

**Dermeval Farias
Gomes Filho**

DIREITO PENAL NEGOCIAL

A Legitimação da Resposta Penal

2023

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

4

O QUE SURGE, O QUE PERMANECE E O QUE FICA PARA TRÁS COM O DIREITO PENAL NEGOCIAL

Em consonância com as linhas introdutórias da pesquisa, a possibilidade de os valores do Direito Penal e Processual Penal clássicos conviverem com o modelo de acordos penais constitui um debate intenso nesses ramos do saber jurídico, relevante na eventual construção de legitimar a resposta penal na justiça penal negociada.

Desse modo, os temas abordados no presente capítulo dialogam diretamente com o objeto da pesquisa. Isso, porque a existência de uma pena concreta, para determinados setores da doutrina penal e processual penal, estaria condicionada a um modelo processual de julgamento ao qual o acordo entre as partes não pertence. O devido processo legal ou o processo justo só existiriam com as garantias clássicas, em um recorte convencional, e somente dessa forma a pena estaria legitimada¹.

Aspectos penais e processuais – como a necessidade de afirmar a culpabilidade em um julgamento seguido de sentença prolatada por um julgador – são apontados como obstáculos intransponíveis para a existência de uma sanção penal, a qual não poderia ser objeto de negociata entre o Estado e o infrator da norma.

1. “É certo que esse pragmatismo, ao mesmo tempo que vem ganhando fiéis admiradores que buscam otimizar seus sistemas de justiça (supostamente falidos e morosos), possui também seus críticos efusivos, defensores do processo justo como único meio e legitimar o exercício do poder do Estado através da pena” (NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A Expansão da Justiça Negociada e as Perspectivas para o Processo Justo: a *plea bargaining* norte-americana e as suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, UERJ, vol. 14, p. 331-365, 2014. p. 341. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>. Acesso em: 6 jun. 2022).

De forma equivalente, a necessidade de embates entre as partes em um processo judicial, consubstanciados no princípio do contraditório, para a existência de uma pena, é apontada como via única, de modo a impedir a legitimação de uma pena ou de seu equivalente funcional em um acordo penal².

Os argumentos anteriores buscam indicar a impossibilidade de convivência entre justiça penal negociada e valores penais, processuais penais e político-criminais de um Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, faz-se necessário examinar se tais premissas são fortes nos argumentos científicos ou se apenas representam uma ideologia possível, mas não conclusiva sobre os caminhos do Direito Penal e do Direito Processual Penal, na solução de conflitos.

Releva acentuar que os obstáculos opostos à justiça penal negociada se dirigem, quase de maneira absoluta, contra a negociação de pena entre acusação e defesa seguida de homologação judicial, ou seja, sem discussão da culpa em um embate processual tradicional com presença das partes e do julgador.

Portanto, não se faz, como se deveria, a distinção entre negociação de pena e negociação de equivalentes funcionais da pena que não possuem a natureza de pena. Isso é relevante, uma vez que, por ora, no modelo brasileiro, não há negociação de pena, apenas negociação de equivalentes funcionais da pena³.

Essa separação dos modelos de acordo é curial, porquanto, se existe espaço para debater a justiça negociada com acordo de penas em distintos ordenamentos jurídicos⁴, ante os valores penais e processuais iniciados construídos a partir do período ilustrado, pouco se aproveita, nesse diapasão, para rebater os acordos que implicam solução diversa da pena e resultam em equivalentes funcionais sem natureza de pena.

Outro aspecto, que se faz necessário pontuar de forma preliminar ao exame que se pretende neste capítulo, diz respeito à generalização negociada sobre os arranjos instrumentais de negócios penais que se espalharam dos EUA para o mundo. Há equívocos acadêmicos que enxergam um modelo universal, como

2. Em crítica mais contundente e afirmação de importação realizada pelo Brasil do modelo negocial estadunidense, ver LOPES JUNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 29, n. 344, jul. 2021, p. 04-05.
3. Refere-se aos negócios penais do ordenamento jurídico brasileiro denominados de transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal, uma vez que a colaboração premiada/delação possui outra natureza, qual seja, meio de obtenção de prova.
4. Conforme alertado na introdução à pesquisa, Máximo Langer, em trabalho sobre a administração da justiça penal pelo mundo, aferiu a existência de 60 ordenamentos jurídicos que adotam alguma modalidade de negociação de pena sem julgamento. Mais adiante, na mesma pesquisa, o autor reduziu a amostra para 26 países. O Brasil não faz parte do grupo, porquanto não possui até o presente momento acordo de pena nas suas leis (LANGER, Máximo. Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions. In: **Annual Review of Criminology**, v. 4, 2021, p. 377-411. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/full/10.1146/annurev-criminol-032317-092255#article-denial>. Acesso em 17 fev.2021. p. 378-379).

se todo país – que incorporou algum mecanismo de negócio penal em seu ordenamento jurídico – tivesse copiado integralmente o modelo vigente nos Estados Unidos. E, dessa forma, estariam presentes, em todos os ordenamentos jurídicos que adotaram a solução penal negociada, os aspectos positivos e negativos do modelo estadunidense.

