça Criminal Retributiva, notadamente em nosso país. Não obstante, essa não parece ser a única expressão do esgotamento desse modelo. Segundo o Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio de tramitação, durante a fase de conhecimento, dos processos criminais baixados em 2018 foi de 3 anos e 9 meses. A taxa de congestionamento, que indica o percentual de processos inconclusos ao final do ano-base, foi de 73,3%.

Diante desse cenário, o caráter adversarial do Processo Penal, característico do modelo de Justiça Criminal Retributiva, parece expressar, também, em alguma medida, a crise desse paradigma. O modelo de Justiça Criminal Retributiva ao exigir um Processo Penal burocrático, conspira em alguma medida contra o seu próprio resultado útil: a sanção penal. Essa contradição não passa despercebida pela doutrina, que diante da morosidade do judiciário para julgar as ações penais, enxerga violações aos direitos dos réus e da sociedade:

“A questão se apresenta como um quadro de colisão de princípios de direitos fundamentais. De um lado o direito da coletividade de ver as normas jurídicas aplicadas e o direito coletivo à segurança, simbolicamente concretizado com o resultado de um processo penal efetivo. De outro lado o direito fundamental a não ser processado indefinidamente e sem qualquer objetividade, que está contido no direito à razoável duração de um feito criminal contra si movido. Também é corolário natural do direito à razoável duração do feito criminal o direito à liberdade garantido contra prisão com excesso de prazo não justificado.”¹⁷

Com efeito, não são poucos os doutrinadores que têm se levantado contra o caráter adversarial do Processo Penal, diagnosticando uma “crise do processo penal continental” e reclamando a adoção de institutos inspirados no modelo de Justiça Negocial, oriundos da tradição anglo-saxã do *common law*. Para alguns a crise do processo penal correspondente ao modelo de Justiça Criminal Retributiva relaciona-se com o caráter fragmentado e multicultural das sociedades pós-modernas:

“O ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo (audiência de instrução e julgamento), reconhecendo os princípios da publicidade, oralidade e imediação somente é realizável em uma sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário. Nas sociedades pós-modernas desintegradas, fragmentadas,

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 348 *apud* BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos Criminais*. São Paulo: JH Mizuno, 2020, p. 28.

multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento.”¹⁸

Como se vê, por diferentes ângulos e argumentações distintas, parte significativa da doutrina entende que o modelo adversarial de processo penal carece de celeridade e seria responsável pelo atual quadro de morosidade presente na Justiça Criminal. A crise do processo continental seria evidente e sua bancarrota uma questão de tempo.

Em que pese ambas as crises, a crise do Sistema Prisional e a crise do Processo Penal continental ou adversarial, sejam expressões da crise do modelo de Justiça Criminal Retributiva, há de chamar a atenção de um observador mais atento que essas crises são contraditórias entre si, ainda que complementares. Expliquemo-nos melhor: enquanto a crise do Sistema Prisional atesta um excesso de punição, a crise do Processo continental residiria em um sentimento de impunidade ou em impunidade propriamente dita, em razão da morosidade com que a Justiça condena os criminosos. Por um lado, a crise demonstraria que se pune em demasia, por outro afirmaria que a impunidade grassa.

Esse caráter dialético da crise do paradigma de Justiça Criminal Retributiva será muito importante para uma justa apreciação dos institutos e modelos que se apresentam como alternativos a esse paradigma, objetivo do nosso estudo. Ao nosso sentir, a razão pela qual a crise atual se manifesta de forma contraditória e complementar, reside no próprio caráter do modelo de Justiça Criminal Retributiva como conhecemos, que, por um lado, se sustenta no sistema prisional, expressão pura do poder punitivo, e, por outro, no Direito Penal e Processual Penal, mecanismos de contenção desse poder. Com efeito, são esses dois polos contraditórios que se combinam na concretização do modelo de Justiça Criminal Retributiva. Assim que, o caráter contraditório e complementar da crise é senão uma expressão da própria contradição do modelo uma vez que Direito Penal, e também o Direito Processual Penal, e Poder Punitivo não são a mesma coisa.

“Zaffaroni *et al* baseiam todo o seu raciocínio na distinção fundamental entre *poder punitivo* e *direito penal*, designando com o primeiro o “exercício do poder coativo do estado em forma de pena”, expressão direta do estado de polícia não contido pelo estado de direito, e com o segundo “o ramo do saber jurídico que, mediante a

¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global*, in Obras. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, Tomo II, 2009, p. 423 *apud* BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos Criminais*. São Paulo: JH Mizuno, 2020, p. 27.

interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito.”¹⁹

Assim, diante do exposto, podemos concluir que o modelo de Justiça Criminal Retributiva demonstra de forma trágica o seu esgotamento no Brasil. Sua crise se expressa seja na brutal crise do Sistema Prisional e na trágica letalidade das agências a serviço do poder judiciário, seja na crise do processo adversarial e excessiva burocratização dos julgamentos na seara penal. Compreender o caráter dialético desses dois polos da crise será fundamental para uma justa apreciação dos modelos que se reivindicam alternativos, bem como para analisarmos por quais vias, uma vez esgotado e em crise, o modelo de Justiça Retributiva pode buscar sobrevida, ao custo de tantas vidas, em nosso país.

2.3 Os Modelos Alternativos em Debate

Perante a crise que descrevemos, a doutrina vem intensificando os debates acerca da necessidade de se construir uma alternativa ao atual modelo de Justiça Criminal, capaz de responder por um lado a crise do Sistema Prisional, e, por outro, a crise do Processo Adversarial. Com efeito, dois modelos alternativos ganham destaque na discussão.

O primeiro é, antes de uma construção propriamente teórica e oriunda da crítica ao modelo de Justiça Criminal Retributiva, uma reivindicação dos institutos de Barganha consagrados no direito alienígena, sobretudo nos países legatários da tradição da *common law*: o modelo de Justiça Criminal Negocial²⁰, o qual, como veremos, consiste, na realidade, em um modelo penal processual e não penal material, propriamente dito. Para não poucos doutrinadores, os institutos oriundos desse modelo seriam capazes de responder a crise do Sistema Prisional e do Processo Continental.

O segundo é fruto das perspectivas criminológico críticas (CARVALHO, 2021) e é elaborado com a pretensão de se constituir em um paradigma alternativo de Justiça Criminal: a Justiça Restaurativa. Como veremos, sua pretensão não corresponde apenas a responder as

¹⁹ JOFFILY, Tiago. Direito e Compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 21

²⁰ Embora saibamos que existem doutrinadores que distinguem os conceitos de Justiça Negocial e Consensual, para fins desse estudo, vamos trabalhar esses como sinônimos conforme o conceito elaborado por Vinicius de Gomes Vasconcellos.

formas concretas através das quais se expressa a crise do paradigma de Justiça Criminal Retributiva, a saber, a crise do Sistema Prisional e a crise do Processo Adversarial, mas sim recolocar a questão do crime e da justiça criminal desde uma outra perspectiva resgatando o conflito e o papel dos envolvidos no conflito na busca da reparação e reconciliação.

Ao estudarmos os substitutivos processuais penais e a sua relação com o atual paradigma de Justiça Criminal, se faz necessário um esforço para nos aproximarmos de uma conceituação desses modelos que se pretendem alternativos, bem como cotejá-los com a definição de Justiça Criminal Retributiva. Isso porque, a resposta da pergunta se os substitutivos processuais penais são arautos de um modelo alternativo não pode ser alcançada, obviamente, sem uma justa compreensão desses modelos.

Esse trabalho parte da crítica e da constatação da crise do modelo de Justiça Criminal Retributiva, e, por essa razão, ao apresentarmos esse modelo, apresentamos também sua crítica e desenvolvemos a sua crise. Nossa abordagem para os modelos alternativos será distinta, pois a crítica a eles não constitui nosso ponto de partida, mas sim nosso ponto de chegada.

Nosso objetivo nos próximos tópicos, portanto, será apenas compreendermos melhor os conceitos de Justiça Criminal Negocial e Justiça Restaurativa. Para esse fim buscaremos compreender o conceito e expor apenas os argumentos que sustentam esses modelos e seu caráter pretensamente alternativo. Nos dedicaremos a análise crítica desses modelos em outro capítulo desse trabalho.

2.3.1 Justiça Criminal Negocial

Como afirmamos anteriormente, o modelo de Justiça Criminal Negocial não é fruto das perspectivas da criminologia crítica, nem se desenvolveu a partir da crítica ao modelo de Justiça Criminal Retributivo ou mesmo em razão da crise desse. Na realidade a Justiça Criminal Negocial surgiu e se desenvolveu nos países da assim chamada família da *common law*, através de institutos de Barganha, como o *plea bargain* estadunidense.

Saliente-se que nos ordenamentos jurídicos em que tais institutos surgiram e prosperaram, eles não constituíram, de fato, um modelo alternativo ao modelo de Justiça

Criminal Retributiva, mas sim, ensejaram a convivência de institutos tradicionais do modelo de Justiça Criminal Retributiva com institutos da Justiça Criminal Negocial.

Com efeito, a Barganha é a marca distintiva da Justiça Criminal Negocial. Ela pode ser definida como o instituto através do qual o réu renuncia a sua posição de resistência no Processo Penal, via de regra assumindo a culpa e eventualmente colaborando com a acusação, em troca de um benefício pactuado com o órgão acusador ou ao menos esperado, sendo esse benefício, na maioria dos casos, a redução de pena, em vista da pena que poderia ser imposta a partir de um julgamento completo (VASCONCELLOS, 2018).

Segundo Albert Alschuler, a Barganha só passou a ser utilizada nos Estados Unidos em fins do século XIX. Mas, foi somente a partir de dois julgados de 1970 e 71 (*Brady v. United States* e *Santobello v. New York*) que a Suprema Corte Norte-Americana abordou o tema da Barganha e aprovou o seu funcionamento. De lá para cá, o instituto prosperou no modelo de Justiça estadunidense e hoje é responsável por 90% dos casos de sentença penal condenatória nesse país (VASCONCELLOS, 2018).

Outrossim, institutos similares ao *Plea Bargain* se multiplicaram nos últimos anos transcendendo os países da *common law* e passando a figurar nos mais diversos ordenamentos jurídicos, inclusive em países da família da *civil law*. A transação penal, a suspensão condicional do processo brasileiro e português, os procedimentos abreviados latino-americanos, o *absprachen* alemão e o *patteggiamento* italiano são alguns exemplos de como a Barganha alcançou os mais diversos ordenamentos jurídicos (VASCONCELLOS, 2018).

A dificuldade de definir a Justiça Criminal Negocial reside, justamente, em encontrar um conceito que abarque o conjunto desses instrumentos processuais presentes em distintos ordenamentos. Acreditamos que a definição de Vinicius Gomes de Vasconcellos tem o mérito de dar conta dessa multiplicidade. Ao mesmo tempo, cotejando essa definição da Justiça Criminal Negocial com o conceito desenvolvido anteriormente de Justiça Criminal Retributiva, seremos capazes de delimitar as distinções e semelhanças entre esses modelos. Vejamos, pois a definição de Vasconcellos:

“Portanto, pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma

sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.”²¹

Resta evidente, ao cotejarmos o modelo de Justiça Criminal Negocial com o de Justiça Criminal Retributiva, que aquele não é produto da crítica criminológica desenvolvida em relação a esse. Isso porque, em aspectos relevantes, a Justiça Criminal Negocial não se diferencia da Justiça Criminal Retributiva.

