



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Do processo-Rocco ao processo-risco:** o paradigma negocial tornando *démodée* a constitucionalização do processo penal brasileiro

**From the Rocco process to the risk process:** the negotiation paradigm that makes the constitutionalization of the brazilian criminal process *démodée*

Rui Carlo Dissenha

Ana Paula Kosak

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

# Sumário

<b>FUNDAMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>13</b>
<b>EDITORIAL .....</b>	<b>15</b>
<b>AS RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>19</b>
Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore	
<b>FINALIDADES E FUNÇÕES DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>42</b>
Cornelius Prittwitz	
<b>O STATUS ONTOLÓGICO DOS ESTADOS MENTAIS .....</b>	<b>52</b>
Carl-Friedrich Stuckenberg	
<b>REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: PRISÃO, DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>67</b>
Luís Roberto Barroso e Andre Luiz Silva Araujo	
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>85</b>
<b>A TENTATIVA NA OMISSÃO IMPRÓPRIA: UM ESBOÇO SOBRE A DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E INÍCIO DA EXECUÇÃO.....</b>	<b>87</b>
Guilherme Góes e Janice Santin	
<b>TUTELA PENAL DO CLIMA: DA IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO À AUTONOMIA DO EQUILÍBRIO CLIMÁTICO DIANTE DO BEM AMBIENTAL .....</b>	<b>110</b>
Marcelo Bauer Pertille	
<b>POR UMA DETRAÇÃO COMPENSATÓRIA ENQUANTO DISPOSITIVO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REDUTORA DE DANOS.....</b>	<b>130</b>
Patricia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho	
<b>DIREITO PROCESSUAL .....</b>	<b>159</b>
<b>DO PROCESSO-ROCCO AO PROCESSO-RISCO: O PARADIGMA NEGOCIAL TORNANDO DÉMODÉE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>161</b>
Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak	
<b>UM SISTEMA DE INFORMANTES? NOTAS SOBRE O DIREITO AO CONFRONTO E O ESTÍMULO A UMA JUSTIÇA CRIMINAL UNDERGROUND .....</b>	<b>180</b>
Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner	

<b>A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>213</b>
Felipe Lazzari da Silveira	
<b>A FUNÇÃO GARANTISTA PROCESSUAL DOS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS .....</b>	<b>231</b>
Selma Pereira de Santana e Rubens Lira Barros Pacheco	
<b>POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>270</b>
<b>POLÍTICA (PÚBLICA) CRIMINAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIAS: APORTES PARA UMA CONSTRUTIVA RELAÇÃO DE INTERDISCIPLINARIDADE .....</b>	<b>272</b>
Marcelo Buttelli Ramos	
<b>POLÍTICA CRIMINAL: UMA POLÍTICA PÚBLICA RELATIVA À MATÉRIA CRIMINAL.....</b>	<b>293</b>
Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger	
<b>MONITORAMENTO PRISIONAL NO BRASIL: EXPANSÃO INSTITUCIONAL EM TEMPOS DE AMBIGUIDADE NA POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>307</b>
Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lígia Mori Madeira	
<b>ABOLICIONISMO E HEGEMONIA NO CAMPO DE DISCURSIVIDADE DOS SABERES PENAIS .....</b>	<b>343</b>
Lucas Villa e Bruno Amaral Machado	
<b>OUTROS TEMAS .....</b>	<b>365</b>
<b>CLIMATE CHANGE AND BUSINESS DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF WAYS TO ACHIEVE SUSTAINABLE DEVELOPMENT .....</b>	<b>367</b>
Mona Mahecha e Monika Punia	
<b>O PROGRAMA INOVAR AUTO E O ALCANCE DA IGUALDADE DE COMPETIÇÃO FRENTE ÀS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORITA E DO TRATAMENTO NACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....</b>	<b>385</b>
Keite Wieira	
<b>PROTEÇÃO DE DADOS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO: O QUE FAZER COM DADOS DE ALUNOS?.....</b>	<b>402</b>
Fabrício Vasconcelos Gomes, Marcelo Castro Cunha Filho e Victor Nóbrega Luccas	
<b>THE NON-AFFILIATES IN CHINA’S POLITICAL PARTY SYSTEM: HOW TO PLAY A ROLE? .....</b>	<b>422</b>
Di Zhou	
<b>THE CHINESE ‘SHARP EYES’ SYSTEM IN THE ERA OF HYPER SURVEILLANCE: BETWEEN STATE USE AND RISKS TO PRIVACY .....</b>	<b>440</b>
Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges	

## Do processo-Rocco ao processo-risco: o paradigma negocial tornando *démodée* a constitucionalização do processo penal brasileiro\*

### From the Rocco process to the risk process: the negotiation paradigm that makes the constitutionalization of the brazilian criminal process *démodée*

Rui Carlo Dissenha\*\*

Ana Paula Kosak\*\*\*

#### Resumo

Parte-se, no presente artigo, da concepção sobre a sociedade do risco e suas demandas, pautadas na lógica da insegurança, necessidade de prevenção de riscos, celeridade e eficiência, e suas influências no processo penal brasileiro. Objetiva-se analisar como a sociedade do risco alimenta uma busca pelo eficientismo no processo penal por meio da adoção de mecanismos negociais na legislação processual penal. Para isso, o artigo realiza uma análise das características centrais da sociedade de risco na gestão do poder punitivo e, em seguida, passa a analisar as recentes mudanças processuais penais que materializam tais demandas na adoção do paradigma negocial adotado pela legislação brasileira especialmente a partir dos anos noventa. A discussão seguinte é realizada na tentativa de demonstrar como esse novo paradigma processual, embora amplamente aceito, entra em conflito com os ditames da Constituição Federal de 1988. Por fim, defende-se a razão desse conflito como baseada na falta da oportuna e necessária constitucionalização do processo penal brasileiro, que deveria ter ocorrido, ainda, nos anos noventa. A perda dessa chance colocou o processo penal nacional refém das demandas eficientistas da sociedade do risco que rejeita, em grande medida, o conteúdo axiológico humanizador presente nos ditames de 1988.

**Palavras-chave:** sociedade do risco; processo penal; mecanismos negociais; direitos fundamentais.

#### Abstract

This article starts with the conception of the risk society and its demands, based on the logic of insecurity, the need for risk prevention, speed and efficiency, and its influences on the Brazilian criminal procedure. The objective is to analyze how the risk society feeds a search for efficiency in criminal proceedings through the adoption of negotiation mechanisms in criminal procedural legislation. For this, the article performs an analysis of the cen-

\* Recebido em 14/01/2023  
Aprovado em 05/04/2023

\*\* Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (2013). Bolsista do Programa PDEE da CAPES junto à Università di Bologna (2008-2009). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná em Direito das Relações Sociais (2004). Masters in Law em Direito Internacional Público com especialização em Direito Internacional Criminal na Leiden University – Holanda (LLM/PIL International Criminal Law Specialization – Universiteit Leiden – 2006). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1997). Diplôme Supérieur de l'Université pela Université Paris II – França (2000). Professor Adjunto da Graduação e do PPGD da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da graduação e do PPGD do Centro Universitário Internacional – UNINTER. Advogado. E-mail: ruidissenha@hotmail.com.

\*\*\* Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER (2021). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC/UNINTER) (2018). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER (2016). Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal na Graduação em Direito do Centro Universitário UNIFACEAR. Advogada. E-mail: apkosak@gmail.com.

tral characteristics of the risk society in the management of punitive power, and then proceeds to analyze the recent criminal procedural changes that materialize such demands in the adoption of the negotiation paradigm adopted by Brazilian legislation, especially from the nineties. The following discussion is carried out in an attempt to demonstrate how this new procedural paradigm, although widely accepted, conflicts with the dictates of the Federal Constitution of 1988. Finally, the reason for this conflict is defended as based on the lack of timely and necessary constitutionalization of the Brazilian criminal procedure, which should have taken place in the 1990s. The loss of this chance placed the national criminal process hostage to the efficiency demands of the risk society that largely rejects the humanizing axiological content present in the 1988 dictates.