Essa premissa ignora as peculiaridades culturais e jurídicas de cada nação e a autonomia para se desenharem modelos adaptados às realidades locais. Isso ocorreu com os modelos de acordos penais adotados na Alemanha, Itália, Argentina, no Brasil e em outros países. Nenhum deles copiou integralmente o modelo de *plea bargain* adotado nos EUA. Desse modo, todo o arcabouço de argumentos contrários ao modelo de *plea bargaining* adotado nos EUA não vale, necessariamente, para os demais acordos penais existentes em outros ordenamentos jurídicos pelo mundo afora.

Em uma sociedade dinâmica e em contínuo processo de transformação, em que o desenvolvimento tecnológico, econômico, bem como o aumento das necessidades humanas, motivados por distintas razões, provocam conflitos humanos, com mais e mais riscos a bens jurídicos individuais e coletivos, verifica-se a necessidade de adotar medidas preventivas e repressivas na seara penal, na busca de respostas mais céleres e eficientes.

Registre-se que o negócio penal abrange aspectos penais e processuais. A escolha do modelo de justiça penal negociada implica consequências penais, como a redução da quantidade de pena abaixo do limite descrito pelo legislador ou mesmo a substituição de uma pena por um equivalente funcional, sem natureza de pena. Isso não acontece no julgamento com sentença judicial, no qual o julgador, em sua discricionariedade vinculada, está adstrito aos limites fixados pelo legislador nas regras da dosimetria da pena.

Ademais, em alguns modelos de justiça penal negociada, a exemplo dos EUA, é possível construir acordos que transformam fatos dolosos em culposos, com alteração da natureza substancialmente penal na estrutura da tipicidade. Desse modo, não se pode sustentar que o modelo de justiça penal negociada tenha natureza unicamente processual, como o faz boa parte da doutrina, sem aprofundar a discussão penal⁵.

5. Em sentido oposto, ou seja, na defesa de natureza apenas processual do negócio penal, escreve Flávio Andrade, ao enaltecer a exclusão do tratamento do tema no Projeto do Novo Código Penal brasileiro: “No projeto do novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado n. 236/2012) também se inseriu, no art. 105, uma disciplina para o acordo penal, utilizando-se o termo barganha, mas, no parecer no 1576/2013, foi proposta a exclusão de tal dispositivo daquele projeto de lei, uma vez que, naturalmente, trata-se de um tema de direito processual penal e não de direito penal material” (ANDRADE, Flávio da Silva. O Consenso no processo penal e o rito abreviado fundado na admissão de culpa: (in)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. **Revista Eletrônica de**

Dessa maneira, busca-se neste capítulo examinar o que permanece, o que fica para trás e o que surge de novo com a justiça penal negociada. Atenta-se para o questionamento de: eventual ranhura na função do Direito Penal na proteção de bens jurídicos; possibilidade de harmonia com os princípios limitadores do poder de punir do Estado e também garantidores do devido processo legal; desaparecimento da exclusividade do Judiciário como protagonista na definição da pena ou de seu equivalente funcional; reposicionamento da vítima⁶; e redesenho do papel do Ministério Público.

4.1. PERMANECE A NECESSIDADE DO DIREITO PENAL DE TUTELAR OS BENS JURÍDICOS PRINCIPAIS

A principal função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito se encontra na proteção dos bens jurídicos principais, daqueles mais relevantes para a sociedade. O vínculo entre o Direito Penal e o bem jurídico permite atribuir a este a função de limitar o poder de punir do Estado e, portanto, o próprio Direito Penal⁷.

Em sua relação com o Direito Penal, as funções do bem jurídico são: interpretativa, que permite analisar os tipos penais; individualizadora, que auxilia na medição de pena conforme o grau de lesão ao bem jurídico; sistemática, quando da classificação e descrição dos crimes na Parte Especial do Código Penal e na Legislação Especial, ao dirigir a atividade do julgador⁸; e guia irrenunciável, durante a persecução penal⁹.