Em relação a definição de crime não há qualquer distinção. Em ambas o crime é uma violação à lei e ao Estado. Mas, há nuances e mesmo distinções relevantes em relação a outros aspectos.

Notadamente, o resultado útil do processo segue sendo a sanção penal. Mas, aqui a extensão e gravidade da sanção é mitigada com o objetivo de facilitar e acelerar a sua imposição. O estabelecimento da culpa segue sendo o principal objetivo do processo e à luz da crítica criminológica essa permaneceria sendo um “bem negativo”, cujo rótulo adere a pessoa. Mas, aqui não há resistência do réu em assumir esse “bem negativo”, pois, nesse contexto, assumir esse rótulo implicaria em benefícios como a redução da pena. Note-se, no entanto, que nem todos os institutos característicos do modelo de Justiça Criminal Negocial pressupõem a assunção de culpa.

Por fim, salta aos olhos que o elemento mais distintivo do modelo de Justiça Criminal Negocial em relação ao modelo de Justiça Criminal Retributiva consiste na substituição do processo adversarial pela barganha. Aqui há uma mudança completa, uma vez que não estamos mais perante um modelo que visa fomentar o conflito, mas sim que estimula o acordo entre as partes. Perceba-se, no entanto, que, por partes, não há que se entender ofensor e vítima, mas sim réu e Estado, uma vez que o conceito de crime ainda é o de uma violação à lei e o Estado, e apenas esse, por ser o detentor do direito a persecução penal, está autorizado a negociar os termos da barganha. A vítima permanece ausente no processo. E a “imensa máquina burocrática” de profissionais envolvidos no processo permanece intacta.

²¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 50.

Não obstante os elementos que existem em um e outro modelo, os defensores do modelo de Justiça Criminal Negocial sustentam que esse não apenas é uma alternativa ao modelo de Justiça Criminal Retributiva, bem como a incorporação dos institutos daquele ao ordenamento jurídico pátrio seriam a melhor resposta à crise do Sistema Prisional, por um lado, e a crise do Processo Adversarial, por outro.

Isso porque, a Justiça Criminal Negocial possuiria a vantagem de, por um lado, reduzir a população carcerária, uma vez que a consequência de um modelo pautado pelo consenso entre o órgão acusador e o réu seria a mitigação das sanções penais. A Justiça Criminal Negocial seria assim instrumento de desprisionalização a contribuir de forma decisiva para a redução do encarceramento massivo no país, contribuindo também, dessa sorte, para possibilitar maior dignidade aos presos. De outro lado, ela possibilitaria maior celeridade ao feito penal, reduzindo a sensação de impunidade que o longo trâmite dos processos penais e eventuais prescrições geram na população.

“Uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal. Com isso, seria estabelecido um sistema com a eleição inteligente de prioridades, levando para julgamento plenário (é dizer, processo penal com instrução e julgamento perante o juiz) somente aqueles casos mais graves. Para os demais casos, de pequena e média gravidades, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o *full trial*, economizando-se tempo e recursos públicos e lançando mão de uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos.”²²

Assim, o modelo de Justiça Criminal Negocial é defendido por parte da doutrina como uma alternativa ao atual modelo de Justiça Criminal Retributiva capaz de responder a crise do Sistema Prisional e a crise do Processo Adversarial. Saliente-se que não é nossa intenção desenvolver nesse tópico a crítica a esse modelo. Nosso objetivo aqui foi tão somente nos aproximarmos da definição de um conceito de Justiça Criminal Negocial e demarcarmos suas distinções e similaridades com o conceito de Justiça Criminal Retributiva. No próximo tópico faremos o mesmo com o conceito de Justiça Restaurativa. Assim, cotejando os distintos modelos de Justiça Criminal em debate poderemos visitar os substitutivos processuais penais à luz desses modelos para avançarmos em nossa investigação.

²² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodivm, 3ª edição, 2019 *apud* BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos Criminais*. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

2.3.2 Justiça Restaurativa

O paradigma da Justiça Restaurativa, por sua vez, é produto dos apontamentos da criminologia crítica. Seu desenvolvimento, portanto, se inicia a partir da crítica do modelo de Justiça Criminal Retributiva e desde essa elaboração teórica vem se desenvolvendo iniciativas práticas em distintos ordenamentos jurídicos, e mesmo paralelo a esses, a fim de constituir uma prática de justiça restaurativa. Em alguns casos, advoga-se para institutos criados pelo Direito o *status* de expressões do modelo restaurativo, como, por exemplo, o instituto da conciliação na seara penal instituída pela lei 9.099/95 no Brasil. Em outros, desenvolvem-se práticas, abarcadas pelo ordenamento como parte ou complemento desse, que buscam constituir-se em expressões do paradigma restaurativo.

Por essa razão, definir o modelo de Justiça Restaurativa a partir de seus supostos institutos incorporados pelo ordenamento jurídico não nos parece adequado. Melhor seria que nossa definição partisse da construção teórica desse paradigma para depois observar quais características básicas que determinam que um modelo possa se reivindicar restaurativo.

Recorreremos, pois, mais uma vez ao clássico texto de Howard Zehr, “*Trocando as lentes*”, no qual ele define a lente restaurativa como aquela para a qual:

“O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”²³

Resta claro que o paradigma da Justiça Restaurativa se opõe integralmente ao paradigma de Justiça Criminal Retributiva. De fato, como aquele surge a partir da crítica a esse, é compreensível que seja assim. Enquanto para o último o crime é uma violação à lei e ao Estado, para o primeiro o crime é uma violação a pessoas e relacionamentos. Esse conceito resgata a noção de conflito interpessoal como parte fundamental da compreensão do fenômeno do crime, bem como reintroduz a noção de que a violação se opera contra alguém ou uma relação, recolocando a vítima no centro da questão.

²³ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo: Palas Athena, 4ª edição, 2020. p. 185.

A consequência do crime não é mais a necessidade de se estabelecer a culpa a fim de que se possa impor uma sanção penal, infligir dor, mas sim a obrigação de corrigir erros. Assim, a culpa se desloca de rótulo que torna o indivíduo apto a sofrer a punição estatal e demais consequências sociais oriundas da etiqueta de criminoso e torna-se um reconhecimento da necessidade de se agir no sentido de reparar um erro cometido.

O processo não é mais adversarial e complexo, demandando o envolvimento de uma máquina burocrática de profissionais. Nem tampouco, suas partes são o réu, representado por um defensor profissional, e o Estado, através de seus órgãos acusatórios. Não, agora as partes do processo são aquelas que de fato estão envolvidas no conflito: a vítima, o ofensor e a comunidade.

A comunidade deve ser parte, pois os danos causados pelo conflito devem ser percebidos de modo coletivo. Quando um membro da comunidade sofre um dano, toda a comunidade é atingida. Assim, espelhando-se no que pode ser descrito como *justiça comunitária*, presente em civilizações antigas, em que se buscava um acordo entre vítima e agressor envolvendo, para tanto, o conjunto da comunidade atingida, a Justiça Restaurativa busca devolver o protagonismo não somente a vítima e o ofensor, mas também a comunidade atingida (ZEHR, 2020).

Prescinde-se, portanto, da imensa máquina burocrática, ainda que o processo possa envolver alguma forma de mediação. O resultado útil do processo, por sua vez, deixa de ser a sanção penal e passa a ser a reparação, reconciliação e segurança.

Dito dessa forma, em que pese seja nítido a oposição entre o modelo retributivo e o modelo restaurativo, um observador mais atento ainda poderia se questionar como as definições desse paradigma alternativo se concretizam em características de uma prática de Justiça Restaurativa. Mais uma vez, o fato de que o conceito tenha se desenvolvido no âmbito teórico e que as iniciativas práticas orientadas por esse paradigma, em regra, não se constituíram, até aqui, em normas nos mais diversos ordenamentos jurídicos, torna, de fato, difícil visualizar quais seriam as características necessárias a uma prática para que essa possa se reivindicar como expressão do modelo de Justiça Restaurativa.

Em um esforço no sentido de determinar essas características, Joffily (2011), reivindicando a elaboração de Froestad e Shearing, aponta quatro características básicas para

que um determinado modelo possa ser considerado restaurativo: verificar o grau de envolvimento dos interessados na solução do conflito; buscar, não apenas a reparação do dano específico, mas sobretudo, a reconciliação e reintegração do ofensor a comunidade; verificar em que medida a prática restaurativa é dirigida localmente, pela comunidade, em detrimento da interferência da máquina burocrática do Estado; e basear a resolução dos problemas em “relatos de como os interessados locais experimentaram e concebem o conflito”.

Para aqueles que a reivindicam, a Justiça Restaurativa, ao se constituir em um paradigma absolutamente distinto do paradigma da Justiça Criminal Retributiva, serviria como modelo para o fomento de práticas capazes de enfrentar a crise do modelo vigente em todas as suas dimensões, abolindo a lógica carcerocêntrica do Sistema Prisional e subvertendo completamente os métodos e objetivos do processo penal.

Como dissemos, não é nosso objetivo nesse capítulo desenvolver a crítica aos modelos alternativos. No próximo capítulo analisaremos, à luz dos conceitos aqui expostos, os substitutivos processuais penais presentes em nosso ordenamento jurídico. Assim, poderemos constatar a que modelo de Justiça Criminal esses correspondem, bem como observar em que medida o modelo de Justiça Criminal Retributiva consegue conviver com institutos que evocam modelos distintos e, muitas vezes, até mesmo colonizá-los.

3 – A EVOLUÇÃO DOS SUBSTITUTIVOS PROCESSUAIS PENAIS EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

O objetivo do presente capítulo consiste em analisarmos a evolução dos institutos conhecidos como substitutivos processuais penais no ordenamento jurídico pátrio. Assim, iremos discorrer sobre os referidos institutos, seguindo a ordem cronológica de sua implementação, buscando compreender o seu funcionamento em nossa legislação, bem como, e principalmente, relacioná-los com os distintos modelos de Justiça Criminal que apresentamos no capítulo anterior. Estamos assim, iniciando a análise propriamente dita do nosso objeto de estudo, os substitutivos processuais penais na legislação brasileira. Queremos, portanto, com esse capítulo não apenas conhecê-los, mas sermos capazes de identificar em que medida eles correspondem aos modelos expostos no capítulo anterior.

3.1 A Lei 9.099/95 e os institutos da Conciliação, Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 trouxe, em seu artigo 98, inciso I, norma a qual exige expressamente que a União, no Distrito Federal e Territórios, e os Estados criem juizados especiais competentes para a conciliação, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo mediante procedimento oral e sumaríssimo reservando às hipóteses previstas em lei a possibilidade da transação penal.

Assim, o constituinte originário, através do artigo 98, inciso I, abriu as portas de nosso ordenamento jurídico para a adoção, na seara penal, dos institutos da conciliação e da transação. Com o intuito de fazer valer o comando constitucional previsto no referido dispositivo, o legislador ordinário promulgou a lei 9.099/95, lei dos Juizados Especiais, que trata tanto da matéria referente aos juizados especiais cíveis quanto criminais. A lei 9.099/95 não apenas introduziu em nosso ordenamento os institutos da Conciliação e Transação em matéria penal, como ainda o instituto da Suspensão Condicional do Processo.