**Keywords:** risk society; criminal proceedings; negotiation mechanisms; fundamental rights.

## 1 Introdução

As transformações sociais ao longo da história e a forma como os sujeitos as observam podem auxiliar o olhar lançado sobre a organização das instituições e as normas que regem a vida em sociedade. A chamada sociedade do risco, caracterizada pela insegurança e pela necessidade de prevenção de riscos de toda ordem, decorre de uma observação das transformações históricas operadas pela modernidade e, na contemporaneidade, especialmente, algumas consequências desse processo de mudanças são verificadas em diversos ramos sociais.

No campo do direito penal, isso é verificado, principalmente, com o chamado expansionismo do direito penal, responsável pelo que se chama de direito penal do risco. Com isso, o processo penal, enquanto instrumento de efetivação do direito material, parece sofrer influências dessa lógica, manifestada, principalmente, com os mecanismos de negociação, que ganharam cena em várias leis de natureza processual penal vigentes.

De fato, mudanças recentes no modelo processual penal brasileiro adotaram várias formas de negociação para a solução do problema criminal. Embora reconheçam-se a esse novo modelo uma série de ditas vantagens de ordem prática (menor custo, mais agilidade, eficiência punitiva etc.), o negócio penal é arriscado tanto do ponto de vista dos fins buscados pelo processo penal constitucionalizado quanto no que se refere aos direitos e garantias das partes envolvidas no conflito penal. Neste estudo analisa-se como se manifesta a lógica do risco no âmbito do processo penal brasileiro, especialmente com a inserção de instrumentos de abreviação do processo na forma da negociação e que conferem celeridade à resolução do caso penal. Pretende-se, ainda, explorar os riscos inerentes a esse novo paradigma negocial diante de um modelo constitucional de processo e discutir a questão à luz do aparente conflito entre as matrizes constitucionais e as demandas por um processo mais eficiente.

Para tanto, o estudo inicia com a demonstração de como a sociedade do risco leva o processo penal ao eficientismo inerente ao paradigma negocial. Posteriormente, e por meio de uma análise de algumas recentes mudanças normativas, procede-se com a discussão de como o modelo brasileiro abraçou o eficientismo negocial e quando isso se deu. Por fim, são apresentados os problemas do paradigma da negociação e como isso conflita com a democratização do processo penal. Ao que tudo indica, as demandas de uma sociedade de risco são justamente os elementos que parecem justificar a falta de constitucionalização do modelo processual penal brasileiro.

O estudo se justifica, pois, embora a lógica negocial encontre profundos empecilhos ao conflitar com direitos e garantias tão caros a um processo penal regido pela Constituição de 1988, é ela amplamente aceita e, especialmente, com base nas modificações recentes do *Pacote Anticrime*, tem possibilidade de se tornar o programa processual penal prevalecente no modelo nacional. Ao que tudo indica, portanto, a lógica do risco contamina mais o processo penal vigente do que o conteúdo axiológico da própria Constituição de 1988.

## 2 A sociedade do risco e o eficientismo processual penal: a pressa como regra e a negociação como solução

Ulrich Beck identifica, em sua obra<sup>1</sup>, as características do que denominou de uma sociedade do risco com base em uma análise histórica das transformações sociais da modernidade. Juntamente com outros autores<sup>2</sup>, indica como ponto de partida dessa compreensão histórica a *primeira modernidade*, momento identificado pelo período industrial como aquele a partir do qual se caracteriza de forma importante a modernidade e as suas essenciais transformações tecnológicas e econômicas. Já a *segunda modernidade*<sup>3</sup>, também chamada de *modernidade reflexiva*, consiste no estágio de progresso e transformação de um tipo de modernização caracterizada pelo questionamento dos fundamentos da própria modernidade industrial<sup>4</sup>. Nesse contexto, enquanto na primeira modernidade reconhecem-se as mudanças estruturais que conformam uma nova condição social, a segunda, de perspectiva eminentemente epistemológica e evidentemente posterior, caracteriza-se pelo reconhecimento das consequências não desejadas do processo de modernização<sup>5</sup>, dos seus efeitos e ameaças, algo impossível de ser assimilado pela racionalidade de outras épocas. Portanto, é apenas nesse contexto de modernidade reflexiva que se concebe essa sociedade do risco<sup>6</sup>.

Segundo Callegari e Linhares<sup>7</sup>, a antiga sensação de controle humano sobre os acontecimentos do mundo deu espaço à sensação de impotência e medo, decorrentes do desenvolvimento social que cada vez mais se abre a riscos invisíveis, a exemplo da ameaça nuclear. É curioso, nesse sentido, que o *animus* social, portanto, tenha migrado tão substancialmente de um estado de autoconfiança iluminista, proveniente de uma sensação de domínio racional humano sobre a natureza, característico, inclusive, do próprio método do positivismo científico, a um estado de angústia e preocupação proveniente do reconhecimento de que a humanidade não tem o controle real e efetivo dos efeitos produzidos pelo necessário processo de desenvolvimento industrial.

Uma consequência notória desse processo é a crise de legitimidade das instituições. De fato, o processo de tomada de decisões escapa ao modelo político clássico e novas formas de controle social e conformação da resposta das massas produzem outras formas de pressão. Novos medos estruturam as demandas populares e criam crises de segurança cada vez mais frequentes. Por sua vez, essa insegurança dá origem a um Estado vigilante, o qual se vê voltado à prevenção dos tais riscos reconhecidos<sup>8</sup>, o que, certamente, se potencializa diante do surgimento do Estado de bem-estar social. Sendo assim, a sociedade de risco é caracterizada pelo reconhecimento da indeterminação dos riscos globais e da sua imprevisibilidade, bem como de um sentimento de impotência diante deles, com a conseqüente demanda de medidas preventivas de riscos.

Dentre vários fatores potencializadores desse processo na contemporaneidade, a mídia é, certamente, um dos mais evidentes. A construção e manutenção desse sentimento de insegurança devido à imensa quantidade de informações a que submete a sociedade torna-se especialmente notável em virtude da facilidade pela evolução dos sistemas comunicacionais. Tal fato, inclusive, tornou possível afirmar que há “uma relação direta entre a quantidade de informação a respeito de episódios de violência e o sentimento de insegurança, o primeiro incidindo sobre o segundo”<sup>9</sup>. Essa formidável sensação de impotência diante da percepção dos

<sup>1</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

<sup>2</sup> Ver também GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 02.

<sup>4</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002. p. 189.

<sup>5</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002. p. 173.

<sup>6</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 30.

<sup>7</sup> CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. *Direito & Justiça*, v. 40, n. 2, p. 126, jul./dez. 2014.

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001. p. 138.

<sup>9</sup> CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. *Direito & Justiça*,

riscos, sentida na condição de ameaça, implica a pressão social, exercida, especialmente, sobre o Estado, para a evitação ou gestão desses perigos em um processo que tornou extremamente popular o discurso sobre a garantia da segurança pública.

De fato, embora esse não seja um processo propriamente novo, ele se aperfeiçoa tanto na era do risco quanto com a construção da noção de periculosidade que pretensamente permite, de certa forma, prevenir-se os fatores criminógenos e, conseqüentemente, prevenir-se os crimes. A modernidade reflexiva, portanto, é central para que a noção de segurança pública como demanda social passe a ser desenvolvida<sup>10</sup>. Isso se percebe, especialmente, com a adequação do poder punitivo e o seu discurso dogmático-penal à realidade dos novos problemas sociais<sup>11</sup> e suas conseqüências.

