

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL

Belo Horizonte

2017

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL

Dissertação de mestrado apresentada perante a Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Penal. Professor Orientador: Felipe Martins Pinto

Belo Horizonte

2017

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL

Dissertação apresentada e aprovada em \_\_\_/\_\_\_/ 2017, junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Doutor Felipe Martins Pinto (orientador)  
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

---

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves  
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

---

Professor Doutor Carlos Henrique Borlido Haddad  
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por sua bondade, pelas alegrias e pela força que nos dá para superar dificuldades e concretizar nossos sonhos.

Agradeço à minha esposa Herina, por seu amor, carinho e pelo apoio que me deu neste projeto, assim como a nossos filhos, Felipe e Lorena, pois deles subtraí momentos de convivência para me dedicar a este estudo. Aos meus pais Amilton e Maria José (*in memoriam*), e demais familiares, sempre presentes.

Registro minha gratidão ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por ter permitido que eu me ausentasse de minha unidade de trabalho por alguns períodos a fim de cursar disciplinas e concluir este trabalho.

Dirijo um agradecimento especial ao Professor Dr. Felipe Martins Pinto, meu orientador, que questionou visões pré-concebidas, formulou críticas e observações que me fizeram compreender melhor o assunto e enxergar os riscos que cercam o tema da expansão das zonas de consenso no processo penal.

Ao Procurador da República e amigo Rudson Coutinho da Silva, pela troca de ideias, pela revisão do trabalho e pela apresentação de críticas.

Expresso minha gratidão aos amigos Thiago, Marco Aurélio, Elcimar, Marina, Valdimar, Abner, Yully, Nádia e Ludmilla, pelo apoio para a obtenção de obras e pela gentil colaboração na revisão do texto.

Ao Promotor de Justiça e Professor Dr. Fernando Martins, do MPMG, pela indicação de leituras e pelo apoio acadêmico nas duas disciplinas que cursei no Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado) da Universidade Federal de Uberlândia.

Agradeço, por fim, aos colegas Felipe Bouzada Flores Viana e Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo, juízes federais que me substituíram nos períodos de ausência, assim como estendo meus agradecimentos aos servidores da 4ª Vara Federal de Uberlândia, que me apoiaram neste intento.

“O êxito na vida não se mede pelo que você conquistou, mas sim pelas dificuldades que superou no caminho” (Abraham Lincoln).

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a ampliação dos espaços de consenso no processo penal. Na primeira parte, foi feita uma aproximação da noção de consenso penal, indicando-se as categorias em que se ampara, apontando os rumos que tem tomado na política criminal contemporânea. Em seguida, expôs-se a concepção habermasiana de consenso direcionada ao processo penal, buscando-se demonstrar como a teoria da ação comunicativa pode orientar a formação de um consenso válido no contexto da justiça criminal. Ao dar sequência ao estudo, foi abordado o tema da justiça penal consensual, cuidando-se de seu conceito, fatores de emergência, fundamentos legitimadores, mecanismos, controvérsias e críticas. Depois, discorreu-se sobre o paradigmático modelo norte-americano de justiça penal negociada, e sobre os instrumentos de solução pactuada do processo penal em Portugal e no Brasil. Na parte final, tratou-se da tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, centrando a atenção no rito abreviado a partir da confissão, previsto no projeto do novo Código de Processo Penal (art. 283 do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009), e na análise de sua compatibilidade constitucional. A discussão teórica envolveu o questionamento sobre a (ir)renunciabilidade de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e, nessa parte, buscou-se apoio na doutrina do constitucionalista português Jorge Reis Novais. Defendeu-se a renunciabilidade pelo acusado ao exercício dos direitos à presunção de inocência, ao contraditório e à produção de provas. Sustentou-se a constitucionalidade do aludido rito simplificado, que permite, mediante aconselhamento defensivo e controle judicial, a aplicação antecipada de pena a partir de um acordo entre as partes (acusador e acusado). Foram apontadas as vantagens, as desvantagens e os perigos inerentes ao emprego dessa ferramenta de consenso penal, assim como feitas sugestões para o aperfeiçoamento da disciplina normativa contida no projeto de lei, de maneira a se resguardar mais satisfatoriamente os direitos do acusado e prevenir dúvidas ou controvérsias atinentes à operacionalização do instituto.

**Palavras-chave:** Justiça penal consensual. Espaços de consenso. Ampliação. PLS nº 156/2009. Admissão de culpa. Acordo penal. (Ir)renunciabilidade do exercício de direitos pelo acusado.

## ABSTRACT

This paper deals with the expansion of spaces of consensus in criminal procedure. Firstly, the consensus view of crime is outlined, indicating the categories upon which criminal consensus is based, and pointing out the directions it has taken in contemporary criminal policy. Next, the Habermasian conception of consensus directed to the criminal procedure is explained, seeking to demonstrate how the theory of communicative action can guide the formation of a valid consensus in the criminal justice context. Thereafter, the topic of consensual criminal justice is addressed, dealing with its concept, emergence factors, legitimating foundations, mechanisms, controversies and criticisms. Then, the paradigmatic North American model of negotiated criminal justice is discussed, as well as the instruments of consensual resolution of criminal proceedings in Portugal and Brazil. Finally, it discusses the trending expansion of spaces of consensus in the Brazilian criminal proceedings, drawing attention to the summary proceeding from confession, provided for in the draft of the new Criminal Procedure Code (article 283 of the Federal Senate Bill No. 156/2009), and to the analysis of its constitutional compatibility. The theoretical discussion involves questioning the (non)renunciability of fundamental rights in the democratic state based and, in this aspect, we draw upon the doctrine of the Portuguese constitutionalist Jorge Reis Novais. Support is provided to the defendant's renunciability to his rights to presumption of innocence, contradictory (adversarial principle) and production of evidence. The constitutionality of the aforementioned summary proceeding, which allows, through defensive counseling and judicial control, the early application of punishment based on an agreement between the parties (accuser and accused), is herein defended. The advantages, disadvantages and dangers inherent to the use of this instrument of consensual criminal justice are pointed out, as well as suggestions made for improving the normative discipline contained in the bill, in order to better protect the rights of the criminal defendant and to prevent doubts or controversies regarding the operationalization of the doctrine.

**Keywords:** Consensual criminal justice. Spaces of consensus. Expansion. Senate bill no. 156/2009. Admission of guilt. Plea bargain. (Non)renunciability of rights by the defendant.

## SUMÁRIO

<b>1 Introdução</b>	10
<b>2 O consenso no processo penal</b>	14
2.1 A concepção habermasiana de consenso direcionada ao processo penal	21
2.1.1 A teoria da ação comunicativa e a formação de um consenso válido	22
2.1.2 A visão habermasiana de consenso no contexto da justiça criminal	29
<b>3 Justiça penal consensual</b>	35
3.1 Aproximação conceitual	35
3.2 Fatores de emergência	37
3.3 Fundamentos legitimadores	39
3.4 Instrumentos e procedimentos	45
3.5 Controvérsias e críticas	60
<b>4 O modelo norte-americano de justiça penal negociada</b>	79
4.1 Noções sobre o processo penal estadunidense	79
4.2 O <i>plea bargaining</i>	82
4.3 As críticas e as reclamações por reformas no instituto do <i>plea bargaining</i>	90
<b>5 Os mecanismos de solução por consenso no processo penal de Portugal</b>	96
5.1 Suspensão provisória do processo	96
5.2 Procedimento sumaríssimo	100
5.3 Mediação penal de adultos	104
5.4 Colaboração processual ou arrependimento	106
5.5 A confissão integral e sem reservas, seus efeitos e a ausência de previsão legal para a adoção de acordos sobre a sentença penal no modelo português	107
<b>6 Os instrumentos brasileiros de resolução consensuada do processo penal</b>	111
6.1 Composição civil	112
6.2 Transação penal	113
6.3 Suspensão condicional do processo	120
6.4 Colaboração premiada	126
<b>7 A tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal Brasileiro</b>	139
7.1 O rito abreviado a partir da confissão no projeto do novo Código de Processo Penal Brasileiro e a análise de sua compatibilidade constitucional	140
7.1.1 A (ir)renunciabilidade de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito	146
7.1.2 A (in)admissibilidade da renúncia ao exercício de direitos fundamentais pelo acusado a partir da adoção do rito abreviado amparado na confissão	157
7.1.3 Vantagens, desvantagens e perigos	169

7.1.4 Sugestões para o aprimoramento do projeto de lei	175
<b>8 Conclusões</b>	184
<b>9 Considerações finais</b>	189
<b>Referências</b>	191

## 1 INTRODUÇÃO

A ampliação dos espaços de consenso no processo penal constitui o tema que mais desperta atenção e controvérsia no horizonte do Direito Processual Penal moderno. Se antes a discussão era limitada ao universo jurídico anglo-saxônico, atualmente está bem presente nos países de tradição jurídica europeia continental, uma vez que, por influência americana, a partir da década de 90 do século passado, eles incorporaram ou expandiram instrumentos de consenso em seus ordenamentos jurídico-penais.

As reformas em direção ao consenso foram motivadas pela sobrecarga dos sistemas judiciários criminais, pela morosidade do processo penal tradicional e pela insatisfação pública com os resultados até então obtidos. Esses fatores levaram à busca de novos caminhos, representados pelos meios alternativos ou simplificados de resolução de conflitos penais.

A adoção de ferramentas consensuais por países de tradição romano-germânica, no que toca à pequena e média criminalidade, foi vista como meio para se recuperar ou aumentar a confiança e a credibilidade nos sistemas de justiça criminal. Vem prevalecendo a compreensão de que é necessário diversificar os mecanismos de resposta penal, abreviando ou reduzindo procedimentos pela via consensuada ou pactuada.

O consenso na esfera criminal, pautado na simplificação procedimental, na autonomia do indivíduo e no acordo de vontades, rompeu com o modelo clássico de processo, baseado no princípio da obrigatoriedade da ação penal e na noção de confrontação inexorável entre as partes, permitindo a aplicação da lei penal de modo mais célere e satisfatório.

Assim, na primeira parte do trabalho, cuidou-se da noção de consenso penal, paradigma fundado na ideia de acordo, negociação e concordância de pensamentos, que se contrapõe ao paradigma do conflito, caracterizado pelo confronto e pela disputa entre as partes. Buscou-se demonstrar que era inevitável a criação de espaços ou mecanismos de consenso no campo processual, na medida em que propiciam a resolução célere e simplificada de casos pela via do diálogo. Defendeu-se que tais espaços devem coexistir com os procedimentos calcados na lógica conflitiva ou adversarial, sendo essenciais para garantir mais celeridade e eficiência no funcionamento dos sistemas de justiça criminal no mundo contemporâneo.

O passo seguinte, ainda dentro do capítulo atinente à consensualidade, foi o estudo da concepção de Jürgen Habermas acerca da formação do consenso a partir da racionalidade comunicativa. Após expor as bases da teoria do agir comunicativo, concebida pelo filósofo alemão, buscou-se evidenciar como tais ideias podem e devem orientar a formação de um

consenso válido no contexto da justiça criminal. Essa reflexão epistêmica se fazia necessária para bem balizar o emprego de mecanismos consensuais no âmbito do processo penal.

O capítulo 3 foi destinado a explorar o assunto justiça penal consensual, cuidando-se de seu conceito, fatores de emergência, fundamentos legitimadores, instrumentos, controvérsias e críticas, estas dirigidas, sobretudo, aos mecanismos que se amparam na autoincriminação do acusado. Ao se tratar dos instrumentos próprios da justiça criminal pactuada, foram apontadas suas modalidades, tendo se almejado explicitar a tendência mundial, especialmente na Europa Continental e na América Latina, de ampliação dos espaços de consenso mediante a adoção de ferramentas que envolvem admissão de culpa. Nessa parte, foram objeto de breves comentários alguns importantes institutos existentes na legislação estrangeira. Já a análise das controvérsias e críticas foi focalizada nas seguintes principais alegações: a) violação aos princípios da presunção de inocência, do privilégio contra a autoincriminação e da ampla defesa, incluindo os direitos ao contraditório e à produção de provas; b) insuficiência de uma verdade consensual; c) ausência de igualdade entre as partes e inexistência de real voluntariedade nos acordos; d) diminuição dos poderes do juiz e deslocamento do eixo decisório para as mãos do Ministério Público; e e) mercantilização e privatização do processo penal. De forma pontual, pretendeu-se mostrar que, em verdade, bem normatizados e adequadamente aplicados pelos operadores do direito, sem exagerada amplitude nos espaços de consenso e mediante controle judicial, os acordos criminais não desvirtuam as estruturas e os fins do processo, não ofendem as garantias constitucionais dos acusados, podendo propiciar mais eficiência e agilidade na resposta do Estado-Juiz.

Depois, numa análise de direito comparado, abordou-se, no capítulo 4, o paradigmático modelo norte-americano de justiça penal negociada. Inicialmente foram explicitadas as noções sobre o processo penal estadunidense, caracterizado como um processo de partes e marcado pela lógica adversarial. Em seguida, a abordagem foi focada no instituto do *plea bargaining*, uma vez que por meio dele é que se resolve a grande maioria dos processos criminais nos EUA, tanto no nível federal como no estadual, de modo que tem inspirado, no âmbito global, a tendência de adoção ou ampliação dos espaços de consensualidade nos sistemas de justiça criminal. O estudo revelou que efetivamente tal ferramenta possibilita uma rápida resolução dos casos e permite, com a redução da carga de trabalho, que as autoridades possam dedicar mais tempo a casos mais complexos. Todavia, conquanto torne mais eficiente e menos custoso o sistema judicial americano, notou-se que são sérias e preocupantes as críticas formuladas pelos que lá resistem a tal ferramenta de justiça criminal pactuada. A pesquisa mostrou a fragilidade dos mecanismos de controle do

*plea bargaining* e revelou falhas na aplicação da lei penal, tendo ficado clara a necessidade de se limitar o imenso poder/liberdade de ação (e de inação) do Ministério Público norte-americano. Conclui-se que o modelo estadunidense de justiça criminal negociada é extremamente amplo e confere poderes excessivos ao Ministério Público, estando estruturado para induzir ou forçar a declaração de culpa, daí porque precisa ser aprimorado para evitar abusos e arbitrariedades.

Nos capítulos 5 e 6, discorreu-se sobre os mecanismos de solução consensual do processo penal em Portugal e no Brasil. Quanto ao modelo português, além de se tratar do instituto da suspensão provisória do processo, do procedimento sumaríssimo, da medição penal de adultos e da colaboração processual ou arrependimento, abordou-se a confissão integral e sem reservas, seus efeitos e a tentativa frustrada, por falta de previsão legal, de se adotar acordos sobre a sentença penal em solo lusitano. No tocante ao modelo nacional, comentou-se cada um dos institutos brasileiros de consenso (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada), trazendo-se seu delineamento normativo e se indicando como se consolidou o entendimento pretoriano sobre alguns pontos inicialmente bem controvertidos. Como não poderia deixar de ser, foram apontadas as críticas doutrinárias direcionadas à transação penal e ao *sursis* processual, fazendo-se sugestões pontuais para seu aprimoramento. Ainda, no que diz respeito à colaboração premiada, que representa um braço da denominada justiça penal consensual ou negociada, embora seja recente sua disciplina normativa procedimental, foram comentados também os aspectos mais polêmicos.

Finalmente, no capítulo 7, refletiu-se sobre a tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, centrando a atenção no rito abreviado a partir da confissão previsto no projeto do novo Código de Processo Penal (art. 283 do projeto do novo Código de Processo Penal<sup>1</sup> - PLS nº 156/2009<sup>2</sup>). O fenômeno da consensualização no âmbito criminal se faz presente na América Latina, tendo se manifestado em várias novas legislações, e o Brasil não foge dessa tendência de expansão das zonas de consenso na seara processual penal. Também há aqui um movimento no sentido de se incorporar à legislação pátria um instrumento de solução mais rápida e simplificada da ação penal a partir do consenso fundado na confissão.

---

<sup>1</sup> No projeto do novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 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.

<sup>2</sup> Na Câmara dos Deputados, trata-se do PLC nº 8.045/2010.

Dá a pertinência e a atualidade do assunto que foi objeto do estudo. Qual o limite para adoção de soluções consensuadas? O Brasil deve seguir a tendência mundial de ampliação de espaços de consenso na esfera da justiça criminal ou o atual desenho brasileiro de consenso é suficiente? O figurino pátrio de consenso penal pode ser aperfeiçoado pela adoção de ferramentas mais arrojadas que envolvam a admissão de culpa?

Nesse contexto, a pesquisa teve o propósito de analisar tal temática, debruçando-se especialmente sobre a (in)adequação e a (in)constitucionalidade do procedimento abreviado amparado na confissão, conforme disposto na codificação em gestação. Almejou-se averiguar se o referido instituto se mostra compatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência, da proteção contra a autoincriminação forçada ou involuntária, do direito ao contraditório e à produção de prova. A discussão teórica envolveu o questionamento sobre a (ir)renunciabilidade de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e, nessa parte, buscou-se apoio na doutrina do constitucionalista português Jorge Reis Novais.

Ao cabo, defendeu-se que o novel instituto prestigia a autonomia da vontade e a autodeterminação do indivíduo, sendo preciso rever a ideia de que é irrenunciável o exercício dos direitos à presunção de inocência, ao contraditório e à produção de provas. Pretendeu-se demonstrar que, mediante aconselhamento de defesa técnica e controle judicial, a renúncia pelo réu ao exercício de tais direitos, com aceitação de aplicação antecipada de pena a partir de um acordo entre as partes (acusador e acusado) nos casos de admissão da culpa (confissão) não ofende os princípios reitores do Direito Processual Penal. Foram apontadas as vantagens, as desvantagens e os perigos inerentes ao emprego dessa ferramenta de consenso penal, tendo ainda sido formuladas sugestões para o aprimoramento da disciplina normativa em gestação no Parlamento a fim de se resguardar mais satisfatoriamente os direitos do acusado e prevenir dúvidas ou controvérsias atinentes à operacionalização do instituto.

Cabe assinalar que a técnica da pesquisa foi do tipo teórico-bibliográfica, mediante análise de conteúdo a partir das categorias conceituais ligadas ao assunto. No que diz respeito ao tipo de raciocínio, adotou-se o indutivo, buscando-se, por meio de estudo crítico, enfrentar as celeumas que cercam o tema sob enfoque. Enfim, a investigação científica, de tipo exploratório-compreensivo, pretendeu decompor o problema, compreender a tendência em estudo e averiguar possíveis vícios de inconstitucionalidade do referido mecanismo de justiça penal consensual, propondo sugestões para o aperfeiçoamento do regramento legal em construção.

## 2 O CONSENSO NO PROCESSO PENAL

Consoante lição de Nereu José Giacomolli<sup>3</sup>, “a origem da palavra consenso está em *consensus*, termo latino que significa ação ou efeito de consentir, de dar o consentimento”. O paradigma do consenso é fundado, assim, nas noções de conformidade, acordo, negociação e concordância de pensamentos. Contrapõe-se ao paradigma do conflito, marcado pelas ideias de antagonismo, confronto, disputa e enfrentamento.

No campo do direito processual, enquanto o conflito é caracterizado pelo exercício do contraditório, o consenso é justamente o contrário da oposição dialética, da confrontação entre as partes. O consenso é representado pela convergência de vontades, pois o processo penal não se resume a uma contraposição em todos os casos e a todo custo entre as partes. Nas palavras de Giacomolli<sup>4</sup>, o consenso aperfeiçoa-se “quando ocorre uma manifestação volitiva com o mesmo sentido e finalidade, dos dois polos processuais – acusação e defesa [...]”.

Essa dicotomia entre consenso e conflito fez com que a doutrina passasse a distinguir, nos modelos judiciais criminais, os espaços de consenso dos espaços de conflito<sup>5</sup>. Aqueles consistem em mecanismos ou ferramentas que permitem a solução do caso por meio de um acordo firmado entre as partes. São exemplos, no cenário nacional, os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Já os espaços de conflito são os procedimentos caracterizados pela contraditoriedade, pelo dissenso, pela lógica adversarial, exigindo atos impositivos do Estado para a resolução da questão posta em juízo.

A distinção entre espaços de consenso e espaços de conflito no âmbito do processo penal faz reacender a discussão sobre se existe nessa área a ideia de lide, definida, na acepção civilista de Francesco Carnelutti, como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

A doutrina tradicional brasileira de processo penal, representada, por exemplo, por José Frederico Marques<sup>6</sup> e Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>7</sup>, defendeu que há uma lide ou litígio penal, compreendendo que, com a prática de um crime, nasce um conflito entre o direito de punir do Estado (*jus puniendi*) e o direito de liberdade do acusado (*jus libertatis*).

---

<sup>3</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 72.

<sup>4</sup> GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 74.

<sup>5</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo. In: **Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 334-335.

<sup>6</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 25-26.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29-31.

Tais autores sustentaram que se instala um conflito de interesses entre a acusação e a defesa: aquela almeja a punição do denunciado e este resiste a essa pretensão. A doutrina mais moderna<sup>8</sup>, porém, considera descabida a transposição do conceito de lide do processo civil para o processo penal, por entender que não existe um efetivo conflito entre o interesse público estatal ligado à segurança pública e o interesse individual de preservação da liberdade. Ela defende que o interesse de manutenção da liberdade é também um interesse público, uma vez que ao Estado interessa não apenas a condenação do culpado, mas também a absolvição do inocente.

Nessa perspectiva de que o Estado busca, no processo penal, somente a correta aplicação da lei penal, pode-se mesmo entender como inadequada a visão de que há um conflito de interesses, uma lide, na esfera criminal. Entretanto, ainda que o propósito das partes seja descobrir a verdade dos fatos para saber se o crime ocorreu e se o réu deve ser condenado ou absolvido, não há como afastar a noção de conflito, tensão ou disputa quando, no desdobramento da marcha processual, passam a sustentar posições antagônicas e buscam produzir provas tendentes a contrapor as alegações uma da outra. Nesse contexto, não há como negar a existência de interesses conflitantes.

Como anota Tourinho Filho<sup>9</sup>, “não é pelo fato de o Estado desejar um julgamento justo, imparcial, que deixa de existir a lide penal. O interesse do réu em não sofrer restrição na sua liberdade, tenha ou não razão, contrapõe-se ao interesse do Estado, que é o de puni-lo, se culpado for”. Gustavo Badaró<sup>10</sup>, de outro lado, aduz que, “embora não haja lide no processo penal, isso não quer dizer que se trate de um processo de jurisdição voluntária [...], o processo penal apresenta, em seu conteúdo, uma controvérsia a respeito da veracidade ou não da imputação [...]”.

Assim, mesmo que não se trabalhe com a noção de lide penal, persistem as concepções de espaços de consenso e de espaços de conflito na esfera processual criminal, pois conforme as posições que se venham a defender, haverá interesses em conflito, fruto da diversidade de opiniões<sup>11</sup>. Conforme a reação do réu frente à pretensão acusatória, a solução para o caso poderá ser formada segundo os espaços de consenso ou os espaços de conflito contidos nas legislações de cada país.

---

<sup>8</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 99.

<sup>9</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, 2010, p. 31.

<sup>10</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. **Correlação entre Acusação e Sentença**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 95-96.

<sup>11</sup> Apesar de o conflito ou a tensão entre as partes não ser o elemento essencial da relação jurídica processual penal, consiste num elemento acidental do qual não se pode fugir quando inexistente consenso entre acusação e defesa quanto ao desfecho mais justo para o caso.

Pelo diálogo e pela negociação, a partir de instrumentos próprios, as partes podem construir uma solução consensuada para o caso. Dependendo das ferramentas negociais de cada ordenamento jurídico-penal, se o titular do direito à liberdade não se opuser à pretensão acusatória, poderá ser encetado um acordo sobre medidas a serem cumpridas ou sobre a pena a que se submeterá o acusado.

Todavia, não havendo confluência de vontades, inegavelmente se inslatará, como dito, uma disputa ou controvérsia entre as partes quanto à verdade dos fatos e quanto à solução mais justa e adequada (condenação ou absolvição). As partes, então, valer-se-ão dos espaços de conflito para chegar à resolução do caso ditada pelo Estado-Juiz. A partir da oposição dialética, em razão do contraste entre a tese e a antítese, caberá ao magistrado, observado o procedimento próprio estabelecido na lei, produzir a síntese, ou seja, a sentença que irá dirimir a questão, condenando ou absolvendo o acusado.

De acordo com Manuel da Costa Andrade, os espaços de consenso são voltados à pequena e à média criminalidade, primando por soluções construídas a partir da confluência de vontades, enquanto os espaços de conflito devem ficar reservados aos delitos mais graves, hipóteses em que, no geral, não são possíveis ou não são desejáveis as soluções consensuadas<sup>12</sup>.

Normalmente, nos ordenamentos jurídico-penais, a pequena criminalidade é definida como aquela de pequena potencialidade lesiva, que gera pequeno impacto social, e é reprimida mediante a imposição de sanções alternativas à prisão<sup>13</sup>. São casos em que, ao cabo, os agentes são apenados com sanções pecuniárias ou com outras medidas diversas da privação de liberdade. A média criminalidade diz respeito a delitos intermediários, que se situam entre as infrações leves e as graves. Geralmente são punidos com penas de prisão de curta duração. São infrações de médio potencial ofensivo e que, conforme a legislação de cada país, também podem ensejar reprimendas alternativas ao cárcere<sup>14</sup>. A grave delinquência, por sua vez, consiste nos delitos de maior potencial lesivo, que afrontam bens jurídicos preciosos para a coletividade, como a vida e a liberdade. São infrações reprimidas com prisões de média ou longa duração.