Esses três institutos inauguram, dessa sorte, em nosso ordenamento, os substitutivos processuais penais, os quais podem ser definidos como acordos entre as partes do processo penal que, quando homologados, substituem o curso normal do processo, seja obstando a apresentação da exordial, seja suspendendo o tramitar do feito, e antecipam o cumprimento da pena. Nos próximos tópicos vamos analisar os substitutivos processuais penais da lei 9.099/95 através das lentes dos distintos paradigmas de justiça criminal que caracterizamos no primeiro capítulo.

3.1.1 A Conciliação em Matéria Penal na lei 9.099/95

Prevista nos artigos 72 a 74 da Lei 9.099/95, o instituto da Conciliação em âmbito Penal caracteriza-se pela composição dos danos civis oriundos de ilícito penal acordada entre a vítima e o suposto autor e homologada pelo Juízo mediante sentença irrecorrível. Uma vez homologado, o acordo terá a eficácia de título executivo judicial. Deve ser realizado em audiência preliminar na qual estarão presentes a vítima e o suposto autor do fato, ambos acompanhados por seus advogados, e o representante do Ministério Público e o Juízo.

Deve ser caracterizado como espécie de substitutivo processual penal apenas em âmbito de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada, na medida em que, em se tratando dessas espécies de ação penal, a homologação do acordo implica na renúncia ao direito de queixa ou representação. É importante ressaltar que, em se tratando de ação penal de iniciativa pública incondicionada, a Conciliação não obsta a apresentação de denúncia pelo Ministério Público. Por óbvio, uma vez que a vítima renuncia ao direito de queixa ou representação, a Conciliação não implica em assunção de culpa por parte do suposto autor, nem tampouco importará em reincidência.

Dessa sorte, apenas no que diz respeito as ações penais de iniciativa privada ou públicas condicionadas, a Conciliação constitui-se em verdadeiro substitutivo processual penal, uma vez que impede a instauração do devido processo legal a fim de antecipar uma sanção acordada entre as partes. Mesmo nesse âmbito, pode ser questionado o seu caráter de substitutivo processual penal, uma vez que a sanção acordada não é a rigor uma sanção penal, mas sim uma reparação à vítima a qual, não sendo cumprida, poderá ser exigida em juízo cível. Assim que, só poderá ser caracterizada, a Conciliação, como substitutivo processual penal em uma acepção mais ampla e somente quando se tratar de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada, posto que, somente nesses casos, a homologação do acordo obsta o oferecimento da exordial do processo penal. Esse é o entendimento que adotamos nesse trabalho.

Dentre os substitutivos processuais penais vigentes em nosso ordenamento, a Conciliação é, sem dúvida, o mais difícil de compreender à luz dos paradigmas de Justiça Criminal que conceituamos no capítulo anterior. Por um lado, há quem veja nele uma expressão do modelo de Justiça Restaurativa, uma vez que devolve o protagonismo da solução do conflito para a vítima e o suposto ofensor. Por outro lado, há quem o entenda como expressão do modelo de Justiça Criminal Negocial, uma vez que, também aqui, há um acordo entre as partes a fim de antecipar uma sanção.

Em que pese seja forçoso reconhecer que o instituto da Conciliação devolve, em alguma medida, o protagonismo da solução do conflito às partes mais diretamente envolvidas, o suposto ofensor e a vítima, precisamos demarcar que, ao nosso sentir, o referido instituto está muito distante de se configurar como expressão de uma prática de Justiça Restaurativa. Em primeiro lugar porque à vítima, ainda que sob o paradigma da Justiça Criminal Retributiva, sempre foi concedida a possibilidade de declinar do direito de queixa ou representação, sendo a única

mudança prática do referido instituto a realização de uma audiência para que se chegue a um acordo com esse fim. Se compreendemos a Conciliação como um acordo entre vítima e suposto ofensor cuja consequência é impedir a instauração do processo penal típico da Justiça Retributiva, precisamos reconhecer que, ao limitar essa consequência aos crimes de ação penal privada ou pública condicionada, o legislador ordinário não apenas não trouxe nenhuma inovação qualitativa, como incorreu em indevida limitação ao mandamento constitucional, uma vez que o inciso I do artigo 98 da Carta Maior não restringe o alcance das consequências do instituto da Conciliação aos crimes de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada. Nesse sentido:

“De fato, é inegável que o legislador infraconstitucional, ao regulamentar o art. 98, I da CR, seguiu, em sua maior parte, o sistema puramente retributivo do processo penal tradicional, negando-se a admitir que também os delitos de ação penal pública incondicionada pudessem ser objeto de conciliação entre os sujeitos ativo e passivo da infração penal. Com isso, maculou o legislador ordinário todo o espírito restaurativo conferido pela Carta Política aos Juizados Especiais Criminais, interpretando a Constituição de acordo com o clássico sistema punitivo estatal e não de acordo com os valores e princípios nela mesmos contidos para a solução das infrações de menor potencial ofensivo.

(...)

A toda evidência, laborou o legislador ordinário em indevida restrição do texto constitucional, cujos princípios e valores reitores da norma esculpida no art. 98, I, foram inegavelmente bitolados por uma interpretação impregnada de ideais punitivos, típicos do sistema penal e processual penal tradicional.”²⁴

Outrossim, ao introduzir o instituto da Conciliação e os Juizados Especiais Criminais nos marcos da atual estrutura do Sistema Judiciário brasileiro, a Lei 9.099/95 não possibilitou um real protagonismo da vítima e do suposto ofensor, nem tampouco da comunidade. Ao não romper de forma decidida com a “imensa máquina burocrática com interesses cativos próprios”, o legislador ordinário e a Lei 9.099/95 contribuíram para que o instituto da Conciliação fosse efetivamente colonizado pela prática judiciária retributivista.

“A mais recente e abrangente pesquisa nacional sobre Justiça Restaurativa aponta nessa direção: o papel predominantemente judicial nas práticas restaurativas. Segundo o relatório dirigido por Vera Andrade, a tradução nacional do paradigma restaurativo dá origem a uma *Justiça Restaurativa Judicial* (ANDRADE, 2018, p. 113). Mais: o protagonismo não é apenas o do Poder Judiciário, mas de sujeitos específicos que implementam práticas restaurativas como projetos pessoais: “confirmou-se, pois, a hipótese do protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, seus atores e órgãos conexos (juízes, desembargadores, psicólogos, assistentes sociais, equipes técnicas, sistema de justiça, Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, Conselho Nacional de Justiça) no Brasil, ao qual se deve acrescentar o adjetivo personalizado. (ANDRADE, 2018, p. 153). O diagnóstico realizado pelo CNJ já havia sido antecipado e confirmado por pesquisas acadêmicas do mesmo período que apontam um profundo déficit democrático na implementação de práticas restaurativas no Brasil, exatamente em decorrência da sua adaptação à cultura jurídica tradicional

²⁴ JOFFILY, Tiago. *Direito e Compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. pp. 183-184.

de matriz inquisitorial protagonizada por juízes e demais profissionais (PALLAMOLLA, 2017).”²⁵

Por fim, não nos parece que, nos moldes em que é previsto pela Lei 9.099/95 e implementado em nosso ordenamento jurídico, o instituto da Conciliação esteja preocupado, sobretudo, não apenas com a reparação do dano, mas com a reconciliação e a reintegração do suposto ofensor à comunidade.

Dessa sorte, se resgatarmos as quatro características básicas definidas por Joffily (2011), a partir da elaboração de Froestad e Shearing, e mencionadas anteriormente - a saber: alto grau de participação dos interessados na solução do conflito; buscar, não apenas a reparação do dano específico, mas sobretudo, a reconciliação e reintegração do ofensor a comunidade; verificar em que medida a prática restaurativa é dirigida localmente, pela comunidade, em detrimento da interferência da máquina burocrática do Estado; e basear a resolução dos problemas em “relatos de como os interessados locais experimentaram e concebem o conflito” – somos obrigados a reconhecer que o instituto da Conciliação tal como foi instituído nos termos da Lei 9.099/95 e na prática judiciária nacional não constitui-se efetivamente na expressão daquilo que conceituamos como paradigma da Justiça Restaurativa.

Ao nosso sentir, parece que aqui, como no mito de Procusto, o instituto, que poderia, se instituído com outra abrangência e sob outras bases, ser, de fato, um passo significativo na caminhada em direção a um modelo de Justiça Restaurativa no país, foi mutilado e deformado para se adequar às exigências do paradigma da Justiça Criminal Retributiva vigente no ordenamento pátrio. Assim, ao instituir a Conciliação como substitutivo processual penal limitada às ações penais de iniciativa privada e pública condicionada, restringindo assim o alcance previsto pela própria norma constitucional, e submetendo-a a atual estrutura judiciária retributivista, a Lei 9.099/95 promoveu, nos parece, a um só tempo, o parto e o aborto do que poderia ter sido efetivamente uma experiência de prática de justiça restaurativa em nosso ordenamento jurídico.

Dessa sorte, nos termos em que foi instituída, a Conciliação na seara penal parece estar mais próxima de uma espécie de instituto *sui generis* da Justiça Negocial, que se distingue de seus pares por incorporar a vítima como um dos polos da negociação, mas sem o efetivo

²⁵ CARVALHO, Salo de; ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa em Risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. *in* Florianópolis: Sequência, vol. 42, n. 87, 2021, p. 24-25.

protagonismo característico da Justiça Restaurativa e circunscrita aos casos em que o oferecimento da exordial não prescindem de sua iniciativa ou aquiescência. Esse parece ser o entendimento de Vinicius Gomes de Vasconcellos quando afirma:

“Por outro lado, partindo-se de um conceito amplo de consenso (que vai além dos mecanismos negociais entre o acusador e defesa, abarcando a ideia de resolução do conflito entre vítima e agressor), a composição prevista na Lei 9.099/1995 figura entre os mecanismos da justiça consensual.”²⁶

Ainda que se possa rejeitar o raciocínio daqueles que advogam para o instituto da Conciliação o caráter de expressão da Justiça Negocial na seara penal, não podemos negar que da forma como foi instituído pela Lei 9.099/95 e implementado na prática judiciária brasileira, esse está mais próximo de refletir o paradigma da Justiça Negocial do que o paradigma da Justiça Restaurativa. Essa delimitação é importante para compreendermos as opções feitas pelo legislador ao introduzir os substitutivos processuais penais no ordenamento jurídico pátrio, bem como para entendermos como esses foram efetivamente incorporados nas práticas judiciárias. Assim, estaremos em melhores condições de compreender se esses institutos expressam de fato um novo paradigma de Justiça Criminal e, se sim, qual seria esse paradigma.

3.1.2 A Transação Penal

Previsto no artigo 76 da Lei 9.099/95, o instituto da Transação Penal caracteriza-se pelo acordo firmado entre o órgão acusador e o suposto autor do delito, a ser homologado pelo juízo, em que o suposto autor aceita a aplicação imediata da sanção penal de restrição de direitos ou multa, obstando o oferecimento da denúncia e o transcorrer do devido processo legal. Para que o Ministério Público possa oferecer a proposta de acordo, segundo o instituto da Transação Penal, é necessário que estejam presentes alguns requisitos. Em primeiro lugar, por óbvio, é necessário que não seja caso de arquivamento do inquérito, sendo necessário, portanto, existirem indícios de autoria e materialidade, bem como justa causa. Além disso, é preciso que se trate de crime de menor potencial ofensivo, abarcado pela Lei 9.099/95, o que significa que a lei deve cominar pena máxima não superior a dois anos. Por fim, o suposto autor não poderá ter sido condenado a pena privativa de liberdade em sentença definitiva por prática de crime,

²⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 102.

não poderá ter efetuado acordo de Transação Penal nos cinco anos anteriores e deve se levar em conta os antecedentes, a conduta social, a personalidade do suposto autor, bem como os motivos e as circunstâncias do crime.