A colocação do aumento dos riscos no centro das reflexões sobre criminalização<sup>12</sup> preme a gestão político-criminal e dá origem ao que se convencionou chamar de Direito Penal do risco: o poder punitivo passa a usar o processo de criminalização antecipada e otimizada como elemento de estabilização social pelo atendimento às expectativas normativas. A criminalização ágil de condutas passa a ser considerada a solução para os problemas sociais, configurando-se um *expansionismo do Direito Penal* que, muitas vezes, resulta em conseqüências apenas simbólicas<sup>13</sup>. Esse fenômeno é constatado por Prittwitz que, tratando de um Direito Penal expansivo<sup>14</sup> como mutação do Direito Penal do risco<sup>15</sup>, aponta como uma sua característica o aumento da criminalização de condutas apenas perigosas e não efetivamente lesivas de bens jurídicos<sup>16</sup>, ou seja, a criminalização de condutas meramente arriscadas, o que faz com que as fronteiras entre a natureza repressiva e reativa do Direito Penal desapareçam<sup>17</sup>. É o Direito Penal de *ultima ratio* assumindo a nova função de estabilizador do sentimento de segurança social — algo natural ao funcionalismo penal contemporâneo.

Essa mudança não ocorre, apenas, no direito material, pois o processo penal que o instrumentaliza também fica sujeito à pressão por resultados e solução ágil de problemas, o que é reflexo do mesmo e perigoso movimento. É notória uma utilização do processo para o atendimento de demandas sociais por uma justiça penal mais rápida e assim, em tese, mais eficiente na sua atuação *contra o crime*, de forma a oferecer uma resposta de ágil revitalização do sistema normativo violado pelo ilícito. Nesse contexto, em uma sociedade do risco, o processo penal sofre influências modificativas no sentido de se tornar mais acelerado, justamente uma das características que o transformam em algo que se pode chamar de um direito processual do risco<sup>18</sup>. Afinal, a ânsia social por respostas apaziguadoras do conflito, especialmente porque tornado público

v. 40, n. 2, p. 126, jul./dez. 2014.

<sup>10</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 93.

<sup>11</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 92.

<sup>12</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 37-38, mar./abr. 2004.

<sup>13</sup> CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. *Direito & Justiça*, v. 40, n. 2, p. 126, jul./dez. 2014.

<sup>14</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 38, mar./abr. 2004.

<sup>15</sup> Sintetizando as tendências político-jurídicas de um Direito Penal do risco, três são as características centrais: ampliação da proteção penal a bens jurídicos supraindividuais; o alargamento e antecipação da tutela penal, afastando a lesão ao bem jurídico para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta, o que resulta no aumento dos tipos de perigo abstrato; e, por fim, o repensar o conceito de culpabilidade para abarcar também as pessoas jurídicas. Ver a síntese feita por MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 99 e DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, jan./mar. 2001.

<sup>16</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 39, mar./abr. 2004.

<sup>17</sup> HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, Norteamérica, v. 4, n. 4, p. 55, abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/337rOK1>. Acesso em: 15 nov. 2019.

<sup>18</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 358.

pela facilitação dos modelos de comunicação, implica demandas sociais de urgência em torno da questão penal que se põe diante do Judiciário. Isso porque a sensação de temor provocada pelo risco decorrente da impunidade obriga o poder público a uma resposta jurídico-penal urgente que seja capaz de reafirmar as expectativas normativas<sup>19</sup>.

Obviamente, o binômio celeridade-certeza é alterado por essa demanda popular no sentido de tender mais à celeridade do que à certeza. A “doutrina da dupla eficiência”<sup>20</sup>, que equilibra as demandas de *castigo* e de *proteção do cidadão* de maneira ótima no processo, mencionada por Binder, desestabiliza-se em favor do castigo.

Ao mesmo tempo, o Judiciário tem limitações de espaço e tempo importantes. Para além de se tratar de um serviço público que é notoriamente reconhecido como “lento, ineficaz e caro”<sup>21</sup>, demandas de eficiência penal (mais crimes reconhecidos, mais processos, mais prisões, mais penalização etc.) tornam necessária a adoção de medidas que evitem o processamento penal e acelerem seu trâmite de forma a oferecerem soluções tanto urgentes (para atender às demandas populares de solução dos conflitos) quanto expeditas (para evitar que processos ocupem o sistema judicial penal). Por isso, as respostas penais precisam ser *rápidas e abreviadas: eficientes e ágeis* para conjugar, ao mesmo tempo, os anseios populares de eficiência e as demandas estatais de reafirmação do *custo/benefício*. Todos esses aspectos, como se percebe, atendendo às características inerentes a uma sociedade do risco, que demanda medidas eficientes para gerenciar e prevenir as ameaças que acometem a coletividade.

O tema já vem sendo debatido pela doutrina mais atenta há algum tempo. Discutindo a questão, Jorge de Figueiredo Dias, inclusive, menciona que “parece-me hoje indiscutível que a ideia da sociedade do risco suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis”<sup>22</sup>, sem deixar de fazer também menção à influência da sociedade do risco no processo penal, muito embora não explore a questão e os problemas dela advindos. É o reconhecimento das demandas de *eficientismo* processual penal que, potencializado pela lógica de privatização do processo, inerente a um sistema de construção neoliberal que se tornou comum dos anos noventa em diante, reconfigura mesmo o sentido do processo penal como um todo<sup>23</sup>. E a adoção do paradigma negocial no processo, sobretudo, parece ser um claro indicador desse processo. Isso fica evidente ao se analisar, por exemplo, a experiência processual penal mais recente.

### 3 O paradigma negocial no processo penal brasileiro: entre garantia e celeridade, venceu a pressa

<sup>19</sup> Nas palavras de Suxberger: “parece razoável considerar que a ordem política vigente buscou emparelhar o direito penal, na perspectiva do recrudescimento das penas, com o direito processual penal, para atuar de forma mais eficiente e de modo a tornar visível a resposta estatal em virtude do enfrentamento da criminalidade de rua, de sangue, isto é, da mais violenta”. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 281, 2017.

<sup>20</sup> BINDER, Alberto M. Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal. In: CÓPPOLA, Patricia. *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Advocatus, 2006. p. 44.

<sup>21</sup> GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 165, set./dez. 2014.

<sup>22</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, jan./mar. 2001.

<sup>23</sup> Nas palavras de Hartmann: “Prima-se, então, diante da imprevisão dos resultados das ações humanas, por ações eficientes, capazes de projetar os melhores fins. Neste quadro, o Direito, protetor do abandonado homo faber, passa a ser um empecilho ao bom funcionamento do mercado e, por isso, aparece a idéia de flexibilizá-lo. E isso é sentido, inclusive, no âmbito específico das reformas processuais penais”. HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 197.

Maya constata que a própria evolução legislativa evidencia a tendência político-criminal de busca por maior eficiência na investigação e na persecução criminal<sup>24</sup>. Referida evolução se deu no sentido de se aprimorarem meios de investigação, por exemplo, com a infiltração de agentes, a ação controlada, a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, a colaboração premiada e a obrigatoriedade de identificação do perfil genético<sup>25</sup>, em um processo que privilegia a eficiência investigativa e probatória, muitas vezes em detrimento da garantia de direitos individuais dos processados.

Mais recentemente, inclusive, a abreviação do processo se tornou uma tônica. A adoção de mecanismos eletrônicos de gestão do processo, com a eficiente migração do papel para meios digitais, foi um passo importante na aceleração dos trâmites processuais, mas isso não parece ter bastado. A opção pela eficiência e brevidade também se transferiu aos ritos e elementos que compõem o processo em si, demandando-se deles celeridade na produção de respostas capazes de satisfazer a opinião pública em detrimento da calma e cuidado necessários à instrução processual, justamente a fase em que se manifestam o contraditório e a ampla defesa. Afinal, esse processo demanda tempo, recurso que se torna escasso em uma sociedade do risco.