Como assinalado pelo referido professor português, as legislações modernas têm claramente preferido, para a pequena e a média criminalidade, as soluções processuais mais

---

<sup>12</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 334-335.

<sup>13</sup> No Brasil, a pequena criminalidade consiste nas infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima, cumulada ou não com multa, não supere a 2 (dois) anos de prisão (art. 61 da Lei nº 9.099/95).

<sup>14</sup> No ordenamento brasileiro, costuma-se asseverar que delitos de média gravidade são aqueles cuja pena mínima não supera 01 ano de prisão e que admitem o benefício da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

simples e expeditas. No que tange à grave delinquência, porém, os mecanismos consensuados podem oferecer riscos à parte mais frágil da relação processual e também aos fins do processo. Em se tratando da imputação de um crime grave, punido com prisão de longa duração, há o risco de o acusado aceitar a solução consensuada apenas por medo ou receio de, num julgamento convencional, ser condenado a uma longa privação de liberdade, tornando-se viciada sua manifestação volitiva. Ao se estudar, no capítulo 4, o modelo norte-americano de justiça criminal negociada, compreender-se-á melhor porque não é desejável que sejam demasiadamente ampliados os espaços de consenso na esfera da justiça penal, sob pena de se desequilibrar a relação entre as partes e, paradoxalmente, tornar coercitivo o modelo consensual. Ainda, especialmente no capítulo 7, ver-se-á que os instrumentos consensuais oferecem desvantagens e perigos que não recomendam estendê-los para todo e qualquer tipo de crime<sup>15</sup>.

De todo modo, a polaridade entre conflito-consenso constitui, segundo Andrade, uma arrumação da qual não pode escapar a realidade processual penal moderna. A estruturação do processo penal não pode ignorar que, ante a heterogeneidade da fenomenologia criminal atual, os agentes de criminalidade pequena ou média podem se mostrar “dispostos a colaborar na procura da verdade (através, por exemplo, da confissão espontânea) e aceitar os caminhos que lhe são propostos como os mais adequados ao seu reencontro com os valores e modelos de acção do Estado de Direito”<sup>16</sup>. A solução pela via consensual favorece a ressocialização do autor do fato, na medida em que ele, pelo não exercício ou pelo exercício negativo de alguns direitos fundamentais, participa da construção da solução do caso.

Os espaços de consenso implicam, para respeitar os princípios da autonomia da vontade e da autodeterminação do indivíduo, a disposição ou o recuo voluntários de certos direitos e garantias fundamentais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório (dessa temática se cuidará ao longo deste trabalho, sobretudo no capítulo 7). Nas zonas de consenso, os casos são resolvidos por conciliação, transação, acordo, mediação ou negociação. Já os espaços de conflito exigem o respeito absoluto a todos os direitos e garantias constitucionais. Neste campo não se admite qualquer forma de acordo, ou seja, deve ser observado o devido processo penal clássico ou tradicional, buscando-se afastar riscos de prejuízos aos fins do processo<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Daí que, além de inadequadamente incluída no projeto do novo Código Penal brasileiro (por se tratar de matéria processual), reputa-se equivocada a autorização ali prevista (art. 105) para a realização de barganha penal em todo e qualquer tipo de infração penal.

<sup>16</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 334.

<sup>17</sup> GOMES, Luiz Flávio. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95: Lei dos Juizados Especiais Criminais. In MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 593-594.

Portanto, quando se fala em consensualismo no processo penal, faz-se alusão ao encontro de vontades entre as partes, aos espaços ou zonas reservados à solução pela via consensual. O consenso pode se apresentar de diversas maneiras no âmbito da justiça criminal, dependendo da opção de cada ordenamento jurídico. É retratado pelos acordos ou negociações entre a acusação e a defesa tendentes a solucionar o conflito de maneira mais simples, célere e eficiente.

Os instrumentos e espaços ou zonas de consenso não são concebidos para contrastar com as garantias processuais do acusado, mas para aproximar as partes a fim de que, em conjunto, encontrem uma solução pactuada destinada a pacificar a tensão causada em decorrência da prática do delito, “servindo, simultaneamente, às finalidades tradicionais, preventivas, do direito penal, ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à reabilitação do autor”<sup>18</sup>.

Embora a concepção de consenso ou de acordo de vontades seja própria do direito privado (direito civil), há muito se faz presente no campo processual criminal em países da *common law*<sup>19</sup>, sobretudo na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, onde os mecanismos consensuais foram vistos como relevantes meios de resolução alternativa de litígios e de desburocratização dos sistemas penais<sup>20</sup>.

No entanto, nas últimas décadas, por influência de países anglo-saxões, países da Europa Continental e da América Latina passaram a introduzir ou expandir espaços ou instrumentos de consenso em seus ordenamentos jurídico-penais como forma de se buscar solução para a crise de morosidade e ineficiência que ainda assolava (e assola) seus sistemas de justiça criminal<sup>21</sup>.

Assim, hoje, em maior ou menor medida, a presença de mecanismos de consenso no processo penal é realidade em grande parte dos países do sistema *civil law*. E o que chama a atenção é que o consenso avulta no horizonte político-criminal, persistindo uma tendência de

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: uma alternativa para a crise do sistema penal. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 76.

<sup>19</sup> De certo modo, as legislações dos países de *civil law*, como o Brasil, há muito tempo também já previam elementos de disponibilidade de posições jurídicas na área penal, bastando mencionar, por exemplo, as seguintes figuras: perdão; renúncia; retratação da representação; o arquivamento da queixa por acordo prévio nos crimes contra a honra; a desistência ou renúncia ao recurso.

<sup>20</sup> VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassam (org.). **Processo Penal e Estado de Direito**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Campinas: Edicampi, 2002, p. 285.

<sup>21</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 288-302.

expansão de tais mecanismos nos sistemas de justiça criminal dos países de tradição jurídica europeia continental<sup>22</sup> e também nos procedimentos das cortes penais internacionais<sup>23</sup>.

No ano de 2002, a Espanha, como se verá, potencializou seu instituto processual da *conformidad*, cuja aplicabilidade outrora era mais limitada. Na França, a partir de 2004, foi adotado o instituto do “comparecimento para reconhecimento prévio da culpabilidade” (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ou *plaider coupable*), que consiste num rito em que o consenso incide sobre infrações penais de médio potencial ofensivo, havendo, portanto, a possibilidade de um acordo entre o órgão acusador e o imputado e seu defensor, tendo por objeto a pena a ser aplicada. Por sua vez, o *patteggiamento*, instituto de justiça consensual penal italiano, foi ampliado no ano de 2003 para se voltar a infrações de maior gravidade<sup>24</sup>. Ainda, no ano de 2009, na Alemanha, os acordos penais (*absprachen*) finalmente foram regulamentados por meio do § 257c do StPO (Strafprozessordnung).

Em Portugal, no ano de 2012, o Ministério Público lusitano<sup>25</sup> tentou, para além do rito sumaríssimo, ampliar o sistema de acordos penais no sistema jurídico daquele país, mas, por ausência de previsão legal, o mecanismo não foi aceito pela Corte Suprema portuguesa<sup>26</sup>. No Brasil, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009), que prevê um procedimento abreviado alicerçado na confissão para delitos cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

Nos tempos atuais, ditos pós-modernos, é tão significativo esse fator da consensualidade no âmbito criminal que, também nos países de tradição jurídica romano-germânica, a cada dia ganha força a concepção de justiça penal consensual ou negociada, cujos delineamentos serão abordados no capítulo 3.

O consensualismo no contexto da justiça criminal, porém, suscita controvérsias. Uma crítica comumente dirigida ao consenso penal, sobretudo quando envolve assunção de culpa, é no sentido de que um acordo válido entre os protagonistas do processo seria um mito ou uma ficção. Afirma-se que, em razão da desigualdade entre as partes - Ministério Público e

---

<sup>22</sup> TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 695-696 e 712.

<sup>23</sup> DAMASKA, Mirjan R., Negotiated Justice in International Criminal Courts, **Journal of International Criminal Justice**, 2004, p. 1018-1039.

<sup>24</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual e Efetividade no Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 125-126.

<sup>25</sup> Inspirado nas ideias expostas por Jorge Figueiredo Dias na obra *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* - Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

<sup>26</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, 3ª Seção, Relator: Santos Cabral, julgado em 10/04/2013. Unanimidade. Recurso Penal Provido. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 10/09/2016.

acusado -, este seria submetido a uma forte pressão<sup>27</sup>, inexistindo verdadeira voluntariedade na celebração do acordo<sup>28</sup>. Rubens R. R. Casara<sup>29</sup> reforça essa crítica:

O caráter mitológico do consenso penal aparece com clareza quando se verifica que não há propriamente composição entre as partes na formulação do acordo, pois o poder de coerção do Estado-Administração desequilibra a relação processual e compromete a livre manifestação de vontade do réu. Excluída, diante da estrutura do consenso penal, a possibilidade de verdadeiro acordo de vontades, o que assume relevância no 'consenso' para a imposição imediata de pena é a renúncia aos mecanismos de cognição.

Essa visão é reflexo dos inúmeros defeitos que marcam o modelo de justiça negociada norte-americano, onde a declaração de culpa é estruturalmente induzida (*structurally induced plea*), já que há o risco real de imposição de penas de morte, de prisão perpétua e de privação de liberdade por longos anos<sup>30</sup>. Contudo, embora o *plea bargaining* seja fonte de inspiração para vários ordenamentos jurídico-penais, cada país que se abriu ao consenso buscou fazer as adaptações que entendeu necessárias naquele mecanismo, de forma a compatibilizá-lo com suas constituições.

Desse modo, tal objeção apresentada ao consenso em tom genérico desconsidera por completo as particularidades dos vários institutos e os papéis reservados ao defensor e ao juiz na construção e no controle dos mecanismos de solução pactuada do conflito penal. A defesa técnica e o juiz têm exatamente a incumbência de suprir disparidades e compensar a aludida desigualdade para que o desenlace do caso se revele justo, eficiente e legítimo.

Com efeito, o acordo de vontades é plenamente possível no âmbito criminal quando devidamente regulamentado pela lei, quando os espaços de consensualidade não são demasiadamente amplos, quando os poderes do Ministério Público são limitados pela norma e pela atuação do juiz e da defesa. Aliás, a presença da defesa técnica, ou seja, o aconselhamento efetivo do acusado por defensor e o pleno exercício do controle judicial são decisivos para garantir liberdade e voluntariedade na manifestação do réu.

É natural que haja falhas e aspectos a serem aprimorados no que tange às vias de consenso, mas no processo convencional ou clássico também existem equívocos e pontos sujeitos a críticas. A conduta relapsa ou o desvirtuamento do procedimento consensuado por um ou outro profissional (juiz, promotor ou defensor) não constitui razão para desacreditar

<sup>27</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240-261.

<sup>28</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 712-713.

<sup>29</sup> CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193.

<sup>30</sup> DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. **Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los E.E.U.U., Italia y Portugal)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 34.

todo um novo modelo de solução de conflitos que inegavelmente tem ajudado na resolução de casos no âmbito da crescente e massificada criminalidade de pequena e média ofensividade vivenciada em nossos tempos<sup>31</sup>.

Se os mecanismos de consenso forem bem disciplinados normativamente, em sintonia com os princípios reitores do processo penal, se forem empregados com transparência, ética e responsabilidade pelas autoridades envolvidas - não se têm dúvidas de que o são pela maioria dos profissionais -, a desigualdade material entre as partes é anulada ou drasticamente reduzida, permitindo a formação de consenso válido, a partir das bases propostas por Jürgen Habermas e que serão estudadas no tópico seguinte.

Assim, a despeito das celeumas que cercam o assunto e que serão adiante enfrentadas de modo mais detido, tem-se por certo que os instrumentos de consenso contribuem para que os sistemas de justiça criminal possam prestar um serviço mais satisfatório em termos de eficiência e efetividade<sup>32</sup>. A consensualização na esfera do processo penal favorece a administração da justiça criminal, mas só é aceitável se harmonizada com os princípios clássicos do processo penal e com os direitos do acusado, de modo que se possa conjugar os ideais de celeridade/efetividade e de garantismo na resolução de conflitos penais<sup>33</sup>.

Enfim, o grande questionamento que se faz em cada país de perfil democrático que adota o consenso penal é sobre como normatizar/aperfeiçoar seus mecanismos à luz do Estado de Direito e até que limite empregá-los na solução de litígios penais, sendo esses os questionamentos inspiradores do presente estudo. Então, nesse mister, faz-se necessário primeiro buscar subsídios na teoria da ação comunicativa concebida pelo mencionado filósofo alemão.

## 2.1 A concepção habermasiana de consenso direcionada ao processo penal

---

<sup>31</sup> Também deve ser objeto de séria reflexão o fenômeno da inflação legislativa no campo penal, com a criminalização de condutas que, em virtude de sua inexpressiva ou diminuta potencialidade lesiva, não justificam repressão pelo Direito Penal. Todavia, como a descriminalização não é opção no que toca a tantos outros fatos que surgem com o progresso da humanidade e que reclamam a tutela penal, há de se buscar o caminho da simplificação e do consenso para se agilizar a resposta estatal.

<sup>32</sup> No que tange à efetividade e à eficiência do processo penal, almejadas pelos sistemas de justiça criminal, Rosimeire Ventura Leite esclarece que os termos, num sentido amplo, podem até ser tomados como sinônimos, mas, num sentido estrito, conforme o ramo do conhecimento e a preferência do autor, têm significados diferentes (LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 245-248). Ela defende que, no campo do processo penal, “a efetividade aproxima-se mais da noção de eficácia, isto é, de concretização dos efeitos esperados do processo enquanto instrumento de prestação jurisdicional. A eficiência, por sua vez, representa a escolha do melhor caminho para se chegar a isso, abrangendo, portanto, os meios”. Conclui asseverando ser mais adequado adotar “o vocábulo efetividade para englobar a ideia de processo que atinge suas finalidades jurídicas, políticas e sociais no ordenamento jurídico e que se desenvolve, em cada ato, com presteza e diligência” (LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 253).

<sup>33</sup> PRADEL, Jean. Le consensualismo en droit penal comparé. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, número especial, 1984, p. 329-370.

Jürgen Habermas, um dos mais destacados filósofos contemporâneos, concebeu, no início da década de 80, a teoria da ação comunicativa, propondo uma nova racionalidade para a vida em sociedade, qual seja, a racionalidade comunicativa, vista como a capacidade que o ser humano detém de agir e interagir pela linguagem em busca do entendimento intersubjetivo, do consenso e do bem comum<sup>34</sup>.

Nesta parte deste estudo, pretende-se uma aproximação entre o modelo de justiça penal centrado no consenso e a mencionada teoria da ação comunicativa, uma das mais modernas tendências filosóficas. Almeja-se apontar os postulados fundamentais de tal construção teórica com o fito de demonstrar a pertinência de sua aplicação para orientar os procedimentos ou ferramentas penais alicerçados no acordo de vontades.

Como se verá, o processo penal orientado pelo consenso é uma sede natural de incidência da teoria do agir comunicativo, já que é um modelo fundado no encontro de vontades e que depende do processo comunicativo livre e consciente para se construir a solução do conflito<sup>35</sup>.

A concepção de consenso pautada na racionalidade comunicativa pode balizar a normatização e o adequado emprego de instrumentos negociais na seara do processo penal. O pensamento habermasiano a respeito de uma comunicação em bases cooperativas pode ajudar a compreender bem os pressupostos para a construção de um consenso válido entre as partes na esfera do processo penal.

### 2.1.1 A teoria da ação comunicativa e a formação de um consenso válido

A teoria da ação comunicativa enxerga o intercâmbio linguístico como uma forma essencial de comunicação entre os sujeitos, tornando possível o entendimento e a cooperação entre eles. O uso comunicativo da linguagem permite que as pessoas compartilhem impressões sobre algo no mundo, de forma que possam estabelecer relações e construir consensos<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Volumes 1 e 2. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

<sup>35</sup> Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias defende que, no âmbito do processo penal, “a tentativa de consenso deve ser levada tão longe quanto possível, para o que importa melhorar sensivelmente as estruturas de comunicação entre os sujeitos e as diferentes formas processuais” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 25).

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Racionalidade da ação e racionalização social. Vol. 1. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 183 e 191.

A referida obra de Habermas, em sintonia com seus outros trabalhos<sup>37</sup>, propõe, então, uma nova teoria da sociedade, orientada pela filosofia da linguagem; defende a possibilidade de se construir, pelo agir comunicativo, uma base racional fundada no entendimento intersubjetivo, visando à socialização dos sujeitos e à emancipação social<sup>38</sup>.

Avançando nessa abordagem, impõe-se primeiro apontar as principais categorias em que se funda a aludida teoria do pensador alemão, exposta com profundidade numa obra de arquitetura complexa, em que discorre sobre o agir comunicativo, o diálogo aberto à racionalidade e a formação do consenso válido.

Habermas apresenta o conceito de *razão ou racionalidade comunicativa* como sendo o saber ou conhecimento gerado a partir da fala argumentativa, da linguagem ou prática comunicativa com vista ao entendimento entre os sujeitos. Esse conceito visa a superar a noção de *razão ou racionalidade cognitivo-instrumental*, direcionada à aquisição do conhecimento e à autocompreensão do indivíduo, que age orientado por um propósito de caráter pessoal. Esta se desenvolve na esfera de um sujeito solitário, de uma visão monológica do saber descritivo<sup>39</sup>, enquanto aquela resulta da fala e das relações entre sujeitos que buscam o conhecimento sobre algo no mundo, assim como a superação consensual de conflitos a partir do agir comunicativo e dialógico, pensando no bem comum<sup>40</sup>.

A ideia de *racionalidade comunicativa* é mais abrangente do que a de *racionalidade instrumental*, uma vez que amplia a compreensão do indivíduo sobre si mesmo e sobre o mundo a partir do entendimento intersubjetivo (fala e ação), racionalmente motivado<sup>41</sup>.

Assim, o autor alemão entende que uma *razão comunicativa*, pautada pela linguagem e pela comunicação intersubjetiva, torna possível compreender melhor os seres humanos e seus conflitos. Ele propõe, então, uma *racionalidade comunicativa* para orientar as relações entre os sujeitos, na medida em que a vê como uma forma de *adquirir e empregar* o saber a fim de solucionar problemas e explicar os paradoxos da modernidade<sup>42</sup>.

Cabe assinalar que a *razão comunicativa*, pautada pela interação e pelo diálogo entre os sujeitos, está associada à ideia de filosofia da linguagem, que veio romper com o paradigma da filosofia da consciência, caracterizada pelo subjetivismo. A passagem da

---

<sup>37</sup> Conhecimento e interesse (1968), Problema de legitimação no capitalismo tardio (1973), Consciência moral e agir comunicativo (1983), Pensamento pós-metafísico (1990), O discurso filosófico da modernidade (1998) e A ética da discussão e a questão da verdade (2004).

<sup>38</sup> POLLI, José Renato. **Habermas: Agir comunicativo e ética do discurso**. 2ª ed. Jundiaí: Editora In House, 2013, p. 12.

<sup>39</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 42.

<sup>40</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 35.

<sup>41</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 43.

<sup>42</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 31 e 29.

filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, denominada *virada linguística*, representa a superação da racionalidade instrumental pela racionalidade comunicativa<sup>43</sup>.

Nessa linha de raciocínio, o filósofo da Escola de Frankfurt<sup>44</sup> distingue o *agir instrumental* ou *estratégico* do *agir comunicativo*. O primeiro é orientado pelo interesse de alcançar determinado propósito; é direcionado para a obtenção de certo objetivo pessoal; centra-se numa perspectiva estratégica de escolher os meios adequados, dominar a natureza e alcançar o êxito ou sucesso individual. Já o segundo, o agir comunicativo, caracteriza-se pela interação entre os sujeitos, comandada pela linguagem; é orientado pelo diálogo tendente ao entendimento mútuo, ao interesse comum e ao consenso<sup>45</sup>.

Na *ação comunicativa*, os participantes não estão orientados para obter primeiro o seu próprio sucesso, mas buscam, pela interação linguística, pelo diálogo e pela cooperação, harmonizar seus interesses e alcançar o entendimento no mundo em que vivem<sup>46</sup>. Para Habermas, o agir comunicativo, motivado racionalmente, é a chave para que o ser humano alcance o entendimento mútuo, a formulação de consensos e, por conseguinte, a emancipação social<sup>47</sup>.

Outras duas categorias concebidas por Habermas são essenciais para compreender sua teoria do agir comunicativo. Trata-se de dois níveis de sociedade: o *mundo da vida* e o *sistema*, conceitos complementares ao agir comunicativo.

O *mundo da vida* consiste no horizonte ou no pano de fundo no qual se movem os agentes comunicativos. É o contexto em que falantes e ouvintes se relacionam e naturalmente se comunicam por meio da linguagem. É o mundo da realidade diária, da prática comunicativa cotidiana, intuitiva e não problematizada<sup>48</sup>. Os componentes estruturais do mundo da vida são a sociedade, a cultura e a personalidade<sup>49</sup>. A ideia de mundo da vida está vinculada aos conceitos de agir comunicativo e de integração social<sup>50</sup>.

Por sua vez, partindo da construção teórica de Luhmann, Habermas considera *sistema* o conjunto normativo destinado a regulamentar as relações sociais e a organizar o mundo da

---

<sup>43</sup> POLLI, *op. cit.*, 2013, p. 24.

<sup>44</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. **Jürgen Habermas: Filósofo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52.

<sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. de Guido Antônio de Almeida. 2ª reimpressão, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013, p. 163-164.

<sup>46</sup> HABERMAS, *op. cit.*, 2013, p. 165.

<sup>47</sup> HABERMAS, *op. cit.*, 2013, p. 164.

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Sobre a crítica da razão funcionalista. Vol. 2. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 248-249.

<sup>49</sup> Segundo Habermas, “a cultura constitui o estoque ou reserva de saber, do qual os participantes da comunicação extraem interpretações no momento em que tentam se entender sobre algo no mundo. Defino a sociedade por meio das ordens legítimas pelas quais os participantes da comunidade regulam sua pertença a grupos sociais, assegurando a solidariedade. Interpreto a personalidade como o conjunto de competências que tornam um sujeito capaz de fala e de ação – portanto, que o colocam em condições de participar de processos de entendimento, permitindo-lhe afirmar sua identidade” (HABERMAS, *op. cit.*, vol. 2, 2012, p. 253).

<sup>50</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 2, 2012, p. 254 e 259.

vida. Consiste num mecanismo de controle estratégico e de racionalização do mundo da vida<sup>51</sup>. A noção de sistema está associada aos conceitos de agir instrumental e de integração sistêmica, que desprezam os elementos de comunicação e de formação linguística do consenso<sup>52</sup>.

Na visão habermasiana, o sistema de regulação, sobretudo em momentos de crise social, expande-se demasiadamente no mundo da vida, ou seja, passa a se impor sobre ele, fenômeno a que denomina “colonização” do mundo da vida<sup>53</sup>. Nesse contexto, em razão dos imperativos sistêmicos do poder político e do mercado, o mundo da vida vai perdendo sua autonomia linguística e sua racionalidade comunicativa, a tal ponto que nele se instala uma razão instrumental ou estratégica em detrimento da razão comunicativa<sup>54</sup>.

Embora os conceitos de mundo da vida e de sistema estejam interligados, Habermas promove uma disjunção ou separação teórica entre eles, enfatizando o papel de cada um para propor que haja um equilíbrio na regulação normativa do mundo da vida pelo Estado. Ele sustenta que o sistema não pode promover coações que instrumentalizem e alterem acentuadamente as estruturas do mundo da vida, devendo ser preservadas as condições para uma livre ação comunicativa entre os sujeitos<sup>55</sup>.

Ainda, na estruturação de sua teoria da ação comunicativa, Habermas assevera que o agir comunicativo deve atender às *pretensões de validade*<sup>56</sup>, que se traduzem em quatro elementos ou critérios que devem balizar a prática comunicativa orientada para o entendimento mútuo e para a válida formação do consenso. São eles:

- a) compreensibilidade: consiste no caráter inteligível das mensagens transmitidas na prática comunicativa;
- b) verdade: o conteúdo das falas ou mensagens deve se revelar verdadeiro, jamais marcado pelo engano ou pela mentira;
- c) correção: os atos de fala devem se mostrar justos e legítimos à luz do contexto normativo vigente;
- d) sinceridade: a intenção do falante deve corresponder ao que ele efetivamente pensa, sem fingimentos; ele deve ser autêntico no ato da fala.

Os interlocutores, na perspectiva da *razão ou racionalidade comunicativa*, precisam se fazer entender, ou seja, devem tornar claras e compreensíveis suas falas; devem agir guiados pela verdade, quer dizer, precisam pautar suas falas em fatos reais, genuínos, marcados pela

<sup>51</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 2, 2012, p. 275.