Em que pese o acusado firme acordo acatando a proposta de sanção, o entendimento majoritário da doutrina é de que o suposto autor não reconhece sua culpabilidade. Dessa sorte, o acordo de Transação Penal não importará em reincidência, nem terá efeitos civis, sendo registrado em certidão de antecedentes criminais somente com o fim de obstar novo acordo de Transação Penal nos próximos cinco anos. Conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal (Súmula Vinculante Nº 35) a homologação do acordo de Transação Penal não faz coisa julgada material. Assim que, sendo descumpridas suas cláusulas, retorna-se à condição anterior a homologação do acordo, cabendo ao Ministério Público oferecer a denúncia ou requisitar inquérito policial.

O entendimento majoritário da doutrina é de que a Transação Penal constitui um direito público subjetivo do réu (MARTINELLI, 2021). No mesmo sentido, há o entendimento de que a presença dos requisitos obrigaria o *parquet* à apresentação de proposta de acordo. Esse entendimento doutrinário, em nosso sentir, não exclui o caráter negocial do referido instituto, marcado fundamentalmente pela vontade livre do acusado ou investigado. Nesse sentido:

“Tal conclusão, contudo, não afasta a definição da transação penal brasileira como expressão da justiça consensual, por dois motivos: 1) a ideia de consenso no processo penal diz respeito, fundamentalmente, à concordância do acusado à concretização antecipada do poder punitivo estatal, é ele quem renuncia à sua posição de resistência, ao seu direito de defesa, e aceita a sanção penal, e, por isso, a essência consensual/negocial aí se coloca; e 2) tal característica não é afastada ao se determinar o oferecimento da proposta como dever do acusador, se presentes os requisitos legais, visto que sua vontade (caracterizando a ideia tradicional de acordo) pode (mais do que isso, precisa necessariamente) ser vinculada à Lei, em prol do princípio da legalidade que deve determinar a postura dos agentes públicos, especialmente na esfera criminal.”²⁷

Na realidade, trata-se, o instituto da Transação Penal, da expressão do modelo de Justiça Negocial por excelência, sendo entre os institutos do ordenamento jurídico pátrio um dos que mais se assemelha as distintas formas de barganha presentes nos ordenamentos alienígenas,

²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 107-108.

notadamente o *plea bargain* estadunidense. Ele se encaixa perfeitamente na definição de Justiça Negocial que desenvolvemos no capítulo anterior, sendo, notoriamente, um acordo entre acusação e defesa no qual o acusado abandona sua posição de resistência, abreviando ou suprimindo o trâmite do devido processo, a fim de receber sanção penal menos gravosa do que seria possível no caso do oferecimento da denúncia. Assim sendo, não há dúvidas de que a Transação Penal é expressão do modelo de Justiça Negocial em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, nos parece relevante, ainda que correndo o risco de antecipar um aspecto da crítica que será desenvolvida no próximo capítulo, destacar que, se por um lado, a Transação Penal certamente implica em celeridade processual, atingindo um dos objetivos do modelo de Justiça Negocial, qual seja, combater a morosidade e a eventual impunidade decorrente dessa, é no mínimo duvidoso, por outro lado, que a Transação Penal contribua para a redução do contingente de presos em nosso país, o que corresponderia ao segundo objetivo declarado do modelo de Justiça Negocial. Isso porque eventuais condenações pelos crimes que podem ser abarcados pela oferta de acordo no âmbito da Transação Penal, não resultam, ou não deveriam resultar, na quase totalidade dos casos, em prisão, uma vez que a amplíssima maioria desses crimes, no caso concreto, ensejariam a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, conforme a dicção do artigo 44 do Código Penal, quando presentes os requisitos subjetivos, os quais também são exigidos para o acordo de Transação Penal. Assim, como dissemos, é, no mínimo, duvidoso, que esse instituto contribua efetivamente para a redução da população carcerária, constituindo-se muito mais em uma antecipação da pena, sem o devido processo, do que uma efetiva mitigação da sanção penal. Abordaremos esse e outros aspectos desse instituto mais detalhadamente no próximo capítulo.

3.2.2 A Suspensão Condicional do Processo

Previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95, o instituto da Suspensão Condicional do Processo caracteriza-se pela suspensão do processo penal logo após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, pelo período de prova de dois a quatro anos, em razão da apresentação de proposta pelo órgão acusador acatada pelo acusado, resultando em acordo no qual esse aceita se submeter a determinadas condições estabelecidas por aquele, e eventualmente acrescidas pelo juízo, durante o período de prova. Uma vez firmado o pacto, suspende-se o prazo prescricional. A Suspensão Condicional do Processo será revogada se durante o período de prova o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar injustificadamente a

reparação do dano e poderá ser revogada caso o beneficiário seja processado por contravenção ou descumprir qualquer outra condição imposta. Expirado o período de prova sem revogação da suspensão, o juízo deverá decretar extinta a punibilidade.

Dentre os requisitos para que possa ser oferecida a proposta de Suspensão Condicional do Processo está a exigência de que o crime em questão tenha pena mínima abstrata cominada igual ou inferior a um ano, o que torna esse instituto mais abrangente do que a Transação Penal. É necessário também que o acusado não esteja sendo processado nem tenha sido condenado por prática de crime. Por fim, exige-se os requisitos que autorizariam a Suspensão Condicional da Pena, tais como verificar se a culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do acusado, bem como motivos e circunstâncias do crime, autorizam a concessão do benefício.

Assim como na Transação Penal, o entendimento majoritário da doutrina é de que a realização do acordo não implica em reconhecimento de culpa pelo acusado, de sorte que a Suspensão Condicional do Processo não importa em reincidência, nem tampouco implica em antecedentes criminais. Da mesma sorte, coloca-se, tal qual em relação a Transação Penal, a questão acerca da obrigatoriedade ou não de apresentação da proposta pelo Ministério Público, caso estejam presentes os requisitos. Entendemos, da mesma forma que em relação a Transação Penal, que, ainda que seja obrigatória a apresentação da proposta uma vez presentes os requisitos, não se desfigura o caráter negocial do instituto, pelas mesmas razões apontadas em relação a Transação Penal. Na realidade, aqui também estamos diante de um instituto que se adequa perfeitamente ao paradigma da Justiça Negocial, uma vez que consiste, justamente, no abandono da posição de resistência do acusado aceitando o cumprimento de uma sanção mitigada, menos gravosa em comparação a pena prevista no tipo penal, resultando no abreviamento ou supressão do feito processual.

Dessa sorte, como se vê, optou o legislador ordinário, ao concretizar o comando constitucional previsto no artigo 98, inciso I, da Carta Maior, por introduzir em nosso ordenamento jurídico institutos que expressam o paradigma da Justiça Negocial e não o da Justiça Restaurativa.

“Diante da descrição dos três institutos introduzidos pela Lei 9.099/1995 dos Juizados Especiais Criminais, marcantes expressões de espaços de consenso e, em certo ponto, da justiça penal negocial, ressalta-se sua essência em comum: a aceitação do acusado

a cumprir obrigações, com a renúncia à possibilidade de defesa e à sua posição de resistência característica no processo, em troca de suposto benefício.”²⁸

Começamos a compreender, dessarte, o caráter dos substitutivos processuais penais pioneiros em nosso ordenamento jurídico e a qual paradigma de Justiça Criminal esses correspondem. Nos próximos tópicos seguiremos estudando os substitutivos processuais penais, agora aqueles que foram estabelecidos mais recentemente em nosso ordenamento: a colaboração premiada e o acordo de não-persecução penal.

3.2 A Lei 12.850/2013 e o instituto da Colaboração Premiada

Podemos dizer que o instituto da Colaboração Premiada debutou em nosso ordenamento de forma sumaríssima e deficitária através do parágrafo único do artigo 8º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), o qual previa a redução de pena de um a dois terços para o participante ou associado de bando ou quadrilha que através de delação possibilitasse seu desmantelamento. De lá para cá o instituto esteve presente de forma dispersa, confusa e deficitária em diversos diplomas legais (Lei de Crimes Hediondos, Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha, Lei de Entorpecentes, entre outros). Em que pese o instituto esteja positivado desde antes da Lei 9.099/95, seu regramento legal era, então, tão prenhe de lacunas que não podemos admitir que esse tenha de fato se integrado ao ordenamento pátrio antes dos institutos da Lei dos Juizados Especiais. Foi apenas através da promulgação da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) que o instituto da Colaboração Premiada teve suas lacunas integradas e se consolidou em nosso ordenamento. A referida lei, em sua Seção I, aditada posteriormente pela Lei 13.964/2019, disciplinou o regramento para a adoção prática do instituto, superando a dispersão e déficit existentes até então em relação a matéria²⁹ e servindo como regramento do

²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 110.

²⁹ Segue, entretanto, vigente em nosso ordenamento, o acordo de Leniência, presente na legislação antitruste, Lei 12.529/2011. “No caso de crimes de Cartéis, o legislador atribuiu ao instituto o nome de “Leniência”. Ambos são, por assim dizer, duas faces da mesma moeda. Trata-se do mesmo instituto que, genericamente, pode ser tratado como “colaboração premiada” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*. Lei 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60 apud (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 112). Note-se, no entanto, que enquanto na Colaboração Premiada propriamente dita o acordo deverá ser firmado pelo Ministério Público ou Delegado de Polícia, com a manifestação do Ministério Público, no acordo de Leniência caberá ao Ministério da Justiça firmar o pacto.

instituto mesmo quando esse é previsto em outros diplomas legais que não a Lei das Organizações Criminosas.

O instituto caracteriza-se por acordo que pode ser firmado pelo colaborador (indiciado ou acusado) com o membro do Ministério Público durante todo o curso da persecução penal, seja durante o inquérito, o processo ou a execução, ou então com o delegado de polícia, apenas na fase de inquérito policial, caso em que o *parquet* será chamado a se manifestar, com o intuito de que o colaborador de forma voluntária confesse sua participação em crimes e passe a colaborar com a investigação criminal nos termos da lei em troca de um prêmio a ser definido pelos termos do acordo dentre aqueles previstos em lei.

A proposta de acordo poderá ser sumariamente indeferida, desde que a justificativa seja informada ao proponente. Caso seja recebida, se inicia o processo de negociação, o qual, para prosseguir, deverão as partes firmar Termo de Confidencialidade. Nenhuma negociação referente ao acordo de Colaboração Premiada deverá ser realizada sem a presença de advogado ou defensor público. O colaborador assume o compromisso de narrar todos os fatos ilícitos para os quais tenha concorrido que estejam diretamente ligados com os fatos investigados (Artigo 3º-C, § 3º, Lei 12.850/2013) abrindo mão, em seus depoimentos, de seu direito ao silêncio e assumindo o compromisso de dizer a verdade (Artigo 4º, § 14º, Lei 12.850/2013). Dessa sorte, diferentemente dos institutos previstos na Lei 9.099/95, o acordo de Colaboração Premiada pressupõe o reconhecimento de culpa, importando reincidência a partir da sentença penal condenatória, salvo nos casos em que o juízo decretar o perdão judicial, em razão da dicção do artigo 120 do Código Penal.