Por essa razão, portanto, tem sido neste preciso momento em que se populariza a adoção, pelo processo penal brasileiro, de mecanismos negociais, utilizados em sistemas do *Common Law* e que, de certo modo, abreviam o processo, além de serem instrumentos de obtenção de informações que ampliam as possibilidades de oferecimento de respostas. De fato, vários desses mecanismos foram adotados nas últimas décadas do processo penal brasileiro, modificando a perspectiva do Código de 1941 de forma fundamental. Tais ritos são ágeis, baratos e eficientes para a produção de *alguma* verdade processual, de maneira que surge uma série de argumentos em favor desse novo paradigma negocial. De fato, diante da alegação de que o processo penal comum é exageradamente lento e burocrático, a adoção da negociação seria um instrumento importante para evitar prescrições, nulidades e impunidade, o que tem um apelo dito democrático amplamente aceito pela população<sup>26</sup>.

No processo penal brasileiro, vários foram os instrumentos negociais inseridos no ordenamento jurídico em um movimento que é curiosamente implementado apenas nos anos noventa e, a partir de então, se tem tornado notório e admitido formas cada vez mais amplas.

Nesse contexto, inicialmente, pode-se mencionar o art. 76 da Lei n.º 9.099/95, que trouxe o instituto da transação penal, prevista constitucionalmente desde 1988, no artigo 98, I. Aponta-se que, com a Constituição de 1988, se introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a justiça penal consensual<sup>27</sup> e, com a Lei n.º 9.099/95, foi estabelecido o primeiro modelo no Brasil<sup>28</sup>, ao lado da composição civil e da suspensão condicional do processo<sup>29</sup>.

A transação penal foi inserida no texto constitucional com a evidente pretensão de agilização do sistema processual penal para crimes menos graves na forma de mandado constitucional. Essa perspectiva foi razoavelmente bem aceita, tanto na doutrina quanto na *praxis* e foi responsável pela ampla redução de volume de

<sup>24</sup> MAYA, André Machado. Processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. *Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 111, jan./jun. 2017.

<sup>25</sup> MAYA, André Machado. Processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. *Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 103-105, jan./jun. 2017.

<sup>26</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 200.

<sup>27</sup> PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 80.

<sup>28</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Ramos de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, p. 1114, set-dez 2015.

<sup>29</sup> CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/13. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 258.

trabalho na Justiça Criminal<sup>30</sup> na medida em que os Juizados Especiais passaram a lidar com infrações penais de menor potencial ofensivo. Especialmente porque o processo nos Juizados Especiais Criminais é orientado pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, priorizando a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62). Tais características, evidentemente, dão suporte a uma proposta de justiça negociada e abreviada.

Nesse contexto, o caráter de negociação do instituto fica evidenciado desde o seu funcionamento até a proposta central: como se sabe, em audiência preliminar, devem estar presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, acompanhados de advogado. Havendo representação pela vítima ou sendo crime de ação penal pública incondicionada, poderá ser realizada a transação penal, ofertada pelo Ministério Público, consistente na aplicação imediata do que é, na prática, uma pena restritiva de direitos ou multa determinada por um critério de conveniência da acusação.

Na oportunidade, o indiciado e seu defensor têm a possibilidade de “negociar” a proposta, aceitando ou não o acordo. A aceitação, por sua vez, implica a ausência de processo, já que há a imediata aplicação da sanção, mas sem importar em reincidência. A única anotação refere-se à realização do acordo, que visa impedir o uso do mesmo instituto dentro de cinco anos. Não havendo aceitação do acordo, o processo segue com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Muito embora a homologação do acordo seja feita pelo magistrado, que aplicará a sanção acordada, não há que se falar nas consequências jurídicas extrapenais do art. 91 do Código Penal, justamente porque não se trata de uma sentença penal condenatória, mas sim de acordo com estipulações delimitadas<sup>31</sup>.

Outro movimento importante é aquele das colaborações do acusado para com a Justiça, presente na Lei n.º 9.807/99 (que trata dos programas de proteção de vítimas e testemunhas), nos seus artigos 13 e 14<sup>32</sup>, que preveem a possibilidade de concessão de perdão judicial ao acusado primário que tenha auxiliado nas investigações, colaborando para a identificação de autores, para a localização de eventuais vítimas ou mesmo para a recuperação total ou parcial do produto do crime. Com a referida lei, a colaboração premiada foi possibilitada para todos os tipos de crime cometidos em concurso de pessoas<sup>33</sup>; antes disso, encontrava previsão em diversos diplomas normativos específicos<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Muito embora tenha implicado a redução do volume de trabalho, já que há a abreviação de muitos processos, existe a crítica no sentido de que, com os Juizados, muitas causas que poderiam ser descriminalizadas, ganharam notoriedade; e muitas que se resolviam na própria delegacia de polícia, passaram à esfera do Judiciário. Essa conclusão é verificada no estudo feito sobre a Comarca de Porto Alegre por AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Juizados especiais criminais: Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, p. 107, out. 2001. Ver também WUNDERLICH, Alexandre. *A Vítima no Processo Penal (Impressões sobre o fracasso da Lei no 9.099/95)*. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 35.

<sup>31</sup> CAVALI, Marcelo Costenaro. *Dois faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/13*. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 259.

<sup>32</sup> “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.” “Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.”

<sup>33</sup> ROSA, Alexandre Morais da; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico: A ausência de coação como requisito de validade*. Florianópolis: Emais, 2019. p. 27.

<sup>34</sup> Como é o caso da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que inseriu o §4º no art. 159 do CP (extorsão mediante sequestro), posteriormente alterado pela Lei n.º 9.269/96; a Lei n.º 9.080/95, que acrescentou dispositivo nas leis n.º 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e na Lei n.º 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Econômica, Financeira e contra as Relações de Consumo); a Lei n.º 9.034/95, atualmente revogada pela Lei n.º 12.850/13 (Criminalidade Organizada); e a Lei n.º 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), atualmente com as alterações pontuais da Lei n.º 12.683, de 2012.

Embora a colaboração premiada tenha raízes históricas muito mais antigas (dispositivos de premiação a colaboradores existem desde as Ordenações Filipinas no Direito em vigor no Brasil) e seja recuperada em vários movimentos normativos mais recentes, especialmente a partir dos anos noventa, ela passa a gozar de amplo sucesso e com a edição da Lei n.º 12.850/13, cujos instrumentos definidos no seu art. 4º e seguintes a racionalizam sobremaneira, e passa a ser usada amplamente, especialmente na lida para com as organizações criminosas.

Efetivamente, com a Lei n.º 12.850/13, ocorre um tratamento detalhado à colaboração premiada, trazendo regramento mais amplo para sua aplicação, e evidenciando seu caráter negocial. Dela, pode-se extrair que o juiz não participa da negociação, que é realizada entre as partes (autoridade policial, Ministério Público, investigado ou acusado e seu advogado). O papel do juiz é voltado ao controle da legalidade, exercido na fase de homologação do acordo e, também, em relação à aplicação da pena. Inclusive, é no momento da homologação que o juiz deve analisar a voluntariedade do colaborador, exigida no acordo de colaboração e considerado um requisito de validade do negócio jurídico, seguindo a Teoria dos Negócios Jurídicos do Direito Civil<sup>35</sup> — é essa voluntariedade que caracteriza, portanto, o processo dito *negocial*.

O acordo de colaboração premiada pode ser formalizado na fase investigativa, durante o processo criminal, e mesmo após a sentença (art. 4º, §5º da Lei n.º 12.850/13). Nasce com a oferta de proposta de acordo, realizada pelo investigado ou acusado, assistido por seu advogado. O Ministério Público ou a autoridade policial poderão rejeitar, sumariamente, a proposta; e não havendo indeferimento sumário, as partes podem prosseguir nas tratativas e, após avaliar a pertinência da proposta, a autoridade policial ou o Ministério Público poderão rejeitar ou aceitar a proposta. Estando as partes de acordo com os termos, ocorre a formalização do termo de acordo da colaboração premiada que, sendo homologado pelo juiz, pode prosseguir com as próximas fases (produção dos elementos de prova e fornecimento de documentos). Ao final, o juiz analisa o cumprimento das cláusulas contratuais e aplica os prêmios, conforme pactuado no acordo entabulado.