<sup>52</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 2, 2012, p. 331.

<sup>53</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 2, 2012, p. 355.

<sup>54</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 2, 2012, p. 281 e 337.

<sup>55</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 2, 2012, p. 276 e 337.

<sup>56</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 192.

fidedignidade; os sujeitos devem buscar a correção normativa, isto é, o que se fala ou propõe deve estar em conformidade com a lei, deve mostrar-se normativamente justo e adequado; ainda, falantes e ouvintes precisam ser francos, leais, agindo sem dissimulações estratégicas.

Se um interlocutor não enxergar correção, justiça ou sinceridade na proposta do outro, nas trocas comunicativas, não haverá produção de consenso. Este só acontecerá se houver inteiração capaz de gerar confluência de vontades, ou seja, manifestações volitivas com o mesmo sentido e finalidade, dos dois polos processuais.

Portanto, segundo Habermas, o edifício comunicativo deve ser erguido sobre as bases da inteligibilidade, da verdade, da correção (justeza normativa) e da sinceridade (veracidade subjetiva)<sup>57</sup>. Os sujeitos da comunicação devem procurar reconhecer tais pretensões de validade, buscando compreender as razões do outro, seu ponto de vista. “Se os participantes da interação chegam ou não a um acordo é algo que se avalia em cada caso pelas tomadas de posição sim/não, com as quais um destinatário aceita ou rejeita as pretensões de validade erguidas pelo falante”<sup>58</sup>.

As pretensões de validade funcionam como fios condutores das falas que podem levar ao entendimento mútuo e ao consenso<sup>59</sup>. A propósito<sup>60</sup>:

Graças à base de validade da comunicação voltada para o entendimento mútuo, um falante pode, por conseguinte, ao assumir a garantia de resgatar uma pretensão de validade criticável, mover um ouvinte à aceitação de sua oferta de ato de fala e assim alcançar para o prosseguimento da interação um efeito de acoplagem assegurando a adesão.

Não se chega a um consenso, por exemplo, quando um ouvinte, mesmo aceitando a verdade de uma asserção, continua a duvidar da sinceridade do falante ou da correção ou adequação normativa de sua manifestação ou proposta<sup>61</sup>. Noutras palavras, só há consenso verdadeiro quando existe reconhecimento de todas as pretensões de validade antes mencionadas.

Passando adiante, é oportuno explicitar a compreensão de Habermas acerca de *entendimento* e de *consenso*. Para o mestre alemão, aquele é o caminho para que se chegue a este. O “entendimento remete a um acordo almejado pelos participantes e racionalmente motivado, que se mede segundo pretensões de validade criticáveis”<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> BRITO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo**. Comunicação Processual à Luz da Filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014, p. 115.

<sup>58</sup> HABERMAS, *op. cit.*, 2013, p. 167.

<sup>59</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 484.

<sup>60</sup> HABERMAS, *op. cit.*, 2013, p. 80.

<sup>61</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 2, 2012, p. 222.

<sup>62</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 147.

Apesar de próximos, tais conceitos não se confundem. *Entendimento* (*verständigung*) significa a união dos participantes da comunicação sobre a validade de uma exteriorização; *consenso* (*einverständnis*) consiste no acordo construído a partir do reconhecimento intersubjetivo e recíproco das pretensões de validade que orientaram os atos de fala<sup>63</sup>.

Destarte, na concepção habermasiana de *consenso*, é preciso que os sujeitos falantes e ouvintes (sujeitos comunicacionais) reconheçam, por mensagens compreensíveis, as pretensões de verdade, de correção e de sinceridade retratadas no conteúdo das falas. O *consenso* referido por Habermas deve ser alcançado por meio de argumentos racionais, expressados de modo que atendam às pretensões de validade: compreensibilidade, verdade, correção e sinceridade. São os próprios atores comunicativos que avaliam e medem esses elementos do discurso. Quem rejeita uma oferta inteligível de ato de fala contesta a validade do proferimento sob pelo menos um desses três últimos aspectos<sup>64</sup>.

Além dessas quatro pretensões de validade, que se constituem em verdadeiros requisitos a serem preenchidos nos atos de fala para que se possa estabelecer o entendimento mútuo e se alcançar o consenso, a teoria do agir comunicativo reclama condições ideais para uma comunicação voltada ao consenso. Elas consistem na igualdade de condições comunicativas e na ausência de coação. Para Habermas<sup>65</sup>:

Todo aquele que se envolve numa prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento.

Só é possível formar um consenso válido se houver igual direito comunicativo entre os sujeitos. Aos participantes das discussões devem ser garantidas as mesmas chances de se comunicarem por meio de atos da fala, argumentando, questionando e respondendo às questões. Deve-se buscar simetria no tratamento assegurado aos falantes e aos ouvintes, procurando-se propiciar condições paritárias de fala, de argumentação.

Portanto, o consenso pressupõe, entre os falantes, a igualdade de tratamento e de oportunidades para se expressar. Não é fácil implementar essa igualdade em temas materiais. Nos espaços e relações, a igualdade material dos interlocutores é um ideal e, como se verá no tópico seguinte, no âmbito da justiça criminal busca-se assegurá-la por meio do processo, com respeito a regras e a princípios, mediante presença e atuação de defesa técnica e com controle

---

<sup>63</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 2, 2012, p. 221.

<sup>64</sup> HABERMAS, *op. cit.*, 2013, p. 168.

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre Facticidade e Validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 215.

judicial<sup>66</sup>. Esses fatores são destinados a trazer equilíbrio entre os desiguais no processo penal, dando também ao réu condições de interagir e capacidade de influenciar na formação do consenso, afastando o risco de dominação pelo acusador.

Do mesmo modo, no processo comunicativo, não de ser asseguradas a liberdade e a voluntariedade no que tange às manifestações dos atores. A teoria do agir comunicativo não admite o emprego de meios coercitivos, pois desvirtuam a manifestação de vontade dos participantes. O entendimento comunicativo gerador do consenso pressupõe a ausência de coação, ou seja, deve basear-se no livre reconhecimento, na intersubjetividade, sem violência física ou moral. Nenhuma das partes jamais pode impor um acordo, pois ele seria inválido<sup>67</sup>. Na ótica de Habermas, a única coação admitida é a do melhor argumento<sup>68</sup>.

Portanto, a igual oportunidade de fala aos participantes e a liberdade de manifestação dos atores comunicativos são condições para celebração de um acordo válido. Como bem assinalou Habermas<sup>69</sup>:

Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma manifestação externa, não pode ser tido na conta de um acordo. Este se assenta sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validade em princípio criticável.

Expostas as principais categorias desenvolvidas por Habermas<sup>70</sup>, fica claro que o filósofo germânico adota os paradigmas da linguagem e do diálogo como instrumentos essenciais para se resolver conflitos intersubjetivos, compreender os paradoxos da modernidade e conquistar a transformação social. Ele propõe o agir comunicativo como um indispensável mecanismo de interação entre os sujeitos, orientado para o entendimento mútuo e para a formação válida de consensos no mundo da vida, marcado pela evolução social e sistêmica.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Nessa linha, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna realçam que as regras do processo penal servem para igualar desigualdades. Elas existem justamente com o propósito de equilibrar a balança, “[...] na medida em que buscam igualar as desigualdades existentes no plano material” (BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**. Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 282-283).

<sup>67</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 498 e 672.

<sup>68</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 61.

<sup>69</sup> HABERMAS, *op. cit.*, 2013, p. 165.

<sup>70</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 164.

<sup>71</sup> POLLI, *op. cit.*, 2013, p. 27.

No processo comunicativo habermasiano, os atores do mundo da vida, em igualdade de condições e sem coações, devem falar, ouvir, argumentar racionalmente, entender, propor, negociar, aceitar e acordar. Esse intercuro linguístico naturalmente produz o entendimento intersubjetivo entre falantes e ouvintes, permitindo a construção de consensos válidos, entendidos como acordos celebrados a partir do reconhecimento das pretensões de validade que orientaram os atos de fala (pela compreensibilidade, pela verdade, pela correção e pela sinceridade).

Todavia, se não forem observadas essas premissas apontadas por Habermas, não haverá conformidade ou adequação no diálogo travado entre os participantes, sendo bem possível que o fracasso comunicacional aconteça<sup>72</sup>. As tentativas de consenso fracassadas podem ser explicadas exatamente pela ausência das condições e dos pressupostos apontados pelo filósofo germânico, os quais são essenciais para a celebração de um acordo válido num Estado de Direito de perfil democrático.

Assim, bem se pode notar a relevância da teoria do agir comunicativo, que pode ser conceituada como uma nova teoria crítica da sociedade, guiada pela prática comunicativa tendente a alcançar o consenso e a harmonia num mundo (da vida) marcado pela complexidade sistêmica. À luz dessa teoria, o verdadeiro consenso é, como visto, aquele construído a partir do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade que orientaram os atos de fala.

Essas ideias não podem deixar de repercutir no plano do Direito Processual Penal.

### **2.1.2 A visão habermasiana de consenso no contexto da justiça criminal**

Em vista do que foi expandido no tópico anterior, a despeito da amplitude da teoria do agir comunicativo, tem-se por certo que a concepção de consenso formulada por Habermas pode contribuir para o debate quanto ao manuseio de instrumentos negociais no âmbito do processo penal.

A riqueza da construção teórica do pensador alemão no tocante à ação comunicativa e à formação válida do consenso entre os sujeitos torna oportuno que as categorias acima explicitadas sejam direcionadas e adaptadas ao processo penal. A epistemologia da ação comunicativa pode iluminar a atuação do legislador e dos juristas no que tange à ideia de consenso válido no contexto do Direito Processual Penal.

---

<sup>72</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 37.

Segundo Habermas, o direito vigente, visto como elemento sistematizador do mundo da vida, “deve ser ocupado por procedimentos de regulação de conflitos adequados às estruturas do agir orientado pelo entendimento, isto é, por processos de formação discursiva da vontade e por procedimentos de negociação e de decisão orientados pelo consenso”.<sup>73</sup>

Destarte, parece indubitável que um sistema de justiça destinado à resolução de litígios entre indivíduos e entre estes e o Estado não pode se pautar apenas pelo paradigma conflitual ou adversarial, precisando dispor de espaços ou mecanismos de consenso que permitam soluções pela via conciliatória, da negociação e do acordo. O espaço conflitivo deve ficar reservado para aqueles casos em que a solução consensual não se mostra possível ou não seja recomendável ou adequada.<sup>74</sup>

Nessa perspectiva, também na esfera do processo penal, deve haver (e já há no ordenamento jurídico-penal da maioria dos países) mecanismos que propiciem o diálogo e o entendimento capazes de levar a soluções consensuais.<sup>75</sup> Nessa seara, o consenso se expressa, de forma geral<sup>76</sup>, pela celebração de acordos entre a acusação e a defesa como forma de aceleração e simplificação da resposta jurisdicional.

Na disciplina normativa dos acordos e na construção deles na prática forense, deve imperar a racionalidade comunicativa referida por Habermas. O agir comunicativo, caracterizado pela interação e pelo diálogo, é que deve nortear as tratativas entre os sujeitos processuais tendentes à celebração de um acordo. Não deve haver, na atuação dos litigantes, um agir instrumental, pautado pela perspectiva estratégica de dominar a parte contrária para alcançar o êxito individual.

Com efeito, é preciso que, nos procedimentos legais que regem os casos penais, sejam criados ou expandidos espaços ou mecanismos que permitam a conversa, o contato comunicativo verbal entre as partes (Ministério Público e acusado, acompanhado de seu defensor). “A construção de ambientes propícios para o diálogo, a nosso ver, ajuda a retirar o

---

<sup>73</sup> HABERMAS, *op. cit.*, vol. 1, 2012, p. 666-667.

<sup>74</sup> Como assinala Nereu José Giacomolli, “é possível a coexistência no processo penal de zonas de consenso com o objetivo de eliminar conflitos desnecessários aos fins do processo, por meio de uma solução dialogada, pois são resultantes, na maioria dos casos, de uma ocasionalidade ou de um incidente na vida de seu autor, enquanto uma solução imposta, verticalizada, é mais adequada à criminalidade grave” (GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 93).

<sup>75</sup> A propósito, Giacomolli aduz: “O consenso ocorre entre dois polos: acusação e defesa. Esta solução consensual ou negociada - *negotiatio* -, pode advir da aceitação, pura e simples, da proposição de um sujeito – transação criminal ou determinadas formas de aceitação da pena postulada -, ou de uma negociação preliminar – extinção do procedimento investigatório ou do processo, sem os efeitos de uma condenação. Ao órgão judicial, ainda que participe ativamente da solução consensual, incumbe decidir a respeito do consenso” (GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 73).

<sup>76</sup> Cabe registrar, porém, que os instrumentos consensuais se disseminaram de maneira bastante heterogênea nos diversos ordenamentos jurídicos, de modo que podem ensejar o arquivamento do caso, a suspensão do processo, a supressão ou o abreviamento de fases processuais nas hipóteses em que há admissão de culpa, tudo de forma a possibilitar a resolução do caso num menor espaço de tempo.

estigma imposto pelos ritos processuais tradicionais e a encontrar penas mais satisfatórias a todos os envolvidos [...]”<sup>77</sup>.

É necessário que as partes possam, num ambiente imparcial, falar e ouvir, expressar verbalmente suas posições, argumentando, questionando, apresentando propostas para a solução consensual do conflito. Tal intercâmbio comunicativo voltado ao entendimento deve acontecer em juízo, numa audiência, diante de um magistrado, que terá o papel de mediar a conversa e garantir que as falas se pautem pela razão comunicativa, por argumentos racionalmente motivados, desenvolvendo-se de maneira cooperativa, visando à solução pactuada do caso.

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, por exemplo, esses espaços ou mecanismos de diálogo já existem para os casos de infrações criminais de menor<sup>78</sup> ou médio<sup>79</sup> potencial ofensivo, que admitem, respectivamente, a transação penal e a suspensão condicional do processo, institutos consensuais que serão estudados no capítulo 6.

No que diz respeito a essa experiência nacional, ver-se-á, ao menos em relação ao instituto da transação penal, que há questionamentos quanto à postura de conciliadores, de membros do Ministério Público e até de juízes que não se orientam por um agir comunicativo, mas que adotam um agir de viés instrumental ou estratégico, buscando impor o acordo, sem permitir que o autor da infração exponha suas razões.

Ora, justamente para que seja possível a observação da horizontalidade das relações entre as partes é “que os espaços de consenso devem ser supervisionados pelo Estado, evitando, assim, a imposição de penas degradantes que em nada auxiliam a recuperação do condenado, ou mesmo desproporcionais à sua culpa e às necessidades de prevenção”<sup>80</sup>.

Dáí que aqui se reputa de extrema relevância o papel garantidor a ser exercido pelo magistrado. Ele é que deve conduzir essas audiências preliminares, mesmo que digam respeito a delitos de menor gravidade. A presidência dessas audiências pelo juiz, aliás, tem exatamente o propósito de garantir o respeito a duas condições estabelecidas pela teoria do agir comunicativo e que se revelam imprescindíveis para que se alcance um consenso válido: a igualdade de condições comunicativas e a ausência de coação.

Numa audiência destinada à solução consensual de um caso penal, é fundamental que se assegure igual direito comunicativo entre as partes. O promotor de justiça e o acusado,

---

<sup>77</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, 2015, p. 115.

<sup>78</sup> Art. 61da Lei nº 9.099/95: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

<sup>79</sup> Infrações cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, conforme previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, 2015, p. 115.

acompanhado de seu defensor, devem ter as mesmas chances de se comunicar pela fala, explicando suas posições, respondendo a questionamentos e argumentando. Se não houver simetria no tratamento entre os litigantes<sup>81</sup>, não existirá verdadeiro entendimento entre eles; não se formará um consenso válido.

Sem a presença de um juiz garantidor e mediador, nada impede que o membro do Ministério Público, valendo-se de sua posição de pretensa ascendência sobre o conciliador, conduza a conversa da forma que entender ser a mais adequada ao seu interesse. Pela maneira da fala e pela natureza das afirmações do promotor, o autor da infração pode ser coagido ou pressionado a aceitar a proposta do órgão de acusação. Num caso assim, não haverá consenso válido, uma vez que não existiu diálogo livre.

Como bem assinala Rafael Serra Oliveira<sup>82</sup>:

Nos moldes do processo de consenso, pressupõe-se uma relação horizontal entre os sujeitos processuais, que devem agir sempre vinculados à lei, de modo a evitar que uma das partes imponha os seus interesses às demais, fato este que, se ocorrer, não só desvirtua o conceito de consenso por representar a vontade de uma só parte, como também prejudica a realização da justiça, seja por uma punição exacerbada do ofensor ou pela violação das suas garantias fundamentais, seja pela aplicação de uma sanção que não atenda à culpa e às necessidades de prevenção do caso concreto.

Portanto, a relação intersubjetiva geradora do consenso exige ausência de coação, ou seja, deve ser travada de maneira livre, sem ameaças ou constrangimentos que desvirtuem a manifestação de vontade do imputado. Como dito por Habermas, “o acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações [...]”<sup>83</sup>. É obviamente inválido o consentimento do acusado obtido por meios coercitivos.

O asseguramento, num tribunal, da igualdade de condições comunicativas e da ausência de coação faz com que os litigantes possam se aproximar de uma situação ideal de fala. Esta pode parecer utópica no processo penal ante a desigualdade material entre as partes (Ministério Público e acusado), mas dela se avizinha quando, diante do juiz, mediante acompanhamento de defensor<sup>84</sup>, garantem-se iguais chances de fala ao acusado, de modo que possa pronunciar-se livre e voluntariamente, sem pressões externas.

---

<sup>81</sup> “[...] Durante todas as conversações os intervenientes mantêm-se rigorosamente ao mesmo nível, sem por isso cada um abrir mão da sua específica função processual, mas também sem por isso poder invocar poderes de supremacia ou dominância, mesmo que eles legalmente lhe caibam no processo penal formal.” (DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 83).

<sup>82</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, 2015, p. 76.

<sup>83</sup> HABERMAS, *op. cit.*, 2013, p. 165.

<sup>84</sup> A presença do defensor tem justamente o propósito de colocar as partes em pé de igualdade, promovendo um nivelamento capaz de habilitar os litigantes para um consenso possível.

De outro lado, como visto na doutrina habermasiana, o contato comunicativo entre as partes deve atender a *pretensões de validade*, isto é, aos quatro critérios capazes de promover um verdadeiro entendimento e um acordo válido: a) compreensibilidade; b) verdade; c) correção; e d) sinceridade.

Em conformidade com o primeiro critério, as falas dos litigantes devem ser inteligíveis, ou seja, eles precisam se fazer entender. O juiz, o promotor de justiça e o defensor devem empregar uma linguagem clara, acessível, de maneira que o acusado possa entender a mensagem transmitida. Este também deve procurar se expressar de um modo que as autoridades o entendam<sup>85</sup>.

Um acordo pode ficar comprometido, e até vir a ser invalidado juridicamente, se o réu não compreende suas bases; se não sabe quais direitos constitucionais deixou de exercer ou cujo exercício optou por renunciar; se não entende quais as consequências daquilo que foi acordado. Em acordos dessa natureza não pode haver margem para mal-entendidos decorrentes de falhas no processo comunicativo.

A verdade é o segundo elemento essencial para se reconhecer a validade de um discurso. O conteúdo das falas ou mensagens da prática comunicativa deve se mostrar crível. No diálogo em busca do entendimento, acusador e acusado devem procurar se pautar por proposições verdadeiras, ou seja, suas posições devem ser orientadas por aquilo que se mostra verossímil à luz dos elementos probantes já coletados, não se admitindo que trilhem o caminho do engano ou da mentira<sup>86</sup>. O discurso e a proposta do acusador devem estar amparados numa base fática que caracterize a justa causa (presença de indícios razoáveis da autoria e da materialidade delitiva, respeitado o caráter fragmentário do Direito Penal) para a ação penal.

Por sua vez, a correção ou justeza normativa é o terceiro critério de validade de uma comunicação intersubjetiva entre os sujeitos processuais. As manifestações ou propostas da acusação e da defesa devem se mostrar corretas ou justas à luz do contexto normativo vigente. Esse elemento da correção jamais se fará presente quando o promotor, por exemplo, apresenta uma acusação inflada (prática do *overcharging*<sup>87</sup>) ou sem a menor base fática, como por vezes ocorre no arquétipo negocial norte-americano.

---

<sup>85</sup> BRITO, *op. cit.*, 2014, p. 116.

<sup>86</sup> A adoção do critério da verdade como base de um agir comunicativo não significa abraçar a noção de verdade concebida pela teoria da correspondência, para quem verdadeira somente é a proposição que corresponda à realidade, mas defender a construção de um consenso fundamentado num suporte probatório suficiente para justificar o acordo quanto à pena a ser aplicada e cumprida. Ao assunto da verdade consensuada se retornará no capítulo 3.5.

<sup>87</sup> No afã por um acordo, os membros do Ministério Público estadunidense não raro carregam a mão na acusação, a fim de obter uma posição mais vantajosa na hora de negociar com o acusado.

Também não é possível reconhecer a pretensão de retidão na fala do membro do Ministério Público se o fato imputado é claramente atípico ou se a conduta típica sequer foi narrada ou minimamente individualizada em relação ao arguido, impedindo que se averigue a adequação de seu enquadramento ou capitulação jurídico-penal.

O quarto critério de validade é o da sinceridade (veracidade subjetiva) nos atos de fala, não devendo haver fingimentos ou dissimulações nas manifestações verbais da acusação e da defesa. O diálogo deve ser franco e autêntico. Se o acusado negar alguma circunstância evidente, bem comprovada por imagens captadas por câmaras de segurança, por exemplo, não será possível enxergar sinceridade em sua fala; se a acusação blefar, dizendo dispor de provas que não existem, já que não apresentadas, sua manifestação será tida como fingimento estratégico e enganador, que impede o alcance de um entendimento voltado ao consenso.

Como sintetiza Cláudia Aguiar Silva Brito<sup>88</sup>:

[...] O acordo não advém de circunstâncias empíricas, mas, sobretudo, emerge de um processo de convencimento mútuo em que as ações dos atores envolvidos são coordenadas e desenvolvidas pela força motriz das razões. O que se persegue e se almeja nessa comunicação é alcançar um acordo válido, isto é, aquele que tenha condições de satisfazer os requisitos da concordância recíproca, cujo critério utilizado é a argumentação racional.

Assim, o reconhecimento intersubjetivo de cada uma das referidas pretensões de validade deve servir de fundamento a um consenso racionalmente motivado. O entendimento que leva ao acordo entre os litigantes deve ser baseado na racionalidade dos argumentos, não se admitindo incompreensões, inverdades, incorreções normativas e fingimentos.

As condições de igualdade (de oportunidade de fala) e de liberdade (ausência de coação) e as pretensões de validade (inteligibilidade, verdade, correção normativa e sinceridade) constituem, portanto, as bases do consenso na concepção de Habermas. Essas bases traçadas pelo filósofo alemão devem orientar o emprego de espaços ou mecanismos de consenso no processo penal, uma vez que constituem pressupostos para que a solução acordada seja erguida de modo válido e legítimo.

Enfim, a reflexão filosófica habermasiana atinente à formação do consenso a partir do agir comunicativo, fundado no diálogo racional, com reconhecimento recíproco entre os sujeitos do processo, demonstra que também no âmbito do processo penal não se pode abrir mão do agir comunicativo e da conversa franca para se buscar o entendimento mútuo e a construção do consenso. Tais ideias devem pautar os caminhos dos acordos de vontade no contexto do Direito Processual Penal.

---

<sup>88</sup> BRITO, *op. cit.*, 2014, p. 118.

### 3 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

#### 3.1 Aproximação conceitual

A introdução de ferramentas de consenso na esfera criminal acarretou o surgimento de um novo modelo de resolução de controvérsias penais, qual seja, o da justiça penal consensual, negociada ou pactuada. Trata-se de um modelo de justiça em que a solução é acordada entre as partes, ou seja, o desfecho para o caso criminal é forjado a partir da convergência de vontades dos litigantes, nos termos da lei.

A justiça consensual contrapõe-se à justiça imposta ou conflitiva, em que a aplicação da pena pressupõe o trâmite completo de um processo marcado pela produção de provas e pelo debate, até o pronunciamento do Estado-juiz e a imposição da reprimenda ao réu, em caso de condenação.

Cabe assinalar, todavia, que não se está diante de uma total alteração de modelos, de um fundado no conflito para um baseado no consenso. A ideia não é que o modelo consensual afaste o conflitivo, mas que eles coexistam e se complementem, propiciando resultados positivos a todos os interessados<sup>89</sup>. O arquétipo consensual de justiça penal aplica-se, nas democracias ocidentais, geralmente, no âmbito da pequena e média criminalidade.

Segundo Manoel da Costa Andrade, não é possível nem desejável “um processo penal perspectivado e estruturado em termos de consensualidade absoluta”<sup>90</sup>. Entende que é utópico pensar num modelo de consenso puro, pois o delito exprime o antagonismo entre vítima e ofensor, traduz a conflituosidade existente no sistema, de modo que nem sempre pode ou é viável ser resolvido pela ação comunicativa, exigindo um atuar impositivo do Estado, que possibilite a salvaguarda do interesse público e a justiça do caso concreto.