O presente espaço do trabalho acadêmico parte da compreensão de que o bem jurídico constitui um limite ao Direito Penal, de modo que não se pode encontrar Direito Penal incriminador sem a presença de perigo ou de lesão a um bem jurídico. Cabe advertir que não se desconhece a inexistência dessa função para o funcionalismo sistêmico de Jakobs¹⁰; nem passa despercebido o debate

Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, UERJ, ano 14, vol. 21, n. 3, set.-dez., p. 331-365, 2020. p. 208. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/45930>. Acesso em: 13 out. 2022).

6. Ante a importância do tema no desenho da justiça penal negociada, principalmente nos espaços dos equivalentes funcionais da pena, o reposicionamento da vítima será examinado em um capítulo específico da pesquisa.
7. PONTE, Antônio Carlos da; GOMES FILHO, Dermeval Farias. A Política Criminal de Proteção da Saúde no Brasil: limite substancial do bem jurídico e desafios dogmáticos. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, MG, v. 15, n. 3, p. 34-58, set./dec. 2020. p. 37-38.
8. PRADO, Luís Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60-61.
9. RUIZ, Carlos Arturo. Acercamiento al bien jurídico salud pública. **Nuevo Derecho**, Enviado, Colômbia, v. 8, n. 11, p. 69-79, jul./dez. 2012. p. 71.
10. Para Jakobs, a função do Direito Penal não reside na proteção de bens jurídicos, mas no restabelecimento de expectativas normativas quando da aplicação da pena (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general: fundamentos

alemão sobre o crime de incesto¹¹; nem a classificação feita por setores da doutrina sobre a existência de crimes sem bem jurídico¹². Tais aspectos, contudo, não aproveitam à questão que se propõe a seguir.

Indaga-se, nesse momento, se o recurso à justiça penal negociada – que implica a possibilidade, conforme o ordenamento jurídico examinado, tanto de redução da pena, abaixo do limite mínimo abstrato contido no preceito secundário da norma incriminadora, quanto da substituição da pena por um equivalente funcional, ou mesmo da modificação da imputação fática, ao possibilitar uma imputação por crime menos grave do que aquele que fora efetivamente cometido¹³ – é compatível com a função do Direito Penal de proteção dos bens jurídicos principais.

A tipificação da conduta no preceito primário da norma incriminadora, realizada pelo legislador no seu papel constitucional, leva em conta a seleção do bem jurídico como merecedor da tutela penal. Por sua vez, a pena, escolhida pelo legislador no seu papel constitucional, como único legitimado a tipificar crimes, considera o bem jurídico ofendido e o grau da ofensa ao referido bem.

A resposta penal almeja atingir uma finalidade legítima, conforme o ordenamento jurídico de cada país, porquanto a pena – ante a possibilidade de atingir direitos fundamentais, como a liberdade de um ser humano – precisa ser justificada em um ambiente de um Estado Democrático de Direito.

Quando se negocia a pena, em substituição ao julgamento sob o rito tradicional do processo, abaixo do patamar previamente escolhido pelo legislador ou, ainda, pela substituição da pena por um equivalente funcional¹⁴, surge a

y teoría da imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 54-56). Sobre o tema, de maneira crítica, ver GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Dogmática penal**: fundamento e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 98-107.

11. O Tribunal Constitucional alemão reconheceu a constitucionalidade do crime de incesto, ao considerar que tal comportamento ofende interesses relevantes da sociedade, com o argumento de um ideal de democracia, no sentido de que os fins do Direito Penal devem ser fixados pelo legislador democraticamente legitimado, e não pelos penalistas. Na crítica ao que fora decidido, Luís Greco anota ao fortalecimento de convicções morais quando o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da tipificação de uma conduta que não causa perigo e nem ofende um bem jurídico (GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010. p. 172).
12. "Sin embargo, gana terreno la idea de que existen delitos sin bien jurídico o delitos de conducta, con lo que se quiere hacer referencia sobre todo a los tipos que protegen las necesidades colectivas elementales, los sentimientos, los tabúes o a los animales" (KUBLEN, Lothar. Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (ed.). **Límites al derecho penal**: principios en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 229).
13. A substituição da imputação de um crime grave por um menos grave, apesar da ciência da prática do crime mais grave, é possível no modelo de justiça penal negociada praticada nos EUA, conforme visto anteriormente.
14. A substituição da pena no modelo de justiça penal negociada por um equivalente funcional ocorre, a título de ilustração, no modelo jurídico brasileiro, com o uso da transação penal, do acordo de não persecução penal e da suspensão condicional do processo, examinados no Capítulo 3 desta pesquisa.

questão relativa à legitimação dessa sanção negociada. Isso ocorre porque o acordo penal permite uma escolha diversa daquela inicialmente exarada pelo legislador.

