

UMA CRÍTICA AOS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS NO PROCESSO PENAL: A RUPTURA DOS AXIOMAS GARANTISTAS

Diego Prezzi Santos¹

SANTOS, D. P. Uma crítica aos instrumentos consensuais no processo penal: a ruptura dos axiomas garantistas. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 24, n. 1, p. 1-15, jan./jun. 2021.

RESUMO: O problema deste prefacial texto consiste em saber: as formas negociais do processo penal brasileiro atendem aos axiomas do garantismo jurídico que conferem estabilidade, racionalidade e segurança jurídica ao sistema penal? Observado o núcleo o modelo negocial vigente, promove-se sua confrontação com os axiomas elencados por Luigi Ferrajoli em *Direito e Razão*, vistos também em outras de suas obras, para avaliar a compatibilidade dos instrumentos de barganha com direitos fundamentais e garantias individuais. A conclusão é de que as normas consensuais não são compatíveis com o garantismo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal negocial; Garantismo; Axiomas.

CRITIQUE OF CONSENSUAL INSTRUMENTS IN CRIMINAL PROCEDURE: THE BREAKDOWN OF THE GUARANTEE AXIOMS

ABSTRACT: The purpose of this preface is to seek answer to the following question: do the negotiating forms of the Brazilian criminal procedure meet the axioms of legal guarantee that provide stability, rationality and legal security to the criminal system? After observing the current business model, it is contrasted with the axioms listed by Luigi Ferrajoli in *Direito e Razão*, also present in his other works, to assess the compatibility of bargaining instruments with fundamental rights and individual guarantees. It can be concluded is that consensual norms are not compatible with legal guarantee.

KEYWORDS: Business criminal justice; Guarantee; Axioms.

UNA CRÍTICA A LOS INSTRUMENTOS DE CONSENSO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL: LA RUPTURA DE LOS AXIOMAS DE GARANTÍA

RESUMEN: El problema de esta investigación es saber: ¿las formas negociables del proceso penal brasileño cumplen con los axiomas de garantía jurídica que proporcionan estabilidad, racionalidad y seguridad jurídica al sistema penal? Al observar el modelo de negocio actual, se promueve confrontación con los axiomas enumerados por Luigi Ferrajoli

DOI: [10.25110/rcjs.v24i1.2021.8775](https://doi.org/10.25110/rcjs.v24i1.2021.8775)

¹ Doutor em Direito (FADISP). Professor em nível de graduação e pós graduação.

em Derecho y Razón, também vistos em outras de sus obras, para avaliar a compatibilidade de los instrumentos de negociación con derechos fundamentales y garantías individuales. La conclusión es que las normas consensuadas no son compatibles con la garantía legal.

PALABRAS CLAVE: Justicia penal negociable; Garantía; Axiomas.

1. INTRODUÇÃO

Inúmeras mudanças legislativas criaram mecanismos reputados como negociais ou consensuais no país, alterando a forma como a persecução penal e o processo penal se desenvolvem.

Muitas críticas doutrinárias foram apresentadas aos instrumentos de barganha apontando falhas das mais diversas. Explora-se neste trabalho prefacial uma das linhas de análise, a questão da compatibilidade dos mecanismos de justiça penal negocial com o garantismo jurídico firmado por Luigi Ferrajoli, principalmente na obra *Direito e Razão* e enfrenta a questão: o modelo negocial vigente no país está ou não de acordo com os axiomas propostos pelo precitado autor?

Conquanto se tenha a aplicação constante dos instrumentos de barganha e textos defendendo sua compatibilidade com a Constituição Federal, e mesmo com o garantismo penal, há discordância acadêmica e debate prática que indicam tanto o interesse na controvérsia quanto a hipótese de antagonismo entre o ferramental consensual e o pensamento do garantismo jurídico (penal).

E a escolha da submissão do modelo de consenso à confrontação com o garantismo se dá pela comparação com os princípios axiomáticos elencados por Luigi Ferrajoli, que visam à construção de um modelo de direito e processo penal adequado ao estado constitucional.