Apesar de controversa na doutrina, a colaboração premiada foi reconhecida e chancelada pelo Supremo Tribunal Federal (como no HC 127.483/PR) como sendo um negócio jurídico processual, para além de ser um meio de obtenção de prova, considerando-se que seu objeto é a cooperação do imputado tanto na investigação quanto no processo criminal.

Além disso, pode-se apontar uma terceira forma de justiça penal negocial — talvez a mais evidente delas — no sistema penal nacional contemporâneo. No Projeto de Lei n. 6.341/2019, havia ampla discussão sobre a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico do chamado “acordo de não persecução penal”, que consistia na possibilidade de que o acusado confessasse o crime imputado em troca de uma pena mais branda. Antes disso, encontrava previsão na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), muito embora tenha sido alvo de diversas críticas<sup>36</sup>.

A proposta veio à lume com a publicação da Lei n. 13.964/19, o *Pacote Anticrime*, que incluiu o instituto no art. 28-A do CPP, prevendo a possibilidade de que o Ministério Público proponha o acordo de não persecução penal para as infrações praticadas sem violência ou grave ameaça, com pena mínima em abstrato inferior a 4 (quatro) anos, desde que o acusado ou investigado tenha confessado a prática da infração penal.

<sup>35</sup> ROSA, Alexandre Morais da; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico*. A ausência de coação como requisito de validade. Florianópolis: Emais, 2019. p. 45-52.

<sup>36</sup> Especialmente pela inconstitucionalidade, por conta da violação à reserva da lei e aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (LGL\2017\12790). *Boletim do IBCCRIM*, v. 25, p. 8, out. 2017; LOPES JÚNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 150; ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 252, dez. 2017.

A inclusão desse instituto representou uma ampliação substancial da justiça criminal negocial no Brasil, já que boa parte das infrações penais possui pena mínima inferior a quatro anos<sup>37</sup>.

As condições propostas ao investigado podem ser ajustadas, podendo ser cumulativas ou não, e não incluem a aplicação da pena de prisão<sup>38</sup>. Além disso, o procedimento evidencia, ainda mais, o caráter negocial do instituto: o acordo deve ser formalizado por escrito, e se dá entre o membro do Ministério Público, e o investigado e seu defensor. Da mesma forma que na colaboração premiada, o juiz possui o papel de controlador da legalidade, que ocorre no momento da homologação do acordo, após verificada, em audiência, a voluntariedade do investigado. Caso as condições estejam inadequadas, insuficientes ou abusivas, os autos são devolvidos ao Ministério Público para reformulação, a qual também deverá ter concordância do investigado e seu defensor para que seja novamente levada ao magistrado. Com a aceitação da proposta, caso cumpridas as obrigações, o investigado verá extinta sua punibilidade e, por outro lado, caso esta não seja aceita, será dado seguimento à persecução penal.

Há vasto campo para atuação do Ministério Público, já que o poder de negociação fica majoritariamente concentrado nas mãos do órgão acusatório<sup>39</sup> e depende da aceitação do investigado.

Em suma, conforme os institutos da transação penal, da colaboração premiada, e do acordo de não persecução penal, os últimos anos foram profícuos na adoção de instrumentos que reduzem a atuação do Judiciário sobre a prática de infrações penais, justamente priorizando-se o acordo entre as partes para a rápida resolução do caso ou a colaboração com a investigação, em consonância com o viés eficientista do processo. Tais formas de justiça penal negociada resultam na relativização de algumas garantias processuais, importando em problemas que necessitam ser enfrentados à luz do contexto constitucional que deveria orientar o sistema processual penal brasileiro.

## 4 O paradigma da negociação e seus problemas: ou como se saltou de rocco ao eficientismo

Embora o paradigma negocial seja, portanto, uma realidade no processo penal brasileiro, é importante que se entenda que esse modelo, além de prenhe de problemas, é de duvidosa adequação ao modelo constitucional de 1988. Adiante discute-se essa questão e, além disso, apontam-se possíveis explicações para a ampla aceitação normativa desse novo modelo ainda que ao arrepio da lei — como não poderia deixar de ser, a racionalidade de uma sociedade de risco é o elemento central que parece garantir esse delicado *desequilíbrio*.

### 4.1 Os riscos do paradigma negocial

Inicialmente, vale frisar que, ainda que se tome a justiça penal negociada como a “possibilidade de negociação entre defesa e acusação sobre aspectos variados da pena e do processo”<sup>40</sup>, é certo que esse modelo se dá de maneira bastante ampla quanto às suas formas, sendo curioso, entretanto, que a proposta brasileira

<sup>37</sup> REALE JÚNIOR, Miguel; KAGUEIAMA, Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 1019, p. 277-304, set. 2020; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 166, p. 241–271, abr. 2020.

<sup>38</sup> É possível pactuar a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; a renúncia a bens e direitos indicados pelo Ministério Público; a prestação de serviço; o pagamento de prestação pecuniária; ou mesmo outra condição indicada pelo Ministério Público.

<sup>39</sup> REALE JÚNIOR, Miguel; KAGUEIAMA, Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 1019, p. 277-304, set. 2020.

<sup>40</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 312.

tenha privilegiado apenas algumas delas, as negociações no modelo próximos ao *plea bargaining* estrangeiro, em detrimento de outras.

É preciso ter em mente que a nova “reprivatização do conflito penal”, característica do processo de negociação, é evidência de uma lógica *acelerada* do processo. Assim, se a negociação, em certa medida, abre espaço por propostas mais humanizadoras pretensamente substitutivas do processo — como a mediação e a justiça penal restaurativa, que também envolvem algum grau de negociação processual entre as partes —, por outro, é certo que essas medidas tomam tempo e exigem um repensar da própria pena e, por isso, tendem a ser rejeitadas por não atenderem, justamente, àquelas demandas particulares de uma sociedade do risco.

Substituindo a justiça do pai pela disciplina materna<sup>41</sup> e buscando a solução do conflito entre as partes envolvidas, de forma informal e não violenta, em lugar da sanção penal de forte apelo social, a solução restaurativa abandona a lógica inquisitiva em favor de um *approach* muito mais apto à solução do problema penal<sup>42</sup>. Entretanto, demanda tempo — recurso escasso na sociedade moderna — e acaba por negligenciar o conflito penal, privando-o da possibilidade de servir de subsídio para a satisfação das expectativas normativas.

É assim evidente que a justiça restaurativa esteja desprivilegiada em favor do modelo da barganha: mais do que um processo democrático (vítima no processo negociando com o acusado e resolvendo o conflito-problema), o que se quer é privilegiar um processo ágil (promotor oferecendo penas menos violentas em troca da aceitação da responsabilidade) que foca na eficiência aparente do serviço público, não na solução do conflito. Por isso, não se deve estranhar que tenham sido adotados vários instrumentos de negociação depois dos anos noventa, mas não de restauração.

Essa “simplificação dos procedimentos penais em nome da eficiência da justiça penal”<sup>43</sup> tem o condão de evitar o processo sem a demora e sem a exclusão da afluência do modelo restaurativo. De fato, a negociação é ágil depois da investigação inicial levada a cabo pelo inquérito, o que facilita o papel da acusação e alimenta o sistema inquisitório. Além disso, a depender do interesse da acusação, mais ou menos afluência carrega a proposta negociada — mas sempre alguma dor precisa estar presente no negócio, pois é isso que parece dar sentido ao processo penal.

É verdade que os benefícios oferecidos por essas alterações podem ser bastante atraentes para o acusado. De fato, Gloeckner destaca que “à incerteza de um processo em que prevalecem as garantias, podendo sofrer uma pena restritiva de liberdade, o acusado prefere a certeza de uma punição menor, onde a sanção não é tão drástica”<sup>44</sup>. Mas, como já se tornou notório na doutrina mais crítica, há riscos graves para os direitos e garantias processuais nessa tendência que se acirra<sup>45</sup>. Conforme sintetiza Aury Lopes Junior, ao menos seis

<sup>41</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. *Saggi sul governo della penaltà: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario*. Bologna: Martina, 2007. p. 76.