Ao valorar a ofensa ao bem jurídico selecionado, o legislador constrói um mínimo e máximo de pena no preceito secundário do tipo incriminador. O negócio penal tem o potencial de refazer em parte essa construção, mediante uma pena menor, uma resposta diversa da pena, ou até por meio de uma modificação da imputação fática, uma imputação menos grave em detrimento de uma imputação mais gravosa.

Na busca de uma resposta à indagação apresentada, faz-se necessário apresentar como função do Direito Penal a proteção de bens individuais e coletivos, para, em seguida, examinar o uso da justiça penal negociada como mecanismo de resposta penal protetiva desses bens jurídicos.

4.1.1. O Direito Penal na proteção de bens jurídicos individuais e coletivos

Nos dias atuais, a tutela penal alcança bens jurídicos individuais e coletivos. Apesar de existir um campo acadêmico de divergência, cresce a cada dia o entendimento contra a proibição completa da proteção penal de bens jurídicos coletivos, seja devido a mandados de criminalização no âmbito da Constituição brasileira (CFRB), seja pela necessidade de proteção penal em razão da complexidade, dinâmica e velocidade do desenvolvimento da sociedade moderna¹⁵.

O Direito Penal Liberal do final do século XVIII e início do século XIX se dirigiu inicialmente à formulação de institutos jurídicos destinados a tipificar condutas ofensivas aos bens jurídicos individuais, com a previsão de conduta e pena, principalmente a pena privativa de liberdade¹⁶. A partir do século XX, observou-se um crescimento da tipificação penal de condutas ofensivas aos bens jurídicos coletivos, que, outrora, eram tratados apenas nas searas cível e administrativa¹⁷.

15. PONTE, Antônio Carlos da; GOMES FILHO, Dermeval Farias. A Política Criminal de Proteção da Saúde no Brasil: limite substancial do bem jurídico e desafios dogmáticos. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, Montes Claros, MG, v. 15, n. 3, p. 34-58, set./dec. 2020. p. 35.

16. Para Foucault: "A prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificativa teórica" (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013. p. 85). Quanto aos aspectos históricos sobre o surgimento da pena de prisão, o tema foi explorado no Capítulo 1 desta pesquisa.

17. SUXBERGER, Antônio Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e Expansão do Direito Penal: o Direito Penal Negocial. In: *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016. p. 377. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4097/pdf>. Acesso em: 9 fev. 2021. p. 378.

É certo que o Direito Penal dogmático atual busca responder às demandas clássicas e modernas, referidas à tutela dos bens jurídicos individuais, como vida, liberdade, integridade física, e, ainda, dos bens jurídicos coletivos, como ordem econômica, meio ambiente, saúde pública, relações de consumo¹⁸.

Ressalte-se que a dependência de uma lesão ou perigo¹⁹ de lesão a um bem jurídico de terceiro deve ser vista não somente da ótica de um Direito Penal que tutela bens jurídicos individuais, mas que, de maneira equivalente, promove a tutela de bens jurídicos coletivos, a exemplo da saúde pública, do meio ambiente e da ordem econômica²⁰.

Quanto aos bens jurídicos individuais, a exemplo da vida, liberdade, integridade física e do patrimônio, há quase um consenso sobre a necessidade da tutela penal, ante a importância de tais bens para o convívio em sociedade. Resta, por outro lado, um espaço de debate sobre o grau da resposta penal na proteção de tais bens jurídicos, de modo que nem todos eles necessitam, no caso de conduta ofensiva, de uma resposta penal com privação da liberdade.

-
18. A tutela penal de bens jurídicos individuais e coletivos encontra guarida na proposta constitucional brasileira. Ensinava Luiz Luisi que “as Constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizam pela presença no elenco de suas normas de instâncias de garantia de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do Rechtsstaats e, ao mesmo tempo, do Sozialstaats. Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais. [...] Nas Constituições de nossos dias, estas instâncias de resguardo dos direitos individuais em matéria penal persistem vigorosas, mas nelas se encontram uma série de preceitos que implicam no alargamento da atuação do Direito Penal de moldes a ampliar a área de bens objeto de sua proteção. Ou seja: de um lado nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do estado, resguardando as prerrogativas individuais; e de outro lado se inserem normas propuloras do Direito Penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado” (LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 10).
19. Registre-se que foi superada no campo jurisprudencial brasileiro a possibilidade de uso do Direito Penal incriminador em condutas de perigo abstrato. O STF tem afirmado a possibilidade da tipificação do perigo abstrato, principalmente, ao dizer que o legislador pode fazer uso dessa tipificação na tutela preventiva dos bens jurídicos coletivos. E ressalta que a referida escolha não se apresenta como inconstitucional, de forma que compete ao julgador analisar a proporcionalidade da sanção penal. “Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada. (A) tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniçada. Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. (...) 2. Crimes de perigo abstrato. porte de arma. princípio da proporcionalidade. [...] 3. Legitimidade da criminalização do porte de arma”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Habeas Corpus 104.410/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 6/3/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur206595/false>. Acesso em: 1 jul. 2020). Do mesmo modo, Neumann aponta o caminho da jurisprudência alemã, no sentido de que a escolha do legislador pela tipificação, na forma do perigo abstrato, não tem sido cunhada de inconstitucional pelo Tribunal Constitucional alemão. Entretanto, faz-se uso do princípio da proporcionalidade para mitigar eventual exagero do legislador no que concerne à escolha do bem e, desse modo, constrói-se uma interpretação limitadora (NEUMANN, Ulfried. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (ed.). **Límites al derecho penal**: principios en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 202-211).
20. GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Dogmática penal**: fundamento e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 174.