Faz-se análise doutrinária para conceituar o estado constitucional e suas bases. Aponta-se o significado e quais são os axiomas do processo penal cognitivo, distinguindo os princípios materiais e procedimentais.

Indicam-se os mecanismos consensuais e as características deste modelo. A propósito, a detecção dos traços comuns afetos a esse formato de processo penal é feita com fundamento na doutrina, o que não é tarefa simples dada à variedade de instrumentos de barganha. Todavia, é viável pelas singularidades, tanto que diferenciam o processo penal tradicional do negocial quanto pela dispersão dessas particularidades aos mecanismos negociais.

Por derradeiro, faz-se a confrontação deste modelo com os axiomas do garantismo de modo a demonstrar a adequação ou sua inadequação.

2. O ESTADO CONSTITUCIONAL

O estado constitucional centra-se na limitação do poder pelo Direito e, no Direito,

há o plexo de direitos fundamentais e garantias como condições de regularidade formal e material. (FERRAJOLI, 2002, p. 289-290) As decisões tomadas “no interior do estado constitucional de direito são limitadas e vinculadas, substancialmente, pelo conteúdo dos direitos fundamentais” (TRINDADE, 2012, p. 17).

Detecta-se mudança importante no paradigma de estado por definir condições de validade tanto em âmbito material quanto em âmbito formal, as quais podem ser causa de legitimação ou de deslegitimação das decisões tomadas pelos poderes. E são os direitos fundamentais as fontes, os critérios de legitimação das condutas dos poderes. (FERRAJOLI, 2007, p. 46). Portanto, tais direitos são fontes de legitimação constitucional da democracia (FERRAJOLI, 2007, p. 27) enquanto exercem também a função de proteger a pessoa contra arbítrios. (NOVELLI, 2014, p. 124)

Compõe-se formação de estado lastreado na constituição no qual:

O texto constitucional obriga a que determinados comandos sejam respeitados e buscados. Com isso, a democracia deixa de ser apenas formal para ir mais adiante, há um conjunto de direitos assegurados que formam comandos para a sociedade; por exemplo, não pode a sociedade revogar os direitos humanos. São postulados que limitam e obrigam ao mesmo tempo. (CENCI, MUNIZ, 2020, p. 97)

E essa concepção permite distinguir o estado legislativo de direito, também nomeado de estado legal ou estado de direito do estado constitucional de direito ou estado constitucional, ambos lastreados no princípio da legalidade, mas com diferenças salutares. (IPPOLITO, 2011, p. 39)

No primeiro é direito o conjunto de normas produzidas pelo órgão competente. No segundo as normas produzidas devem ser coerentes com as normas constitucionais. (PRADO, p. 3). Um centra-se no “quem” fez e “como” fez a norma e o outro em “o que” existe na norma.

No estado legal há uma preocupação com a edição da lei pelo órgão adequado e do modo adequado, mas o princípio da legalidade não vincula a lei a algum fim e não se define um modo de intervenção da lei, não sofrendo ela qualquer condicionamento, o que garante poder discricionário absoluto ao poder que faz a norma. (IPPOLITO, 2011, p. 39)

No estado constitucional a lei é vinculada ao fim constitucional e condicionada pelas normas previstas na Constituição Federal. E, para aferição de tais exigências, é sujeita a controle de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2007, p. 29) e há redução no poder discricionário.

Com tais conceitos, percebe-se que as normas podem ser válidas ou inválidas a partir de um dever ser constitucional (IPPOLITO, 2011, p. 39-40). A Constituição Federal tem posição superior e contém rigidez que gera análise das normas infraconstitucionais que podem ser reputadas como compatíveis ou incompatíveis.

Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais no estado constitucional

tem função de relevância extrema, pois são fins e limites do legislador. E se conectam com a ideia de democracia substancial (e não meramente formal), pois é, de fato, uma teoria de direito e de democracia. (PINHO, 2021, p. 13-21) E, no âmbito do direito e do processo penal, os axiomas do garantismo tem tal ascensão.

