

O DIREITO PENAL NEGOCIAL COMO NOVA E MODERNA TÉCNICA DE CONTROLE SOCIAL ATRAVÉS DA SOLUÇÃO CONSENSUAL: mitigação da reincidência e prova de sua eficácia

PATRÍCIA LARA MENDES¹ & GERALDO MAGELA LOPES²

¹Graduanda em Direito, patricialara.mendes@gmail.com

²Professor do Curso de Direito, gerlopes@uol.com.br

Caderno Saberes, n. 7, 2021

RESUMO - O trabalho analisa a expansão do Direito Penal como resultado do processo de globalização e certifica a legitimidade do Direito Penal Negocial que, por meio de seus instrumentos, visa mitigar a reincidência e provar sua eficácia frente às demandas jurídico-penais de baixo e médio potencial ofensivo. Para tanto, explora-se as críticas doutrinárias e a problematização em razão da afirmação, encontrada na doutrina, de que a aplicação negociada do Direito Penal viola a Constituição por ser contrária, em tese, aos princípios do Estado Democrático de Direito, causar insegurança jurídica e, supostamente, corromper os atores do processo criminal. Diante disso, o trabalho buscou compreender a função e a finalidade do Direito Penal, bem como seu âmbito de tutela para, por fim, apresentar os instrumentos que lhe dão forma e atestar a legitimidade do Direito Penal Negocial como técnica constitucional de controle social.

Palavras-chave: Expansão do Direito Penal. Justiça Conflitiva. Justiça Consensual. Legitimidade. Mitigação da Reincidência.

INTRODUÇÃO

O estudo em tela teve como intuito apresentar a justiça penal negociada em face do tradicionalismo dessa esfera, sob a perspectiva da expansão do Direito Penal, a fim de evidenciar a necessidade de adequação da legislação às mudanças advindas da globalização, visto que essa é uma das causas que culminam na imprescindibilidade de se ter um novo olhar sob o processo penal.

O tema proposto circunda sob as demandas jurídico-penais, cujo classicismo não alcança satisfatoriamente, de modo a propor a adoção de novas e rápidas formas de aplicação da lei, sendo a solução negociada a mais eficaz delas, como propõe, por exemplo, o art. 28-A da Lei

nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Isto posto, o estudo demonstra grande relevância, uma vez que atesta a legitimidade da aplicação da justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro diante do fenômeno da globalização, alcançando a análise da legislação, bem como a observância dos mecanismos de controle social.

A pesquisa guarda, ainda, relevância pública, uma vez que os instrumentos materializadores do instituto, além de impactar positivamente na redução do volume processual do Poder Judiciário, proporcionam a satisfação social em razão da participação ativa na resolução de conflitos penais de baixo e médio potencial ofensivo, considerando ser uma forma alternativa e

coexistente ao Direito Penal Clássico, que busca mitigar a reincidência à prática de crimes, uma vez que, resgata a função e a finalidade desse âmbito jurídico, pois carrega a essência da reintegração e reeducação à vida em sociedade.

Ademais, a legitimidade supracitada, é ratificada por meio da conformidade com os princípios constitucionais e infraconstitucionais, sendo demonstrada, ainda, a sua eficácia mediante a análise dos efeitos sociais e jurídicos causados em virtude da sua utilização.

Assim sendo, o estudo objetivou certificar que o Direito Penal é uma legítima técnica de controle social e sua expansão, tornando-o negocial, traz uma técnica nova, moderna e legítima que valoriza a solução consensual e negociada de conflitos buscando a mitigação da reincidência e a comprovação da sua eficácia, o que coaduna com os interesses da sociedade, sem descuidar do devido processo legal, que encontra na técnica legislativa atualizada, seu novo caminho e olhar adequados e com o amparo constitucional de proteção individual, dentro de todos os fundamentos para a proteção da dignidade da pessoa humana, ampla defesa, contraditório, eficácia e eficiência das normas penais.

MATERIAL & MÉTODOS

Neste estudo foi adotada a técnica de pesquisa teórica com base na doutrina e na legislação, a fim de se demonstrar a construção histórica ideológica no qual se fundamenta o Direito Penal Clássico para, posteriormente, explicitar que o tradicionalismo presente nessa área não atende a toda demanda jurídico penal, principalmente considerando-se os impactos de um mundo globalizado. Logo, fez-se necessário defrontar os modelos de justiça presentes no ordenamento jurídico, com o objetivo de

demonstrar a possibilidade legítima e eficaz da justiça consensual no âmbito penal, para aqueles casos que são cabíveis a aplicação desse modelo.