Por seu turno, quanto à tutela de bens jurídicos coletivos, não há uma única causa para o fenômeno, podendo ser descritas as seguintes: as novas realidades econômicas que surgiram, a exemplo de instituições de crédito ou de inversão; a modificação da realidade ambiental que passou a constituir um bem escasso; e o incremento essencial de valor, ou seja, realidades que existiam, mas não recebiam o valor de agora, a exemplo do patrimônio histórico-artístico²¹.

A discussão sobre a escolha dos bens jurídicos que serão objeto de tutela penal ocorre no campo da política criminal. Nesse sentido, a intervenção jurídico-penal almeja uma função social do Direito Penal, de forma que possa ser retirado aquilo que esteja fora desse escopo. O grande desafio, portanto, passa pela escolha dos bens que merecem tutela penal e pela forma de resposta penal diante da ofensa a tais bens.

É sabido que a temperatura da política momentânea de um país vai necessariamente interferir na produção do Direito Penal dogmático. Dito de outro modo, a macropolítica conduz a política criminal a um caminho que corresponde à ideologia do momento, ao poder dominante daquele momento histórico. Nesse caso, resta à política criminal calibrar e limitar essa interferência com seus princípios e conceitos, de modo a interagir com a ciência dogmática penal e impedir seu uso autoritário.

Constitui função do Direito Penal garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre, segura, quando esses objetivos não puderem ser alcançados mediante outras medidas, políticas e/ou jurídicas, que atinjam em menor escala a liberdade das pessoas. Essa compreensão de uso subsidiário do Direito Penal faz parte dos Estados democráticos e advém do período iluminista²².

É preciso encontrar um ponto de equilíbrio quando se fala em função do bem jurídico penal, de modo a evitar o excesso. Já nos anos 50 do século XX, Anibal Bruno conceituava o Direito Penal como um sistema de dupla face, que seria protetor da sociedade contra a agressão do indivíduo e, de maneira equivalente, protetor do indivíduo contra possíveis excessos da sociedade constituída na forma de Estado, quando da prevenção e repressão dos fatos puníveis²³.

No mesmo sentido, Roxin ensina que a seleção dos bens jurídicos a serem objeto de proteção pelo Direito Penal deve considerar, como orientação

21. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33-34.

22. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 16-17.

23. BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. Parte Geral. 2ª ed. T.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 18-19.

político-criminal, a busca de um equilíbrio entre a liberdade civil e o poder de intervenção estatal, que assegure a cada um a proteção penal necessária e a liberdade individual²⁴.

Na atual conjuntura dos ordenamentos jurídicos, a proteção penal de bens jurídicos coletivos dialoga, em grande medida, com a ideia de risco, com a proibição de condutas perigosas, como forma de uma política criminal dos Estados que almejam mais segurança²⁵. É comum, nessa construção normativa, o uso da técnica de tipificação do perigo abstrato como forma de prevenção do dano.

Com precisão, Alexandre Rocha de Almeida Moraes discorre que essa escolha do bem jurídico merecedor da tutela penal, para se legitimar, se condiciona a uma indicação constitucional ancorada na exigência dessa proteção. Dessa forma, da Constituição se retira a política criminal que deve guiar a dogmática, no sentido de tipificar condutas que lesionem ou causem perigo de lesão aos bens jurídicos de maior relevância social²⁶.

Prossegue o referido autor no sentido de que a relevância atribuída pela sociedade a um bem jurídico parece um bom ponto de partida para construir sua proteção na seara penal. É certo que a referida valoração, com alicerce constitucional, compete ao legislador no campo político-criminal. Nesse quadro, quando se trata dos bens jurídicos supraindividuais, são necessárias mudanças profundas no ordenamento jurídico, bem como transformação da dogmática penal²⁷.