3. OS PRINCÍPIOS AXIOMÁTICOS E O PROCESSO PENAL COGNITIVO

E os axiomas do garantismo são princípios de um modelo dotado de unidade e coerência epistemológica, um modelo adequado ao estado constitucional e que garante direito às pessoas ao passo que limita e racionaliza o poder de punir.

Tanto no direito penal quanto no processo penal, estas proposições prescritivas enunciam as condições que o sistema deve satisfazer, de dever ser. Firmam-se como implicações deonticas que se caracterizam como elementos essenciais da responsabilidade penal e da aplicação da pena (FERRAJOLI, 2002, p. 73-74). A legitimidade da punição depende da observância de critérios “do por que, de quando e de como proibir, julgar e punir”. (ALMEIDA, 2013, p. 6151).

O poder de proibir, processar e punir não se legitima em si mesmo. Não se justifica por ter sido criado ou permitido pelo legislador.

Conforme designa Luigi Ferrajoli, os princípios axiomáticos ou axiomas são:

- A1 Nulla poena sine crimine, o principio de retributividad.
 - A2 Nullum crimen sine lege, o principio de estricta legalidad.
 - A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate, o principio de economia.
 - A4 Nulla necessitas sine iniuria, o principio de lesividad.
 - A5 Nulla iniuria sine actione, o principio de materialidad.
 - A6 Nulla actio sine culpa, o principio de culpabilidad.
 - A7 Nulla culpa sine iudicio, o principio de jurisdiccionalidad.
 - A8 Nullum iudicium sine accusatione, o principio acusatorio.
 - A9 Nulla accusatio sine probatione, o principio de la carga de la prueba.
 - A10 Nulla probatio sine defensione, o principio de contradicción.
- (FERRAJOLI, 2002 p. 7-75)

Esses axiomas podem ser observados do seguinte modo:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicioriedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8)

princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Nota-se que há axiomas nitidamente penais e outros cujo teor é instrumental. Tem-se nessa distinção dos axiomas os conceitos de estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade. (PINHO, SALES, 2020, p. 5) E, apesar da distinção, implicam-se mutuamente, pois são necessárias tanto das garantias processuais quanto das substanciais (SOUZA, 2012, p. 491-492).

E “Quanto mais satisfeitas a estrita legalidade (legalidade material, taxatividade, ofensividade, retributividade, etc.) e a estrita jurisdicionalidade (imparcialidade do juiz, carga da prova à acusação, presunção de inocência, etc.), mais certeza (ao invés de poder) haverá nas decisões”. Desse modo, o cognoscitivismo se sobrepõe ao decisionismo. (PINHO, SALES, 2020, p. 5)

Vê-se que se pretende a definição do sistema penal e processual penal com base em direitos fundamentais e garantias individuais, opondo-se de modo claro ao direito emergencial que é exercido. Garantias diversas decorrem da percepção de que a democracia necessita um processo que reforce a proteção individual diante de arbitrariedades estatais. (PRADO, p. 4)

E fontes diversas, nacionais com as constituições e internacionais como os tratados, definem um conjunto das normas para tal proteção (OLIVEIRA, PREZZI, 2016, p. 994).

As garantias processuais, portanto, contribuem para um modelo de processo cognitivo, orientado para verdade e que só admite a punição após processo que respeite regras de raciocínio e procedimento.

4. A EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA

Há nitidez no caráter disfuncional do processo penal. Os compromissos constitucionais não são respeitados e os resultados pretendidos não são alcançados.²

Reconhece-se a crise da administração da justiça “em todos os cantos”, posto que o “progresso na ciência jurídica processual não foi acompanhado de uma justiça célere e eficaz”. (FERNANDES, 1999, p. 189).

² Frisa-se que a existência de crise ou crises no sistema penal é estranhamente debatida. Aquilo que é apontado como óbvio defeito por parte daqueles que conhecem e atuam no penal (violação de direitos, desrespeito à pessoa, prisões processuais como regra, baixo *standard* probatório, relativização de normas, mega encarceramento, estado de coisas inconstitucional, seletividade penal, criminalização secundária, etc.) é reputado em outra perspectiva como o sistema penal cumprindo sua programação. Pode-se identificar que a arquitetura do sistema penal neoliberal foi feita com objetivo de produzir estes nefastos resultados. Cf. WACQUANT, Loic. *Prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. *Passagens*. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 1. no.2, julho/dezembro 2009, p. 20-39.