Outra distinção em relação aos institutos da Lei 9.099/95, diz respeito ao fato de que o acordo de Colaboração Premiada, para que seja homologado, deverá necessariamente ensejar ao menos uma das seguintes consequências: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Ou seja, é indispensável que da colaboração resulte, em alguma medida, uma maior eficácia da persecução penal. Ressalte-se que, segundo entendimento amplamente majoritário na doutrina e na jurisprudência, a delação

produto da Colaboração Premiada é insuficiente para motivar sentença penal condenatória, sendo imprescindível, portanto, a produção de provas que confirmem o relato do colaborador. Assim, o acordo só poderá ser homologado se as informações fornecidas pelo colaborador forem devidamente confirmadas pela produção de outras provas a fim de produzir os resultados exigidos no rol acima.

Uma vez firmado o acordo, esse deverá ser reduzido a termo seguindo as formalidades previstas no artigo 6º da lei 12.850/2013 e será submetido, posteriormente, ao juízo, o qual, ressalte-se, não participa das negociações realizadas com o intuito de firmar o pacto. O juízo, então, ouvirá o colaborador em sigilo, acompanhado de seu defensor, ocasião em que observará, a fim de proceder a homologação do acordo, a legalidade do pacto firmado, a adequação dos benefícios pactuados, a adequação dos resultados obtidos pela delação àqueles exigidos pela lei e a voluntariedade da manifestação de vontade do colaborador, cabendo ao juízo recusar a homologação, caso o pacto firmado não observe algum desses requisitos, o que não obsta que as partes iniciem tratativa para novo acordo buscando preencher os requisitos legais.

As partes poderão, ainda, se retratar da proposta, sendo que, nesse caso, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser usadas exclusivamente em seu desfavor.

A sentença apreciará os termos do acordo homologado devendo premiar o colaborador, segundo os termos do pacto homologado e nos termos da lei, com um dos seguintes benefícios: a redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou sua substituição por pena restritiva de direitos; perdão judicial; redução até a metade ou progressão de regime, se a colaboração ocorrer durante a execução penal; e não oferecimento de denúncia, nos casos em que o acordo se refira a infração de cuja existência o Ministério Público não tenha conhecimento, sendo necessário, nesse caso, que o colaborador seja o primeiro a colaborar e não seja o líder da organização criminosa, e somente, é claro, nos casos em que o *parquet* ainda não tenha oferecido a exordial.

Resta evidente tratar-se, o acordo de Colaboração Premiada, de espécie de substitutivo processual penal, uma vez que aqui também o trâmite processual normal é substituído, seja obstando o oferecimento da exordial, seja abreviando ou suprimindo o curso do processo penal, em razão de acordo pactuado entre o suposto agente e o órgão acusatório tendo como resultado

uma mitigação da pena. Em nosso sentir, diante de tudo que foi exposto, também não pode restar dúvida acerca da identidade do instituto da Colaboração Premiada com o paradigma da Justiça Negocial, sendo aquela expressão desse em nosso ordenamento jurídico. Em que pese que na barganha *stricto sensu* o acordo não vise a imputação de conduta criminosa a terceiros, é inegável que estão presentes no instituto da Colaboração Premiada as características que definem os institutos filiados ao paradigma da Justiça Negocial.

“Ademais, percebe-se que, em comparação à barganha, ambos os institutos se pautam, em essência, pelo incentivo à confissão do acusado com a expectativa de benefício/prêmio à sua condição processual, em regra a partir da redução de sua futura punição, com a finalidade de facilitar a atividade persecutória estatal para a concretização célere e menos onerosa do poder punitivo. Sua distinção diz respeito às consequências do acordo a terceiros: na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção penal, enquanto que na delação sua principal função é a incriminação de terceiros (embora acarrete, em regra, a condenação do delator em razão de sua confissão)”³⁰

Assim que, o legislador ordinário, tendo optado por introduzir, a partir da porta aberta pelo artigo 98, inciso I, da Constituição, os substitutivos processuais penais como expressão da Justiça Negocial, não se deteve aí, avançando posteriormente para, através do instituto da Colaboração Premiada, ampliar o alcance do paradigma da Justiça Negocial em nosso ordenamento jurídico. Dessa sorte, os institutos filiados ao paradigma da Justiça Negocial em nosso ordenamento não se restringem mais apenas a pactos que visem à celeridade da resolução do feito, combatendo por essa via o sentimento de impunidade, e à mitigação da pena, contribuindo para a redução da população prisional, mas sim servindo, justo o oposto, como instrumento que visa facilitar e ampliar o alcance da persecução penal realizada pelo Estado, permitindo que esse seja capaz de acusar e prender um número maior de pessoas. Veremos a seguir como a ampliação desse modelo seguiu em nosso ordenamento com a aprovação da lei 13.964/19 e o Acordo de não-persecução Penal.

3.3 A Lei 13.964/2019 e o instituto do Acordo de Não Persecução Penal

O Acordo de Não Persecução Penal foi instituído no ordenamento jurídico pátrio através da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, tendo sido aditado, posteriormente pela Resolução nº 183/2018 do mesmo órgão. A constitucionalidade de tais resoluções foi objeto de ampla discussão na doutrina uma vez que uma atribuição do Ministério

³⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 115-116.

Público constitucionalmente prevista no inciso I do artigo 129, a saber, a obrigatoriedade de promover a ação penal pública na forma da lei, foi excepcionada por normativa extralegal. A promulgação da Lei 13.964/2019, no entanto, encerrou a controvérsia, estabelecendo regramento legal para o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, revogando, dessa sorte, a normativa estabelecida através das resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (BEM, 2021).

Destarte, a Lei 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, introduziu no Código de Processo Penal o artigo 28-A e parágrafos nos quais está previsto o regramento do instituto do Acordo de Não Persecução Penal. O instituto caracteriza-se por acordo firmado entre o investigado e o Ministério Público, no qual aquele aceita cumprir determinadas condições impostas pelo *parquet* dentre aquelas previstas na lei ou outra desde que proporcional e compatível com a infração no caso em tela, obstando, como consequência, a apresentação da denúncia pelo órgão acusatório. Não resta dúvida, portanto, de tratar-se, o referido instituto, de mais um substitutivo processual penal instituído em nosso ordenamento jurídico.

O Acordo de Não Persecução Penal só poderá ser firmado nos casos de infrações penais sem violência ou grave ameaça e cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, sendo consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Assim que, o Acordo de Não Persecução Penal alcança crimes não abarcados pelos institutos da Lei 9.099/95. Ele também não poderá ser firmado nos seguintes casos: em que for cabível a Transação Penal; em que o investigado seja reincidente ou haja elementos probatórios indicativos de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo as infrações anteriores sejam reputadas insignificantes; em que o investigado tenha sido beneficiado, nos cinco anos anteriores a infração, por Acordo de Não Persecução Penal, Transação Penal ou Suspensão Condicional do Processo; e em crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar ou praticados em razão da condição de sexo feminino.

Ao contrário da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo, o Acordo de Não Persecução Penal, para que seja firmado, exige que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos. Em que pese a assunção de culpa, em razão da dicção expressa do § 12º do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o Acordo de Não Persecução

Penal não importa em antecedentes criminais, salvo para obstar a firma de outro acordo da mesma espécie nos cinco anos subsequentes.

O Ministério Público poderá estabelecer, cumulativa ou alternativamente, as seguintes condições a serem cumpridas pelo investigado: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo na impossibilidade de fazê-lo; renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo *parquet* como instrumento, produto ou proveito do crime; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente a pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo de execução, a qual, preferencialmente, tenha como função proteger as bens jurídicos violados pelo delito; ou outra condição indicada pelo *parquet* que seja proporcional e compatível com o crime cometido.

O Juízo, em audiência convocada para esse fim, deverá verificar a legalidade e voluntariedade do acordo, entrevistando o investigado, na presença de seu advogado ou defensor público, para este fim. O Juízo não homologará o acordo caso esse não tenha observado os parâmetros legais ou tenha sido firmado pela vontade viciada do investigado, bem como não o fará se considerar as condições impostas inadequadas, insuficientes ou abusivas. Nesse último caso, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo com a devida concordância do investigado e seu defensor. Não sendo possível sua reformulação, caberá ao Ministério Público decidir pela complementação das investigações ou pelo oferecimento da denúncia.

Estando presentes os requisitos legais, o Acordo de Não Persecução Penal constitui direito público subjetivo do réu (MARTINELLI, 2021), sendo, portanto, obrigação do Ministério Público apresentar proposta de acordo, e, razão pela qual, quando o promotor não o fizer, poderá o investigado, segundo o § 14 do artigo 28-A do Código de Processo Penal, requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do artigo 28 do mesmo diploma. Aqui, mais uma vez, entendemos que a interpretação doutrinária da obrigatoriedade da apresentação de proposta de acordo pelo *parquet* não desvirtua o caráter negocial do instituto, pelas mesmas razões apresentadas quando abordamos essa questão acerca da Transação Penal.

Uma vez homologado, o Acordo de Não Persecução Penal obsta o oferecimento da denúncia. Os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que esse inicie a execução do acordo perante o juízo de execução penal. Uma vez cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará extinta a punibilidade. Caso sejam descumpridas quaisquer condições do acordo, o Ministério Público comunicará o juízo, a fim de que o pacto seja rescindido e a denúncia possa ser oferecida. Por fim, o descumprimento do acordo poderá implicar, a critério do Ministério Público, em óbice para o oferecimento de Suspensão Condicional do Processo.

Assim que, pelo que foi exposto, podemos concluir tratar-se o Acordo de Não Persecução Penal, de mais um substitutivo processual penal instituído em nosso ordenamento jurídico filiado ao paradigma da Justiça Negocial, conforme o definimos no primeiro capítulo desse trabalho. Estão presentes, no referido instituto, aqueles elementos os quais caracterizam a Justiça Negocial, notadamente, o abandono da posição de resistência do suposto agente, tendo como contrapartida a mitigação da pena passível de ser imposta pelo Estado.

Após analisarmos os substitutivos processuais penais vigentes em nosso ordenamento, bem como o curso de sua paulatina e crescente implementação em nossa ordem jurídica, somos obrigados a reconhecer que esses, indubitavelmente, constituem-se em expressão de um outro modelo de Justiça Criminal, a saber a Justiça Negocial. Não podem, esses institutos, da forma como foram implementados no ordenamento pátrio, serem identificados com o modelo de Justiça Restaurativa, uma vez que falta a eles elementos determinantes dessa, notadamente, o protagonismo da vítima e da comunidade em detrimento dos profissionais da justiça e a busca pela reconciliação entre vítima e agressor e reincorporação desse à comunidade.

Assim, precisamos reconhecer que, a partir da porta aberta pela Constituição com o artigo 98, inciso I, o legislador escolheu o caminho da Justiça Negocial em detrimento de outras alternativas, notadamente, a Justiça Restaurativa. Mais ainda, ele não apenas atravessou essa porta, como continua a caminhar decididamente nessa direção, ampliando e aprofundando o espectro do alcance dos institutos da Justiça Negocial através dos substitutivos processuais penais, como atestam as leis 12.850/13 e 13.964/19 e os institutos da Colaboração Premiada e do Acordo de Não Persecução Penal. Assim que, a fim de respondermos à questão que é objeto desse trabalho, passaremos, no próximo capítulo, a uma análise crítica do modelo de Justiça Negocial e dos institutos que o expressam em nosso ordenamento, os substitutivos processuais penais. Sabemos agora que esses são expressão daquele, mas ainda nos resta investigar se, e em

que medida, o paradigma da Justiça Negocial consiste, de fato, em uma alternativa a Justiça Criminal Retributiva ou, se de outra sorte, configura-se em um aprofundamento dessa.