Na doutrina, há quem distinga a justiça consensual da justiça negociada. Segundo Françoise Tulkens<sup>91</sup>, a primeira pauta-se mais pelo consentimento em forma positiva, pela aceitação, ou em forma negativa, pela ausência de recusa; a segunda não se limita a aceitar ou recusar uma proposta, caracterizando-se mais pelos poderes conferidos às partes para discussões e concessões recíprocas tendentes ao acordo.

Essa distinção não se dá pela maior ou menor interação comunicativa entre as partes, pois ambas pressupõem o diálogo e a comunicação inclinada à solução consensuada, não devendo o acordo representar uma simples aceitação ou ausência de recusa de uma proposta.

---

<sup>89</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. O Processo Penal Português: problemas e prospectivas. In: MONTE, Mário Ferreira (org). **Que futuro para o processo penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 816.

<sup>90</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 327 e 330.

<sup>91</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 675-676.

Se há uma linha distintiva entre justiça consensual e negociada, é que naquela existem limites bem definidos para a atuação das partes, devendo o consenso ser construído dentro de uma margem já definida pelo legislador, sem tanto espaço para discussão; já na justiça negociada as partes têm mais autonomia na formulação das propostas e na definição de seu conteúdo, ou seja, agem com maior discricionariedade na busca de um acordo que encerre o caso.

Rosimeire Ventura Leite afirma que a justiça negociada confere às partes maior poder de discussão, permitindo irem bem além das alternativas de aceitação ou recusa. Assim, diz que, em termos comparativos, em razão da menor margem para os litigantes formularem as propostas, “a justiça consensual se assemelharia mais com um contrato de adesão, enquanto a justiça negociada, ao contrato sinalagmático”.<sup>92</sup>

De qualquer modo, tanto a justiça consensual como a justiça negociada orientam-se pelo paradigma do consenso, uma vez que o diálogo e as negociações têm o propósito de alcançar o entendimento mútuo e a resolução pactuada do conflito. Por esse prisma, a justiça negociada não passa de uma modalidade de justiça consensual em que as partes têm maior autonomia para formatar suas propostas e construir o consenso.

A justiça penal consensual também é enxergada, em termos procedimentais, como um mecanismo alternativo ou diferenciado de resolução de conflitos criminais<sup>93</sup>. Não que sempre impeça ou evite o conflito de chegar ao Poder Judiciário, mas assim é vista por possibilitar, por meio do diálogo e do consenso, uma rápida e menos dispendiosa resolução dos casos, evitando exposição do réu aos efeitos estigmatizantes de um longo processo e ajudando a aliviar a sobrecarga de trabalho das unidades jurisdicionais<sup>94</sup>. Os mecanismos consensuais penais agilizam a resposta do Estado aos comportamentos delitivos, assim como aceleram a reparação dos danos sofridos pelas vítimas.

Embora se aproximem, são diversos os conceitos de justiça consensual e de justiça restaurativa. Nesta sobressai o caráter integrador do processo, o propósito de, pela mediação e conciliação, alcançar-se a restauração dos laços e das relações afetados pela prática delitiva. Na justiça restaurativa, prevalece a preocupação de se buscar a reconciliação, a reparação dos danos, o restabelecimento das relações interpessoais por meio do diálogo entre o ofendido e o ofensor<sup>95</sup>. Estimula-se a participação ativa da vítima e do agressor para a resolução dos problemas acarretados pelo crime.

---

<sup>92</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 22-23.

<sup>93</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 682.

<sup>94</sup> LEITE, *op. cit.*, 2005, p. 48 e 52.

<sup>95</sup> FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 21.

Por outro lado, apesar de a justiça consensual também se pautar pelo diálogo e pelo acordo de vontades, seu “foco ainda é o tratamento jurídico do ato considerado delituoso”, conforme salienta Rosimeire Ventura Leite. O intento principal é solucionar o caso de maneira pactuada, rápida, eficiente e satisfatória para os interessados. Não há preocupação de se restaurarem os vínculos entre infrator e vítima, de modo que a “a justiça consensual ostenta objetivos menos ambiciosos que o modelo restaurativo [...]”.<sup>96</sup>

Em suma, a justiça penal consensual representa uma mudança de mentalidade, que rompe com os esquemas clássicos do Direito Processual Penal, uma vez que uma concepção de participação e de cooperação entre o juiz, o membro do Ministério Público e o defensor, os quais, cada um em sua função, passam a buscar soluções mais céleres e que melhor atendam às expectativas do próprio acusado, da sociedade e do Estado.

### **3.2 Fatores de emergência**

No que tange à emergência da justiça consensual no campo penal, tem-se que decorreu de uma combinação de fatores, não só no universo jurídico anglo-saxônico, mas especialmente no direito continental e latino de matriz romano-germânica.

Françoise Tulkens<sup>97</sup>, amparado na doutrina de Jean De Munck, afirma que, pela lógica externa, o ingresso de mecanismos de consenso na seara criminal é reflexo de “uma profunda transformação dos métodos de reprodução de símbolos em nossa sociedade”. No mundo moderno, estruturas e regulações autoritárias e burocratizadas passaram a ceder espaço para novas formas e modelos de administração e de organização social, voltados a garantir mais comunicação, participação e flexibilidade na resolução de problemas. Por conseguinte, no âmbito penal, marcado pela lei imposta, houve uma abertura à justiça consensuada em busca de ideais de legitimidade, de eficiência e de redução de custos.

De outro lado, numa lógica interna da justiça criminal, os fatores decisivos para o florescimento e o fomento do consenso foram a lentidão, a ineficiência e a inefetividade que caracterizaram o funcionamento dos sistemas penais ao longo dos anos, sobretudo nas últimas décadas do século passado, quando houve um vertiginoso aumento do número de processos criminais, acarretando o congestionamento processual e o abarrotamento dos órgãos judiciários. Havia um aumento crescente da demanda, sem que o sistema de justiça criminal pudesse absorvê-la.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> LEITE, *op. cit.*, 2005, p. 60.

<sup>97</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 677-679.

<sup>98</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 680-681.

Com efeito, a partir das décadas de 70 e 80, o aumento crescente da população concorreu para o incremento no número de delitos; a industrialização, o consumismo e a globalização fizeram surgir novas formas de criminalidade<sup>99</sup>, o que exigiu a criação de novos tipos penais para proteger novos bens jurídicos. Ainda, a adoção da política de buscar constante socorro no Direito Penal, mesmo para fatos de menor gravidade, gerou um excesso de criminalização de condutas (inflação legislativa em matéria penal) que, aliada aos demais fatores, inexoravelmente conduziu ao assoberbamento dos sistemas penais, já tradicionalmente burocratizados e formalistas<sup>100</sup>.

Nesse contexto de crise dos sistemas de justiça criminal, revelando suas deficiências e retirando sua credibilidade, o Conselho de Ministros de Justiça da Europa expediu a Recomendação nº 18, de 17 de setembro de 1987, em que aconselhou aos Estados-membros a realização de reformas rumo ao consenso e à simplificação de ritos nos sistemas jurídico-penais. O documento “[...] expressamente recomenda o procedimento de assunção de culpa com vistas a acelerar a justiça. Quando o acusado voluntariamente admitir os fatos, ele não pode ser deixado à incerteza por muito tempo a propósito da pena que lhe será imposta. Quando assumir a culpa, as regras processuais devem ser simplificadas”.<sup>101</sup>

Assim, a partir dessa conjunção de fatores, seguindo tal recomendação e inspirando-se na experiência norte-americana, os ordenamentos jurídicos europeus, em maior ou menor medida, começaram a introduzir ou a expandir os espaços ou instrumentos de consenso em seus sistemas de justiça penal.

Essa inclinação pode ainda ser explicada, segundo Nereu José Giacomolli<sup>102</sup>, em três patamares básicos:

No âmbito sociológico, costuma-se enfatizar a estigmatização social do processo, da condenação e do encarceramento, bem como na ressocialização mediante o cumprimento voluntário da sanção. Em termos de política-criminal, critica-se a hipertrofia do direito penal, a incapacidade de sancionar todos os comportamentos criminais e o abandono da pessoa da vítima. Já no plano jurídico, clama-se pela simplificação do procedimento, no interesse da justiça material, em contraste com um formalismo legal, e na direção das consequências jurídicas, ou seja, da efetividade da aplicação do direito -, tanto no plano material como no processual.

---

<sup>99</sup> O desenvolvimento tecnológico propiciou a adoção de novas técnicas para a prática de crimes, ou seja, concorreu para o surgimento de novas modalidades criminosas (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política-criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29).

<sup>100</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, 2015, p. 30.

<sup>101</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 695-696.

<sup>102</sup> GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 76.

Parece claro que essas razões tornaram a justiça penal consensual um modelo tentador e que ganha terreno ao redor do mundo, já que promete facilitação em duas relevantes vertentes: propicia uma solução mais rápida e legítima do processo, assim como aumenta a capacidade de trabalho do sistema<sup>103</sup>.

Explicitados, assim, os fatores ou causas que fizeram os instrumentos de consenso ingressarem e se estabilizarem na esfera do processo penal, se passará, a seguir, à exposição dos fundamentos legitimadores da justiça penal consensual.

### 3.3 Fundamentos legitimadores

Como se viu, na sociedade atual, mais complexa e também mais dinâmica, os modelos conflitivos, hierarquizados e burocratizados vêm perdendo espaço e legitimidade, devendo coexistir com novas estruturas caracterizadas pelo diálogo, pela eficiência e pelo pragmatismo. No campo processual penal, como reflexo dessa nova concepção, surgiu um movimento que caminha da lei imposta para a justiça consensuada, buscando-se equilibrar a tutela dos interesses individuais do acusado com o interesse de defesa social mais efetiva.

São três os fundamentos que legitimam o modelo de justiça penal consensual: a dignidade da pessoa humana, a razoável duração do processo e a eficiência.

O princípio da dignidade humana impõe que o ser humano seja tratado como sujeito de direitos, não como mero objeto ou instrumento<sup>104</sup>. Como ensina Ingo Wolfgang Sarlet<sup>105</sup>, a dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para muitos acusados, responder a um processo penal é algo aflitivo, angustiante e humilhante. Ser objeto de investigação e submeter-se ao processo criminal geram desgaste e um efeito estigmatizante sobre o réu, sobretudo quando há duração excessiva da causa ou

---

<sup>103</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 140.

<sup>104</sup> O respeito à dignidade da pessoa é previsto em vários sistemas normativos espalhados pelo mundo. No Brasil, é expressamente previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

<sup>105</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

exposição midiática. O trâmite do processo, com suas cerimônias degradantes, pode ser mais danoso do que a reprimenda a ser cumprida pelo acusado que vem a ser condenado<sup>106</sup>.

Nesse contexto, a possibilidade de uma solução consensual rápida favorece aos interesses do arguido e tem suporte no princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que impede um sofrimento desnecessário. O consenso evita os estigmas geradores de frustração, adulteradores da identidade e perturbadores do sentido de pertença à comunidade<sup>107</sup>.

Em regra, a simplificação e a aceleração processuais pelo consenso interessam aos acusados, uma vez que a rápida resolução do caso é acompanhada de vantagens, tais como a redução de sanção, a supressão de alguns efeitos da condenação, a suspensão do processo com e sem condições e a desconsideração dos efeitos da reincidência<sup>108</sup>.

Assim, a solução pactuada, construída na forma da lei, de forma livre e consciente, sem constrangimentos, segundo os vetores da verdade e da justiça, goza de maior legitimidade por parte do acusado, além de prestigiar um dos atributos da dignidade humana, qual seja, o respeito à autonomia da vontade.

Por outro lado, o emprego de mecanismos de justiça consensual também tem fundamento legitimador na necessidade da rápida e adequada proteção da dignidade da pessoa da vítima. O consenso penal evita o enfrentamento, pelo ofendido, do tortuoso caminho das instâncias formais de reação ao crime; agiliza a resposta do Estado ao comportamento delitivo, facilitando a reparação do dano e até a reconstrução de laços afetados pela prática infracional<sup>109</sup>.

A vítima, que sofreu com a ação criminosa, sofre também com a reconstituição e a discussão dos fatos na esfera judicial, já que precisa novamente ser ouvida e tem de estar mais uma vez face a face com seu agressor. Essa exposição desgastante em juízo e a morosidade processual geram uma vitimização secundária<sup>110</sup>, o que pode ser evitado pela via do acordo, preservando-se a dignidade do ofendido.

Como assinala Nereu José Giacomolli<sup>111</sup>:

---

<sup>106</sup> GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 79.

<sup>107</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 349.

<sup>108</sup> GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 81.

<sup>109</sup> Nesse sentido, Figueiredo Dias aduz: “[...] um acordo simplificador do decurso do processo, ao qual subjaz uma confissão dos fatos, servirá, sobretudo nos crimes de violência, à proteção da vítima, na medida em que poderá evitar a sua participação ativa, frequentemente estigmatizante, na audiência, e a uma mais célere reparação dos danos sofridos” (DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 32).

<sup>110</sup> A vitimização secundária ou sobrevitimização é aquela causada pelas instâncias formais de controle, ou seja, consiste no desgaste ou sofrimento experimentado pela vítima quando de seu atendimento pelas autoridades policiais ou quando da persecução penal em juízo (BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p 70).

<sup>111</sup> GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 86.

[...] a possibilidade de participar de um processo dialogado, de discutir a indenização na primeira vez que é chamada a juízo, de obter um título executivo (acordo civil) ou a promessa de indenização (suspensão condicional do processo), promove a dignidade do ser humano ou, pelo menos, ameniza o sofrimento.

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, constitui um fundamento legitimador do consenso penal não só no que tange aos interesses do acusado, mas também no que toca aos interesses da vítima. Os espaços ou mecanismos de consenso trazem benefícios aos desviantes e às vítimas, pois propiciam um tratamento mais humano aos envolvidos, facilitando a construção de uma adequada resposta ao problema gerado pelo crime.

O segundo fundamento legitimador da justiça penal consensual é o direito à razoável duração do processo<sup>112</sup>. A demora excessiva na tramitação de um processo acarreta prejuízos, sofrimentos e pode gerar a total inutilidade do provimento jurisdicional.

A dilação indevida do processo penal afeta os interesses do acusado, da vítima, do Estado e da sociedade. O réu fica submetido a um longo constrangimento estatal, sofrendo os efeitos da estigmatização do processo, do ponto de vista psíquico, familiar e profissional. A situação é agravada quando está preso, afastado de suas funções ou quando tem seus bens tornados indisponíveis.

Por sua vez, a vítima padece porque aguarda aflita uma resposta do Estado ao comportamento delitivo, esperando a reparação dos prejuízos que experimentou com a prática criminosa. O Estado perde porque a demora faz crescer o clamor popular por justiça, gerando descrédito e desconfiança. A sociedade também perde, uma vez que o prolongamento excessivo do processo penal equivale à ausência de repressão, o que aumenta a criminalidade e gera a sensação de insegurança e de impunidade.

A lentidão judiciária, portanto, é um problema que atinge todo o sistema jurídico-penal. De acordo com Madlener<sup>113</sup>:

[...] tanto para o arguido, como para a vítima, como, também, para a sociedade em geral, a lentidão do processo penal põe em perigo a Justiça, que é o objetivo do sistema penal, e, além disso, diminui o efeito da prevenção geral, que constitui um pilar do controle da criminalidade.

---

<sup>112</sup> No Brasil, o direito em questão foi fixado como princípio constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que promoveu a chamada Reforma do Poder Judiciário. A Constituição Federal brasileira passou a prescrever, no art. 5º, LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade na sua tramitação.” A Convenção Americana dos Direitos Humanos já estabelecia, em seu art. 8º, I, que todos os indivíduos têm direito a serem ouvidos e julgados em prazo razoável.

<sup>113</sup> MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celeridade”. Observações a respeito da Justiça Alemã. In: MONTE, Mário Ferreira (org). **Que futuro para o processo penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 646.

Não há dúvida de que o processo penal deve tramitar com celeridade, de modo que ofereça uma solução definitiva, satisfatória e justa num tempo razoável. Todavia, para que haja razoabilidade no prazo de duração dos processos, “é necessário que o sistema judiciário seja adaptado, tanto no que se refere ao pessoal, como aos procedimentos, com o objetivo de que os problemas tão diversos que são apresentados à Justiça sejam convenientemente tratados”<sup>114</sup>.

Ora, é sabido que é limitada a capacidade de vazão da justiça criminal. O encurtamento de prazos, de outro lado, não é suficiente, tampouco desejável, para se atender à enorme demanda criminal que chega às unidades judiciárias, gerando um quadro de congestionamento processual, de demora e de ineficiência na prestação do serviço.

Desse modo, a adoção e a expansão de instrumentos de consenso encontram fundamento justamente na necessidade de garantir a razoável duração do processo. Esse direito constitucional legitima o emprego de mecanismos consensuais, os quais constituem ferramentas poderosas para se superar o mal da demora jurisdicional e a crise na administração da justiça criminal.

No mundo moderno, “em razão do elevadíssimo número de casos penais, é necessário, sem violação de garantias constitucionais, diversificar e simplificar os procedimentos penais levando-se em conta a gravidade do delito, o dano causado, a situação probatória, etc.”<sup>115</sup> O fator da consensualidade deve estar presente na política criminal contemporânea, pois é a via adequada para se contornar a tensão entre garantia e eficácia do processo penal. Como bem destaca Françoise Tulkens<sup>116</sup>:

[...] onde a descriminalização parece ser impossível, outra abordagem é possível. Procedimentos conciliatórios, transação e mediação, bem como procedimentos acelerados e simplificados (o primeiro frequentemente completando as necessidades deste último) parecem ser necessários para a sobrevivência do sistema.

Por fim, o terceiro fundamento legitimador do consenso penal é a eficiência.

Bruno Miragem<sup>117</sup> assinala que “o princípio da eficiência vincula-se ao novo modelo de Administração Pública, com maior participação dos administrados e centrado na ponderação de interesses”, de forma a assegurar uma atuação mais adequada ao alcance dos objetivos e resultados desejados. Trata-se de princípio tendente a inspirar um modelo de Administração Pública gerencial, preocupada em cumprir deveres, em otimizar recursos e em

---

<sup>114</sup> MADLENER, *op. cit.*, 2009, p. 647.

<sup>115</sup> MADLENER, *op. cit.*, 2009, p. 647.

<sup>116</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 681.

<sup>117</sup> MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.

atender melhor ao interesse público<sup>118</sup>. No Brasil, o paradigma da eficiência foi alçado à condição de princípio constitucional informador da Administração Pública por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998 (art. 37, *caput*, da CF/1988).

Embora se trate de um princípio que tem lugar de destaque no campo do Direito Administrativo, a orientar um modelo de gestão mais focado em metas e resultados<sup>119</sup>, deve também surtir seus efeitos no âmbito da administração da justiça criminal. Esse relevante paradigma reclama que o legislador crie mecanismos que permitam o alcance de melhores resultados no âmbito da jurisdição criminal.

A introdução de espaços e mecanismos de consenso no processo penal inegavelmente propicia um funcionamento mais eficiente e satisfatório do sistema penal, uma vez que os casos passam a ser resolvidos de modo mais célere e simplificado, com a participação direta do acusado na construção da solução do conflito.

Nas palavras de Kurt Madlener<sup>120</sup>:

[...] a celeridade do processo é necessária, tanto para que se produza a eficiente repressão, pois há que demonstrar ao delinquente e à sociedade que o Estado reage sem demora ao fato delitivo, bem como para salvaguardar os Direitos Humanos, pois tanto o culpado como o inocente têm o direito de serem liberados da situação de insegurança processual.

Há quem tema que a ideia de processo eficiente e de busca por mais velocidade no funcionamento do sistema de justiça criminal signifique uma imprópria abertura à lógica do mercado, em que o modelo é formatado para servir aos interesses econômicos. Receia-se que a lógica efficientista ignore direitos fundamentais e desvirtue a justiça penal, fazendo prevalecer os propósitos do projeto neoliberal, acabando por tornar a pobreza como alvo da eficiência do aparato de repressão criminal<sup>121</sup>.

Todavia, a justiça penal consensual não obedece exclusivamente a uma lógica de produtividade e eficiência, e não se pauta por uma visão puramente pragmática, mas serve, sobretudo, a uma lógica de realização cooperada da justiça, de participação e de racionalização dos serviços, para melhor atender à sociedade moderna e recuperar a credibilidade dos sistemas de justiça criminal<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> Segundo Miragem, “a eficiência da Administração Pública, pois, diz respeito ao melhor modo de realização de suas finalidades, do interesse público, o que coloca em relevo seu aspecto instrumental, como resultado de um processo contínuo de redefinição das relações entre o Estado e a Sociedade e, com isso, a adoção, pelo direito administrativo, de valores e mecanismos contemporâneos a esta nova realidade.” (MIRAGEM, *op. cit.*, 2013, p. 40)

<sup>119</sup> MIRAGEM, *op. cit.*, 2013, p. 38.

<sup>120</sup> MADLENER, *op. cit.*, 2009, p. 647.

<sup>121</sup> ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Julio Cesar. **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: Desenvolvimento, Aceleração e Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 25, 26 e 116.

<sup>122</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, 1996, p. 526.

É preciso assinalar que, quando se defende a adoção de alternativas procedimentais simplificadoras por consenso, buscando-se tornar os sistemas judiciais-criminais mais céleres e eficientes, não se pretende flexibilizar ou esvaziar as garantias processuais penais<sup>123</sup>, mas criar espaços dialógicos ou comunicacionais que possam abrigar soluções mais rápidas e efetivas baseadas no encontro de vontades.

A aproximação da lógica do consenso representa avanços para o modelo de justiça criminal de um país, pois, segundo Luiz Flávio Gomes<sup>124</sup>:

[...] traz consigo novos horizontes: da pena de prisão se passa para as penas alternativas; da espera do trânsito em julgado final (que demora anos) passa-se para o cumprimento imediato das sanções; do escopo puramente prisional passa-se para o reparatório (mais vale a reparação dos danos que uma possível e improvável cadeia); do processo clássico burocratizado (inquérito policial, denúncia, provas, sentença, recursos etc.) passa-se ao processo célere; das medidas cautelares pessoais (prisão preventiva) passa-se a dar prioridade para as medidas cautelares reais (apreensão de bens, indisponibilidade de bens etc.).

Compreende-se a preocupação com o risco de que haja atropelo de direitos dos acusados<sup>125</sup>. Todavia, nem toda forma de simplificação e aceleração processual por consenso pode ser taxada de utilitarista ou antigarantista. A defesa técnica e pessoal é direito fundamental do réu, mas a obrigatoriedade de defesa não significa obrigatoriedade de um itinerário processual completo, podendo se optar estrategicamente pelo acordo quando for do interesse do acusado.

Há inúmeros casos de situações fáticas simples ou probatórias claras que permitem a solução por consenso ou terminação antecipada a partir da admissão da culpa. O rito abreviado fundado na confissão - dele se tratará mais adiante - é um exemplo de procedimento simplificado que permite uma solução dialogada, célere e harmônica com as garantias do acusado, pois estas jamais lhe serão sonegadas, sob pena de nulidade absoluta. Não se pode negar soluções consensuadas no campo do processo penal quando se mostra dogmaticamente possível conjugar garantismo com eficiência.

A reflexão sobre o tema em questão naturalmente revela uma tensão entre modelos “garantistas” e “eficientistas”, mas esses dois polos podem ser conciliados. O grande desafio do processo penal é buscar o adequado equilíbrio entre o eficiente e célere funcionamento do

---

<sup>123</sup> Scarance Fernandes salienta que, numa visão moderna, os vetores da eficiência e do garantismo “não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 23).

<sup>124</sup> GOMES, Luiz Flávio. Consenso: essa é a saída para a justiça criminal brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2172, 12 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12952>>. Acesso em: 01/07/2016.

<sup>125</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015a, p. 170.

sistema de justiça criminal e a garantia dos direitos dos acusados, quer sejam culpados, quer sejam inocentes<sup>126</sup>.

Destarte, demonstrados os fundamentos legitimadores do consenso na esfera do processo penal, voltar-se-á agora a atenção para os instrumentos e os procedimentos consensuais mais comuns incorporados ao processo penal moderno.

### 3.4 Instrumentos e procedimentos

Um procedimento-modelo no âmbito do processo penal observa as seguintes etapas: investigação, acusação, instrução, julgamento em primeira instância e fase recursal. Contudo, como já apontado, a enorme quantidade de casos penais acarretou a lentidão dos sistemas de justiça criminal, ou seja, excedeu bastante suas possibilidades de processar e julgar os feitos em prazos razoáveis. Tornou-se manifesta a incapacidade de, pelo modelo clássico ou tradicional de processo, dar uma resposta mais rápida e satisfatória a todas as transgressões criminais<sup>127</sup>.

Assim, na esteira do que acima explicitado, os governos passaram a adotar diversos instrumentos e procedimentos diferenciados ou alternativos baseados no consenso, com o propósito de buscar vencer a morosidade e o congestionamento dos sistemas jurídico-penais. As soluções de caráter consensual acarretam vantagens quer do ponto de vista da celeridade, quer da perspectiva de ideais político-criminais ressocializadores<sup>128</sup>.