Com isso, as ideias de aceleração e simplificação processual são apontadas como formas de otimizar o sistema processual reconhecidamente problemático. E uma “cristalina tendência” é de criar e acionar mecanismos negociais, de barganha com tais objetivos. (GIACOMOLLI, VASCONCELLOS, 2015, p. 1109-1111)

Conforme Lopes Jr., e Paczek, “a ampliação dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência inexorável, que começa timidamente no Brasil em 1995” e vai ser expandindo (2019, p. 321).

A busca por celeridade e simplificação, de fato, é uma busca por eficiência e não por eficácia. Debates legislativos sobre as ferramentas negociais orbitam sobre o encurtamento do processo, a contribuição do investigado ou imputado, a aplicação de uma sanção antecipadamente.³ E não sobre garantir direitos, reforçar o consenso ou a voluntariedade, apurar o sistema de avaliação de provas, melhorar a oportunidade de ressocialização, minorar a criminalização secundária, etc.

Nessa busca por efetividade, as cláusulas de disponibilidade criaram os mecanismos de barganha e negociação. Desse modo, pode-se falar em dois modelos de processo penal. O processo penal tradicional e o engloba as formas negociais (DA ROSA, 2020, p. 505).

É de se ver, então, a existência do formato tradicional, adversarial, e do formato consensual ou negocial⁴, este último com características gerais próprias.

4.1 Características comuns do modelo negocial

Os mecanismos negociais dos juizados especiais criminais são antigos exemplos de espaços de consenso no processo penal brasileiro, entretanto a doutrina identifica instrumentos semelhantes à delação premiada em período anterior (ROSA, SANT’ANNA, 2019, p. 401).

Pode-se dizer é atual o sistema penal adotar tais soluções no Brasil como política criminal (GIACOMOLLI, 2006, p. 76).

Em breve recapitulação, vê-se leis importantes. A Lei n. 9.099 de 1995 que criou os Juizados Especiais Criminais e seus mecanismos de acordos. A Lei n. 12.850 de 2013 que trata da organização criminosa e da delação premiada, já bastante alterada, a Lei n. 12.846 de 2013 que dispõe sobre o acordo de leniência e a Lei n. 13.964 de 2019 que desenha o acordo de não persecução penal.

³ No Brasil não houve a criação do *plea bargain*. Vide razões, entre outros, em FARACO NETO, P.; SANTOS, D. P.; LOPES, V. B. A (im)possibilidade de aplicação do sistema Plea Bargain no processo penal Brasileiro. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*. Umuarama. v. 22, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2019. CABRERA, Michelle Gironde. RIBEIRO, Barbara Feijó. Os acordos penais como efeito da retórica do catastrofismo: uma análise a partir do plea bargaining estadunidense. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, jul. 2021, p. 12-15, LOPES JR., Aury. Paczek, Victor. O PLEA BARGAINING NO PROJETO “ANTICRIME”: REMÉDIO OU VENENO? *Revista Duc In Altum* Cadernos de Direito, vol. 11, nº 23, jan-abr. 2019, p. 319-356. LOPES JR., Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, jul. 2021, p. 4-7.

⁴ Assinala-se que os dois modelos de processo penal, conquanto formatados de modos diversos, contém inúmeras identidades.

E os mecanismos de barganha têm características comuns. Aponta Vinicius Gomes de Vasconcellos sobre os traços do processo penal negocial:

[...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. (2015, p. 55)

Nota-se a existência de proposição de alguma modalidade de acordo, aceitação dos termos, diminuição da resistência do imputado, abreviação processual e punição antecipada como elementos compartilhados pelas formas de barganha.

Em regra, a negociação é entabulada baseada no que foi produzido pela investigação preliminar, *i. e.*, em atos de investigação. E o investigado ou imputado não produz prova nessa etapa, nem mesmo as confronta. A confissão é usual, conquanto não seja indispensável em alguns mecanismos. (LOPES JR., PACZEK, 2019, p. 338).