4 A CRÍTICA AO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

Uma vez identificado que os substitutivos processuais penais presentes no ordenamento jurídico pátrio correspondem a uma introdução seguida de um aprofundamento paulatino do alcance do modelo de Justiça Criminal Negocial em nosso país, passemos agora a crítica a esse modelo. Nosso objetivo, no presente capítulo, será abordar criticamente as características desse, a fim de desvelar se e em que medida ele deve ser considerado um modelo alternativo a Justiça Criminal Retributiva, ou se, de outra sorte, consiste, na realidade, em um aprofundamento das características mais marcantes desse, dotando de maior eficiência o poder punitivo.

Em nosso estudo sobre a crise do Sistema de Justiça Criminal, no primeiro capítulo desse trabalho, salientamos que essa se expressa de forma dialética. Por um lado, a crise expressa a suposta morosidade do modelo adversarial de processo, o qual contribuiria para uma sensação de impunidade, ou para a impunidade propriamente dita. De outro lado, a crise se expressa na superpopulação carcerária e na violação arbitrária dos direitos mais elementares dessa população. Ou seja, por um lado a crise expressaria impunidade, por outro, demonstraria que se pune em demasia. Identificamos que esse caráter dialético da crise, contraditório e complementar, corresponderia ao próprio caráter dialético do modelo de Justiça Criminal Retributiva que por um lado se sustenta no Sistema Prisional, expressão do poder punitivo, e, por outro, no Direito Penal e Processual Penal, instrumentos de contenção desse poder.

Nos próximos tópicos desenvolveremos a crítica teórica e conceitual ao modelo de Justiça Criminal Negocial procurando demonstrar como esse busca superar a contradição do atual paradigma, e também de sua crise, através da mitigação e restrição do alcance do direito processual penal como instrumento de contenção do poder punitivo. Com efeito, como se verá, a Justiça Criminal Negocial consiste na abreviação ou abolição do devido processo e das garantias a ele correlatas, abrindo caminho para ampliar o alcance do poder punitivo e hipertrofiar o sistema prisional. Desenvolveremos nossa crítica em três tópicos. No primeiro problematizaremos a questão da voluntariedade da barganha e da disponibilidade das garantias do processo penal. No segundo questionaremos o papel da confissão e a abolição do

contraditório na construção do lastro probatório que sustenta a negociação. No terceiro e último tópico abordaremos a subversão dos papéis dos atores do processo penal a serviço de seus interesses puramente administrativos. Passemos, então, ao estudo dessas questões.

4.1 Coercibilidade, presunção de inocência e disponibilidade das garantias processuais

Parece escusado afirmar que o modelo de Justiça Criminal Negocial só pode ser concebido se considerarmos que as garantias fundamentais do processo penal não são indisponíveis ao réu ou acusado e que esse pode, por livre e espontânea vontade, abrir mão dessas garantias em troca de benefícios relativos à sanção imposta. Não por acaso, os institutos estudados nesse trabalho se preocupam em outorgar ao juízo a responsabilidade de verificar a voluntariedade dos acordos e quando essa não estiver presente ou estiver viciada deverá o juízo recusar a homologação desse. Dessa sorte, não pode haver dúvidas de que todo o modelo de Justiça Criminal Negocial se erige sobre a compreensão de que a negociação dos termos da barganha se desenvolve de forma livre e que as garantias do devido processo estão à disposição do réu ou acusado para serem negociadas.

Não obstante, essas premissas são passíveis de indagação e crítica, como, de fato, o faz parte da doutrina. Isso porque a negociação dos termos da barganha se dá sob a ameaça permanente de uma possível condenação a pena muito mais gravosa do que ocorreria se aceito o acordo. Nesse caso, não há como não considerar que, por definição, qualquer negociação no âmbito de um acordo penal está atravessada por uma espécie de coerção. Não é uma aceitação livre dos termos negociados, mas sim um acordo firmado sob a sombra de uma punição mais severa.

“Ameaça-se o réu com uma sanção penal materialmente mais severa se houver o exercício do direito ao julgamento e posterior condenação. Essa diferença no sentenciamento é o que torna a barganha coercitiva. Certamente, há diferença entre ter as costelas quebradas se você não confessar, ou sofrer alguns anos a mais na prisão, mas a distinção é de intensidade, não de natureza. A barganha, como a tortura, é coercitiva”³¹

Assim que, longe de ser um acordo livremente pactuado entre as partes, a barganha é, na realidade, um instrumento de coerção do réu ou acusado para que esse abra mão das garantias individuais consagradas no processo penal e aceite a imposição de punição menos gravosa, sob

³¹ LANGBEIN, John H. *Torture and plea bargaining*, p. 12-13 *apud* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 164.

pena de, caso decida exercer seus direitos, sofrer punição mais severa. O acusado encontra-se em uma posição de entregar os anéis para não correr o risco de perder os dedos. Afirmar que o acusado é livre para não realizar o acordo, mas que se o fizer, poderá sofrer uma punição mais severa é, indubitavelmente, uma contradição em termos. Não há liberdade de escolha sob ameaça de sanção e privação de liberdade.

Dessarte, a própria discussão acerca da disponibilidade dos direitos do réu emerge, nesse cenário, como uma falácia. Isso porque não se trata, efetivamente, de discutir se as garantias processuais estão ou não disponíveis para seu titular negociá-las em troca de sanção penal menos gravosa. Não, se trata na realidade de desamparar tais garantias, diga-se de passagem, previstas constitucionalmente, perante uma perversa coerção. A tutela constitucional desses direitos indisponíveis não cede, a bem da verdade, à vontade e aos interesses do réu, senão o contrário, encontra-se enfeitada perante os interesses do Estado acusador a fim de acelerar e facilitar a persecução penal.

“Assim, antes de possíveis discussões acerca da disponibilidade dos direitos do réu no panorama da justiça negocial, a já descrita coerção inerente às relações traçadas em meio à possibilidade de barganha no processo penal finda por inviabilizar qualquer autonomia de vontade, afastando a decisão livre que é pressuposto de eventual denúncia.”³²

Dentre essas garantias que se encontram ultrajadas pela Justiça Criminal Negocial está a pedra de toque de quaisquer ordenamentos jurídicos democráticos: a presunção de inocência. Com efeito, a negociação operada antes do processo e, portanto, do exercício do contraditório e da sentença penal condenatória, só pode fazer sentido se aceitamos, ainda que tacitamente, que se presume o réu como culpado. Caso contrário, ao próprio Estado acusador e ao juízo causaria espécie a negociação de uma sanção penal a ser cumprida por alguém que se presume inocente. A própria negociação só pode ocorrer se se presume a culpa do acusado. Se não fosse assim, seria de interesse, inclusive do *parquet*, que possui convicção da materialidade e autoria, que a presunção de inocência cedesse ou não mediante o contraditório e o devido processo, como meios de aferição da culpa. Assim viola-se o Princípio da Presunção da Inocência, insculpido no inciso LVII, do artigo 5º de nossa Carta Magna, que afirma que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

³² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 185.

Essa bizarra presunção de culpabilidade deve ser admitida inclusive pelo próprio réu e por seu advogado de defesa ou defensor público, sem o que a negociação não prosperaria. A defesa técnica se vê assim diante de uma situação inusitada, pois se convicta da presunção de inocência deveria dispensar qualquer barganha a fim de fazer com que essa prospere em juízo. Mas, é colocada em uma indevida posição de presumir a culpabilidade do réu em algum grau para, perante pressões e coações, avaliar se deve ou não aconselhar a barganha.

“Ademais, assinala-se assim, uma presunção de culpabilidade, em completa violação à essencial e democrática presunção de inocência, compartilhada inclusive pelo advogado de defesa, que, a partir de sua indevida necessidade de ponderar a situação do cliente em momento inicial da persecução penal, em situação permeada por pressões e coações do sistema burocrático, acaba optando por incentivar a aceitação da barganha, consolidando uma postura semelhante a uma “premissa geral de que todos os seus clientes são culpados na prática.”³³

Assim que, como vimos, o modelo de Justiça Criminal Negocial parece não se constituir exatamente, no que toca ao caráter adversarial do processo, numa alternativa mais democrática ou consensual para conduzir o feito, senão o contrário, consiste, justamente, no estabelecimento de um modelo alicerçado na presunção de culpa, na coerção ao abandono das garantias do réu e no desamparo dessas garantias constitucionais perante o poder punitivo do Estado. Como dissemos anteriormente, longe de se constituir efetivamente em paradigma alternativo de Justiça Criminal, a Justiça Criminal Negocial parece querer superar o modelo retributivista fragilizando as garantias processuais, quando não abolindo o processo, abrindo caminho para uma maior eficácia da lógica punitivista e carcerocêntrica da Justiça Criminal Retributiva: punir mais, com menos esforço.

4.2 O abandono do contraditório: a apoteose do inquérito e a rainha das provas

É forçoso notar também que, no que toca o modelo da Justiça Criminal Negocial, a sanção penal será imposta, via de regra, prescindindo do contraditório na produção de provas. Isso porque, em regra, a negociação se estabelece antes de iniciado o processo penal, quer dizer, antes da produção de provas em juízo. Isso significa afirmar que o lastro probatório a ensejar a negociação é o mesmo que ensejaria eventual denúncia, ou seja, decorre dos elementos de prova colhidos em fase pré-processual, durante o inquérito, o qual, como se sabe, possui caráter inquisitório, não sendo abarcado pelo contraditório.

³³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 182.

“Por fim, todo esse panorama aponta para o fortalecimento da investigação preliminar, visto que a realização e o conteúdo do acordo se determinam com base nos elementos produzidos na fase pré-processual da persecução penal. Portanto, a produção do lastro probatório que determinará a condenação do réu ocorre na investigação, sob o comando do Ministério Público, visando a “reunir o arsenal suficiente ao convencimento do suspeito a receber antecipadamente uma pena sem processo”. Tal fenômeno é denominado por Bernd Schünemann como “apoteose do inquérito”, o qual explicita uma “inversão de todos os valores em que se baseia toda a prática processual continental europeia”. Por certo há aí um “extravasamento da função da fase de investigação”, o qual se soma à violação das possibilidades de defesa e à obstaculização do contraditório decorrentes da primazia de atos produzidos unilateralmente sem o devido controle judicial.”³⁴

Temos assim um modelo em que a colheita de provas da fase inquisitória resta suficiente para ensejar uma barganha, a qual, como vimos anteriormente, trata-se na realidade de uma coerção visando a confissão e\ou o acordo. Assim, o quadro vai se completando e não poderia ser mais sombrio: um inquérito sem contraditório, como todo inquérito, produz provas que serão usadas a fim de coagir o acusado a confessar e\ou pactuar um acordo que antecipe sua sanção penal.