Não se olvida dos debates penais quanto aos institutos adequados e inadequados à construção da responsabilidade penal por ofensa aos bens jurídicos coletivos, relativos ao nexos causal, ao uso em excesso de elementares normativas e da técnica da norma penal em branco, tal qual de alguns tipos penais que proporcionam uma valoração aberta e não delimitada da tipicidade.

No entanto, para efeito do presente trabalho, interessa saber, conforme anunciado, se a solução penal negociada entre acusação e defesa pode conviver com a função do Direito Penal de proteção dos bens jurídicos penais. Dito de outro modo, se a resposta penal acordada – seja com pena menor, com

24. ROXIN, op. cit., p. 17.

25. MULAS, Nieves Sanz. El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los "nuevos" problemas, pero sin olvidar los "viejos" límites. **Cuadernos de Política Criminal**. Número 106, I, Época II, abril 2012. p. 125 e 126. Disponível em: <https://app.vlex.com/#WWW/vid/393459850?forw=go>. Acesso em: 9 de jul. 2020.

26. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional**: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva. Curitiba: Juruá, 2016, p. 140.

27. *Ibidem*, p. 139.

equivalente funcional da pena, com imputação fática por crime menos grave – exerce a mesma função protetiva da pena contida nos limites mínimo e máximo previstos nos preceitos secundários dos tipos incriminadores.

4.1.2. O uso da justiça penal negociada como mecanismo de resposta penal protetiva dos bens jurídicos individuais e coletivos

Com base na premissa de que o Direito Penal possui como função a proteção de bens jurídicos individuais e coletivos de elevada importância para o convívio social, importa agora analisar se a resposta penal negociada entre acusação e defesa se revela (in)suficiente para a tutela de tais bens jurídicos na mesma medida da resposta penal obtida em um julgamento.

Importa, com outras palavras, para análise, distinguir duas construções jurídicas: no modelo de julgamento seguido de sentença judicial condenatória resulta, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, uma pena privativa de liberdade, restritiva de direito e/ou multa; no modelo de justiça penal negociada, por sua vez, pode-se obter pena ou equivalente funcional sem natureza de pena, a depender do desenho do ordenamento jurídico de cada país.

De início, faz-se necessário, ainda, destacar a distinção existente entre o modelo brasileiro de justiça penal negociada e os modelos comparados no tocante à (im)possibilidade de negociar a pena. Nos EUA, Itália, Alemanha, Argentina e em muitos outros países, é possível acordar a pena sem a necessidade de afirmação da culpabilidade em um julgamento. No Brasil, ainda não é possível o acordo de pena entre acusação e defesa seguido de homologação judicial.

Conforme visto, em modelos como o italiano, é possível o acordo de pena entre acusação e defesa submetido a uma homologação judicial mais completa/minuciosa do que a encontrada, de forma geral, no modelo estadunidense. Nesse, por sua vez, é possível o acordo entre acusação e defesa não somente com diminuição de pena ou mudança da natureza da pena de mais grave para menos grave, mas até mesmo com alteração de uma imputação de um fato doloso para um culposo.

De outro lado, com outro desenho negocial, ainda limitado em relação ao quadro dos demais países²⁸, o que se acorda no Brasil constitui equivalente fun-

28. Conforme apontado na introdução da pesquisa, Langer apontou 60 jurisdições que adotam algum instrumento jurídico que possibilita negociação de pena sem julgamento. O Brasil não é citado nessa tabela, talvez porque o autor e seus auxiliares de pesquisa perceberam que os instrumentos de justiça penal negociada existentes no país não permitem aplicação de pena sem julgamento. Mais adiante, na mesma pesquisa, o autor reduz a amostra para 26 países (LANGER, Máximo. Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal

cional da pena, sem natureza de pena, que não gera reincidência e nem dá ao Estado o poder de coagir a parte, em caso de descumprimento das medidas acordadas, a cumprir o que foi pactuado. Restará ao Estado, nesse caso, o caminho normal do processo para se obter uma pena.

Essa distinção implica respostas mais intensas ou menos intensas, conforme o modelo adotado, para a tutela de bens jurídicos individuais e coletivos. Dessa perspectiva, o modelo brasileiro apresenta resposta menos intensa, ao não dispor do instituto da pena, principalmente da pena privativa de liberdade, para a construção das soluções negociadas em matéria penal.

Quanto aos modelos jurídicos que permitem negociar a pena privativa de liberdade – sem a necessidade de afirmar a culpa em um julgamento seguido de sentença judicial –, não há desproporcionalidade na resposta penal, do aspecto de sua natureza, para a tutela do bem jurídico. No entanto, subsistem alguns fatores relativos a: redução da pena muito abaixo do patamar mínimo fixado pelo legislador como aspecto cativante para a negociação da pena; alteração da natureza dolosa para culposa do fato a ser imputado; e afastamento de determinadas imputações ante a confissão dada na negociação.