Em uma linha lógica, o trabalho foi fundamentado por autores como Luís Greco que, traduzindo Claus Roxin (2018, p. 33), afirma que a finalidade do Direito Penal de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador, ou seja, a pena só pode ser cominada quando for impossível obter de outras medidas menos gravosas, o que caracteriza a *ultima ratio* do Direito Penal.

Nesse mesmo sentido, demonstra-se as definições de Prevenção Geral Positiva e Prevenção Geral Negativa, voltadas à análise do caráter punitivo do Direito Penal que, para Vieira (2007, texto digital) são, respectivamente, àquela que surte efeito para todo e qualquer cidadão, sendo positiva ao ocasionar uma tranquilização social por meio de uma norma vigente eficaz e, negativa ao firmar certo grau de intimidação frente àqueles que venham a sofrer possível intervenção penal; e, àquela que visa ressocializar o delinquente afastando sua estigmatização e prevenindo a reincidência.

Ante ao contexto jurídico penal atual, cabe demonstrar o amparo para a criação do Direito Penal, estabelecido pelas Escolas Penais. No final do século XVIII, a Escola Clássica surgiu em reação ao totalitarismo Estatal e, na segunda metade do século XIX, a Escola Positiva surgiu com um ideal diferente daquele abordado pela Escola anterior. Segundo Demiranda (2017, texto digital), a Escola Clássica via o crime como um conceito meramente jurídico por não o considerar uma ação e sim uma infração, tendo a pena, por consequência, a finalidade de retribuição da conduta delituosa, decorrente do livre arbítrio do indivíduo, além de trazer o conceito

analítico de crime. Conceitua ainda, a Escola Positivista que, em contraponto à Clássica, visava defender a sociedade do delinquente afastando a ideia de ressocialização e reforçando a estigmatização do criminoso.

Dessa análise, entende-se que a criação dessas Escolas foi de suma importância para a base do Direito Penal e influenciaram diretamente na construção da legislação brasileira, todavia foram criadas de acordo com os aspectos e demandas concernentes à sua época e destoam do momento social e político em que o Brasil se encontra. Partimos então, de uma cultura punitiva para uma cultura conciliatória, restaurativa e negocial.

Num panorama atual, a justiça consensual torna-se cada vez mais frequente no cenário jurídico, sendo vista como uma forma alternativa de solução de conflitos, que dá maior autoridade às partes que decidirão, conforme as condições de cada procedimento, sobre os efeitos que recairão sobre elas. Nesse seguimento na década anterior, já afirmava Oliveira (2001, p. 21):

A procura de soluções que facilitem a aplicação da Justiça Penal encontra no princípio da diversão ou da desjudicialização e no princípio da mediação utilíssimas opções para descortinar a conjugação de esforços que fomentam o emprego, em longa escala, de medidas alternativas consentidas pela consciência ético-jurídica da comunidade.

Oliveira (2001, p. 23) ainda pontua que o Código Penal enumera alguns tipos que dependem de acusação do ofendido, ou seja, para aqueles crimes que exigem como condição para o ajuizamento da ação, a representação da vítima, a legislação criminal possibilita uma “mediação mitigada” seja por um familiar, um terceiro ou mesmo pelas

partes quando há o mínimo de esforço. Essa tendência legislativa já adotada em outros ramos da ciência jurídica, chega ao Direito Penal Brasileiro com uma força maior tendo em vista a estimulação dos operadores por essa via.

Outrora, em termos de direito comparado, a legislação internacional regida pelo *CommonLaw*, apresentou às demais nações os institutos *plea bargaining* e *guilty plea*, que sustentam a ideia de justiça negociada que, posteriormente, serviria de referência aos Estados Membros que constatassem a inevitabilidade do fenômeno.

A justiça penal negociada, apesar de estar em evidência no momento atual, não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido materializada pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Penais que data de 1995, por meio da transação penal e da suspensão condicional do processo, pela Lei 12.850/2013, que traz a Colaboração Premiada como benefício legal concedido àquele que colabora efetivamente com a persecução penal, além da mais recente atualização do Pacote Anticrime a partir do Acordo de não Persecução Penal.