Paulo Roberto Fonseca Barbosa aponta que o sistema nacional de negociação processual penal é peculiar, não comparável com os mais conhecidos modelos. Destaca dúvidas sobre “verdade, confissão e gestão da prova” no formato nacional. (2020, p. 1313)

A análise de alguns desses caracteres nesse texto prefacial é salutar para compreensão da compatibilidade desse modelo negocial com a Constituição Federal e os princípios de um processo penal cognitivo.

5. VERIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AXIOMÁTICOS

Os axiomas estão na base na noção de estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade.

A primeira envolve a retributividade, legalidade material, taxatividade, ofensividade, princípio da materialidade da ação, culpabilidade.

E a segunda a própria jurisdicionalidade, igualdade das partes, separação funcional, a imparcialidade do juiz, a carga da prova à acusação, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa. (PINHO, SALES, 2020, p. 5)

Os princípios axiomáticos, vê-se, conferem o caráter cognoscitivo ao sistema penal e processual penal quando respeitado e, sua violação, abre espaço ao decisionismo e arbitrariedade. Por isso, submete-se o formato negocial a alguns estes princípios, em caráter prefacial, como forma de se verificar sua harmonia com o Estado democrático e social de Direito.

5.1 Da Pena

Com os modelos negociais a retributividade da pena em relação ao delito é relativizada.

Nota-se que a pessoa deve se conformar com a pena, o que remete, conforme leciona Anitua, as práticas secretas de convencimento típicas de sistemas inquisitivos. (2015, p. 45).

E essa condição do acordo não atesta a atingimento dos fins da pena.

Ocorre situação de ruptura envolvendo “o nexó retributivo entre pena e delito, na medida em que a pena ou a sua medida resultam conexas não à gravidade do crime, mas à conduta processual do réu” (FERRAJOLI, 2014, p. 561).

Constata-se a mudança do eixo da própria noção de pena como reprovação pessoal.

A colaboração processual prestada passa a ser decisiva. A ofensa ao bem jurídico penal, a reprovação a ela e, v.g., as consequências do delito perdem força na análise penal e processual penal.

Preciso, Aury Lopes Jr., aponta o defeito e a mudança no eixo do Direito Penal, que, por certo, influencia o modo de agir do processo:

A pena passa a não ser mais uma consequência do delito, mas sim do acordo. Portanto, além de representar o fim do processo penal e gerar um previsível superencarceramento, o abuso da esfera negocial desconecta o fundamento legitimante da pena, pois ela passa a não guardar mais nenhuma relação com os argumentos que justificam sua existência e tampouco cumprir com suas funções estabelecidas. A pena torna-se fruto apenas da negociação entre as partes, sem qualquer ancoragem nos argumentos que historicamente a justificaram. (2021, p. 5)

Em outro plano, ganham força nessa verificação a quantidade de informações prestadas, a confissão do delito, as provas apresentadas.

Subjacente a esse problema há que se ponderar o papel dos princípios penais constitucionais. A ideia de uso do direito penal por necessidade se rompe, posto que sejam possíveis acordos para casos que não são realmente afrontosos a bem jurídicos penais, inclusive, a lesividade da conduta, eventual bagatela não tem análise de modo pormenorizado, o que abre espaço para a invasão de premissas morais do acusador negociador no negócio.

Vê-se que pessoas investigadas e acusadas que praticaram mesmos delitos terão tratamentos diversos. E isso se deve a vários fatores.

Um deles é que a discricionariedade do acusador negociador é ampla (como se vê no *caput* do artigo 28-A do CPP ao citar o acordo de não persecução penal) e, por isso, a oferta pode ocorrer ou não.

Outros são ligados à oferta. Essa pode conter condições, exigências, prêmios,

incentivos diferentes para pessoas investigadas ou acusadas do mesmo delito, causando mácula da igualdade e indicando uma busca por algo diverso da retribuição. (OLIVE, 2018, p. 8).