As soluções anteriores implicam alternativas utilitárias, aceleradas e econômicas. Fazem parte de um conjunto de mecanismos encontrados pelos Estados no contexto da ampliação do espaço de tutela penal, conforme explorado no segundo capítulo da pesquisa. Isso não permite afirmar, por si só, que os acordos de penas protegem o bem jurídico de maneira menos adequada do que a resposta penal obtida mediante sentença condenatória redigida após um julgamento.

Todavia, nos casos de alteração de um fato doloso para um culposo, e também nos acordos em que ocorrem significativa redução da pena em relação ao limite mínimo abstrato, há espaço para desconfiar, no sistema normativo de proteção do bem jurídico, no que concerne à pena comunicada à vítima e à sociedade.

Demonstrar o grau exato de pena que deve receber uma ofensa a um bem jurídico específico não parece ser algo mensurável no atual estágio da dogmática penal. Presume-se que a opção do legislador constitui a melhor alternativa, do aspecto político-criminal, como ator competente e legitimado no desenho constitucional para, após a seleção do bem jurídico merecedor da proteção penal, construir os preceitos primário e secundário.

Não se olvida de que o intervalo entre o mínimo e o máximo da pena, arquitetado pelo legislador no preceito secundário do tipo penal, possibilita um espaço de valoração atribuído ao julgador, que fará uso das regras atinentes à dosimetria da pena, quando da elaboração da sentença penal condenatória. No que concerne ao modelo negociado, a tarefa de valorar a proposta de pena reduzida ou de equivalente funcional da pena cabe, em regra, na maioria dos ordenamentos jurídicos, ao Ministério Público.

Em todo caso, existe desconfiança quanto à exata medida da pena para a tutela do bem jurídico protegido, que pode ser atribuída à ausência de uma recuperação do indivíduo com a pena de prisão na proporção desejada, ao se considerar a finalidade de prevenção especial positiva.

Ao voltar o olhar para os bens jurídicos penais, a depender do tipo de conduta praticada pelo agente, ainda é possível indicar uma gravidade maior ou menor. A título de ilustração, crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa parecem apontar para a necessidade de uma resposta penal mais intensa, seja a negociada ou a sentenciada em um julgamento.

Nessa toada, com muito mais razão, ante a gravidade social do comportamento, com possibilidade de grandes danos à sociedade de maneira coletiva e individualizada, crimes de terrorismo ou cometidos por organizações criminosas indicam, do mesmo modo, as soluções de resposta penal mais intensa, seja a negociada ou a sentenciada.

No entanto, outras considerações podem e devem ser feitas, entre elas, a de que a resposta penal pode ser menos intensa, com a fixação de equivalente funcional da pena, sem natureza de pena, por meio de um acordo penal, quando se trata de fato ofensivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente, à lisura do sistema eleitoral, à ordem tributária e econômica?

Se os ordenamentos jurídicos permitem, com poucas ressalvas, a negociação de pena, independentemente do bem jurídico atingido, parece ainda subsistir espaço para justificar a resposta negociada sem natureza de pena na tutela de bens jurídicos coletivos e individuais, a escolha de uns em detrimento de outros.

Desse aspecto, a política criminal brasileira parece, por ora, bastante seletiva e desigual. Há muitos anos já se afasta o Direito Penal na seara de crimes tributários ante o pagamento do imposto devido, nos casos do Refis tributário²⁹.

29. §3º do art.15 da Lei n. 9.964/2000: "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal" (BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.964, de 10 de abril de 2000**. Disponível em: <http://>

Do mesmo modo, medidas benéficas jurisprudenciais também são encontradas na exclusão da tipicidade penal para crimes de descaminho com valor não superior a 20 mil reais³⁰. E, mais recentemente, acordos de equivalentes penais têm substituído o processo e a pena em crimes eleitorais e em crimes contra a administração pública³¹.

No espaço legal e jurisprudencial, a política criminal brasileira tem permitido os acordos penais, com afastamento da pena e incidência de equivalentes funcionais, quando se trata de ofensas aos seguintes bens jurídicos: a moralidade administrativa, o meio ambiente, a lisura do sistema eleitoral, a saúde pública e a ordem tributária e econômica. De outro lado, crimes com violência ou grave ameaça contra a pessoa e crimes no contexto de violência doméstica são excluídos da possibilidade de acordos penais.

Parece que a justiça penal negociada sem pena, que faz uso somente de equivalente funcional da pena, como ocorre no modelo brasileiro, conquanto represente aspectos positivos no que atine ao melhor controle do sistema carcerário e à maior eficiência na reparação de dano ao ofendido – temas que serão abordados adiante –, não deve ser utilizada na tutela de todos os bens jurídicos.