<sup>42</sup> Evidentemente, a justiça restaurativa não segue isenta de críticas: para além de um movimento de certa forma *ingênuo*, escapa ao Princípio da Jurisdicionalidade, da legalidade e da celeridade, sendo palatável, apenas, para crimes leves e duvidosamente aceito para crimes mais graves, tudo colocando a justiça restaurativa sob fortes críticas. Sobre a justiça restaurativa, ver: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Sobre as críticas, ver HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 36.

<sup>43</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 197.

<sup>44</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 317.

<sup>45</sup> Ver LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 113-116, HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 43-44 e 202, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado*. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, Edição Especial, p. 04, abr. 2019

princípios de um processo penal que se entenda garantista são violados, quais sejam: o da jurisdicionalidade, enquanto garantia orgânica da atividade e independência do juiz, não apenas para o processo penal; o da inderrogabilidade do juízo; o da separação das funções de acusar e julgar, tendo em vista que muitas vezes é o Ministério Público quem propõe a pena a ser aplicada caso o acordo seja firmado; o da presunção de inocência (que exige que o ônus da prova recaia sobre a acusação); a contradição, enquanto método de confrontação da prova entre acusação e defesa; e o da fundamentação das decisões judiciais (já que por meio da fundamentação, na sentença, deve ficar demonstrado se a prova foi suficiente para superar a presunção de inocência)<sup>46</sup>. No caso da colaboração premiada, o destaque é dado, principalmente, para a violação ao princípio da vedação à autoincriminação<sup>47</sup>, já que o acusado, ao aceitar o acordo, concorda em não exercer o seu direito de ficar em silêncio, conforme determina o §14 do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013. Caso opte por exercer o seu direito, o acordo de colaboração não se efetiva, posto que incompatível com o instituto.

Nesse sentido, são precisas as palavras de Jacinto Coutinho quando afirma que:

sendo o direito um estorvo (ou algo que estorva), natural é o avanço da ideia de flexibilização, a que, em *ultima ratio*, responde pela referida supressão de direitos e garantias, sem embargo de que são conquistas constitucionais e, portanto, por princípio não se poderia voltar atrás (Canotilho)<sup>48</sup>.

No contexto apresentado, a justiça negocial busca conferir maior eficiência e celeridade<sup>49</sup> ao processo, porém, implica a relativização das garantias processuais, uma vez que o desenvolvimento do curso natural do processo<sup>50</sup> atrapalha o efficientismo e a celeridade almejadas em tempos de risco.

#### 4.2 Da eficiência constitucional ao efficientismo: o que se busca com o novo paradigma?

As críticas a esse movimento que caminha em sentido da “eficiência” são especialmente dirigidas ao sentido que se empresta ao seu conteúdo, direcionado que é a questões de ordem econômica (o processo precisa custar menos) e temporal (o processo precisa ser rápido)<sup>51</sup>. Nesse contexto, trata-se de uma eficiência de ordem neoliberal e que, em certa medida, foca, apenas, nos meios (orientados segundo regras de mercado) e não nos fins (orientados constitucionalmente por propostas de garantias fundamentais). A consequência é óbvia: a lógica *protetiva* que se reconhece ao Direito é flexibilizada em favor de uma lógica econômica-mercadológica<sup>52</sup>. De certa forma, é a vitória do *volume* sobre a *qualidade*.

---

e PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 80.

<sup>46</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 117-118.

<sup>47</sup> ROSA, Alexandre Moraes da; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico: A ausência de coação como requisito de validade*. Florianópolis: Emais, 2019. p. 31-33.

<sup>48</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 326.

<sup>49</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 311.

<sup>50</sup> Nesse sentido, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 301-302: “essa aceleração corresponde ao impedimento de o processo seguir seu curso normal, seja através da assunção da culpabilidade antecipadamente (transação penal); delação premiada e seu respectivo perdão judicial ou abatimento da pena; crimes de perigo abstrato que tornam despiendo um resultado (e as provas desse resultado cuja carga seria da acusação); inversão da carga da prova, como ocorre no crime de lavagem de dinheiro no Brasil; prisões cautelares. Esses são alguns dos mais notórios instrumentos de aceleração processual encontrados no processo penal brasileiro”.

<sup>51</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

<sup>52</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 197.

Ora, procedimentos abreviados, ditos “eficientes”, tais como aqueles que privilegiam a negociação, implicam, necessariamente, a negação pessoal de direitos pelo próprio acusado em favor de alguns benefícios pontuais, transformando-o e à sua defesa em uma manifestação do *homo economicus* que se vê obrigado a escolher entre um sofrimento mitigado certo ou o risco de um sofrimento maior. Em outras palavras, retorna-se ao modelo inquisitório, como já reconheceu a doutrina mais crítica<sup>53</sup>. E é curioso que a discussão sobre a constitucionalidade de uma tal opção pela “eficiência processual” seja substancialmente relegada, apenas, a uma pequena parcela da doutrina, pois sua aceitação na construção normativa nacional é de uma amplitude imensa e, aparentemente, inevitável; o que, evidentemente, como revela Binder<sup>54</sup>, trata-se de uma opção de política criminal<sup>55</sup>.

Percebe-se, portanto, que os mecanismos negociais inseridos no processo penal foram todos voltados à simplificação do processo, inclusive com a sua eliminação. Tais elementos estão diretamente relacionados com as características e demandas da sociedade do risco, servindo, fidelissimamente, ao eficientismo processual justamente porque flexibilizam garantias individuais, desvirtuando a instrumentalidade constitucional do processo penal.

Colocando a reflexão mercadológica sobre o tema, Dufour aponta o abandono da transcendência para a imanência, no sentido de que uma justiça atingida por meio da relação dual entre dois contratantes<sup>56</sup> desconsidera os parâmetros valorativos necessários a uma sociedade saudável. O que ele chama de “confissão negociada” ou *plea bargaining* é um exemplo de contratualização da justiça penal. E sobre esse ponto, afirma que: “deve-se notar que esse aparecimento do princípio, a negociação prevalecendo nas trocas mercantis, se fez em nome de um princípio econômico, o de uma melhor gestão dos fluxos judiciais”.<sup>57</sup>

Em outras palavras, a utilização da negociação, para Dufour, afasta o processo de sua real função que seria a busca por alguma verdade (o acusado seria culpado ou não?). Segundo o autor:

O círculo está fechado: doravante a negociação é feita com todos os andares. Mas, por trás dessa “racionalização” e dessa “democratização” do empreendimento judiciário, o que de fato se abandona é a busca da verdade (o acusado é realmente culpado ou não?), a qual é trocada por uma simples negociação entre o acusado e o juiz<sup>58</sup>.

Esse seria um traço evidente, inclusive, da administrativização do Direito Penal que também se orienta pela sociedade do risco. O conceito se refere à ampliação das condutas criminalizadas para envolver aquelas que criam apenas riscos ao bem jurídico ou que poderiam ser reguladas por outros ramos do Direito, especialmente o Direito Administrativo. Esse processo expansivo ignora a necessidade da lógica de *ultima*

<sup>53</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Juízados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 42-48.

<sup>54</sup> BINDER, Alberto M. *Justicia penal y estado de derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 60.

<sup>55</sup> Nas palavras de Hartmann: “Não há como negar, afinal, que o processo penal é, de fato, uma síntese, condicionada culturalmente, da efetividade da persecução penal e das garantias dos indivíduos em face do poder punitivo estatal. É um equilíbrio dinâmico e instável entre essas duas forças, mormente no âmbito latino-americano. O desafio é encontrar um ponto ótimo para esse equilíbrio, sem que isso signifique retroceder em termos de garantias tão arduamente conquistadas, não se devendo esquecer, sobretudo, de que deve o Direito Processual Penal, assim como o Direito Penal, servir para a contenção do poder punitivo estatal. Em outras palavras, toda medida que, de alguma forma, permite a extensão do poder punitivo é ilegítima diante dos postulados do Estado Democrático de Direitos”. HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo Penal e Rito Democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 206.