A confissão explícita ou tácita obtida a partir da coerção, emerge assim como verdadeira razão de ser do inquérito, no modelo de Justiça Criminal Negocial. Uma vez que nenhuma das provas foi submetida ao contraditório, a condenação a sanção penal ocorre fundamentalmente alicerçada na confissão, explícita ou tácita através do aceite do pacto, do acusado. Assim que, o referido modelo, parece resgatar o autoritário sistema de tarifação prévia das provas, elegendo a confissão como rainha dessas.

“De início, mister ressaltar a ilegítima “hipervalorização da confissão incriminadora”, ocasionada pela barganha, uma vez que seu procedimento autoriza a prolação de sentença condenatória embasada fundamentalmente (e, em regra, exclusivamente) no reconhecimento de culpabilidade realizado pelo réu em troca de suposto benefício prometido pelo acusador, em um cenário agravado por ilegítimas coações e pressões, como descrito anteriormente. Regressa-se, portanto, a um modelo autoritário de tarifamento de provas com a consagração da confissão como “rainha das provas”, uma “*probatio probatissima*”, característico do sistema processual da Inquisição, o qual autoriza, inclusive, comparações entre a barganha contemporânea e as torturas medievais, dentro das devidas proporções acerca da intensidade da coerção.”³⁵

Outrossim, é preciso destacar que é suficiente para que se instaure a negociação, a convicção do *parquet*. Ora, o juízo do Ministério Público acerca da pertinência de apresentar a

³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 175.

³⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 171-172.

proposta foge ao controle jurisdicional. Uma vez que a barganha se instaura a partir da mera convicção do *parquet*, não há controle jurisdicional acerca das provas que formaram tal convicção, podendo esse ser influenciado por provas ilícitas. No caso da denúncia não é assim, pois caso o Ministério Público opte pela denúncia, os elementos de sua convicção deverão ser demonstrados ao longo do processo, através da produção de provas e do contraditório. A simples convicção do *parquet* ancorada no lastro probatório do inquérito não restaria suficiente, no caso da denúncia, para produzir uma sentença penal condenatória. Mas, no caso da Barganha sim, basta a convicção do Estado acusador para que se inicie a negociação, que, como vimos, possui caráter coercitivo. Dessa sorte, não há nenhum controle jurisdicional sobre o que motivou a convicção do *parquet*, podendo essa ser produto de provas ilícitas ou ainda de mero preconceito.

“Ademais, em um sistema permeado pelo mecanismo da barganha, impossibilita-se qualquer controle acerca da ilicitude das provas, já que a deliberação do acusador público sobre a pertinência e o conteúdo da proposta foge de limitações jurisdicionais, o que possibilita a consideração de qualquer elemento para a formação da decisão, inclusive provas ilícitas ou preferências pautadas por preconceitos, por exemplo.”³⁶

Como se vê, também no que diz respeito a produção de provas, a Justiça Criminal Negocial emerge liquidando os pressupostos mais elementares do processo penal democrático asfaltando caminho para uma maior eficiência do poder punitivo, na qual se pune mais, em menos tempo e com menos custo. O processo adversarial e o contraditório são abandonados, não para que se resgate o protagonismo da vítima e do ofensor, a fim de buscar uma repactuação. Não, o processo adversarial e o contraditório são abandonados, a fim de se ter um trâmite mais célere, que liberte o poder punitivo das amarras do processo penal, e permita punir com menos custo e em menos tempo, enfim, com mais eficiência.

4.3 A imensa máquina burocrática, seus interesses e a deformação de suas funções

No primeiro capítulo desse trabalho, vimos que Howard Zehr descreve como o processo penal adversarial é demasiadamente complexo e engendra uma “imensa máquina burocrática com interesses cativos próprios”. Ao se diferir do paradigma da Justiça Criminal Retributiva justamente no que toca o caráter adversarial do processo, seria de se imaginar que, em alguma medida, a Justiça Criminal Negocial implicaria em uma mudança substantiva nessa máquina

³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 173

burocrática. Veremos, no entanto, que, longe de significar uma simplificação do processo penal, resgatando o protagonismo da vítima e do suposto ofensor, a Justiça Criminal Negocial subverte o papel dos tradicionais atores do processo penal - juízo, promotor e defensor – impingindo-lhes, a partir de seus próprios interesses, uma lógica perversa a sepultar as garantias democráticas mais elementares, como, por exemplo, a separação das funções de acusar e julgar. Vejamos, pois, como cada um desses atores, tem seu papel pervertido pelo paradigma da Justiça Criminal Negocial.

Começemos, dessarte, pelo juízo. No processo penal continental o juízo figura como um terceiro, acima das partes, cujo papel consiste em julgar a partir da lei, aferindo a materialidade e autoria do delito, bem como sua antijuridicidade e a culpabilidade do réu, a fim de absolvê-lo ou condená-lo a pena determinada pelo texto legal. Em que pese a convicção do juízo seja livre, ela deve ser motivada e sua decisão sustentada pelo texto legal. Em outras palavras e de forma mais simples: ao juízo cabe julgar de acordo com a lei. Esse papel é claramente subvertido no modelo de Justiça Criminal Negocial. Uma vez firmada a barganha, o juízo não preside mais a produção de provas em base ao contraditório, nem julga em base a lei e a sua livre convicção motivada. Não, agora caberá a ele apenas averiguar os indícios de materialidade e autoria e a legalidade da negociação, bem como a voluntariedade (que já vimos ser viciada) das partes em firmar o pacto. Poderia parecer a um desavisado que o juiz perde prestígio e poder nesse novo modelo, de sorte que poderia ou deveria se insurgir contra ele. Mas, é justo o contrário. Esse novo papel vai ao encontro dos interesses burocráticos do magistrado.

“Por um lado, obviamente o juiz é um dos maiores beneficiados pela realização da barganha e o conseqüente julgamento imediato do processo, ao passo que reduz substancialmente a sua carga de trabalho – visto que seus deveres são amortizados, sua preocupação por uma eventual revogação de decisão em sede recursal anulada e suas inquietações por cumprir as metas eficientistas sanadas – e, mais do que isso, a sua responsabilidade em determinar a responsabilização do acusado.”³⁷

Dessa sorte, é forçoso reconhecer que a perversão do papel do juízo vai ao encontro dos seus interesses burocráticos, quais sejam: a redução da sua carga de trabalho e de sua responsabilidade em relação a condenação ou não do acusado.

Vejamos agora o papel do acusador público, o promotor. O modelo de Justiça Criminal Negocial subverte completamente o seu papel. Se no modelo tradicional do processo continental o promotor restringe-se a função acusatória, no modelo negocial ele assumirá para

³⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 157-158.

si, além dessa, a função julgadora. Com efeito, na Justiça Criminal Negocial o promotor não apenas possui o poder de acusar, mas também o de julgar, qualificando o delito e dosando a pena, de acordo com a negociação. Ele definirá, a partir das provas produzida no inquérito, as quais prescindem do contraditório, a tipificação do delito e a culpabilidade do acusado e, a partir de seu juízo, estabelecerá, sem a necessidade da devida motivação, a sanção penal a ser cumprida, uma vez firmado o acordo.

“Viola-se, portanto, a divisão dos poderes de acusar e julgar, fundamental à adequação ao sistema acusatório, ao passo que se caracteriza a concentração de tais responsabilidades na figura do promotor, o que acaba por subverter princípios basilares do processo penal. Descreve-se com exatidão uma “invasão da reserva do juiz”, que não se submete mais exclusivamente à lei, mas à suposta vontade das partes. A decisão acerca da culpabilidade do réu é realizada pelo promotor (a partir de elementos produzidos na investigação preliminar), em violação aos princípios do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusation*, o que tem caracterizado o fenômeno descrito pela doutrina como consagração do Ministério Público como “um juiz às portas do tribunal.”³⁸

Assim, no que diz respeito ao papel do *parquet*, não há dúvidas que esse se vê completamente desfigurado e remete a figura do inquisidor medieval, aquele acusa, consegue a confissão através da coerção, e julga. Não é difícil compreender por que os atores que cumprem esse papel não se insurgem contra ele. Assim como no caso do juízo, o novo papel emprestado ao acusador público também está de acordo com seus interesses burocráticos.

“Também o acusador público é favorecido, pois além de reduzir a sua carga de trabalho, o acordo assegura a obtenção de condenações, mantendo assim, sua imagem pública em conformidade com os recorrentes clamores sociais punitivos. Portanto, interesses pessoais do promotor são ressaltados e acarretam uma postura ativa, que, em conjunto com o julgador, pressionam o acusado e a defesa a aceitarem a aceleração da condenação.”³⁹

Por fim, vamos estudar a subversão do papel do defensor técnico do acusado no modelo de Justiça Criminal Negocial. Já vimos, no tópico anterior, que em certa medida o defensor precisa incorporar o bizarro preceito de que *a priori* “todos os seus clientes são culpados na prática”. Uma observação mais atenta há de salientar que, também o defensor técnico, vê seus interesses pessoais de ordem burocrática irem ao encontro do novo papel que devem assumir no modelo de Justiça Criminal Negocial. De um lado, uma decisão célere da causa permitirá que ele possa atender um maior número de clientes em menor tempo, o que em se tratando de advogado particular há de conferir maior ganho financeiro e em se tratando de defensor público,

³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 176-177.

³⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 158.

menor demanda de trabalho. Mas, além disso, estará o defensor pressionado a manter boas relações com os outros atores da barganha, notadamente o Ministério Público, em razão inclusive da intenção de obter benefícios mais vantajosos para seus clientes em outros processos. Assim, se desvirtua completamente o papel do defensor, que por ver seus interesses pessoais diretamente envolvidos em uma resolução célere e pactuada do feito, perde qualquer possibilidade de realizar uma defesa técnica adequada ao acusado.

“(…) Ademais, inclusive o defensor técnico do acusado tem seu papel desfigurado em razão da proeminência de seus interesses pessoais à realização da barganha. Além de interesses econômicos, ao passo que o encerramento célere do caso possibilita a representação de um maior número de réus, a pretensão de manter boas relações com os demais atores do campo jurídico-penal é determinante à postura incentivadora ad consento, visando, inclusive, a benefícios em outros processos importantes.”⁴⁰

Dessarte, não temos como não deixar de salientar que ao se diferenciar do paradigma retributivista, justamente, no que tange o modelo de processo adversarial, o modelo de Justiça Criminal Negocial subverte a lógica e o papel dos atores do campo jurídico-penal. Não obstante, essa subversão está longe de significar um novo protagonismo da vítima, do suposto ofensor e da comunidade no sentido de uma repactuação. Muito pelo contrário. Os protagonistas seguem sendo o corpo burocrático de funcionários responsáveis por ministrar a justiça e a seleção do poder punitivo. Mas, agora suas funções estão perversamente deturpadas a partir de uma lógica de cooperação e facilitação do exercício do poder punitivo em detrimento das garantias legais oferecidas pelo devido processo. Uma obra da qual todos comungam, do Ministério Pública a Defesa Técnica, passando pelo juízo, pois seus interesses pessoais e burocráticos se coadunam aos seus novos papéis, e na qual o objetivo consiste em coagir o acusado a acatar sua condenação sem exercer seu direito de defesa.

“Há, portanto, uma “simbiose burocrática” que inviabiliza a concretização da função precípua do processo penal, qual seja, limitar o poder punitivo, ao passo que os atores do campo jurídico, em prol de seus interesses particulares alheios ao caso concreto e por suas perversas relações de cooperação mútua, incentivam (ou melhor, pressionam e coagem) a realização de barganhas para a imposição antecipada de sanções penais a partir do reconhecimento de culpabilidade consentido do réu. Desse modo, rompe-se por completo com as premissas do processo penal democrático, já que a barganha deturpa integralmente o sistema de justiça criminal”⁴¹

⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 158-159.