Não se pode descuidar o risco de *overcharging* horizontal e vertical. O primeiro se dá com multiplicações de imputações e o segundo com o excesso na imputação de crime mais grave. (CAMARGO, 2021, p. 29-30) A prática, conquanto originada da conduta do agente estatal que oferece o acordo, se reflete em mais um modo de fraturar bases do direito. E sua ocorrência pode se potencializar em razão dos problemas do processo penal já conhecidos e que não se resolvem com a negociação.

5.2 Do Processo

Os axiomas que forma a estrita jurisdicionalidade são afetados com as características do modelo implantado.

A legalidade encontra problemas tanto no que diz respeito à redação normativa dos dispositivos que permitem os negócios penais quanto em relação à sua compatibilidade com a Constituição Federal, condição de validade normativa.

Vide, por exemplo, o lacônico texto do artigo 28-A quando confere poder discricionário a parte que acusa para avaliar suficiência de reprovação e prevenção de delito.

Ademais, tem-se a discricionariedade sobre o quanto é suficiente de informações, provas e confissões para que o sujeito seja reconhecido como colaborador premiado.

E a vagueza das normas inibe a efetiva verificabilidade, além de afetar a segurança jurídica, pois permite a incidência de concepção personalíssimas de quem negocia e avalia os acordos, inclusive no tocante a um *standard* de provas para subsidiar a homologação ou não (BARBOSA, 2020, p. 1319-1320)

A garantia da jurisdição fica afastada ao ser necessário abrir mão do processo e das garantias nele contidas para aceitar o acordo. Como resultado, abre-se mão das normas processuais que regulam detalhadamente o processo penal que tem como foco garantir direitos, dentre eles o da paridade de armas. E, com isso, também fica comprometida a ideia de consenso.

E um dos fatores que fragilizam a negociação é a disparidade de forças e instrumentos. A desigualdade processual sem as garantias que lhe são afetas é vultosa. E, se é papel das garantias promover reequilíbrio de forças e essas não são acionadas pela falta de processo, o desequilíbrio se consolida.

A liberdade de escolha do agente é enfraquecida em razão das possibilidades (ameaças) decorrentes da não aceitação do acordo e dos termos ofertados. Com isso, a igualdade processual inexistente inibe a possibilidade de consenso real.

E as prisões processuais somam-se as causas de debilitação do consenso e do desequilíbrio processual. Tem-se ciência do regime penitenciário medieval e violento, caracterizador do estado de coisas inconstitucional. E o uso das prisões processuais, temporária e preventiva, para forçar acordos, apesar de nítida mácula às finalidades

declaradas, é algo grave e que já se detectou no país. (LOPES JR., PACZEK, 2019, p. 342-346).

Discute-se possível problema na conduta dos operadores dos institutos, por exemplo, da prisão preventiva e da colaboração premiada quando acionada com fins a forçar o acordo. (SUXBERGER. MELLO, 2017, p. 215)

O contraditório também é fraturado pelo modelo de barganha já que a adesão é necessária e a resistência à acusação é um transtorno. Não existe procedimento em contraditório (LOPES JR., 2021, p. 5).

Aponta-se:

[...] o contraditório, por causa da confusão dos papéis entre as partes e o caráter monológico impresso a toda a atividade processual; as garantias da defesa e da publicidade, porque a colaboração do imputado com a acusação requer um tête à tête entre inquiridor e inquirido, que não tolera a presença de terceiros estranhos e recai, ao contrário, devido ao caráter desigual da relação entre os contraentes, em turvas transferências de confiança do tipo “servo/patrão” (FERRAJOLI, 2014, p. 561).

Nota-se que a relação servo/patrão vem da desigualdade dos papéis entre imputado e acusador, que é problematicamente natural no processo penal e, de fato, que se reforça nos formatos de negociação visto que há ciência de que as garantias são afastadas.

Ademais, celeumas orbitam sobre a prova. O ônus da prova é alterado, sendo obrigação do que pretende colaborar via colaboração premiada apresentar provas de suas informações e condições de acordar. E no acordo de não persecução penal sequer há que se provar algo, bastando o aceite daquilo que se presume provado desde o inquérito.