<sup>56</sup> DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 230.

<sup>57</sup> DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 231.

<sup>58</sup> DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 231.

*ratio*<sup>59</sup> do Direito Penal e a sua absoluta incapacidade de efetiva prevenção de riscos<sup>60</sup>, especialmente dadas tanto a sua atuação *post factum* quanto a sua estrutural seletividade. Mas o poder punitivo não reconhece essa incapacidade no plano político e termina por se confundir com a lógica do direito administrativo sancionador, convertendo-se em um instrumento de gestão dos próprios problemas sociais<sup>61</sup>. Essa condição repercute no processo, pois, ao atuar o poder punitivo em âmbitos em que não é necessário, antecipando-se na repressão ou tratando de temas de que não deveria tratar, a lógica da privatização do conflito é a única que lhe permite sucesso e eficiência. Além disso, com muitas mais questões a discutir, há a tendência em se privatizar o processo para que se selecione o que deve ou não deve ser objeto da persecução penal: “o crescente recurso, na regulação do processo penal a técnicas seletivas de persecução, é um indício de que o direito penal está ocupando-se de mais fatos que os que lhe correspondem”<sup>62</sup>. Por essa razão, ocorre a perda das características penais (inclusive e especialmente no processo), pois “suas técnicas de tratamento dos conflitos se administrativizam e se privatizam”<sup>63</sup>. Ora, para tratar de questões não penais é necessário que se recorra a expedientes que tampouco são classicamente penais, como a negociação.

Assim, é de se questionar os motivos pelos quais o paradigma negocial é prevaemente, mesmo com os vários conflitos de ordem constitucional que a sua aplicação gera. A resposta pode ser extraída com base na análise de como ocorreu a constitucionalização do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941).

#### **4.3 A carência do paradigma negocial: prioridade para o eficientismo em detrimento do processo constitucional**

O CPP de 1941 foi editado durante o Estado Novo, influenciado pelo Código de Processo Penal Italiano de 1930<sup>64</sup>, de matriz autoritária. A própria Exposição de Motivos do CPP brasileiro evidencia tal afirmação, quando o então Ministro da Justiça Francisco Campos faz menção às ideias de Alfredo Rocco sobre os trabalhos de elaboração do *código*<sup>65</sup>. Por isso, é perfeitamente possível afirmar que o atual Código de Processo Penal Brasileiro é influenciado por legislações autoritárias e possui uma matriz inquisitiva, ainda que com elementos agregados do sistema acusatório<sup>66</sup>.

Também é certo que, na história do processo penal, verificam-se movimentos de oscilação, pois, em alguns momentos, predominava a ideia de eficiência repressiva e, em outros, a proteção do acusado<sup>67</sup>. Esse

<sup>59</sup> Segundo Feijoo Sanchez: “o processo expansivo do direito penal o converte num sistema de gestão primária dos problemas sociais (utiliza-se, em muitas ocasiões, a expressão de que o ordenamento jurídico penal passa a construir-se como *prima* ou *sola ratio*). O diagnóstico crítico também incide na realidade de que, em muitas ocasiões, o processo de expansão provoca a justaposição das funções preventivas do direito penal e do direito sancionatório em geral, tornando-se muito difícil estabelecer diferenças teóricas entre o direito penal e os outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito administrativo sancionatório e o direito policial de prevenção de perigos. Encontramo-nos há algum tempo em um processo progressivo de diluição destas fronteiras”. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 07, p. 24, maio/ago. 2011:

<sup>60</sup> HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, Norteamérica, v. 4, n. 4, p. 55, abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/337rOK1>. Acesso em: 15 nov. 2019.

<sup>61</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. ver. y ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 130.

<sup>62</sup> FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 07, p. 25, maio/ago. 2011.

<sup>63</sup> FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 07, p. 25, maio/ago. 2011.

<sup>64</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 109-110, jul./set. 2009.

<sup>65</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85.

<sup>66</sup> Aqui entendido como inquisitório o processo caracterizado pela possibilidade de o juiz produzir provas, ainda que em um sistema inquisitório-acusatório, conforme Jacinto Coutinho. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar. constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 111, jul./set. 2009.

<sup>67</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

movimento pendular se dá com base nas pressões axiológicas exercidas sobre os sistemas normativos e que, por sua vez, atendem a demandas de diversas ordens, sejam elas políticas, econômicas, sociais etc. Com o advento das Constituições democráticas, tais como, especialmente, a Constituição de 1988, o rol de direitos fundamentais tornou-se muito mais largo, e o desafio passou a ser dar ampla eficácia aos direitos fundamentais. Nesse contexto, a Constituição deve orientar o processo penal, pois os princípios nela previstos não são simples instrumentos para a solução de uma lacuna da lei, mas possuem uma dimensão normativa, que irradia na resolução dos casos pelo judiciário<sup>68</sup>. Portanto, o processo penal passa a ser orientado pela concepção constitucional<sup>69</sup>; especialmente porque uma Constituição democrática exige, também, que o processo penal seja democrático<sup>70</sup>.

Com isso, falar de instrumentalidade do processo penal significa dizer que se trata do instrumento pelo qual se valerá o Estado a fim de que seja aplicada uma sanção penal, conforme previsão legal e segundo os ditames constitucionais. Mas não apenas isso, pois a sua finalidade também é dar a máxima eficácia aos direitos e garantias fundamentais do acusado, de modo a limitar o poder estatal<sup>71</sup>. Nisso consiste a instrumentalidade constitucional do processo penal.

Ocorre que, mesmo com a vinda da Constituição de 1988, as reformas parciais do CPP ocorridas desde então não foram significativas a fim de adequar suas disposições ao novo texto constitucional<sup>72</sup> (o que era essencial, pois não há, às escâncaras, uma sincronia entre as disposições da Constituição de 1988 e o Código de 1941). Como era de se esperar, não houve uma correção automática daquela antiga racionalidade inquisitória do modelo Rocco e resistiu-se muito à implementação de um novo Código Processual Penal que fosse capaz de fazê-lo. Ao mesmo tempo, e justamente por isso, diante desse *hiato de constitucionalização* do processo penal brasileiro, dependia-se de uma hermenêutica que fosse capaz de, ao menos, corrigir as falhas do antigo sistema. Entretanto, verifica-se uma grande resistência, na prática, para a concretização das determinações constitucionais<sup>73</sup>. A interpretação do processo que, constantemente, deveria ser feita à luz da Constituição, afirmando as garantias individuais do sujeito para que o processo de aplicação da pena seja considerado legítimo, termina às vezes sendo realizada com base em critérios de urgência que servem a atender às supra-mencionadas demandas de uma sociedade de risco.

Isso deveria ocorrer, também, com as legislações esparsas de natureza processual penal. Afinal, ainda que alguns arroubos de constitucionalização tenham ocorrido, “reformas parciais não mudam o sistema”<sup>74</sup>, permanecendo, portanto, o sistema processual penal brasileiro, desatualizado e incompatível com a escolha constitucional de um processo acusatório.

Em realidade, entretanto, como se viu, verificam-se mudanças na legislação que inseriram no direito processual penal institutos que buscam a celeridade processual e que parecem ter relação direta com a influência

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 10-11.

<sup>69</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 422, jul./dez. 2017.

<sup>70</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30.

<sup>71</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 64-65.

<sup>72</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, v. 10, n. 21, p. 12-13, maio/ago. 2018.

<sup>73</sup> Conforme justificativa apresentada por Carvalho: “muito embora a Carta Magna de 1988 traga uma expressão valorativa significativa instituída no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais calcada na base da dignidade humana, não se observa na prática, sobretudo em matéria penal, que estas garantias sejam acatadas pelas instâncias jurídico-políticas. A justificativa, segundo Agamben, pode residir na aproximação cada vez mais intensa do Estado de exceção como paradigma de governo na política contemporânea”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 425, jul./dez. 2017.