Já o negócio penal, numa perspectiva ampla, compreende os instrumentos de resposta para os conflitos penais. Pode-se indicar alguns desses instrumentos: acordos despenalizadores para infrações de menor gravidade (transação penal e suspensão condicional do processo); medidas de delação ou colaboração premiada, destinadas a facilitar a produção probatória, possibilitando uma resposta mais rápida e efetiva; o uso da barganha penal, que implica a possibilidade de negociar uma pena menor, com assunção de culpa pelo fato e a evitação de todo o caminho da instrução processual. (SUXBERGER e FILHO, 2019, p.378)

A expansão do Direito Penal está para a ordem jurídica assim como a globalização está para o mundo e, o Direito Penal Negocial como gênero de vários institutos jurídicos, sofre duras críticas desde os aspectos formais até os materiais como, por exemplo, a afirmação de violação da Constituição por ser contrária, em tese, aos princípios do Estado Democrático de Direito, causar insegurança jurídica e, supostamente, corromper os atores do processo criminal.

Por fim, entende-se que a justiça negociada apresenta conformidade com os princípios penais no Estado Democrático de Direito, como tratar-se-á nos resultados e discussões dessa pesquisa.

RESULTADOS & DISCUSSÃO

A afirmação da doutrina de que a expansão do Direito Penal e, junto a ela, a justiça penal negociada desrespeitam os princípios constitucionais e infraconstitucionais, não se sustenta, uma vez que, da sua análise, verifica-se essa conformidade.

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

(...)

Os argumentos contrários ao instituto da delação e da barganha, entretanto, não suportam um exame mais acurado. A questão da inversão da carga probatória não constitui um fundamento apto a tornar o instituto inconstitucional. (SUXBERGER e FILHO, 2016, p. 389)

Quanto ao argumento de corrupção ou desequilíbrio entre os atores processuais, Suxberger e Filho (2016, p. 390) são assertivos:

Não se pode falar em coercibilidade da proposta, pois se exige voluntariedade e presença de defesa técnica. O exemplo estadunidense de mais de 90% dos casos solucionados com base em acordos, tanto na seara estadual como na seara federal, como se constituísse uma demonstração da coerção, não serve integralmente ao problema brasileiro. Isso porque o modelo de pena nos EUA é diferente do modelo interno. No Brasil, decerto, muitos investigados poderão optar pelo processo. Ademais, é certo que a proposta, no caso brasileiro, deverá se ancorar em indícios veementes de autoria e prova da materialidade. (...)

A crítica não procede com a ideia de primazia da confissão sobre o direito de defesa, uma vez que a assunção de culpa é voluntária e precedida de diálogo com a defesa técnica para optar ou não por essa via. (SUXBERGER e FILHO, 2016, p. 390)

É importante pontuar que nenhum princípio do Direito é absoluto e partindo desse pressuposto é que se apontam as críticas dadas à nova dinâmica processual penal. Nesse sentido, Zaffaroni e Batista (2011, p. 200) são assertivos:

Verifica-se que nenhum dos princípios mencionados como

limitadores do poder punitivo conhece uma aplicação absoluta. A observação corrente permite afirmar que se todos eles fossem enunciados de modo absoluto, urgiria admitir sua violação cotidiana. (...)

Assim como os demais ramos da ciência jurídica, o Direito Penal é moldado frente a um contexto histórico-político que é fator determinante à legitimidade e aplicação de diversos institutos. Nesse sentido Prado (2014, p. 105) sustenta:

O Direito Penal, como também os demais ramos do ordenamento jurídico, fundamentam-se em determinados princípios como elementos essenciais e diretores, em sua maioria jurisdicionados, seja em nível constitucional, seja não constitucional. Derivados, em sua origem, dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, numa certa época, foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática.

Além da conformidade com a legalidade em razão da observância do processo legislativo, ou seja, do cumprimento cumulativo de todos os atos cruciais desde a iniciativa até a publicação da lei, o Direito Penal Negocial por meio de seus instrumentos, encontra respaldo social pelo fato da sua aplicação alcançar a finalidade do Direito Penal, o que o torna legítimo. Nesse seguimento, Dworkin (2014, p. 232) assegura:

Um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres. Um argumento em favor da legitimidade só precisa oferecer razões para essa situação geral.