Os instrumentos e procedimentos que caracterizam a justiça penal consensual: a) levam à não instauração ou à evitação do processo; b) acarretam a suspensão do processo,

---

<sup>126</sup> Neste ponto, Nicolás Rodríguez García advertiu: “[...] parece que el proceso penal solo podrá salir de la crisis en que se encuentra si concilia equilibrada y coordinadamente los principios de garantía y eficacia, puesto que la primacía de cualquiera de ellos supondría alargar todavía más la agonía en la que nos encontramos” (GARCÍA, *op. cit.*, 1997a, p. 17-18). **Tradução livre:** “[...] parece que o processo penal só poderá sair da crise em que se encontra se conciliar equilibrada e coordenadamente os princípios de garantia e eficiência, posto que a primazia de qualquer deles faria alargar ainda mais a agonía em que nos encontramos”.

<sup>127</sup> No ponto, é importante consignar que, embora defenda que a justiça consensual penal deva ser ampliada para abarcar os delitos que firam bens jurídicos de índole interindividual, alargando-se o leque de casos passíveis de solução por composição, Lenio Streck destaca, com razão, que o enfrentamento da sobrecarga do sistema criminal pátrio reclama, sobretudo: a descriminalização de condutas que não atentem contra a consecução dos objetivos do Estado traçados no texto constitucional; a transformação de delitos contra o patrimônio em crimes de ação penal pública condicionada; a discussão da (in)constitucionalidade da reincidência como óbice à obtenção de benefícios como o *sursis* processual ou da pena, por exemplo; o reexame das qualificadoras à luz do princípio da proporcionalidade; a necessidade de se adaptar a legislação penal ao modelo jurídico trazido pelo Estado Democrático de Direito (STRECK, Lenio Luiz. Crise(s) Paradigmática(s) no Direito e na Dogmática Jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 28, out-dez/1999, p. 111–115).

<sup>128</sup> Nessa mesma linha, Figueiredo Dias afirma que “[...] os acordos são altamente desejáveis – se não, em alguns ordenamentos, indispensáveis –, evitando longas e improdutivas prestações de prova e possibilitando uma mais rápida realização do decurso do processo e da restauração da paz jurídica” (DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 32).

com ou sem a imposição de condições ao acusado; e c) conduzem à terminação antecipada ou abreviada do processo.

Desse modo, atualmente, vários mecanismos de consenso podem ser encontrados nas legislações processuais penais modernas. Os acordos de vontades têm natureza, formas e efeitos próprios, conforme o tipo de infração e a natureza ou medida da pena. Quando celebrados para evitar o processo, são denominados de soluções alternativas ao processo.

Como exemplo de ferramenta destinada à não instauração ou à evitação do processo, há o instituto alemão do arquivamento com imposição de condições, previsto no art. 153a, 1, do StPO<sup>129</sup>:

(1) Mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht [...].

O acusado deverá dizer se concorda com o arquivamento condicionado. Geralmente, o Ministério Público propõe o pagamento de quantias em dinheiro em favor de instituições de utilidade pública, a reparação de danos pelo delito ou a participação em cursos. Se o Ministério Público já tiver apresentado a acusação ao tribunal, ainda será possível o arquivamento pelo juiz mediante imposição de condições similares, desde que haja o consentimento das partes.<sup>130</sup>

Segundo Kurt Madlener, “o arquivamento com imposição de determinadas condições ocorre em mais de um quarto de milhão de casos anualmente [...]”. Embora seja objeto de crítica por parte da doutrina germânica, isso não foi levado em consideração pelo legislador, que o estendeu para passar a alcançar também os delitos de média gravidade.<sup>131</sup>

Outro exemplo de medida consensual que obsta o início do processo penal é a composição penal francesa, instituto previsto no art. 41-2 do Código de Processo Penal, por força de uma reforma ocorrida em 1999. Consiste na possibilidade de o Ministério Público, em vez de iniciar a ação penal, propor ao acusado o cumprimento de algumas condições.

Tal mecanismo francês aplica-se a contravenções e a delitos punidos com multa ou pena de até 05 (cinco) anos de prisão. O reconhecimento da culpa pelo acusado é requisito

---

<sup>129</sup> **Tradução livre:** “Com a aprovação do Tribunal competente para a abertura do processo e do arguido, poderá o Ministério Público, em caso de delito, prescindir provisoriamente do exercício da ação pública e impor ao mesmo tempo ao arguido condições e deveres se forem apropriados a fazer desaparecer o interesse público na persecução penal, desde que a tal não obste uma culpa grave...”.

<sup>130</sup> MADLENER, *op. cit.*, 2009, p. 659.

<sup>131</sup> MADLENER, *op. cit.*, 2009, p. 659.

para a adoção desse mecanismo. O membro do Ministério Público pode propor o pagamento de multa, a perda de instrumentos ou produtos do crime, a prestação gratuita de serviços, a participação em cursos de reabilitação, tudo conforme lhe parecer mais adequado, não sendo admitida a proposta de pena privativa de liberdade.<sup>132</sup>

Se as condições forem aceitas pelo autor do fato, a composição será validada pelo juiz e não terá início o processo penal. Este só será iniciado se o acordo for injustificadamente descumprido pelo acusado. Não é obrigatória a assistência do acusado por defensor. Não só este ponto suscita naturalmente muitas controvérsias, mas também o fato de ser possível a celebração de composição penal com pessoas presas.

Afora a exigência de reconhecimento de culpa, a composição penal do Direito Francês se assemelha à transação penal brasileira (art. 76 da Lei nº 9.099/1995) e ao acordo reparatório chileno (art. 241 do Código de Processo Penal), que também evitam a instauração da ação penal. O referido instituto consensual nacional será estudado no capítulo 6.

De outro lado, como mecanismos que provocam o sobrestamento do processo, há o instrumento português da suspensão provisória do processo (quando aplicado na fase judicial) e também seu similar brasileiro, qual seja, a suspensão condicional do processo.

O mecanismo lusitano, previsto no art. 281 do Código de Processo Penal português, permite a suspensão da ação penal, mediante o cumprimento de determinadas condições, denominadas injunções e regras de conduta, se o crime for punível com pena de prisão não superior a 05 (cinco) anos ou com sanção diferente da prisão<sup>133</sup>. Já o instrumento brasileiro da suspensão condicional do processo está previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995 e se aplica aos crimes cuja pena mínima não ultrapasse 01 (um) ano de prisão. Nos dois casos, havendo a concordância do acusado com a medida, o curso da ação penal e também do prazo prescricional ficam suspensos até o integral cumprimento das condições impostas. Desses institutos se tratará mais detidamente nos capítulos 5 e 6, respectivamente.

Passando adiante, como exemplos de instrumentos que propiciam a terminação antecipada ou abreviada do processo, existem a *guilty plea* e o *nolo contendere* estadunidenses, geralmente decorrentes do *plea bargaining*, o *patteggiamento* italiano (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), o comparecimento francês para reconhecimento prévio de culpabilidade (*comparution sur reconnaissance préalable de*

---

<sup>132</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 121-123.

<sup>133</sup> FIDALGO, Sónia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória e o processo sumaríssimo. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra**, v 18, nº 2., abr-set/2008, p. 277-315.

*culpabilité* ou *plaider coupable*), o acordo alemão (*absprachen*), *la conformidad* espanhola e o *juicio abreviado* presente em vários ordenamentos jurídico-penais da América Latina<sup>134</sup>.

Em todos esses institutos há um encontro de vontades entre a acusação e a defesa para simplificar e aligeirar a resolução do caso. No geral, o que caracteriza esses mecanismos é a formulação do acordo com base nos elementos de convicção colhidos durante a investigação, dispensando-se a fase intermediária do juízo oral. Nesses casos, a confissão ou o reconhecimento dos fatos é condição para a celebração do acordo, sendo oportuno tecer breves comentários sobre o campo de incidência dos referidos instrumentos.

A *guilty plea* é a declaração de culpabilidade do modelo norte-americano, que pode assumir 03 (três) formas básicas<sup>135</sup>:

a) voluntária ou não influenciada (*voluntary or uninfluenced*): quando o acusado confessa porque sua culpabilidade resulta evidente diante das provas e não encontra vantagem alguma em negar a culpa ou porque quer abrandar os remorsos de sua consciência;

b) estruturalmente induzida (*structurally induced plea*): quando o acusado confessa ao prever uma pena mais grave se insistir no julgamento pelo júri ou por já saber que determinados juízes impõem penas mais brandas a quem renuncia ao direito de um juízo oral e contraditório;

c) negociada (*negotiated plea*): é aquela que decorre de um acordo (*plea bargaining* ou *plea negotiation*) celebrado entre a acusação e o acusado, assistido por seu defensor. O acordo pode versar sobre a imputação, sobre a pena ou sobre ambos.

Já o *nolo contendere* é a declaração no sentido de não contestar, mas sem haver assunção de culpa.

Na prática forense norte-americana, na maioria dos casos, a *guilty plea* ou a declaração de *nolo contendere* é consequência do *plea bargaining*. Tal modelo será estudado no capítulo seguinte, mas cumpre já adiantar que se aplica a todos os tipos de infração penal, seja qual for a pena cominada. Trata-se do principal meio de resolução de conflitos penais no sistema criminal estadunidense. Todavia, como esclarece José Carlos Barbosa Moreira<sup>136</sup>:

O predomínio do *guilty plea* deve-se, em máxima parte, ao êxito muito frequente de uma negociação entre acusação e defesa, na qual o *prosecutor*, em troca da concordância do réu em reconhecer-se culpado, lhe oferece vantagens como a promessa de não denunciá-lo por outra infração, ou de pleitear a aplicação de pena mais branda. Semelhante procedimento, conhecido como *plea bargaining*, tem sido alvo de duras

<sup>134</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 48-49.

<sup>135</sup> DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. **Justicia Criminal Consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los E.E.U.U., Italia y Portugal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 33-35.

<sup>136</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista de Processo**, vol. 103, jul-set/2001, p. 96.

críticas no mundo acadêmico e no político, por abrir ensejo a manobras escusas e a pressões odiosas sobre o acusado.

O *patteggiamento*, também denominado *applicazione della pena su richiesta delle parti* (aplicação de sanção substitutiva a pedido da parte) está previsto nos arts. 444 a 448 do Código de Processo Penal italiano<sup>137</sup>. Consiste num acordo firmado entre o Ministério Público e o acusado quanto à pena a ser aplicada, que pode ser uma sanção substitutiva, como liberdade controlada, semidetenção ou pena pecuniária, ou mesmo uma pena de até 05 (cinco) anos de prisão<sup>138</sup>.

O pedido pode ser formulado por uma das partes ou por ambas. Se o pedido é feito por apenas uma das partes, deve ser submetido à análise da outra, devendo representar o consenso entre o Ministério Público e o acusado. Com a *richiesta*, o imputado está renunciando voluntária e implicitamente à garantia da presunção de inocência, bem como ao direito de contestar a imputação<sup>139</sup>.

Segundo esclarece Fernando Fernandes<sup>140</sup>, antes de encaminhar a proposta ao juízo, as partes, tendo em vista o delito imputado, verificarão a moldura penal (mínimo e máximo), definindo a pena-base, para depois fazer incidir circunstâncias atenuantes e agravantes, aplicando, na sequência, a redução de até 1/3 (um terço), prevista no art. 444 do Código, chegando-se, então, à pena que entendem aplicável. Toma-se em consideração, portanto, a pena em concreto. Se o resultado dessa operação não ultrapassar 05 (cinco) anos de prisão, a acusação e a defesa poderão celebrar o acordo em questão, que será submetido à homologação judicial.

As partes podem ainda optar que a sanção acordada seja submetida à suspensão condicional da pena (art. 444, I). As negociações entre os litigantes podem acontecer até a abertura do juízo oral<sup>141</sup>. Se o juiz acolher o pedido, ou *richiesta*, proferirá logo a sentença, aplicando ao réu a pena pactuada.

Já o comparecimento francês para reconhecimento prévio de culpabilidade (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*) foi criado pela Lei nº 204/2004, estando previsto nos arts. 495-7 a 495-16 do Código de Processo Penal. Trata-se de um

---

<sup>137</sup> GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado**. Salamanca: Universidade de Salamanca, 1997b, p. 167.

<sup>138</sup> O *patteggiamento* foi inserido no ordenamento italiano pela Lei nº 689/1981. O acordo era possível para crimes cuja pena de prisão pudesse ser substituída por sanções restritivas ou por multa. Com o Código de Processo Penal de 1988, tornou-se possível o acordo em relação a penas detentivas não superiores a 02 (dois) anos. Pela reforma operada pela Lei nº 134/2003, o instituto foi ampliado, passando a admitir o acordo também nos casos cuja pena de prisão não ultrapasse 05 (cinco) anos.

<sup>139</sup> GARCÍA, *op. cit.*, 1997b, p. 172.

<sup>140</sup> FERNANDES, F., *op. cit.*, 2001, p. 205.

<sup>141</sup> GARCÍA, *op. cit.*, 1997b, p. 182.

acordo firmado entre o Ministério Público e o imputado e seu defensor, tendo por objeto a pena a ser aplicada. Essa possibilidade de solução consensuada está prevista para delitos punidos com pena de multa ou de prisão com duração igual ou inferior a 05 (cinco) anos. A confissão ou reconhecimento dos fatos pelo réu é requisito fundamental para o pacto (art. 495-7)<sup>142</sup>.

Rosimeire Ventura Leite<sup>143</sup> aduz que:

A iniciativa de utilizar o procedimento pode ser do Ministério Público, do interessado e do defensor. No primeiro momento, o órgão acusador propõe ao agente o cumprimento de pena de prisão ou de multa, nos parâmetros definidos pelo art. 495-8 do Código de Processo Penal. Ou seja, a pena privativa de liberdade por ele indicada não pode ser superior a um ano ou ultrapassar metade da pena fixada para o delito. Se a sanção for multa, também é vedado exceder o valor da multa estabelecida para a infração atribuída ao autor do fato. Em qualquer caso, permite-se cumular com *sursis*. O interessado, então, antes de manifestar-se sobre a proposta, pode entender-se com seu advogado, sendo-lhe ainda permitido requerer o prazo de dez dias para analisar se aceita ou não o procedimento. É um período de reflexão. O acompanhamento da defesa técnica é obrigatório, sendo vedada a renúncia ao direito de se fazer assistir por advogado.

A vítima deve ser informada do procedimento, podendo comparecer para, atuando como parte civil, solicitar a reparação de seu prejuízo (art. 495-13).

A pena acordada deve se ajustar às circunstâncias da infração e também à personalidade do agente. A decisão judicial que homologar o acordo tem o efeito de uma condenação, sujeita a recurso na forma do art. 495-11. Se não houve consenso entre as partes ou se o magistrado rejeitar o acordo, os autos seguem para o juiz ou tribunal de instrução (art. 495-14).

Tal procedimento consensual, portanto, dispensa o júízo oral, permitindo a aplicação da pena de modo mais rápido e simplificado.<sup>144</sup> É diferente da mediação penal outrora mencionada, pois aqui o encontro de vontades enseja a condenação do agente e o fim do processo, enquanto lá o acordo impede o início da ação penal.

Em relação ao pacto previsto no ordenamento jurídico-penal alemão, destinado a abreviar ou encurtar a solução do processo criminal, cabe consignar, antes de mais nada, que as *absprachen* consistiam em acordos informais, sem amparo legal, que funcionavam de forma similar ao *plea bargaining* norte-americano. Surgiram na prática judicial germânica na

---

<sup>142</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 123-124.

<sup>143</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 123-124.

<sup>144</sup> Segundo Jean Pradel, a manutenção sistemática da audiência de instrução nos processos de menor gravidade pode conduzir a uma sobrecarga dos papéis e assim paralisar a justiça. Daí que, havendo consenso entre as partes e concordância do juiz, o debate oral pode ser excluído para aligeirar a resolução dos casos e favorecer a administração da justiça criminal (PRADEL, *op. cit.*, 1984, p. 348-349).

década de 70 e se tornaram comuns nos tribunais, a ponto de ao menos 50% (cinquenta por cento) dos casos serem resolvidos dessa forma.<sup>145</sup> Ante a crescente quantidade e complexidade dos processos, o objetivo era obter um acordo tendente a simplificar e acelerar a resolução dos casos. Apesar das críticas doutrinárias decorrentes especialmente da ausência de previsão normativa, caracterizando uma prática *contra legem*, o Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*) a aceitou, mediante cautelas, em decisão de 28/08/1997.<sup>146</sup>

Em 2009, foi aprovada uma lei que disciplinou os acordos penais na Alemanha, incluindo no seu Código de Processo Penal (StPO) o § 257c, de modo que hoje há respaldo legal para que sejam firmados em casos de pequena ou média criminalidade e também em casos mais graves, como de homicídio, por exemplo.

Diferentemente do modelo americano, não se trata de um acordo entre acusação e defesa sobre o objeto do processo, mas, segundo o § 257c, 1 e 3, do StPO, cuida-se de um acordo firmado entre as partes (acusação e defesa) e o Juízo quanto ao patamar da pena. O item 3 dispõe:

(3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben<sup>o</sup> Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.<sup>147</sup>

Conforme esclarece Brandalise<sup>148</sup>, “admite-se o estabelecimento de limites mínimos e máximos de pena quando da negociação, mas sua definição final é determinada pelo órgão julgador, a partir das circunstâncias que envolvem o fato e as pessoas que dele participaram.”

A iniciativa para o acordo pode partir do acusado, do membro do Ministério Público ou do juiz, mas a este cabe, segundo a disciplina normativa, na linha da prática anterior dos referidos acordos informais, comandar as negociações, coordenando as tratativas e formatando a proposta de acordo que, aceita pelas partes, pode levar à resolução antecipada do caso.

O réu deve ser interrogado sobre os fatos, até porque a confissão é condição essencial para o acordo (§ 257c, 2, do StPO). A confissão não pode ser o único elemento de convicção, de modo que, se as evidências colhidas no procedimento investigatório foram insuficientes

<sup>145</sup> SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2002, p. 291-292.

<sup>146</sup> MADLENER, *op. cit.*, 2009, p. 662.

<sup>147</sup> **Tradução livre:** “(3) O Tribunal comunica qual pode ser o conteúdo do acordo. Ele também poderá indicar, sob livre apreciação de todas as circunstâncias do caso, bem como das considerações gerais de condenação, um limite superior e inferior da pena. As partes processuais têm a oportunidade de se manifestar. O acordo é celebrado, quando o réu e o Ministério Público concordam com a proposta do Tribunal”.

<sup>148</sup> BRANDALISE, *op. cit.*, 2016, p. 88.

para confirmar a admissão de culpa, o juiz deverá ordenar a produção das provas necessárias ao esclarecimento dos fatos.

Naturalmente, deve ser respeitado o direito contra a autoincriminação forçada. Assim, o juiz deve averiguar se é livre e consciente a manifestação de vontade do réu, orientando-o sobre as consequências jurídicas do acordo, pois elas é que são objeto da avença (§ 257c, 2, do StPO<sup>149</sup>).

Em 19/03/2013, o Tribunal Constitucional alemão (*BVerfG*) julgou conjuntamente três processos conexos (os processos 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 e 2 BvR 2155/11) em que se discutiu a constitucionalidade do § 257c do StPO. A Corte Suprema alemã afastou as alegações de violações de direitos, fazendo, segundo Brandalise<sup>150</sup>, os seguintes esclarecimentos:

- a) continua prevista a necessidade de que o Judiciário persiga a verdade, ainda que de ofício, se o que fora produzido até então não se mostrar suficiente para confirmar a confissão [...];
- b) somente pode contemplar o objeto daquele processo, não sendo admissível discussão de acusações que a ele não digam respeito;
- c) os acordos, seu conteúdo e sua tratativa devem ser devidamente registrados em audiência, para fiscalização das partes e do público. O desrespeito a tais exigências torna o acordo ilegal;
- d) o arguido necessita ser devidamente orientado sobre o acordo, suas consequências, qual o efeito da disposição de seus direitos e os critérios que envolverão a fixação da pena, para que haja devida consciência e voluntariedade na colaboração do acusado. O desrespeito de tal dever legitima a interposição de recurso contra a decisão.

Essas observações, portanto, constituem verdadeiras condições de legalidade e de validade dos acordos penais na Alemanha.

Já a *conformidad* espanhola, segundo Nicolás Rodrigues García<sup>151</sup>, pode ser definida como:

[...] el acto procesal, manifestación del principio de oportunidad, consistente en la declaración de voluntad que emite el imputado, asistido de su abogado, por el que se conforma con la calificación más grave formulada por las partes acusadoras y con la pena solicitada siempre y cuando ésta no exceda de los seis años de privación de libertad, lo que

---

<sup>149</sup> “(2) Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten<sup>o</sup> Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein<sup>o</sup> Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein”. **Tradução livre:** “(2) Objeto deste acordo podem ser somente as consequências jurídicas, que podem ser o conteúdo da sentença e das respectivas decisões, outras medidas processuais relacionadas ao processo de conhecimento subjacente, bem como o comportamento processual das partes. A confissão deve ser parte integrante do acordo. A sentença de culpabilidade bem como as medidas de correção e prevenção não podem ser objeto deste acordo”.

<sup>150</sup> BRANDALISE, *op. cit.*, 2016, p. 91-92.

<sup>151</sup> GARCÍA, Nicolás Ridríguez. **El consenso en el proceso penal español**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997a, p. 97.

provoca la finalización del procedimiento, sin la celebración del juicio oral, a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada.<sup>152</sup>

Consiste, portanto, num mecanismo que enseja o encerramento antecipado do processo se o réu declarar-se conformado com a pena que está sendo pleiteada pela acusação ou com a mais grave das penas, em caso de pluralidade de imputações. É cabível nos casos cuja pena em concreto (não a pena em abstrato) solicitada pela acusação não exceda 06 (seis) anos de prisão e naqueles para os quais estão previstas penas não privativas de liberdade (arts. 655 e 787, I, e da Ley de Enjuiciamiento Criminal - LECrim).

Ao prestar a *conformidad*, o acusado e seu defensor renunciam à garantia da presunção de inocência e também ao direito de produzir provas, passando-se diretamente à prolação da sentença.<sup>153</sup>

Segundo García<sup>154</sup>, a *conformidad* pode ser classificada segundo vários critérios, como:

a) quanto à iniciativa, pode ser do defensor (com a posterior aquiescência do acusado), do imputado (com posterior ratificação do defensor), da acusação e da defesa, no início do júízo oral, e do próprio órgão jurisdiccional, quando pergunta ao acusado se ele se conforma;

b) quando se refere à responsabilidade penal e civil, é denominada *absoluta*; quando é restrita à responsabilidade criminal, é chamada *limitada*;

c) quando prestada por todos os acusados, é chamada *total*; se prestada apenas por alguns, é denominada *parcial*, hipótese que é reputada inválida (art. 655, IV, LECrim);

d) quanto à forma, pode ser *escrita*, prestada nos escritos da defesa (*en el escrito de calificación provisional de la defensa*), concordando com a pena solicitada pela acusação, ou *verbal*, quando é prestada desse modo, no início da sessão do júízo oral. Aquela é a modalidade clássica no Direito Processual Penal da Espanha, estando prevista no art. 655 da LECrim; e

e) *espontânea*, quando consiste num ato unilateral de adesão da defesa aos escritos da acusação, ou *negociada*, resultando de um acordo alcançado pela acusação e pela defesa.

A *conformidad* pode ser manifestada em todos os tipos de procedimentos penais espanhóis, sempre que a pena solicitada não exceder a 06 (seis) anos de prisão: no

---

<sup>152</sup> **Tradução livre:** “o ato processual, manifestação do princípio da oportunidade, consistente na declaração de vontade que emite o acusado, assistido por seu advogado, pelo qual se conforma com a acusação mais grave formulada pelas partes acusadoras e com a pena solicitada, sempre e quando esta não exceda a 06 (seis) anos de privação de liberdade, o que provoca a finalização do procedimento, sem a celebração do júízo oral, por meio de uma sentença com todos os efeitos da coisa julgada”.

<sup>153</sup> DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. **La conformidad del acusado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 190 e 200.

<sup>154</sup> GARCÍA, *op. cit.*, 1997a, p. 139-141.

procedimento ordinário, previsto nos arts. 259 a 749 da LECrim, para delitos graves, punidos com penas privativas de liberdade que superem a 09 (nove) anos; no procedimento abreviado (arts. 757 a 794 da LECrim), para crimes punidos com pena de prisão não superior a 09 (nove) anos ou pena de distinta natureza, qualquer que seja sua duração; no procedimento especial para julgamento rápido de determinados delitos, disciplinado no art. 795 a 803 da LECrim; no juízo de faltas, disciplinado nos arts. 962 a 982 da LECrim, e também no procedimento do tribunal do júri, previsto na Lei Orgânica nº 5, de 22 de maio de 1995.

No que tange ao momento processual para prestar a *conformidad*, pode se dar no escrito da defesa (*en el escrito de calificaciones provisionales*), conjuntamente com os escritos da acusação (*conjuntamente com el escrito de calificaciones del Ministerio fiscal*) ou no início da sessão do juízo oral (*en la sesiones del juicio oral*)<sup>155</sup>. Note-se que ele ocorre depois de concluída a fase de investigação, já na fase judicial.