Para tanto, não basta o critério de exclusão da violência ou grave ameaça e/ou do contexto de violência doméstica. Embora algumas restrições devam ser adotadas, não se pode amparar uma negativa absoluta de uso de acordos penais quando se tratar de todo e qualquer fato relacionado à ofensa a um bem jurídico coletivo.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19964.htm. Acesso em: 28 out. 2022). A jurisprudência se consolidou no sentido de que o parcelamento do débito tributário nas hipóteses apontadas no Refis (Programa de Recuperação Fiscal) suspende o processo penal, enquanto o pagamento extingue a punibilidade.

30. Tese fixada no Recurso Especial (tema repetitivo 157): “Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.688.878/SP**. 3ª SEÇÃO. Relator Min. Sebastião Reis. Julgamento em 28/02/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702016211&dt_publicacao=04/04/2018. Acesso em: 17 dez. 2022).
31. Um exemplo de aplicação em crime eleitoral ocorreu na PET 7990/DF: “O ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), declarou extinta a punibilidade de Onyx Lorenzoni, atual ministro da Secretaria Geral da Presidência da República, quanto aos fatos criminosos confessados no âmbito do acordo de não persecução penal (ANPP) firmado com o Ministério Público Federal (MPF) nos autos da Petição (PET 7990). Lorenzoni confessou não ter declarado o recebimento de doações eleitorais do Grupo J&F nas eleições de 2012 e 2014, fato que configura o crime previsto no artigo 350 do Código Eleitoral (caixa 2 eleitoral). O acordo foi homologado pelo ministro Marco Aurélio no último dia 19/2 e, a partir da ciência dessa decisão, foi aberto o prazo de 24 horas para Lorenzoni comprovar o pagamento da multa no valor de R\$189 mil, ajustada com o MPF. Com a juntada do comprovante de pagamento e a manifestação do procurador-geral da República, que apontou o integral cumprimento do acordo, cabe ao juízo competente decretar a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PET 7990/DF**. Relator, Min. Marco Aurélio. Decisão monocrática. Homologação de Acordo de Não Persecução Penal. Julgamento em 19/02/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345713435&ext=.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2022).

Vale destacar aqui o exemplo do Código de Processo Penal Federal da Argentina, visto anteriormente, que veda a adoção de critérios de oportunidade, uma das espécies de disponibilidade da ação penal, quando se trata dos seguintes crimes: cometido por funcionário público no exercício ou em razão da função; cometido no âmbito da violência doméstica; e cometido por razões discriminatórias. Acrescenta ainda a proibição de critérios de oportunidade quando houver incompatibilidade com disposições internacionais, leis e instruções gerais do Ministério Público³².

Conforme o ordenamento jurídico de cada país, a existência de um espaço aberto para construir modelos de justiça penal negociada, que impliquem redução de pena ou substituição da pena privativa por equivalente funcional, não pode refletir para a vítima e para a sociedade uma fraca intervenção do Direito Penal, uma ausência de proteção efetiva do bem jurídico.

Quando se trata de crimes mais graves contra a administração pública – como a corrupção, o peculato e crimes em licitações e contratos administrativos –, ou de crimes contra o sistema eleitoral e o sistema tributário, o acordo com equivalente funcional da pena parece comunicar à sociedade uma fraca intervenção penal, uma escolha seletiva e desigual ante o tratamento mais severo dispensado aos crimes cometidos contra determinados bens jurídicos individuais.

Em síntese, os acordos penais são utilizados na tutela penal de bens jurídicos individuais e coletivos em vários ordenamentos jurídicos. Por outro lado, no Brasil, não existe acordo penal com negociação de pena, mas somente com equivalente funcional da pena. E, desse modo, por constituir uma resposta menos intensa do que a pena, é preciso estabelecer critérios de proporcionalidade e igualdade relativos à resposta penal, no uso de tais acordos, para proteger os bens jurídicos de maneira eficiente.

Se, por ora, o texto legal do ANPP não restringiu o uso de equivalentes funcionais da pena aos fatos ofensivos aos bens jurídicos coletivos, compete ao Ministério Público constituir critérios e consolidar uma política criminal uniforme, no que diz respeito ao acordo de não persecução penal, por ser a modalidade mais elástica de disponibilidade da ação penal constante no ordenamento jurídico brasileiro.

O campo interno para consolidar essa política criminal deve ser objeto de reflexão. Não parecem suficientes as regulamentações de cada Ministério

32. ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. **Código Procesal Penal Federal**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319681/norma.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.