Como pontuado, além da globalização trazer pontos positivos e negativos para a sociedade, faz observar o que deve ser repensado com fito em atender e solucionar os conflitos decorrentes desse fenômeno. Na Coletânea de Artigos do MPF que trata de Inovações da Lei nº 13.964/2019, Lidiane Teixeira de Souza (2020, p. 234) pontua:

O tradicional sistema de justiça criminal não apresenta resposta capaz de atender plenamente às justas expectativas de resolução de conflitos, pois, apesar de consumir parcela significativa dos recursos públicos, as ações penais se multiplicam, são altas as taxas de criminalidade, o padrão de funcionamento da segurança é baixo e o Judiciário é moroso, implicando descrença da opinião pública na capacidade do Estado de dirimir essas demandas.

Como indicado neste trabalho, resta clara a necessidade de se utilizar uma nova dinâmica para atender às necessidades jurídico-penais que assolam nosso país, não apenas pela visível e crítica reincidência à criminalidade, mas pela necessidade de aliviar a pressão no terceiro poder que soma um número exorbitante de demandas como de recursos públicos, sendo humanamente impossível atender a todas com eficiência.

Sob o aspecto gerencial, os modelos permitem reduzir o custo financeiro do aparato estatal de justiça criminal, antecipando fases e, portanto, diminuindo algumas atividades da persecução penal e atos processuais. Há uma economia de recursos no âmbito Judiciário, principalmente, com a diminuição de audiências, de intimações, de atos processuais e de outros serviços de cartório. (SUXBERGER e FILHO, 2016, p. 386)

Tendo em vista a crescente e ininterrupta ascensão de processos penais, junto à morosidade do Judiciário na resolução dessas demandas, questiona-se cada vez mais a capacidade do Estado em satisfazê-las e, em se tratando da seara criminal, as críticas se corroboram desde uma segurança pública falha e despreparada até a imprevisível sentença. Dessa forma, Direito Penal Negocial, por meio da justiça consensual vem ganhando espaço nas discussões a respeito dos métodos alternativos de solução de conflitos para além da área cível. Assim, Souza (2020, p. 236) ressalta:

No âmbito da justiça criminal, destacam-se duas arenas para enfrentamento dessa questão: a de consenso e a de conflito, sendo importante asseverar, contudo, que um modelo não afasta o outro, ambos coexistem e se complementam. Dessa forma, não se deve olhar para a justiça consensual como uma linha evolutiva da justiça penal conflituosa, mas sim como uma alternativa a ela, pois esta não deixa de dar as respostas clássicas ao crime, apenas passa a contar com outras formas de reação.

Além de buscar uma alternativa ao inchaço do Judiciário visando uma solução célere e eficaz aos conflitos penais, a justiça negociada também tem por objetivo mitigar a reincidência que, com previsão no art. 63 do Código Penal, trata de uma circunstância agravante do crime, considerada quando o sujeito tenha sido condenado por outro crime e a sentença condenatória tenha transitado em julgado. Nesse caminho, a justiça negociada ligada à prevenção especial positiva, que visa ressocializar o agente, evitando sua estigmatização e buscando prevenir a reincidência, resgata a função do Direito Penal.

A afirmação acima ganha mais

força quando se faz uma análise sistemática dos problemas sociais acarretados pela reincidência. De acordo com os dados apresentados pelo Relatório de Pesquisa de Reincidência Criminal no Brasil feito em 2015 pelo IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, visando apresentar um panorama da reincidência criminal com base em dados coletados em alguns Estados do país, a população carcerária brasileira teve um aumento de 83 (oitenta e três) vezes em setenta anos. Além desse aumento súbito, calculou-se que em 2012 havia 515.482 (quinhentos e quinze mil, quatrocentos e oitenta e duas) pessoas presas para apenas 303.741 (trezentos e três mil, setecentos e quarenta e uma) vagas nas penitenciárias, resultando em um déficit de 211.741 (duzentos e onze mil, setecentos e quarenta e uma) vagas, considerando ainda, que 38% (trinta e oito por cento) da população carcerária, encontrava-se em situação provisória. Os números tornam-se ainda mais alarmantes quando analisado que juntos estão, desde aquele que praticou um furto simples até quem cometeu um grave crime de homicídio, ou um que teve envolvimento com o tráfico de drogas.