<sup>74</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (Constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 257.

da sociedade do risco, mas que, duvidosamente, atendem aos critérios de constitucionalidade que se deveria exigir de um processo democrático. É fato: colecionam-se tantas medidas de eficiência econômica (porque ágeis) e simbólica (porque capazes de atender às “expectativas normativas”) com as recentes mudanças normativas e com a adoção do paradigma negocial, que se torna quase um exercício heroico a defesa do modelo constitucional-democrático para o processo. Afinal, esse modelo é demorado, caro, facilita a impunidade e a prescrição, sendo uma tarefa difícil defendê-lo diante do risco social provocado pelo crime.

Fato é que a universalização dos direitos humanos chegou tarde no Brasil e não pôde ser incorporada ao processo penal. Materializada de forma definitiva apenas em 1988, já foi obnubilada/ofuscada pela crescente sociedade do risco e, potencializada pela internet dos anos 2000, foi deixada de lado em favor de um eficientismo processual penal. Isso é levemente diferente no plano material, pois a reforma do Código Penal, realizada em 1984, trouxe o que havia de mais moderno no plano jushumanista, e teve o condão de humanizar o direito material dando as cartas, inclusive, a um novo Direito Penal que, por assim dizer, sedimentou as ideias que estariam presentes no texto constitucional poucos anos depois.

A divergência entre um processo destinado à regulação e controle do poder punitivo e o processo penal que ora se presencia não é ao acaso e só assusta os teóricos, mas satisfaz os eficientistas e a população em geral. O incômodo dos teóricos é justificado pela matriz axiológica que os orienta: aquela de um processo penal racionalizante e democrático como o que é estudado nos bancos das universidades, orientado para o controle do poder punitivo. É apenas nesse grupo que se reconhece uma carência normativa-constitucional evidente ao processo: *apesar* do texto constitucional de 1988, não se constitucionalizou o processo, o que era a única forma de se inserir no sistema as grandes conquistas humanizadoras produzidas pela lógica jushumanista.

Por outro lado, a comunidade em geral e um bom número de operadores do direito, movidos pelas demandas da sociedade de risco, não se satisfazem com aquele processo *como deveria ter sido*. Ele é lento e privilegia muito a defesa de forma a dar espaço para a impunidade o que, em sua lógica distorcida, facilita e aumenta os riscos sociais nesse momento de modernidade reflexiva. Por isso, a parte mais numerosa dos operadores do direito e do processo penal, e a população em geral demandam por outros parâmetros e por mais “eficiência”. A polícia ainda segue a lógica do século XIX; a acusação ainda opera segundo a lógica da guerra; a jurisprudência, um pouco mais cautelosa, ainda tenta operar na forma de controle, mas esbarra na demanda *volkisch*. A população, entretanto, sobre toda a pressão do risco, pouco racionaliza, senão apenas sentimentaliza. A resposta — especialmente do executivo e do legislativo — é no sentido de atender à demanda popular e, assim, a mudança inevitável é do fascismo dos anos 40 diretamente ao eficientismo da sociedade do risco.

Por essa razão, o salto de que se fala. A incapacidade do legislador nacional de construir um novo Código de Processo Penal constitucionalizado segundo os modelos de direitos humanos que constituíram o *ethos* normativo do final do século XX foi responsável por tornar obsoleta a constitucionalização do processo diante das demandas do século XXI. E, resistindo à Constituição Federal de 1988, a cópia nacional do *codice Rocco* tornou-se popularmente atual na sua inquisitividade, pois a lógica do risco é o conteúdo axiológico que orienta o processo penal brasileiro muito mais do que os valores constitucionais eleitos como importantes em 1988. Nesse sentido, em plena vivência da sociedade do risco, contemporaneamente, a constitucionalização do processo é *démodée*.

Há necessidade de um movimento de resistência a essa tendência. Atender a demandas populares nunca foi a melhor forma de se criarem políticas criminais eficientes e não é esse o papel de um processo penal minimamente orientado de acordo com o que se espera de um sistema racional e civilizado de gestão do poder punitivo. Mas lutar contra as demandas originárias de uma modernidade reflexiva paradoxalmente irracional tem sido um exercício difícil aos doutrinadores democráticos que ainda tentam salvar o processo penal nacional.

## 5 Considerações finais

O presente artigo tratou de discutir, ainda que sem a pretensão de se esgotar o tema, do paradigma negocial e da sua contextualização em uma sociedade do risco. Para atingir o objetivo do estudo, pretendeu-se, primeiramente, compreender o que é essa sociedade do risco e como ela produz efeitos importantes no modelo processual penal nacional. Em seguida, discutiu-se como o negócio no processo penal atende a várias das demandas dessa sociedade do risco, ainda que contradite várias determinações constitucionais especialmente vinculadas às garantias e direitos fundamentais. Nesse contexto, é certamente paradoxal que a negociação processual penal tenha sido aceita com tanta facilidade.

O artigo explora esse problema e tenta entender como a falta de constitucionalização do processo penal brasileiro, causada pela implementação de poucas e insuficientes modificações normativas pontuais, mas nunca de uma revisão do modelo inquisitório característico do padrão Rocco — que orienta o nosso código — permitiu a adoção do modelo negocial de forma tão ampla. As vantagens dessa nova proposta em uma sociedade de risco que, na modernidade reflexiva, pede por processos céleres, certos e *eficientes* no atendimento às expectativas normativas da população são a receita do sucesso dos negócios processuais. É justamente a carência da humanização processual penal, contra a qual muito se resistiu durante toda a segunda metade do século XX, que deixou espaço para o eficientismo que tomou de assalto a regulamentação normativa do processo.

Essa conclusão não afasta a necessidade de se discutir a questão e colocar em xeque esse novo modelo negocial. Cedo as dificuldades processuais e procedimentais desse paradigma negocial se tornarão evidentes e suas vantagens aparentes se podem tornar problemas. Afinal, se é certo que a modernidade reflexiva é um processo pelo qual a sociedade percebe problemas que a própria primeira modernidade criou e, portanto, percebe os riscos inerentes à nossa própria evolução, também é certo que as opções adotadas em um processo penal são também elas resultado de riscos dessa mesma evolução. A reflexão sobre as consequências do próprio modelo negocial, assim, é inevitável, e é possível que a adoção de medidas limitadoras desse novo sistema se torne a nova realidade no futuro.

## Referências

- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados especiais criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, out. 2001.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. *Revista DUC In Altum Cadernos de Direito*, v. 10, n. 21, maio/ago. 2018.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- BINDER, Alberto M. *Justicia penal y estado de derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.
- BINDER, Alberto M. Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal. In: CÓPPOLA, Patricia. *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Advocatus, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC n.º 127.483/PR*. Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3sUw9e0>. Acesso em: 24 abr. 2021.

- CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. *Direito & Justiça*, v. 40, n. 2, p. 125-132, jul./dez. 2014.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 421-442, jul./dez. 2017.
- CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/13. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, Edição Especial, abr. 2019.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (Constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, jan./mar. 2001.
- DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”: notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 7, maio/ago. 2011.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Ramos de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 3, set./dez. 2015.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

- HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, Norteamérica, v. 4, n. 4, p. 54-57, abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/337rOK1>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- KARAM, Maria Lúcia. *Juízados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MAYA, André Machado. Processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. *Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 97-117, jan./jun. 2017.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro V. Título CXVI: Como se perdoará aos malfeitores que derem outro à prisão. Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://bit.ly/3vnNwVT>. Acesso em: 28 out. 2020.
- PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. *Saggi sul governo della penality: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario*. Bologna: Martina, 2007.
- PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel; KAGUEIAMA, Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 1019, p. 277-304, set. 2020.
- ROSA, Alexandre Morais da; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico: a ausência de coação como requisito de validade*. Florianópolis: Emais, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 286-303, 2017.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (LGL\2017\12790). *Boletim do IBCCRIM*, v. 25, out. 2017.
- WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.