⁴¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª ed., 2018, p. 160.

O modelo de Justiça Criminal Negocial assim, mostra-se, a toda evidência, não consistir de fato em um paradigma alternativo a Justiça Criminal Retributiva, no sentido de que não rompe com seus alicerces, distinguindo-se apenas na questão do caráter adversarial do processo. Nesse sentido, seja no que toca a voluntariedade do pacto e a disponibilidade das garantias processuais, seja a respeito do lastro probatório e do indispensável contraditório na produção das provas, seja no que tange a função e os papéis dos atores do campo jurídico-penal, o modelo de Justiça Criminal Negocial implica em uma completa perversão dos valores outrora consagrados na doutrina processual penal e em nossa Carta Magna.

Outrossim, se compreendemos a crise do paradigma retributivista e do sistema de justiça criminal como expressão do seu próprio caráter contraditório e combinado – sistema prisional como expressão do poder punitivo, de um lado, e direito penal e processual penal como contenção desse poder, por outro – seremos obrigados a destacar que ao abandonar o processo adversarial pela barganha, a Justiça Criminal Negocial, nada mais faz do que mitigar, ou mesmo abolir, o papel do direito processual penal como contenção do poder punitivo, abrindo caminho para que se puna mais, de forma mais célere e com menos custos. Em outras palavras, que o Estado puna mais e de forma mais eficiente. Ela, portanto, não apenas não emerge, após nosso estudo, como um modelo globalmente alternativo, como, de fato, um novo paradigma, através do qual poderemos enxergar o fenômeno do crime e a justiça em face a esse. Ela emerge sim, como a face mais cruel de um modelo carcerocêntrico, punitivista, que parece evoluir para atender, como em um mercado, a demanda crescente da sociedade por mais punições.

5 CONCLUSÃO

Nosso objetivo, no presente trabalho, foi estudar os substitutivos processuais penais e sua evolução em nosso ordenamento jurídico de modo a responder se esses institutos indicam o advento de um novo paradigma de Justiça Criminal ou se, na realidade, concorrem para aprofundar a eficiência do poder punitivo no marco do paradigma de Justiça Criminal Retributiva.

Para tanto, iniciamos nosso percurso reconstruindo a definição e as características do paradigma vigente, bem como sua crítica. Em seguida desenvolvemos os aspectos práticos da crise do Sistema de Justiça Criminal erigido sobre as premissas do paradigma da Justiça Criminal Retributiva. Identificamos que essa crise se expressa de forma dialética, contraditória

e combinada, na medida em que, por um lado, é a crise de um Sistema Prisional que desvela um encarceramento em massa, uma superpopulação de presos e a violação recorrente de seus direitos fundamentais, e, por outro lado, é a crise de um modelo de processo adversarial, reclamado como excessivamente burocrático e moroso de forma a concorrer para uma sensação de impunidade ou para impunidade propriamente dita. Assim que, identificamos que a crise invoca um excesso de punição, por um lado, e impunidade, por outro. Buscamos encontrar a razão dessa contradição na própria contradição do paradigma da Justiça Criminal Retributiva o qual por um lado expressa, através do Sistema Prisional, o poder punitivo e, por outro, através do Direito Penal e Processual Penal, uma contenção a esse poder.

Seguindo o nosso percurso desenvolvemos uma definição dos modelos alternativos em debate, a Justiça Negocial e a Justiça Restaurativa, cotejando suas características com o paradigma da Justiça Criminal Retributiva. Identificamos assim que a Justiça Negocial não parece distinguir do paradigma retributivista em seus elementos mais característicos, apenas se diferenciando desse no que toca o caráter adversarial do processo. De outra sorte, a Justiça Restaurativa se constitui em paradigma absolutamente oposto ao da Justiça Retributiva, compreendendo o fenômeno do crime e os objetivos da justiça perante esse fenômeno de forma completamente diversa.

Enfim, chegamos ao estudo da evolução dos substitutivos processuais penais em nosso ordenamento jurídico e pudemos constatar, cotejando as suas características com os modelos descritos anteriormente, que esses são expressão do modelo de Justiça Criminal Negocial em nosso país.

Por fim, mas não menos importante, desenvolvemos uma crítica a esse modelo e concluímos que ele, longe de significar um paradigma alternativo a Justiça Criminal Retributiva, se constitui como um aprofundamento do alcance do poder punitivo do Sistema de Justiça Criminal, uma vez que na realidade solapa, ou mesmo abole, as garantias previstas pelo Direito Processual Penal que visam a conter o poder punitivo.

Assim que, respondemos à questão de nossa pesquisa acerca do caráter dos substitutivos processuais penais. Esses não se constituem em um novo paradigma de justiça criminal, mas sim em maior eficiência punitiva, ou seja, punir mais com menos custo.

Agora, à guisa de conclusão, gostaríamos de tecer algumas palavras cujo objetivo é problematizar esse quadro descrito em nosso trabalho, bem como, com alguma ousadia, tentar resgatar algumas alternativas ao quadro atual.

O fracasso do Sistema Prisional, e do Sistema de Justiça Criminal como um todo, em cumprir suas funções declaradas é gritante e desesperador. Não se pode esconder o quadro atual de encarceramento massivo e violação dos direitos humanos. A isso se combinam políticas públicas de combate a criminalidade que transformam bairros pobres em verdadeiros guetos e operam, nas palavras já citadas de Zaffaroni, um verdadeiro genocídio. Como é possível que, perante um quadro tão dramático, perante uma falência tão flagrante, esse estado de coisas se mantenha e, mesmo, se aprofunde?

Em seu famoso estudo sobre o cárcere e o poder punitivo, Michel Foucault nos traz uma pista para uma resposta, também citada em um dos trabalhos do professor Carvalho e do professor Achutti, em forma de pergunta “*o pretense fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão?*” (FOUCAULT, 2014, p. 266). Parafraseando Darcy Ribeiro, a crise do Sistema Prisional não seria, portanto, uma crise, mas sim um projeto. Mas qual projeto?

Parece não haver discussão na doutrina que hodiernamente o alcance do poder punitivo cresce por todos os lados. O crescimento da população carcerária é, obviamente, evidência clara nesse sentido. Dia após dia, a imprensa, se colocando como porta-voz da sociedade civil questiona a impunidade e demanda mais e mais duras sanções. No legislativo proliferam projetos de lei criando novos tipos penais. De sorte, que não há como questionar a afirmação de que o alcance do poder punitivo tem crescido nos últimos anos.

Longe de ser obra de forças incontrolláveis da natureza, o crescimento desse alcance corresponde, de fato, a uma agenda política em nossa sociedade. Assim, mesmo perante o atual quadro de expansão desordenada e aterrorizante do alcance do Sistema de Justiça Criminal e suas agências, segue primando em parte do discurso político, que, diga-se, encontra eco e ressonância em camadas expressivas da sociedade civil, a necessidade de ampliar ainda mais o alcance do poder punitivo.

“Vera Malaguti Batista anota que os criminólogos críticos dos anos 70 não tinham ferramentas para compreender como, no início do século XXI, o neoliberalismo iria trazer “o

sistema penal para o epicentro da atuação política” (CARVALHO, 2021, p. 09). Com efeito, precisamos concordar com a professora Malaguti, e reconhecer que a mesma agenda neoliberal que preconiza a retirada dos direitos sociais e o enxugamento do Estado Social, colocou no centro do debate político o sistema penal, reivindicando a ampliação do alcance do poder punitivo, seja através da ampliação dos tipos penais e das sanções penais, seja através da ampliação da ação e alcance das agências policiais.

É nesse marco que podemos compreender a crise do Sistema Prisional como um projeto e o advento de institutos do modelo de Justiça Criminal Negocial como resultado e aprofundamento desse projeto. *“Costuma-se afirmar que uma das principais causas do triunfo dos mecanismos negociais no processo é a expansão do Direito Penal material”* (VASCONCELLOS, 2018, p. 152). Assim a expansão dos tipos penais e a ampliação do alcance do poder punitivo demandam maior celeridade desse, exigindo novos mecanismos capazes de elidir as garantias do processo penal e ampliando a eficiência do poder punitivo. Nesse contexto, emerge e se multiplica em nosso ordenamento os institutos associados ao modelo de Justiça Criminal Negocial.

O discurso neoliberal, portanto, que visa transformar os direitos sociais em mercadorias alcança, assim, também as garantias processuais, as quais, no interior da lógica do modelo de Justiça Negocial, se convertem em mercadorias a serem negociadas por sanções penais mais brandas. *“(…) aqui se coloca a discussão acerca das tendências de mercantilização do processo penal. Nesse sentido, metaforicamente, Bernd Shcünemann descreve a mudança da teoria do direito, de seu fundamento original na religião até a contemporânea premissa do mercado.”* (VASCONCELLOS, 2018, p. 155)

Perante esse quadro é necessário mais que nunca resgatar a necessidade de um outro modelo de Justiça Criminal alicerçado sobre um paradigma diametralmente oposto ao paradigma da Justiça Retributiva. A fim de resistirmos a esse crescente estado de barbárie que destrói incontáveis vidas todos os dias é necessário que o saber criminológico e jurídico-penal se insurja contra as falácias que sustentam o paradigma da Justiça Retributiva e o Sistema de Justiça Criminal vigente. Acreditamos, e cremos ter demonstrado isso nesse estudo, que a alternativa para a construção de um outro modelo passa, necessariamente, pelo paradigma de Justiça Restaurativa construída sob as bases da crítica criminológica. Esse é o caminho para enxergarmos o fenômeno do crime e a justiça perante ele com uma outra ótica, capaz de trazer

reparação, repactuação e reintegração e não dor. *“Nesse sentido, imaginamos um modelo de Justiça Restaurativa que seja, antes e acima de tudo, fundado na crítica criminológica e, em consequência, resista à colonização própria da programação do sistema punitivo”* (CARVALHO, 2021, p. 31).

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 6ª edição, 2011.

BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos Criminais*. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. *Acordo de Não Persecução Penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas*. In: Bem, Leonardo Schmitt; Martinelli, João Paulo (orgs.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª edição, 2021.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 13 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 13 mar. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em 18 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em 16 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 18 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. 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/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 18 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em 20 mar. 2022.

CARVALHO, Salo de. *Substitutivos Penais na era do grande encarceramento*. In: Abramovay, Pedro V.; Batista, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CARVALHO, Salo de; ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa em Risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro*. In: Florianópolis: Sequência, vol. 42, n. 87, 2021.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 42ª edição, 2014.

JOFFILY, Tiago. *Direito e Compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. *Mecanismos de Justiça Consensual e o Acordo de Não Persecução Penal*. In: Bem, Leonardo Schmitt; Martinelli, João Paulo (orgs.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2ª edição, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. Florianópolis: Empório do Direito, 7ª edição, 2017.

SHECARIA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da lei 9.099/95, sob a perspectiva criminológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, nº 29, pp 401 – 411, jan./mar., 2000.

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

ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução da Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 5ª edição, 2001.

_____ et al. *Direito Penal Brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 4ª edição, 2011.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo: Palas Athena, 4ª edição, 2020.