E outro problema é que, por vezes, o acordo é feito sem que aquele que pretende colaborar – em ANPP, colaboração premiada – conheça os elementos informativos e provas existentes, o que é reforçado pelo caráter sigiloso da investigação. Faz-se o acordo pelo que a polícia e o MP deixarem a defesa conhecer. (LOPES JR., PACZEK, 2019, p. 341) O mesmo ocorre em sede de Juizado Especial Criminal.

Pode-se extrair, ainda, do cenário atual dos mecanismos negociais uma grande quantidade de investigações e processos por delitos de baixa gravidade, os quais poderiam ser descriminalizados, promovendo o oposto do que o modelo negocial, em tese, almejava com sua noção economicista e de celeridade.

Soma-se aos problemas o fato de que a análise de justa causa para ação penal é comprometida, fazendo desvanecer um filtro do processo (395, III, CPP) já fragilizado pela prática brasileira, pois não se define a carga de elementos informativos e provas são necessários às ofertas de acordos. A confissão do agente, inocente ou culpado (ANITUA, 2015, p. 42), se torna o suficiente para o acordo ser firmado, como no caso do ANPP, não havendo preocupação com a solução justa para o processo e para fins penais. E a confissão

feita perante o juiz para esse acordo, se não homologada, pode comprometer o exercício jurisdicional assentado em imparcialidade, o mesmo problema visto de certo modo na delação premiada.⁵

O modelo negocial, portanto, condena mais, extrai mais do sujeito (ainda que ele não tenha a dar), elide garantias, mas não resolve os problemas do sistema penal e processual penal (ANITUA, 2015, p. 61). A importante percepção de que este modelo precisa ser pensado sob o viés do estado constitucional é necessária, especialmente pelos objetivos (que não envolvem o respeito a direitos) e resultados (mega encarceramento, prisões abusivas, etc.) já conhecidos, por exemplo, nos Estados Unidos da América. (WACQUANT, 2013, p. 506)

A negociação processual é, inclusive, apontada como elemento integrante de políticas de expansão penal na França (WACQUANT, 2015, p. 17) e nos EUA, ou seja, representam não uma pura simplificação e sim uma ampliação dos espaços de punição.

6. CONCLUSÃO

O modelo negocial vigente no país está ou não de acordo com os axiomas do garantismo jurídico? A resposta negativa diante da análise feita nesse breve texto. E deriva da afronta direta a esses princípios axiomáticos de modo bastante similar ao que ocorre com o processo tradicional.

O formato de barganha é compatível com os defeitos do processo penal brasileiro.

Não se pode descuidar que a configuração negocial, consensual tem sua origem recente e sua expansão centrada nos e dos EUA para depois avançar a outros países. No berço, a barganha não sanou problemas envolvendo injustiças, violações de direitos, encarceramento em massa.

E, apesar das singularidades do modelo nacional - que pretende celeridade, simplificação, colaboração, alto poder discricionário, supervalorização de elementos de investigação, como em outros sistemas, etc. - a ruptura dos princípios axiomáticos é detectável,

Com isso, fragiliza-se o estado constitucional de limitação de poder e democracia substancial em nome de mais uma etapa do estabelecimento de um estado penal.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, 2015.

⁵ Cf. BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ALMEIDA, Débora de Souza de. Questão: o olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli. **RIDB**. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567. Acesso em: 05 out. 2021.

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. Colaboração premiada, paternalismo processual e “juízes camaleões”: simplificação e eficiência do procedimento na luta contra a corrupção. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1301-1344, set./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.393>. 03 out. 2021.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos criminais**. Leme: JH Mizuno, 2020.

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal: passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 1, a. 2, p. 20-39, jul./dez. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal**: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CABRERA, Michelle Gironda. RIBEIRO, Barbara Feijó. Os acordos penais como efeito da retórica do catastrofismo: uma análise a partir do plea bargaining estadunidense. **Boletim IBCCRIM**, a. 29, n. 344, p. 12-15, jul. 2021.

CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, a. 29, n. 344, p. 29-31, jul. 2021.