Em geral, não há redução de pena pelo fato de o imputado prestar a *conformidad*. Ainda, o juiz não pode impor pena que supere a que foi pretendida pela acusação (art. 655, II, da LECrim).

Cabe ao juiz realizar o controle judicial sobre a *conformidad* do acusado, averiguando se decorre de ato puro, ou seja, não sujeito à condição, prazo ou termo; se a manifestação é personalíssima, expressa, voluntária (livre e consciente), formal e se atende ao requisito de *double garantia*, isto é, se há concorrência de vontades entre o defensor e o inculpaado<sup>156</sup>. O magistrado ainda deve examinar a suficiência das provas apresentadas contra o imputado<sup>157</sup>.

Há hipóteses que geram a inadmissão da *conformidad* e a continuação do processo<sup>158</sup>:

a) quando o juiz considerar que, por erro, negligência ou qualquer outra causa, a acusação não formulou a qualificação jurídica adequada dos fatos. Antes disso, porém, o magistrado deverá permitir que as partes se manifestem sobre sua compreensão, o que pode acarretar mudança de posições de forma a ainda permitir a sentença de *conformidad*; e

b) quando o juiz entender que a *conformidad* do acusado não foi prestada livremente ou foi prestada sem o conhecimento de suas consequências.

Ainda, haverá continuação do juízo quando o advogado do imputado, apesar de haver expressado a *conformidad*, considerar necessário e o juiz reputar fundada sua petição.

Em vista da reforma operada pela Lei nº 38, de 24 de outubro de 2002, a inovação que mais produziu transformações no processo penal espanhol foi a criação de um processamento

---

<sup>155</sup> GARCÍA, *op. cit.*, 1997a, p. 153-157.

<sup>156</sup> DIEGO DÍEZ, *op. cit.*, 1997, p. 176-186.

<sup>157</sup> DIEGO DÍEZ, *op. cit.*, 1997, p. 395.

<sup>158</sup> COLOMER, Juan Luis Gómez. La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España. In: **Revue Internationale de Droit Penal**. 2012/1, vol. 83, p. 30.

rápido para determinados delitos, com a possibilidade de o acusado prestar *conformidad* mediante a redução de 1/3 (um terço) da pena mutuamente acordada<sup>159</sup>. Cuida-se da *conformidad* premial.

De acordo com o art. 795 da LECrim, o juízo rápido deve ser observado nos casos de delitos punidos com pena de prisão não superior a 05 (cinco) anos, ou punidos com quaisquer outras penas, únicas, conjuntas ou alternadas, cuja duração não supere 10 (dez) anos, havendo ainda de se atender aos seguintes requisitos: a) tratar-se de casos em que tenha ocorrido prisão em flagrante; b) trata-se de certos tipos de delitos, especialmente contra a integridade física e o patrimônio; c) tratar-se de crimes cuja instrução seja presumivelmente fácil.

Em tais hipóteses, o acusado poderá prestar a *conformidad* beneficiada com redução de pena, conforme previsto no art. 801 da LECrim:

Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar éste sentencia de conformidad, cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1.º Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación
- 2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.
- 3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.<sup>160</sup>

Note-se que essa modalidade de *conformidad* só é cabível nos casos cuja sanção máxima, em abstrato, não ultrapasse 03 (três) anos de prisão, sendo que a pena solicitada ou a soma delas, se for o caso, não pode superar 02 (dois) anos de privação de liberdade.

Ainda, é oportuno assinalar que, no procedimento abreviado, há a previsão de outra ferramenta simplificada pelo consenso. Trata-se do instituto denominado reconhecimento de fatos (*reconocimiento de hechos*), que alguns classificam como uma modalidade de *conformidad*, e que pode acontecer ainda na fase de diligências prévias, desde que o delito

---

<sup>159</sup> FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez. **El procedimiento penal abreviado y los juicios rápidos**. 2ª ed. Granada: Comares, 2004, p. 344.

<sup>160</sup> **Tradução livre:** “Sem prejuízo da aplicação do procedimento do art. 787, o acusado pode prestar sua conformidade perante o juiz de garantias, ditando este a sentença de conformidade, quando concorrerem os seguintes requisitos:

1º Que não tenha havido acusação particular e o Ministério Público tenha solicitado a abertura do juízo oral e, assim assentido pelo juiz de garantias, aquele tenha apresentado a acusação por escrito.

2º Que os fatos objeto da acusação tenham sido qualificados como delito punível com pena de até 03 (três) anos de prisão, com pena de multa qualquer que seja a quantia ou com outra pena de distinta natureza cuja duração não exceda a 10 (dez) anos.

3º Que, tratando-se de pena privativa de liberdade, a pena requerida, ou a soma delas, não exceda, reduzida em 1/3 (um terço), os 02 (dois) anos de prisão.”

seja punido com pena não superior a 03 (três) anos de prisão (art. 779, 1-5<sup>a</sup>, da LECrim). Trata-se de uma verdadeira *conformidad* com os fatos, e não com a pena. Naturalmente, também nessa hipótese, o acusado deve estar assistido por seu defensor<sup>161</sup>.

Assim, diante do reconhecimento dos fatos pelo acusado, o juiz convoca o membro do Ministério Público e, havendo consenso quanto à acusação e à pena, o procedimento abreviado se transforma num juízo rápido, passando o magistrado a logo ditar a sentença, conforme disposto no art. 801 da LECrim<sup>162</sup>.

Embora o Tribunal Supremo espanhol ao longo do tempo tenha firmado posição pela irrecurribilidade da sentença de *conformidad*, sobreveio uma alteração legislativa no sentido de admitir recurso. Com a reforma, previu-se que “unicamente serão recorríveis as sentenças de conformidade quando não tenham respeitado os requisitos ou os termos da conformidade, sem que o acusado possa impugnar por razões de fundo sua conformidade livremente prestada” (art. 787, VII, da LECrim). Atendeu-se a um reclamo da doutrina, pois a sentença pode conter alguma falha, podendo ter se distanciado dos termos da *conformidad* ou até ter se pautado numa *conformidad* aparente ou havida sem voluntariedade, de modo a justificar a insurreição das partes pela via recursal<sup>163</sup>.

Cabe registrar, por curiosidade, que no Peru também há uma modalidade de *conformidad*, denominada *conclusion anticipada del juicio*, aplicável em qualquer tipo de processo criminal (art. 372 do Código de Processo Penal).

Por sua vez, o *juicio abreviado*, encontrado nas legislações processuais penais da América Latina, constitui-se num acordo ou transação sobre a pena, firmado, geralmente na fase inicial do processo, entre a acusação e o imputado, assistido por seu defensor, desde que haja confissão ou reconhecimento dos fatos e de sua qualificação jurídica, o que acarreta a dispensa da fase probatória e dos debates, passando-se diretamente à sentença condenatória<sup>164</sup>.

Como se vê, não se trata de um juízo sumário ou acelerado, caracterizado pela redução de prazos ou pela simplificação de formas, mas de um procedimento destinado à resolução antecipada da causa penal com base num acordo. Não se confunde, portanto, com o *giudizio abbreviato* italiano<sup>165</sup> (arts. 438 a 443 do Código de Processo Penal), com o procedimento abreviado da Espanha (art. 757 e seguintes da LECrim) ou com seus juízos rápidos (art. 795 e

---

<sup>161</sup> COLOMER, *op. cit.*, 2012, p. 25.

<sup>162</sup> COLOMER, *op. cit.*, 2012, p. 26.

<sup>163</sup> COLOMER, *op. cit.*, p. 29.

<sup>164</sup> CORRAL, Diego Del. **Juicio Abreviado**. Buenos Aires: Astrea, 2016, p. 28.

<sup>165</sup> Segundo Antonio Scarance Fernandes, não se pode mais dizer que o *giudizio abbreviato* italiano seja um acordo sobre o rito, pois, com as modificações produzidas pela Lei nº 479/1999, o juiz não depende mais da concordância do Ministério Público para adotar tal procedimento, podendo admiti-lo ainda quando haja necessidade de prova complementar. “Deixou, assim, a escolha do rito de ser solução consensual, dependendo agora de atos do juiz e do imputado” (FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 202).

seguintes da LECrim), assim como se distancia dos procedimentos sumário ou sumaríssimo brasileiros (art. 394, § 1º, II, do Código de Processo Penal e art. 81 da Lei nº 9.099/1995).

Tal rito abreviado, como mecanismo de consenso, constou do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América, cujos estudos, segundo Ada Pellegrini Grinover<sup>166</sup>, “havia partido das propostas das V Jornadas Ibero-Americanas de Cartagena (1977), acolhendo as bases de Alcalá-Zamora para o Código de Córdoba e as bases de Clariá-Olmedo e Velez Mariconde para a unificação legislativa em matéria processual penal da América Latina”. No ano 1988, o projeto final de Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América foi apresentado às XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, realizadas no Rio de Janeiro.

O procedimento abreviado foi disciplinado no art. 371 e seguintes do aludido código<sup>167</sup>:

Art. 371. **Admisibilidad.** Si el Ministerio Público estimare suficiente la imposición de una pena no mayor a dos años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, aun en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda según este título, concretando su requerimiento ante el tribunal del procedimiento intermedio.

Para ello, el Ministerio Público deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él, y la vía propuesta.

La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de esta regla a alguno de ellos.

Art. 372. **Trámite posterior.** El tribunal oirá al imputado y dictará la resolución que corresponda, sin más trámite.

El tribunal podrá absolver o condenar, según corresponda, fundando su resolución en el hecho descrito en la acusación, admitido por el imputado; pero la condena nunca podrá superar la pena requerida por el ministerio público. Rigen, en lo pertinente, las reglas de la sentencia.

Si el tribunal no admitiere la vía solicitada y estimare conveniente el procedimiento común, para un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida, rechazará el requerimiento y emplazará al ministerio público para que concluya la investigación y requiera lo que corresponda. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al ministerio público durante el debate.

Art. 373. **Efectos.** Contra la sentencia será sólo admisible el recurso de casación, interpuesto por el Ministerio Público o por el imputado y su defensor.

El querellante, o quien sin éxito, pero con derecho, haya pretendido serlo durante el procedimiento preparatorio, tendrá las facultades previstos en los arts. 339 y 340; no podrá, sin embargo, agraviarse por la vía elegida o pretender la imposición de una pena superior a la requerida por el ministerio público.

<sup>166</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 30, abr-jun/2000, p. 42.

<sup>167</sup> CHILE. **Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América.** Disponível em: <[http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_view/1941-c%C3%B3digo-procesal-penal-modelo-para-iberoam%C3%A9rica-textos.html](http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/1941-c%C3%B3digo-procesal-penal-modelo-para-iberoam%C3%A9rica-textos.html)>. Acesso em: 10/10/2016.

La acción civil no será decidida y se podrá deducir nuevamente ante el tribunal competente. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación, con las limitaciones del art. 332 y sólo en la medida en que la sentencia influya sobre el resultado de una reclamación civil posterior.<sup>168</sup>

Esse projeto influenciou a adoção do *juicio abreviado*, com algumas particularidades, por vários países latino-americanos a partir da década de 90. No código-modelo, o procedimento foi idealizado para os casos em que o Ministério Público viesse a postular, em concreto, pena não privativa de liberdade ou pena de privação de liberdade não superior a 02 (dois) anos.<sup>169</sup>

Variam, porém, nas legislações latinas, os critérios fixados para se adotar o rito abreviado tendente à solução consensuada. No Equador, por exemplo, esse procedimento é reservado para os casos em que a pena máxima prevista para o delito seja inferior a 05 (cinco) anos (art. 369 do Código de Processo Penal). Essa é a regra também no Paraguai (art. 420 do Código de Processo Penal) e na República Dominicana (art. 363 do Código de Processo Penal).<sup>170</sup>

Já no Chile, para a adoção do procedimento abreviado destinado à celebração de acordo, a pena solicitada pela acusação não pode ultrapassar, em concreto, 05 (cinco) anos de prisão ou deve ter natureza diversa da privação de liberdade (art. 406 do Código de Processo Penal aprovado no ano de 2000). Na Guatemala, a pena pleiteada pelo Ministério Público

---

<sup>168</sup> **Tradução livre:** “Art. 371. **Admissibilidade.** Se o Ministério Público estimar suficiente a imposição de uma pena não superior a 2 anos de privação de liberdade, ou de uma pena não privativa de liberdade, mesmo de forma conjunta, poderá solicitar que se proceda segundo este título, especificando seu pedido ao juízo do procedimento intermediário.

Para isso, o Ministério Público deverá contar com a concordância do imputado e de seu defensor, concordância que se estenderá para a admissão do fato descrito na denúncia ou para a participação nele, assim como para a via proposta.

A existência de vários imputados num mesmo procedimento não inibirá a aplicação desta regra a algum deles.

Art. 372. **Trâmite posterior.** O juízo ouvirá o imputado e proferirá a decisão correspondente, mas sem trâmite. Poderá absolver ou condenar, segundo o caso, fundando sua resolução no fato descrito na denúncia, admitido pelo imputado. No caso de condenação, a pena nunca poderá ser superior a que foi requerida pelo Ministério Público. Aplicam-se, no que couberem, as regras da sentença.

Se o tribunal não admitir a via solicitada e estimar conveniente o procedimento comum, para um melhor conhecimento dos fatos ou ante a possibilidade de que tais fatos devam ensejar aplicação de pena superior à requerida, rejeitará o requerimento e intimará o Ministério Público para que conclua a investigação e postule o que for correspondente. Neste caso, o requerimento anterior sobre a pena não vincula o Ministério Público.

Art. 373. **Efeitos.** Contra a sentença somente será admissível o recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público ou pelo imputado e seu defensor.

O querelante, ou quem sem êxito, mas com direito, tenha pretendido sê-lo durante o procedimento preparatório, terá as faculdades previstas nos arts. 339 e 340; não poderá, contudo, insurgir-se contra a via eleita ou pretender a imposição de uma pena superior à requerida pelo Ministério Público.

A ação civil não será decidida e o interessado poderá deduzi-la novamente ante o tribunal competente. Entretanto, os que forem admitidos como partes civis poderão interpor o recurso de apelação, com as limitações do art. 332 e apenas na medida em que a sentença influa sobre o resultado de uma reclamação civil posterior.”

<sup>169</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 213.

<sup>170</sup> CORRAL, *op. cit.*, 2016, p. 81, 86 e 91.

deve ser não privativa de liberdade ou, se for prisão, não pode ser superior, em concreto, a 05 (cinco) anos de privação de liberdade (art. 464).

Na Argentina, segundo o Código Processual Penal da Nação, o *juicio abreviado* é cabível nos casos em que o Ministério Público solicitar uma pena privativa de liberdade inferior a 06 (seis) anos ou uma pena diversa da prisão (art. 431). Ainda, em El Salvador, só é possível adotar o rito abreviado se o Ministério Público solicitar uma pena não privativa de liberdade ou de prisão de até 03 (três) anos (art. 379 do Código de Processo Penal)<sup>171</sup>.

No Peru, além de o referido instrumento ter recebido denominação diversa, qual seja, *proceso por terminação anticipada*, não há regra que limite seu campo de incidência a determinados delitos, podendo as partes acordarem em todos os processos de ação penal pública (arts. 468 a 471 do Código de Processo Penal). Na Venezuela, é denominado *procedimiento especial de admisión dos fatos*, nada impedindo, também, que seja utilizado em qualquer tipo de infração penal (art. 376 do Código de Processo Penal). Ainda, na Costa Rica, é possível o acordo para aplicação de pena em qualquer tipo de processo criminal (art. 373 do Código de Processo Penal), enquanto em Honduras é cabível em “*toda clase de delitos de acción pública*” (art. 403 do Código de Processo Penal), inclusive homicídio e tráfico de drogas.<sup>172</sup>

Geralmente, a acusação e a defesa podem tomar a iniciativa para a adoção do rito abreviado. Se o pedido de aplicação do procedimento não for formulado por ambas as partes, terá naturalmente que contar com a concordância da outra para se chegar ao acordo.

Como salientado, em todos os casos, para se adotar o procedimento abreviado, é necessária a confissão ou o reconhecimento dos fatos pelo acusado<sup>173</sup>. Então, o juiz deve ouvir o réu sobre os fatos que lhe são imputados, devendo ainda verificar se sua manifestação é livre e consciente, se está compreendendo bem os termos do acordo. A assistência do réu por defensor é requisito essencial.

Cabe ressaltar que a condenação não poderá fundar-se apenas na confissão ou admissão de culpa feita pelo réu, devendo estar em conformidade com outros elementos de convicção colhidos na fase prévia de investigação.

---

<sup>171</sup> CORRAL, *op. cit.*, 2016, p. 61, 73 e 76.

<sup>172</sup> CORRAL, *op. cit.*, 2016, p. 63, 66, 71 e 93.

<sup>173</sup> Na Argentina, segundo o art. 431, 8, do Código de Processo Penal da Nação, “quando houver vários imputados na causa, o juízo abreviado só poderá ser aplicado se todos eles tiverem prestado sua conformidade.”

Em razão da disposição do acusado de confessar ou admitir sua culpa ao celebrar o acordo, as legislações de alguns países preveem uma diminuição de pena até 1/3 (um terço)<sup>174</sup>.

Ainda, dependendo do ordenamento jurídico, a vítima pode opor resistência à celebração do acordo, como ocorre na Bolívia e na Costa Rica, por exemplo, de modo que, conforme o caso, o juiz impedirá a solução consensuada.<sup>175</sup>

Rosimeire Ventura Leite destaca que, em regra, o fato de existirem outros acusados não impede a celebração do acordo por aqueles que preencherem os requisitos, mas, na Argentina, por exemplo, só se admite a adoção do rito abreviado se todos prestarem conformidade<sup>176</sup>. Ela assinala também que, no geral, a sanção a ser imposta não pode ser superior àquela que foi ajustada entre as partes.<sup>177</sup>

Segundo Diego Del Corral<sup>178</sup>, no juízo abreviado, o réu não pode, naturalmente, renunciar ao direito de defesa, mas pode, assistido por seu defensor, optar por renunciar ao direito de não se autoincriminar e de contradizer a acusação em juízo oral, hipótese em que está no exclusivo uso de sua autonomia de vontade. Ele esclarece que cabe a cada ordenamento jurídico definir até que ponto tal solução acordada pode comprometer a ordem pública num Estado de Direito. Voltar-se-á ao tema em questão no tópico que segue e, também, numa perspectiva nacional, no capítulo 7.

A sentença proferida a partir de um acordo sobre a pena tem natureza condenatória.

Portanto, pelo que se expôs, nota-se que o *juicio abreviado*, voltado à aplicação da pena mediante acordo fundado na admissão de culpa, aproxima-se do *patteggiamento* italiano, tendo também pontos comuns com o instituto francês do comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade e com a *conformidad* da Espanha.

Dando sequência ao trabalho, serão apresentadas agora as controvérsias e críticas mais relevantes que frequentemente são dirigidas aos instrumentos ou mecanismos de consenso no processo penal.

### 3.5 Controvérsias e críticas

---

<sup>174</sup> Para uma abordagem mais detalhada: AMBOS, Kai; MAIER, Julio B. J.; WOISCHINIK, Jan. **Las reformas procesales penales em América Latina**. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung, Ad-Hoc e Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2000.

<sup>175</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 213.

<sup>176</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 133.

<sup>177</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 135.

<sup>178</sup> CORRAL, *op. cit.*, 2016, p. 145-149.

Como dito, os mecanismos consensuais são realidade nos ordenamentos jurídico-penais de grande parte dos países do mundo. Ao estudar o fenômeno, Antônio Scarance Fernandes<sup>179</sup> apontou as vantagens invocadas para justificar a adoção ou ampliação do uso de mecanismos de simplificação processual por acordo:

[...] evita-se o seguimento de todas as fases do procedimento ordinário, o que resulta na solução de maior número de causas e no descongestionamento da justiça criminal; quando a decisão advém de acordo, é ínfimo o número de apelações; é possível utilizar o processo criminal para obter, mediante acordo, a reparação do dano causado à vítima; permite-se maior dedicação das autoridades e maior efetivação das garantias nos casos complexos e de maior relevância social.

Todavia, apesar dos ganhos que podem propiciar, são comuns controvérsias quanto à constitucionalidade dos institutos fundados no acordo de vontades e quanto ao acerto das políticas criminais de consenso. Em geral, as críticas são no sentido de que os mecanismos consensuais, sobretudo quando se fundam na autoincriminação do acusado, desvirtuam as estruturas e os fins do processo penal<sup>180</sup>, ofendendo as garantias constitucionais dos acusados.<sup>181</sup>

Para facilitar esta abordagem, tais principais críticas podem ser assim agrupadas: a) violação aos princípios da presunção de inocência, do privilégio contra a autoincriminação e da ampla defesa, incluindo os direitos ao contraditório e à produção de provas; b) insuficiência de uma verdade consensual; c) ausência de igualdade entre as partes e

<sup>179</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 60.

<sup>180</sup> Em 1992, por ocasião de Jornada sobre a Reforma do Direito Penal alemão, percebendo que o modelo de justiça criminal negociada dos Estados Unidos da América servia de inspiração para as reformas processuais penais europeias, Bernd Schünemann ferrenhamente opôs-se ao que denominou de marcha triunfal do procedimento penal americano pelo mundo. Combatendo a crescente adoção, na Alemanha, de acordos penais informais que imitavam a *plea bargaining* estadunidense, sustentou que tais medidas desnaturam completamente a estrutura processual germânica, mostrando-se incompatíveis com os fins do processo penal. Como à época não havia, no ordenamento jurídico alemão, previsão legal para os acordos, ele defendeu que eram corpos estranhos ao sistema e atentavam contra as garantias processuais dos acusados, sobretudo quando celebrados fora do juízo e sem a presença deles. Questionou também a dispensa da busca da verdade, invocando o dever judicial de completo esclarecimento dos fatos, com absoluto respeito aos direitos dos acusados e aos princípios liberais do Estado de Direito (SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2002, p. 288-302).

<sup>181</sup> Luigi Ferrajoli posicionou-se contrário aos procedimentos especiais diferenciados italianos fundados no consenso (transação sobre a pena e transação sobre o rito) por entender que as transações, sobretudo quanto à pena, podem se tornar fontes de injustiça, “[...] com sacrifício da maior parte de processos em nome da plena satisfação em alguns outros poucos.” Acredita que tais ritos diferenciados, assentados num acordo de vontades, podem “produzir distorções ainda maiores daquelas encontradas no processo americano, prestando-se a operar como um instrumento de pressão para falsas acusações, [...] deturpando o trabalho da defesa, gerando disparidade de tratamento e incertezas do direito [...]”. O jurista italiano vê o perigo de que a prática do acordo ou transação possa “[...] transformar o juízo em luxo reservado àqueles quantos dispostos a afrontar as despesas e os riscos, e que o processo possa reduzir-se a um jogo de azar no qual o imputado, embora inocente, é colocado diante de uma escolha entre a condenação a uma pena reduzida, e o risco de um juízo ordinário que pode concluir com a absolvição mas, também, com uma pena enormemente mais alta.” Enfim, Ferrajoli afirma que, em verdade, os “ritos alternativos” são verdadeiras medidas alternativas ao processo e que concorrem para a devastação do sistema de garantias do acusado (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Trad. de Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 689-690).

inexistência de real voluntariedade nos acordos; d) diminuição dos poderes do juiz e deslocamento do eixo decisório para as mãos do Ministério Público; e e) mercantilização e privatização do processo penal.

Buscar-se-á expor e comentar os aspectos mais polêmicos de cada crítica.

### **a) Violação aos princípios da presunção de inocência, do privilégio contra a autoincriminação e da ampla defesa, incluindo os direitos ao contraditório e à produção de provas**

Françoise Tulkens entende que os instrumentos de justiça negociada amparados na assunção de culpa ofendem o postulado da presunção de inocência. “Se cada pessoa deve ser considerada inocente até que sua culpa seja estabelecida em um julgamento, o que acontece com a presunção de inocência quando o próprio acusado, nos estágios iniciais do procedimento, sinaliza a renúncia a tal princípio?”<sup>182</sup> Nessa perspectiva, afirma que, como corolário, também há violação do privilégio contra a autoincriminação.

Essa posição se pauta pela compreensão de que os mecanismos de consenso, com promessas de redução de penas, transformam o processo numa forma de pressão contra o réu. Nas circunstâncias, ele se sentiria coagido ou pressionado a confessar e abdicaria de suas garantias processuais para obter uma pena menor. Ferrajoli acredita que o sistema consensual instala um método coercitivo e injusto, pois a via do acordo pode fazer pessoas inocentes se declararem culpadas por medo de serem condenadas a penas elevadas.<sup>183</sup>

Nessa linha de raciocínio, os acordos penais caracterizariam insuperáveis violações ao aludido princípio da presunção de inocência e também à garantia contra a autoincriminação (“*nemo tenetur se detegere*”<sup>184</sup>). Richard Vogler afirma que confissões extorquidas por ameaças ou por promessas de vantagens são naturalmente inválidas e que jamais podem servir para superar a presunção de inocência, esbarrando também na garantia contra a autoincriminação forçada<sup>185</sup>.