Diante dos dados apresentados, fica ainda mais evidente a necessidade de se repensar o modelo de justiça utilizado na resolução das demandas processuais penais no Brasil, o que não significa que a medida é solução para todos os problemas envolvendo a criminalidade do país, mas aquele que, se somado a políticas públicas que eduquem e conscientizem desde a educação básica até a formação superior, e ofereça ainda infraestrutura, acesso ao lazer, informação, cultura e oportunidade em todos os níveis sociais, poderá alcançar efeitos positivos na redução da criminalidade, bem como da reincidência.

Assim, sendo a expansão do

Direito Penal e a justiça penal negociada, fenômenos inevitáveis, considerados como algumas das consequências da globalização, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro deve se adequar às demandas postas pela evolução social a fim de atendê-las de maneira célere e eficaz, tanto na esfera cível, como na penal. Apegar-se a textos legais tradicionais de maneira rígida, sem observar que as soluções por ele propostas não atendem a todos os conflitos sociais, é fechar os olhos para as possibilidades que surgem por meio de estudos e análises do Direito Comparado.

Ademais, superando todas as críticas apontadas, o Direito Penal Negocial em resposta aos efeitos da expansão do Direito Penal ilustra procedimentos ágeis e modernos frente à persecução penal, seja pela Suspensão Condicional do Processo, Transação Penal, Colaboração Premiada ou pelo Acordo de não Persecução Penal, reduzindo consideravelmente a morosidade judicial causada pelo extenso e contínuo volume de ações ajuizadas, bem como o inchaço penitenciário que desencadeia circunstâncias agravantes dada a situação subumana dentro e fora dos presídios somada à marginalização social do indivíduo que será reinserido, mas nem sempre reintegrado na vida em comunidade.

CONCLUSÕES

O estudo teve por propósito compreender os modelos de justiça frente à evolução social a fim de identificar e apresentar uma solução legítima e eficaz aos problemas relacionados à sistemática processual penal brasileira.

À vista disso, numa análise social, percebe-se os quão falhos são os mecanismos de prevenção e coerção à criminalidade na atualidade, que pouco condizem com a função e a finalidade do

Direito Penal.

Como apresentado, a expansão do Direito Penal, no limite da pesquisa realizada neste trabalho, é um novo olhar sobre a dinâmica penal e processual penal em face das demandas criminológicas de uma sociedade que, em razão da globalização, carece de uma solução que, além de sancionar novas condutas delituosas, proporcione tranquilidade social e a reintegração harmônica do indivíduo na sociedade.

Destarte, alcançando o objetivo traçado pela pesquisa, o artigo aqui apresentado atesta a legitimidade do Direito Penal Negocial em razão da expansão do Direito Penal por meio de uma análise evolutiva da legislação brasileira e de sua relação direta com a função e a finalidade do Direito Penal, enfatizando ainda, a compreensão de que a expansão do Direito Penal é consequência de um mundo globalizado e que o Direito Penal Negocial, por intermédio de seus instrumentos, é solução, não apenas para conflitos de baixa e média complexidade, mas também uma saída para o controle e equilíbrio sociais, bem como a para a eficiência resolutiva dos fatos criminosos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição, (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>> Acesso em: 11 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 11 dez. 2020.

DEMIRANDA, Dandara Trentin; FONSECA, Bruno Bandeira. **O Direito Penal Brasileiro e as contribuições das Escolas Clássica e Positiva**. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2014.

IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>> Acesso em 11 dez. 2020.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativas à Prisão** 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SUXBERFER, A.; FILHO, D. **Funcionalização e expansão do Direito Penal**: o Direito Penal Negocial. v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4097/pdf%20acesso%2018/05/20>> Acesso em 11 dez. 2020.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

VIEIRA, Vanderson Roberto. **As funções do Direito Penal e as finalidades da sanção criminal no Estado Democrático de Direito**. 2007. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-funcoes-do-direito-penal-e-as-finalidades-dasancao-criminal-no-estado-social-democratico-de-direito/>> Acesso em 11 dez. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - I**. 1. ed. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2011.