CARNEIRO, A. W. S. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal: criminal non-persecution agreement: constitutionality of the negotial procedure in the criminal proceedings. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 4, n. 7, p. 23–41, 2019. DOI: 10.24861/2526-5180.v4i7.102. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/102>. Acesso em: 4 out. 2021.

CENCI, Elve Miguel. MUNIZ, Tânia Lobo. Esplendor e crise do constitucionalismo global. **Seqüência**, 2020, n. 84, p. 89-108, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p89>. Epub 08 Jun 2020. ISSN 2177-7055. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p89>. Acesso em: 4 out. 2021.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. A colaboração premiada e a lei das organizações criminosas. **REVISTA JURÍDICA ESMP-SP**, v. 9, p, 53-88, 2016.

FARACO NETO, P.; SANTOS, D. P.; LOPES, V. B. A (im)possibilidade de aplicação do sistema Plea Bargain no processo penal Brasileiro. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR**. Umuarama. v. 22, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *In*: ANAIS DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2011, **Anais [...]**. Curitiba: ABDconst, 2011a, p. 95-113.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Minima Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría del la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELOS, Gomes de Vinicius. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, dez. 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 19 maio 2020.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 3, n.1, p. 34-41 jan./jun. 2011.

LOPES JUNIOR, Aury, PACZEK, Victor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 11, n 23, p. 319-356, jan./abr. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. **Boletim IBCCRIM**, a. 29, n. 344, p. 4-7, jul. 2021.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS| v. 16, n. 31, p. 119-129, jan./jun. 2014.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal através de un sistema de conformidades low cost. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** – RECPC 20-06 (2018). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>. Acesso em: 31 maio 2020.

OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTOS, Diego Prezzi. O CAOS, a relativização de norma legal e a denúncia “mais ou menos” genérica: diálogos entre o supremo tribunal federal e a “nova” técnica. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 21, n. 3, p. 986-1016, 2016. doi:<https://doi.org/10.14210/nej.v21n3.p986-1016>

PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico-penal e direito penal do inimigo**: uma palavra. Disponível em: <http://professorregisprado.com/>. Acesso em: 09 jul. 2021.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva**: a contramão da Modernidade. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Garatismo penal**: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli?fbclid=IwAR0ZMWU2HLnTg_shh9JHqnA3bhnUUHDpnT7SHUcCLAxMk6FrS6Ot17qn9gk. Acesso em: 15 set. 2021.

PINHO, Ana Claudia Bastos de. Garantismo é cringe? In: **Indicium. Boletim da associação dos delegados de polícia do estado da Bahia**, a 1, n. 1, ago. 2021, p. 12-22. Disponível em: www.adepeb.com.br. Acesso em: 10 set. 2021.

PINHO, Ana Claudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. “Lei anticrime”: uma leitura possível a partir do garantismo jurídico-pena. **Boletim IBCCRIM**, a. 28, n. 331, p. 4-6, jun. 2020.

RIBEIRO, B. F.; CABRERA, M. G. Os riscos epistêmicos do transplante jurídico de um Plea Bargaining à Brasileira: necessários apontamentos críticos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, n. 28, p. 173-196, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/361>. Acesso em: 9 out. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. A delação premiada e o processo penal como mercado de compra e venda de informações. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 2, p. 400-419, ago. doi:<https://doi.org/10.14210/nej.v24n2.p400-419>.

SANTORO, Antonio E. R. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.333>.

SOUZA, João Fiorillo de. Revisitando a verdade no processo penal a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista Jurídica da Presidência** Brasília v. 14, n.103, p. 477-494, jun./set. 2012.

SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>. Acesso em: 01 out. 2021.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 5. n. 1, 2012.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WACQUANT, L. Bourdieu, Foucault e o estado penal na era neoliberal. **Revista Transgressões**, v. 3, n. 1, p. 5-22, 27 maio 2015.

WACQUANT, L. três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente. **Caderno CRH**, v. 25, n. 66, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/19427>. Acesso em: 2 out. 2021.

WACQUANT, Loic. **Prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.