Os opositores da justiça penal consensual também afirmam que seus instrumentos afrontam o princípio da ampla defesa, especialmente os direitos ao contraditório e à produção

<sup>182</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 710.

<sup>183</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 690 e 691.

<sup>184</sup> “Costuma-se designar, em processo penal, a faculdade posta à disposição dos acusados em não empregar suas próprias forças para produzir provas auto-inculpadoras pelo brocardo latino *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a auto-incriminar-se). A forma mais usual e resumida do aforismo é *nemo tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a se descobrir)” (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e Contornos do Princípio Contra a Auto-Incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 51).

<sup>185</sup> VOGLER, *op. cit.*, 2002, p. 299 e 302.

probatória. Essa concepção se funda na ideia de que a celebração do acordo acarreta a renúncia inconstitucional aos referidos direitos do acusado.

Há uma forte preocupação com o risco de fragilização do imputado, acreditando-se que tais direitos deveriam ser de exercício obrigatório, de forma a proteger o acusado contra acusações infundadas ou excessivas, contra a atuação de defensores tentados a obter, por meio do consenso, soluções fáceis ou menos trabalhosas<sup>186</sup>. Assim, o consenso não propiciaria uma solução legítima para a resolução de conflitos penais, já que envolve a renúncia ou o não exercício de direitos que se mostram indisponíveis<sup>187</sup>.

As críticas em questão revelam-se pertinentes quando dirigidas ao modelo norte-americano de justiça negociada.<sup>188</sup> Como se verá no capítulo 4, trata-se de um sistema que ganhou contornos coercitivos, pois, em muitos casos, induz ou provoca a declaração de culpa por ter o acusado receio de, num julgamento convencional, ser apenado com a pena de morte, de prisão perpétua ou de privação de liberdade por longos anos. A ampla margem de consensualidade e os poderes ilimitados concedidos ao promotor americano favorecem práticas que geram mesmo enorme pressão contra o imputado, o qual acaba aceitando a pena “negociada”.

Entretanto, os vícios que assombram o modelo estadunidense de justiça penal pactuada não podem ser sistematicamente invocados para atacar ou desacreditar todas as ferramentas de consenso incorporadas aos ordenamentos jurídicos, ignorando-se suas características próprias e as diferenças entre os sistemas penais de cada país. É a avaliação detida de cada mecanismo consensual que permite concluir se afronta o sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito, se compromete os fins do processo ou se atenta contra as garantias constitucionais do imputado. Dependendo da forma como é normatizado, o instrumento de consenso pode perfeitamente se amoldar ao sistema garantista, concorrendo para a consecução de seus propósitos e guardando compatibilidade com a Lei Fundamental do país.

---

<sup>186</sup> Segundo Vogler, a justiça consensual compromete a posição dos sujeitos processuais. O Ministério Público pode cair na tentação de formular acusações excessivas para compensar insuficiências probatórias, visando a obter um acordo que lhe seja mais favorável. “Igualmente, os advogados de defesa, avaros e sobrecarregados, advogados de juízo incompetentes, advogados preocupados com seu índice de êxitos ou simplesmente aqueles advogados desejosos de congraçar-se com seus oponentes no tribunal, podem ser incapazes de resistir à tentação de pressionar seus clientes para que se declaram culpáveis” (VOGLER, *op. cit.*, 2002, p. 301).

<sup>187</sup> No caso dos institutos brasileiros da suspensão condicional do processo e da transação penal, por exemplo, não é possível dizer que há renúncia a direitos fundamentais pelo acusado. Na realidade, o que ocorre é o verdadeiro não exercício de direitos constitucionais (à presunção de inocência, à ampla defesa e seus corolários), já que o imputado não se declara culpado, havendo a retomada da marcha processual em caso de descumprimento do acordo. Na hipótese da *conformidad* espanhola, todavia, em que ocorre o reconhecimento dos fatos pelo arguido e a dispensa da fase instrutória, tem-se que claramente há renúncia aos aludidos direitos fundamentais, de modo que somente o estudo mais aproximado da disciplina legal de cada instituto permitirá dizer se houve efetiva renúncia de direitos (ou do exercício deles) e se foi válida à luz do Texto Constitucional.

<sup>188</sup> SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2013, p. 240-261.

Embora os direitos e garantias processuais dos acusados possuam assento constitucional, não devem ser vistos exclusivamente numa dimensão objetiva, como direitos inalienáveis e indisponíveis. O interesse estatal no respeito a tais direitos não deve ser levado ao extremo de subjugar a liberdade do sujeito de direito, sobretudo quando a lei cria ferramentas que lhe permitem uma solução mais favorável que aquela que poderia alcançar num processo de curso completo<sup>189</sup>. Noutros dizeres, é certo que se devem assegurar todos os direitos aos acusados, para que tenham um processo justo e legítimo, mas também não se pode impedir que, mediante aconselhamento técnico, aceitem propostas, por exemplo, de suspensão provisória do feito, formuladas conforme os contornos legais, sob controle do juiz.

Também não se pode impedir que, diante do juiz, em momentos processuais próprios, sem pressões ou ameaças, os réus reconheçam os fatos ou confessem e optem por soluções pactuadas. Não se pode obstar que os acusados, assistidos por seus defensores, deixem de refutar a acusação ou optem por um caminho mais expedito para alcançar logo a resolução do caso.

Luis Alfredo de Diego Díez aduz que<sup>190</sup>:

[...] el principio de contradicción o audiencia bilateral, con el que, como hemos visto, guarda una íntima relación el derecho de defensa, ha de ser entendido como *posibilidad* de oponerse a las pretensiones del acusador y no como una *obligación* ineludible del acusado. El órgano judicial tiene la misión de por los medios necesarios para que el ejercicio de la contradicción sea posible; ahora bien, una vez creada esa situación, una vez otorgada al acusado la oportunidad de ser oído, el derecho a la audiencia bilateral ha de estimarse satisfecho, con independencia de que finalmente se haga o no uso de él.<sup>191</sup>

O que está garantido ao imputado - e não poderia ser diferente - é o privilégio contra a autoincriminação forçada ou coativa<sup>192</sup>. Jamais ele pode ser obrigado a declarar-se culpado, mas nada impede que voluntariamente ele assim o faça, sem coação de qualquer natureza. A opção por confessar e por não impugnar os fatos (e sua capitulação jurídica) é uma forma de o

---

<sup>189</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 32-33.

<sup>190</sup> DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. **La conformidad del acusado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 191.

<sup>191</sup> **Tradução livre:** “O princípio do contraditório ou da audiência bilateral, que, como visto, guarda uma íntima relação com o direito de defesa, há de ser entendido como *possibilidade* de opor-se às pretensões do acusador e não como uma *obrigação* ineludível do acusado. O órgão judicial tem a missão de garantir os meios necessários para que o exercício do contraditório seja possível; entretanto, uma vez criada essa situação, uma vez outorgada ao acusado a oportunidade de ser ouvido, o direito à audiência bilateral deve considerar-se satisfeito, independentemente de finalmente haver, ou não, uso dele”.

<sup>192</sup> A propósito: “Na medida em que a restrição diz respeito com a impossibilidade de ser compelido a tanto, percebe-se que declarar contra si é um exercício inerente à própria vontade, o que é constitucionalmente garantido, com possibilidade de ser a declaração revertida a seu favor [...]” (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes (Origens, Modelos, Aplicações e Sugestões)**. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 214).

réu exercer negativamente seu direito de defesa. O importante é que ele assim aja de maneira livre e consciente.

O princípio da proteção contra a increpação própria visa a preservar a liberdade de autodeterminação do acusado, afastando o perigo de incriminar-se contra sua vontade. “Assemelha-se a um direito de não colaboração do acusado com as autoridades perseguidoras”<sup>193</sup>. Não se pode obstar, porém, que o acusado, a partir de sua liberdade de autodeterminação, opte pela autoincriminação voluntária. “Defender-se não é só evitar a condenação”<sup>194</sup>. O réu pode optar por buscar a minoração da pena, o abrandamento do regime de cumprimento ou outro benefício processual, estratégia que também representa o exercício do direito de defesa.

A solução consensuada, fundada na autonomia de vontade reconhecida ao acusado, tem o efeito de atribuir valor probatório ao material reunido na fase investigatória, de forma que sua manifestação rumo a um acordo amparado na admissão de culpa afasta a presunção de não culpabilidade que o ordenamento jurídico reconhece em seu favor. Nesse caso, ele, explícita e voluntariamente, renuncia ao direito de se valer da presunção de inocência<sup>195</sup>.

Nesse sentido, assevera Diego Díez<sup>196</sup>:

Aunque el derecho a la presunción de inocencia es, desde luego, irrenunciable anticipadamente, nada impide que formulada la imputación o, en su caso, el acta de acusación pueda el acusado renunciar explícita ou implícitamente a tal derecho, como sucede en el trámite de la conformidad.

Em definitiva, si se trata la conformidad de um acto dispositivo, considerado como una de las posibles manifestaciones del constitucional derecho de defensa, no cabe sustener la vulneración de este derecho; ni tampoco de la presunción de inocencia cuando también libre y voluntariamente se ha renunciado a ella.<sup>197</sup>

Em que pese, nos países de *civil law*, tenha por muito tempo imperado a noção de que os direitos fundamentais do imputado são irrenunciáveis ou de exercício cogente, em verdade isso não se pode dizer de todos eles. O direito à defesa técnica, por exemplo, é irrenunciável, indeclinável, ou seja, o acusado não pode dispor do direito de contar com um defensor que o assista e o represente, mas nada veda que, mediante aconselhamento por profissional

---

<sup>193</sup> HADDAD, *op. cit.*, 2005, p. 255-256.

<sup>194</sup> HADDAD, *op. cit.*, 2005, p. 361.

<sup>195</sup> FERNANDES, F., *op. cit.*, 2001, p. 270-271.

<sup>196</sup> DIEGO DÍEZ, *op. cit.*, 1997, p. 200.

<sup>197</sup> **Tradução livre:** “Embora o direito à presunção de inocência seja, sem dúvida, irrenunciável antecipadamente, nada impede que, formulada a imputação ou, no caso, a ata de acusação, possa o acusado renunciar explícita ou implícitamente a tal direito, como sucede no trâmite da *conformidad*. Em definitivo, se se trata a conformidade de ato dispositivo, considerado como uma das possíveis manifestações do direito constitucional de defesa, não cabe sustentar a vulneração desse direito nem tampouco da presunção de inocência quando também livre e voluntariamente se tenha renunciado a ela.”

habilitado, confesse, deixe de impugnar fatos e de produzir provas em seu favor. As oportunidades, é claro, devem ser plenamente asseguradas pelo juízo, mas o réu não pode ser obrigado a desenvolver tais atividades.

Obrigar o curso completo do processo, retirando do acusado a possibilidade de resolver o caso pelo acordo de vontades, equivale a suprimir ou restringir seu direito, também constitucional, de obter uma sentença rápida, que ponha fim à situação de constrangimento que a ação penal lhe impõe. Como bem pontua Rodrigo da Silva Brandalise, “a aceitação do acordo sobre a sentença consiste em uma parcela do exercício do direito de defesa”, podendo não ser interesse do acusado rebater a acusação ou produzir provas em seu favor.<sup>198</sup>

Por conseguinte, acredita-se que é legítima a solução advinda do acordo penal, salvo se o acusado for coagido ou ameaçado a aceitar uma proposta. Um acordo só se torna ilegítimo se tiver sido firmado em decorrência de ameaças ou promessas ilegais. Será ainda inválido se não houver uma base fática que o sustente, ou seja, se não existir suporte fático que corrobore a confissão ou admissão de culpa e evidencie razoavelmente a responsabilidade do acusado.

A concepção da inadmissibilidade da renúncia de direitos fundamentais não é apta a deslegitimar os mecanismos de justiça penal consensual. A renúncia de direitos (exercício negativo) pode exatamente equivaler ao próprio exercício deles, sendo válida, sobretudo quando propicia vantagens ou benefícios a seu titular. Como bem assinala Rosimeire Ventura Leite<sup>199</sup>:

Em sede de admissibilidade da renúncia, o que se revela razoável é evitar juízo genérico de vedação com base na concepção de que os direitos fundamentais são inalienáveis e indisponíveis. Necessário ter em conta o contexto histórico e filosófico no qual tais características se desenvolveram, harmonizando-as com as infinitas possibilidades de ponderação de valores que, atualmente, emanam dos textos constitucionais e que se tornam cada vez mais complexas com o progresso das sociedades. De outro lado, pretender, em toda e qualquer circunstância, a prevalência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ou do interesse social sobre a liberdade do indivíduo, é comprometer, demasiadamente, a autonomia do titular do direito, privando-o de perseguir resultados mais favoráveis para a concretização de seus intentos.

Nessa perspectiva, no delineamento normativo e no manuseio dos instrumentos de consenso penal, o mais importante é que as limitações aos direitos fundamentais se mostrem razoáveis, proporcionais e “decorram de manifestação de vontade livre e consciente dos

---

<sup>198</sup> BRANDALISE, *op. cit.*, 2016, p. 216.

<sup>199</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 32.

efeitos que serão produzidos no processo [...]”, devendo existir meios que “equilibrem, tanto quanto possível, as posições do indivíduo e do Estado.”<sup>200</sup>

É notório que o tema em debate dá margem a controvérsias. Entretanto, como bem ponderou Rosimeire Ventura Leite<sup>201</sup>:

[...] ao invés de negar ao imputado os benefícios que podem advir da solução consensual, retirando-lhe por completo a autonomia da vontade e o poder de disposição, é mais adequado aprimorar os institutos consensuais, pautando-os pela boa-fé, pela defesa técnica efetiva, pela clareza das consequências da manifestação volitiva e por um controle jurisdicional que não seja mera ficção. Além disso, há de se estabelecer critérios legais que tornem a limitação voluntária de direitos fundamentais instrumento compatível com o Estado de direito e a dignidade da pessoa humana.

Cabe salientar que a este assunto da (ir)renunciabilidade de direitos fundamentais do acusado se voltará com mais vagar no tópico 7.1, por ocasião da análise da proposta de adoção, no Brasil, de um rito abreviado amparado na confissão.

Essas observações mostram que não se pode cegamente tomar como procedentes ou verdadeiras as críticas no sentido de que os instrumentos de consenso, sobretudo quando envolvem admissão de culpa, violam os aludidos princípios constitucionais. Na realidade, as razões acima explicitadas afastam a compreensão de ofensa às mencionadas garantias processuais do acusado. Não se ignora que pode haver distorções e falhas, no plano fático ou operacional, que venham a acarretar violação de tais direitos, mas isso também sabidamente acontece no processo penal ordinário (*error in procedendo* ou *error in iudicando*). Noutras palavras, essas críticas dirigidas ao modelo consensual dizem respeito a falhas que também se fazem presentes no processo penal convencional, de curso completo.

## **b) Insuficiência de uma verdade consensual**

Os críticos ao emprego do consenso na seara processual penal também sustentam a insuficiência da verdade consensual, entendendo que, nas formas pactuadas de terminação antecipada do processo, a dispensa da produção de provas pode comprometer o alcance da

---

<sup>200</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 34.

<sup>201</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 35.

verdade e a realização da justiça<sup>202</sup>. Eles defendem o dever judicial de esclarecimento dos fatos, afirmando que a fase instrutória é essencial para o descobrimento da verdade<sup>203</sup>.

De fato, a simples confissão do réu não pode, de forma alguma, significar prova concludente da materialidade e da autoria de um determinado fato delitivo. Os acordos penais que envolvem admissão de culpa não podem se fundar apenas no reconhecimento dos fatos pelo acusado.

Em inúmeros casos, a audiência de instrução, com a coleta de depoimentos, faz-se necessária para que se possa averiguar o conteúdo verdadeiro da confissão. Nem sempre a confissão pode substituir a obrigação de esclarecimento judicial dos fatos, sendo imprescindível ouvir e confrontar testemunhas, realizar diligências e estabelecer um debate dialético para se alcançar a verdade sobre o ocorrido. Não se pode condenar alguém com base numa autoacusação falsa, assim como não se pode absolver um agente por falta de um melhor esclarecimento do ocorrido.

Entretanto, não raro também que se chega à fase judicial sem que haja o que esclarecer; há muitos casos em que a confissão policial do acusado está em plena harmonia com os elementos de convicção já carreados ao procedimento de investigação policial, tornando-se manifestamente desnecessário o juízo oral.

Induvidoso que a investigação levada a efeito pela autoridade policial tem uma função puramente preparatória, mas existem situações, não só flagranciais, nas quais não há mais o que se perquirir ante as evidências robustas já reunidas pelos órgãos de investigação, estando as partes (acusação e a própria defesa) e o juiz absolutamente convencidos da culpabilidade do acusado. Nessas hipóteses, se o réu, diante do juiz, de forma livre, voluntária, consciente e convincente, assistido por seu defensor, confirma a confissão, admitindo sua culpa e manifestando o desejo de acordar, não tem sentido se passar à fase probatória para se descobrir ou apurar o que já está claro.

Como bem pontuou Rosimeire Ventura Leite<sup>204</sup>, no modelo consensual não há uma apuração detalhada dos fatos, pois se reputa suficiente que constem dos autos elementos que sustentem a existência do delito e apontem a autoria ou a participação do acusado. As informações colhidas na fase de investigação são o suporte do acordo e da sentença, valorizando-se a manifestação de vontade das partes, isto é, a solução consensual construída

---

<sup>202</sup> Aury Lopes Jr. sustenta que “a verdade consensual, que brota da *negotiation*, é ilegítima. Ferrajoli lembra que nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro, nem, portanto, legitimar com seu consenso uma condenação infundada por haver sido decidida sem provas” (LOPES JR., *op. cit.*, 2015a, p. 172).

<sup>203</sup> SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2002, p. 297.

<sup>204</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 38-39.

pelos litigantes, sob o controle judicial, atendendo-se também ao interesse estatal de uma resolução ágil e eficiente do caso.

Ainda que se veja a verdade como correspondência com a realidade, pugnando-se pela perseverante busca do esclarecimento completo dos fatos em juízo, é preciso reconhecer a impossibilidade de reconstituição plena dos acontecimentos<sup>205</sup>, em seu caráter existencial e em seu conteúdo histórico.

O alcance da verdade sob a ótica da teoria da correspondência<sup>206</sup> esbarra em impossibilidades ideológica, teórica e prática, como mostra Felipe Martins Pinto<sup>207</sup>. No aspecto ideológico, a impossibilidade decorre de uma aproximação de métodos inquisitivos que subvertem os valores do sistema punitivo e potencializam uma estrutura estatal segregadora e opressora. No plano teórico, a impossibilidade é fruto de “inúmeras contingências de linguagem, próprias da pluralidade de culturas, da variedade de vocabulários e de significações<sup>208</sup>” e, portanto, a verdade fica reduzida a uma produção mental. No campo prático, o alcance da verdade categórica fica inviabilizada porque “[...] a presença do ser humano, como agente interventor do processo, carrega para o âmago do exercício jurisdicional as fragilidades inerentes à essência humana.”<sup>209</sup>

De outro lado, mesmo que se defenda a verdade processual (ou judicial), produto do confronto entre as partes em juízo, ancorada nos elementos probatórios produzidos, em contraditório, nos autos, também aí não se alcançará uma verdade ontológica, empírica ou material. Noutras palavras, ainda quando trilhada toda a fase instrutória, também não se logra uma completa reconstrução dos fatos para se atingir uma verdade absoluta, até porque esta se mostra inalcançável no mundo frágil e incerto dos humanos.

Portanto, não se pode negar validade à verdade consensual sob o argumento de que há risco de se punir um inocente. Ora, também não é infalível o julgamento tradicional assentado na verdade processual, valendo consignar que, por vezes, faz-se necessário o manuseio de

---

<sup>205</sup> Schünemann assinala que “[...] a capacidade cognitiva do ser humano em geral, e em especial no processo penal, jamais atingirá uma completa e absoluta correspondência entre aquilo que é afirmado e aquilo que corresponde à realidade, sendo capaz de oferecer apenas soluções aproximadas. Pois que a – aqui assim aludida – teoria da verdade como correspondência (Korrespondenztheorie der Wahrheit) equivale exatamente à construção social da realidade, que ocorre nos domínios da linguagem corrente usada no dia a dia, e por isso se adequa plenamente ao processo penal enquanto fenômeno social” (SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2013, p. 245).

<sup>206</sup> Felipe Martins Pinto esclarece que a teoria da correspondência “concebe verdadeira a proposição capaz de reproduzir o acontecimento, projetar a ocorrência concreta ou refletir o fato e se escora na ideia de que a realidade pode ser perfeitamente refletida através de enunciados, ou seja, entende possível a existência de uma verdade absoluta como imagem do mundo ideal”. Ele acredita, todavia, que tal teoria se mostra inadequada como critério de aferição de verdade no processo penal (PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 81 e 157).

<sup>207</sup> PINTO, *op. cit.*, 2012, p. 83-98.

<sup>208</sup> PINTO, *op. cit.*, 2012, p. 85-86.

<sup>209</sup> PINTO, *op. cit.*, 2012, p. 87.

revisões criminais para se corrigir alguma injustiça havida em causa que observou o rito ordinário.

A concepção de verdade decorrente de consenso não é ingênua ou indiferente à realidade. Há casos em que o acordo deve ser rechaçado pelo juiz, seja porque notou que a manifestação de vontade do acusado não se mostra livre e voluntária, seja porque não é assentada em base fática que corrobore suficientemente a assunção de culpa<sup>210</sup>.

O que se quer dizer é que a solução antecipada alicerçada na assunção de culpa pelo arguido não significa um recuo inadmissível da verdade<sup>211</sup>. Embora o consenso pertença ao *império da vontade* e a verdade esteja ligada a um ímpeto *gnoseológico*, nem por isso devem ser vistos a partir de uma cortante e impregnada separação<sup>212</sup>. Em inúmeras situações fáticas, as evidências coletadas nas investigações fazem com que o consenso e a verdade se cruzem, o que pode e deve ser aproveitado para se construir soluções mais céleres e legítimas a bem da sociedade e dos envolvidos no fato delitivo.

Portanto, a despeito das críticas, nada obsta que a verdade processualmente válida advenha de um consenso que se passe no interior do processo<sup>213</sup>. A condenação fruto do acordo, nem meramente imposto, tampouco resultado apenas de uma adesão tática, não é alheia ao fato verificado<sup>214</sup>. É uma solução que, mediante controle adequado, mantém-se próxima da verdade e da justiça, daí porque é admitida como válida pelos ordenamentos jurídico-penais dos tempos atuais.

### **c) Ausência de igualdade entre as partes e inexistência de real voluntariedade nos acordos**

A desigualdade entre as partes é fato frequentemente apontado como óbice para uma justiça penal consensual ou negociada. Afirma-se que a superioridade do Ministério Público “[...] faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para

---

<sup>210</sup> Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias aduz: “Evidente é, por outro lado, que perante os propósitos do arguido de que se alcance um acordo, a *liberdade* da sua decisão de confessar tem de ser, também ela, cuidadosamente submetida à comprovação judicial. Uma nua declaração do tipo anglo-americano (*guilty or not guilty*) será de todo o ponto insuficiente: a liberdade da confissão só pode ser avaliada à luz da sua concretização ou concreção e não pode por isso bastar-se com uma qualquer declaração sem conteúdo fático à luz da acusação ou pronúncia [...]” (DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 45).

<sup>211</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, 1996, p. 535.

<sup>212</sup> COSTA, José de Faria. Consenso, verdade e direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 77, 2001, p. 427 e 430.

<sup>213</sup> FERNANDES, F., *op. cit.*, 2001, p. 567.

<sup>214</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, 1996, p. 535.

compelir o acusado a aceitar o acordo e também a *segurança* do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente”<sup>215</sup>.

Corroborando essa crítica, Françoise Tulkens assevera<sup>216</sup>:

Durante os procedimentos, todas as desigualdades das partes são reproduzidas – desigualdades de condição (origem social, nível socioeconômico e grupo cultural), mas também, para citar Pierre Bourdieu, desigualdades de posição. Dentro da estrutura autoritária da justiça criminal, que se mantém largamente inalterada, o acusado, que tem tudo a perder e pouco a ganhar, encontra-se numa posição fraca em relação àquela do poder decisório, cuja posição social situa-o *de facto* numa posição mais forte.

De fato, é inegável que o Ministério Público, como órgão do Estado, goza de uma posição superior em relação ao acusado no plano fático-jurídico. É difícil estabelecer igualdade absoluta de condições entre o indivíduo e o Estado no campo fático-jurídico, mas a existência de processo, de procedimentos, de garantias constitucionais e de regras legais tem justamente o propósito de buscar equilibrar as forças, na medida do possível. O processo, como instrumento de política criminal e como meio para a máxima eficácia de garantias constitucionais, visa exatamente a criar uma “situação ideal de fala”, um espaço dialógico ou comunicativo com chances iguais de manifestação das partes<sup>217</sup>.

Se há situação de desigualdade entre o promotor e o réu, ela é reduzida ou eliminada com concreta atuação da defesa<sup>218</sup> e com o efetivo controle judicial dos atos do órgão de acusação. O papel do defensor é essencial para se equalizar tal disparidade, pois ele é dotado de conhecimento técnico, tem prerrogativas para o exercício de seu ofício, dispõe de ferramentas processuais previstas na legislação para tutelar os direitos do réu e ainda pode ter acesso ao julgador e às instâncias superiores para expor e requerer o que for do interesse do acusado.

Também ao juiz incumbe uma função fundamental no que toca ao consenso criminal. É sua atribuição garantir a igualdade de tratamento entre o Ministério Público e o acusado, controlando o processo comunicativo para que as manifestações volitivas sejam livres e o consenso seja construído de modo válido. É admissível até uma postura mais ativa do

---

<sup>215</sup> LOPES JR., *op. cit.*, 2015a, p. 176.

<sup>216</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 713.

<sup>217</sup> Como recorda Joel de Figueiredo Dias, “é da essência do processo de consenso que todos os participantes intervenham em posição paritária, livres de toda coação e constrangimento” (DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 83).

<sup>218</sup> Nesse campo, visando exatamente a equilibrar as forças e propiciar certa paridade de armas na investigação preliminar, o já mencionado projeto brasileiro de nova codificação processual penal traz a possibilidade da chamada investigação criminal defensiva (“Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas”).

magistrado para buscar moldar o acordo a parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade. Se o magistrado se omite no seu papel, permitindo coações, ou se o próprio órgão judicial força o “consenso” num atuar disparatado, haverá um quadro patológico gerador de descrédito institucional<sup>219</sup> e passível de punição ético-disciplinar.

Nestes termos, o papel garantidor do magistrado, assegurando a igualdade de oportunidade de falas, numa situação dialogal horizontal, e a efetiva atuação da defesa evitam a referida coação psicológica ou eventuais ameaças. Nesse contexto de controle judicial não se pode dizer que existe uma igualdade ilusória ou que não há genuína voluntariedade do réu na celebração do acordo. Nessa hipótese, só não haverá real voluntariedade se não houver inteligência ou consciência quanto ao acordo, mas isso cabe ao juiz constatar, conversando com o réu e formulando perguntas que possam demonstrar a clara compreensibilidade da avença.

A despeito do questionamento<sup>220</sup> de que o acusado não dispõe de instrumentos ou meios para também negociar ou barganhar, não tendo como resistir à pretensão do órgão de acusação, é certo que a defesa pode contra-argumentar, formular contraproposta ou pode ainda simplesmente recusar-se a celebrar acordo por entender que as vantagens oferecidas não atendem aos interesses do réu<sup>221</sup>. A via ordinária é sempre uma opção para quem não tem interesse no acordo.

É um exagero dizer que, no campo da justiça penal consensual, “o acusado tem tudo a perder e pouco a ganhar”<sup>222</sup>. Ora, os mecanismos de consenso também propiciam benefícios ao acusado: possibilitam a rápida resolução do caso, evitando os efeitos estigmatizantes de um longo processo; geram previsibilidade quanto à pena ou medidas a serem cumpridas; garantem-lhe a aplicação de medidas/condições mais favoráveis ou a imposição de sanção menor que aquela que lhe poderia ser cominada num julgamento convencional; permitem que ele participe da construção da solução para o caso, elevando as chances de reabilitação.

---

<sup>219</sup> GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 104.

<sup>220</sup> Para Ferrajoli, “a transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso. No confronto desigual com a acusação, o que pode dar o imputado ou indiciado, em troca da redução da pena senão a própria declaração de culpabilidade ou a chamada de corréu, embora infundada, de outros imputados?” (FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 691).

<sup>221</sup> A propósito, Figueiredo Dias aduz: “Penso ser falaz afirmar que a intervenção do arguido num acordo processual representa necessariamente um enfraquecimento da sua posição como sujeito processual. Aquela participação num processo de obtenção de consenso, que por definição se quer que represente uma forma de comunicação completamente isenta de coação, não tem de significar (bem pelo contrário) a renúncia a qualquer direito ou expectativa processual. Até porque – o que às vezes se parece esquecer, um processo de consenso pode terminar, por força da vontade de qualquer um dos participantes, sem o acordo ser alcançado, pode desaguar no inêxito, sendo assim todos reenviados para o procedimento normal” (DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 57).

<sup>222</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 713.

Na verdade, em termos concretos, como admite Tulkens<sup>223</sup>, o problema que justifica a crítica ao consenso penal não reside na mencionada desigualdade jurídica ou de meios entre as partes, mas na qualidade da defesa. É o menor preparo ou comprometimento do profissional de defesa que pode acarretar um acordo desvantajoso para o acusado. Essa adversidade, contudo, não se verifica somente nos mecanismos de consenso. O desempenho defensivo insatisfatório também é realidade na justiça conflitiva ou clássica, não estando ela imune do risco de condenação de inocentes por conta de uma atuação temerária da defesa.

Assim, a alegada desigualdade entre as partes não deve se constituir em fator para obstar ou desacreditar a justiça penal consensual. O importante é que seja garantido o tratamento isonômico das partes, que lhes sejam asseguradas oportunidades igualitárias para a fala em todos os momentos processuais, sobretudo nas salas de audiências, quando ficam face a face com o propósito de buscar uma solução pela via do consenso. O que define a validade de um acordo é a presença de condições de igualdade na oportunidade de fala e de liberdade (ausência de coação), assim como o respeito às pretensões de inteligibilidade, verdade, correção normativa e sinceridade, que constituem as bases do consenso, como visto no capítulo 2.

#### **d) Diminuição dos poderes do juiz e deslocamento do eixo decisório para as mãos do Ministério Público**

Outro ponto de refutação da justiça penal consensual reside no fato de que ela acarretaria deslocamento do eixo decisório do processo<sup>224</sup>. O poder de decisão, no plano fático, se transferiria das mãos do juiz para as mãos do promotor, pois este é quem passaria a definir os casos sujeitos a aplicação de pena acordada e a medida desta sanção<sup>225</sup>. Os instrumentos consensuais aumentariam, assim, os poderes do Ministério Público, acentuando a desigualdade mencionada no tópico anterior.

As vias ou meios de consenso efetivamente alteram a dinâmica do processo penal nos casos em que se mostram possíveis e adequados. Há uma participação maior e direta das partes na construção da solução para o conflito. Acusação e defesa têm ampliados seus espaços de atuação a partir do maior prestígio conferido à autonomia da vontade, mediante critérios de discricionariedade e de disposição de posições jurídicas.

<sup>223</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 713.

<sup>224</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 708

<sup>225</sup> Criticando a justiça penal negocial estadunidense, Richard Vogler afirma que “o *plea bargaining* desbanca os juízes e jurados de seus respectivos lugares no processo de julgar e sentenciar. O fracasso desta prática deixa a descoberto um rigoroso objetivo, pois que promove uma forma de julgar que é secreta e burocrática e que é inatacável por meio de recurso, precisamente porque é invisível” (VOGLER, *op. cit.*, 2002, p. 303).

No entanto, num modelo de ampla consensualidade e de plena autonomia das partes, de poderes ilimitados ao promotor e de inexistência de controle judicial, inegavelmente acontece o aludido fenômeno que dá azo à crítica em questão. Um modelo assim, de consensualidade absoluta e sem controle judicial, não é nem um pouco desejável ante as distorções que acarreta, como já asseverado noutras passagens deste trabalho, justificando-se a preocupação com uma política criminal de consenso que equivocadamente caminhe nessa senda.

Nessa temática, tudo gira em torno da forma e dos limites legais que devem marcar os instrumentos de consenso, a serem introduzidos ou expandidos a partir de critérios de razoabilidade, à luz do necessário equilíbrio entre garantismo e efficientismo, atentando-se para as particularidades de cada sistema, sempre se assegurando o controle próximo e efetivo por parte do juiz, como se espera da autoridade que tem papel garantidor na aplicação da lei penal.

Com limites legais e controle do magistrado e da defesa, a atuação do promotor fica restringida às divisas da norma, circunscrita aos parâmetros definidos pelo legislador, não se podendo dizer que, discricionariamente, sem balizas normativas, define os casos sujeitos a pena pactuada, bem assim a extensão desta. Se o membro do Ministério Público, por exemplo, injustificadamente se recusar a transacionar, deve ser possível a remessa do caso ao chefe daquela instituição para manifestação motivada sobre o assunto. Se, num outro caso, o promotor propuser condições ou medidas despropositadas ou ilegais, o magistrado deve conter os excessos, exercendo o controle necessário para que sejam atendidos os ideais de justiça.

Destarte, embora as ferramentas consensuais possam diminuir as atividades do juiz, elas não representam a redução de seus poderes e de sua importância. Nesse ponto, Rosimeire Ventura Leite acentua<sup>226</sup>:

Cumprido ressaltar que o magistrado permanece com atuação de notória relevância na análise da legalidade dos acordos, evitando negociações danosas para os propósitos da prestação jurisdicional. Cabe-lhe também verificar se estão presentes elementos probatórios suficientes da existência do fato delituoso e do envolvimento do imputado, o que representa análise probatória ainda que mínima. Por outro lado, em determinados modelos de justiça consensual, não obstante o acordo, o juiz competente pode condenar ou absolver. [...] Ao magistrado reserve-se, acima de tudo, o dever de resguardar a pessoa acusada e proteger os interesses da justiça, atitude que, no mais, é decisiva para a legitimidade e segurança da justiça consensual.

---

<sup>226</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 42.

Nessa linha de compreensão, tem-se que os instrumentos negociais não fazem o juiz perder o controle decisório na esfera penal, não deixando ele de ocupar a posição central na condução dos trabalhos destinados à realização da justiça criminal. O magistrado continua a decidir quanto ao preenchimento dos requisitos e quanto à validade do acordo, além de seguir julgando normalmente os casos que couberem à justiça imposta ou conflitiva.

A justiça consensual, portanto, não retira a primordial importância do juiz no cenário processual. O fato de as partes assumirem o papel de protagonistas da atividade de construção consensual do direito do caso concreto não deve ser óbice às soluções de justiça penal negociada, já que a maior participação delas é da essência desse modelo consensual.

De todo modo, objeções dessa natureza têm sua relevância para orientar uma adequada política de acordos nos ordenamentos jurídico-penais, uma vez que um modelo de justiça penal consensual só é legítimo e admissível na medida em que, para além da eficiência que pode proporcionar, não afronte os princípios e as garantias essenciais inerentes ao processo penal<sup>227</sup>.

#### **e) Mercantilização e privatização do processo penal**

Para parte da doutrina, a justiça penal consensual representaria a mercantilização e a privatização do processo penal. Teme-se que, em tempos de neoliberalismo e de desregulamentação<sup>228</sup>, os instrumentos de justiça negociada correspondam à introdução de uma lógica economicista ou de mercado na administração da justiça criminal. Françoise Tulkens alerta para o fato de que a busca desmedida por celeridade e por eficiência, mediante negociações e oferecimento de prêmios, pode transformar a justiça criminal numa “justiça de liquidação” ou numa “justiça de supermercado”.<sup>229</sup>

Nesse sentido, Nereu José Giacomolli<sup>230</sup> adverte para o risco de os acordos tornarem o processo penal “um locus onde se pode negociar com a liberdade das pessoas, como se negocia com as coisas no direito privado”. Afirma, ancorado em ensinamento de Baumann, que “o processo penal não pode servir a iniciativas que o considerem um *market system*, aniquiladoras do direito penal, ou à comercialização da justiça criminal, como ocorre nas astutas negociações da *plea bargaining*”.

---

<sup>227</sup> FERNANDES, F., *op. cit.*, 2001, p. 141.

<sup>228</sup> Segundo Aury Lopes Jr., a justiça penal negociada “está intimamente relacionada ao afastamento do Estado imposto pelo modelo neoliberal e também com o movimento da lei e ordem [...]” (LOPES JR., *op. cit.*, 2015a, p. 178).

<sup>229</sup> TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 712.

<sup>230</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 282.

Essa fundada preocupação com os caminhos do consenso penal também decorre dos vícios que tanto caracterizam o modelo de justiça pactuada norte-americano, sistema que mais adiante será objeto de atenção. Lá, a consensualização penal é exacerbada e sem adequado controle: há ampla possibilidade de barganha de imputações (tipos penais) e de penas, desde a fase policial, por promotores eleitos; não existem limites quanto ao tipo de delito que admite acordos penais; as muitas negociações entre a acusação e a defesa acontecem sem publicidade, fora do tribunal, sem acompanhamento judicial e às vezes sem a presença do réu; há limitações de acesso defensivo às provas amealhadas pelos órgãos de investigação; o sistema criminal tornou-se coativo, acarretando ameaças implícitas ou declaradas de imposição de penas mais duras, o que força as declarações de culpa pelos acusados.

Tais fatores associados maculam o sistema criminal estadunidense e, para o público externo, igualam seus instrumentos de consenso a verdadeiras “negociatas”. Nesse sentido, Palmer, mencionado por Vogler<sup>231</sup>, aduz:

Desde que os detalhes dos acordos não são revelados, o público vê com seus olhos apenas um criminoso que está recebendo uma sentença indulgente [...]. O público percebe o *plea bargaining* como um moderno dia de compras, no qual o acusado compra sentenças ou, inclusive, algo menos atrativo, como uma forma de aposta na qual o acusado negocia para conseguir uma sentença mais indulgente (1999, p. 526-7). No *bazar turco* da justiça negociada, assim se argumenta, não há diferença moral entre compradores e vendedores (KAPLAN, 1977, p. 526-6).

Na verdade, não há problema em se buscar alcançar celeridade e eficiência no funcionamento do sistema de justiça penal. Isso é desejável e necessário. Entretanto, garantir um menor custo e um menor tempo de duração do processo não deve ser o foco principal da justiça criminal. Essa preocupação com celeridade e com baixos custos não pode se sobrepor ao verdadeiro escopo do processo penal, que é realizar justiça, condenando os culpados e absolvendo inocentes.

Se, na esfera judicial, prevalecerem apenas os critérios de menor custo e de celeridade ou se esses fatores sobrepujarem o ideal de justiça, não se estará diante de um tribunal, mas de uma fábrica ou de uma indústria, que tem seu foco na rápida produção e na redução de custos para alcançar maiores ganhos financeiros. Essa é a lógica do mercado, bem diferente da lógica da justiça, que deve orientar os trabalhos das unidades judiciárias e do Ministério Público. A lógica da eficiência ou do mercado não pode subverter a essência da justiça, pois de nada adianta ter um sistema de justiça criminal eficiente, mas injusto.

---

<sup>231</sup> VOGLER, *op. cit.*, 2002, p. 300.

Os mecanismos de consenso penal não representam a mercantilização do processo criminal. Nada há de errado ou de imoral na celebração de acordos, nos termos da lei, entre o Ministério Público e o réu, assistido por seu defensor. Em maior ou menor medida, conforme as particularidades de cada sistema jurídico-penal, as negociações são necessárias e legítimas, se pautadas na lei, se forem fixados limites razoáveis para a consensualidade, se houver real controle judicial, de modo que sejam respeitadas as garantias constitucionais do acusado, tudo com publicidade e transparência.

Afora as disfunções que permeiam o sistema de justiça consensual norte-americano, o que se nota, no geral, nas reformas processuais operadas pelo mundo, não é uma influência perversa da política neoliberal ou uma tentativa de “comercialização” do processo penal. O que se observa são movimentos ou mudanças em busca da diversão<sup>232</sup>, da simplificação procedimental por consenso e, sobretudo, da racionalidade para o funcionamento dos sistemas.

Em vez de mercantilização, nota-se, sim, o fenômeno da contratualização no âmbito criminal, representado segundo Ventura Leite<sup>233</sup>, “pelos acordos entre Ministério Público e imputado com vistas a eliminar o processo ou concluí-lo antecipadamente”. É inegável que, numa certa extensão, acontece tal contratualização do processo penal, pois os acordos têm natureza de contratos, ou seja, neles se identifica “a mesma dinâmica que particulariza a formação de pactos cíveis. Em outras palavras, nos acordos penais há proposta, aceitação, concessões recíprocas [...]”, além de regras para o caso de descumprimento.

Os limites dessas contratações é que devem ser discutidos em cada ordenamento jurídico. É preciso buscar o ponto de equilíbrio entre as alternativas processuais simplificadoras por consenso e os limites possíveis do poder de disposição do acusado sobre suas posições jurídicas, de maneira que não fiquem esvaziadas suas garantias constitucionais.

Também não se justifica a acusação de que os instrumentos de consenso levam à privatização do processo penal. A adoção de mecanismos de consenso não significa transformar processos criminais de iniciativa pública em processos de iniciativa privada. Algumas ferramentas de consenso, porém, denominadas acordos reparatórios, visam a propiciar a participação da vítima nas tratativas voltadas ao consenso com o propósito de possibilitar que ela alcance a reparação do dano decorrente do ilícito penal.

---

<sup>232</sup> A diversão consiste num programa que busca alternativas para a solução dos conflitos de natureza penal diversas do modelo tradicional, seja por meio de mecanismos situados fora do sistema formal de aplicação da justiça (desjudicialização), seja por meio de uma abordagem menos radical, dentro dos aparelhos formais de controle, por intermédio de mero “desvio” ou diversificação (FERNANDES, F., *op. cit.*, 2001, p. 133-134).

<sup>233</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 43.

Nota-se, nas últimas décadas, a influência do movimento vitimológico no processo criminal, tanto que foram realizadas, no Brasil, algumas alterações legislativas tendentes a alcançar, na esfera penal mesmo, a satisfação de interesses patrimoniais da vítima. Por meio do instituto da composição civil (art. 72 da Lei nº 9.099/1995) e da possibilidade de o juiz fixar na sentença penal condenatória uma indenização em favor da vítima (art. 387, IV, do CPP), buscou-se, no próprio campo criminal, prestigiar a reparação dos danos sofridos por aquela<sup>234</sup>.

Todavia, é preciso atenção para essa tendência, pois, conquanto seja desejável a reparação patrimonial da vítima, esta não pode ser o escopo principal do processo penal. Parte da doutrina entende que há o risco de a potencialização da participação da vítima no processo penal vir a contaminá-lo com uma “carga vingativa”. Nessa linha é a crítica de Lopes Jr.<sup>235</sup>:

Também não concordamos com uma maior participação da vítima no processo penal, tendo em vista a contaminação pela elevada carga de “vingança privada” que lhe é inerente. Igualmente perigosa é a privatização do processo penal, pela admissão da cumulação de uma pretensão indenizatória (interesse que motiva o assistente da acusação). Não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e eficiente (pelo caráter coativo), para obtenção de um ressarcimento financeiro. Ora, para isso existe o processo civil... Ademais, a autotutela e a autocomposição são figuras históricas e superadas.

Enfim, como disse Fernando Fernandes<sup>236</sup>, “o modelo de justiça penal negociada é um fenômeno extremamente complexo, podendo se afirmar, inclusive, que ele determina uma nova leitura das bases que fundamentam o processo penal”. Do ponto de vista jurídico-constitucional, há dificuldades na adoção de mecanismos de consenso no processo penal, mas nenhuma delas parece inultrapassável.

As críticas e os perigos, porém, não devem inibir a adoção de ferramentas consensuais alternativas, mas precisam servir de alerta no momento das reformas processuais para que de tais instrumentos se possam extrair mais vantagens do que desvantagens. Mudanças muito arrojadas no sentido do consenso não são aconselháveis, mas não se pode continuar a negar soluções consensuadas que propiciem vantagens ao Estado, à sociedade, à vítima e ao próprio acusado.<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup> BARROS, *op. cit.*, 2008, p 103-120.

<sup>235</sup> LOPES JR., Aury, *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 101.

<sup>236</sup> FERNANDES, F., *op. cit.*, 2001, p. 140.

<sup>237</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 321.

## 4 O MODELO NORTE-AMERICANO DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

No estudo da denominada justiça penal consensual e de seus mecanismos, é imperioso que se busque conhecer, pelo referencial que encerra, o modelo norte-americano de justiça penal negociada, que tem servido de inspiração para a introdução ou ampliação dos espaços de consenso no âmbito do processo penal europeu e latino-americano.

### 4.1 Noções sobre o processo penal estadunidense

Nesse introito, cabe registrar a complexidade do direito processual penal norte-americano, pois, como esclarece João Gualberto Garcez Ramos<sup>238</sup>, “nos EUA há pelo menos 52 sistemas de justiça criminal, a saber: os dos 50 Estados-membros, o da União e o do Distrito de Colúmbia. Logo, há também 52 diferentes fontes de estabelecimento de procedimentos penais.” Assim, diante dessa multiplicidade de normas e procedimentos, far-se-á a seguir uma abordagem sobre as características gerais do processo penal estadunidense.

A estrutura do processo penal norte-americano tem natureza adversarial. O sistema adversarial (*adversarial system*) tem caráter acusatório, mas se distingue do sistema acusatório clássico ou continental por atribuir mais autonomia e poderes às partes, tendo o juiz uma participação mais passiva, como de um árbitro<sup>239</sup>. No sistema adversarial há uma predominância<sup>240</sup> das partes na determinação da marcha processual e na produção das provas, daí porque é caracterizado como um *processo de partes*, tendo aplicabilidade o princípio dispositivo.

O processo penal estadunidense é, portanto, marcado pela disputa entre as partes, a elas cabendo a responsabilidade de produzir as provas que lhes sejam favoráveis (inclusive por meio de investigações paralelas), competindo ao juiz assegurar o respeito às regras do jogo<sup>241</sup>. Vigora o princípio da disponibilidade do processo e de seu objeto, de modo que é

---

<sup>238</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.

<sup>239</sup> Embora Mirjan Damaska tenha desenvolvido novas categorias para tratar dos sistemas processuais criminais (modelo hierárquico e modelo coordenado), entendendo que essas dimensões melhor retratam os modelos de processo penal na modernidade, assevera que a opção entre os dois clássicos modelos (inquisitivo ou adversarial) depende da visão que a sociedade tem da relação entre o Estado e os indivíduos. A opção por uma das alternativas reflete o modelo de alocação de autoridade típico da Europa Continental ou do mundo anglo-saxão (DAMASKA, Mirjan R. **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**, 84 YALE L.J. 489, 1975, p. 481).

<sup>240</sup> De certo modo, as partes controlam o resultado dos processos, exercitando seus direitos ou barganhando sobre eles.

<sup>241</sup> Segundo Garcez Ramos, “é comum que os escritórios, seja dos promotores, seja dos advogados de defesa, produzam as provas fora das salas de audiências e apenas introduzam essas provas, na forma documental, para a discussão durante o julgamento.” (RAMOS, *op. cit.*, 2006, p. 190).

natural que as partes possam compor o conflito pela via negocial, por acordo, quando considerem oportuno e conveniente. A atuação da promotoria também é caracterizada por uma absoluta discricionariedade (*prosecutorial discretion*).

A Constituição dos Estados Unidos da América, por meio da Quinta emenda<sup>242</sup>, prevê que um cidadão só será processado criminalmente se perante o *grand jury* forem apresentadas evidências suficientes da materialidade delitativa e da autoria (*probable cause*). Se isso acontecer, haverá o indiciamento (*indictment*)<sup>243</sup> do acusado. Então, o promotor apresentará a acusação (*prosecutor's information*) ao tribunal, tendo início o processo. Será designada uma audiência (*first appearance* ou *arraignment*) e o imputado deverá comparecer perante o juiz.

O acusado pode logo declarar-se culpado (*guilty plea*), sendo que tal declaração pode ser voluntária ou não influenciada (*voluntary or uninfluenced*), estruturalmente induzida (*structurally induced plea*), por receio da imposição de uma pena mais grave, ou negociada (*negotiated plea*)<sup>244</sup>. Esta última é a mais comum e decorre do *plea bargaining*<sup>245</sup>, ou seja, da negociação ou transação entre a acusação e a defesa.

O imputado pode também, quando permitido por lei e admitido pelo tribunal, não contestar, hipótese que se denomina *nolo contendere* (ou *plea of no contest*). Nesse caso, ele não se opõe à acusação, mas também não se reconhece formalmente culpado, isto é, não há assunção de culpa.

Na hipótese de *guilty plea* ou de *nolo contendere*, o réu renuncia à garantia da presunção de inocência, ao direito a não autoincriminação, ao direito de impugnar as provas apresentadas contra si, assim como ao direito de julgamento pelo júri. Assim, o juiz (*bench verdict*) passa logo a proferir o veredito, aplicando a pena acordada.

---

<sup>242</sup> Amendment V: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. **Tradução livre:** Emenda V- Ninguém será processado por crimes graves, ou outros considerados mais graves, a não ser que o processo seja iniciado por acusação chancelada pelo Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

<sup>243</sup> O *indictment* americano é assimilável à pronúncia, ou seja, é bem diferente do indiciamento brasileiro. Este se refere somente à opinião do delegado quando à presença de indícios de autoria, não tendo consequências maiores para o processo penal.

<sup>244</sup> DIEGO DÍEZ, *op. cit.*, 1999, p. 33-35.

<sup>245</sup> O termo *plea bargaining* pode ser traduzido livremente como “barganha da declaração de culpa”.

O acusado pode ainda declarar-se inocente (*plea of not guilty*) e não renunciar ao direito de ser julgado<sup>246</sup>. Pode também ficar em silêncio, presumindo-se que se declara inocente. Nesses casos, terá início a fase instrutória perante um pequeno júri (*petty jury veredict*).

A Sexta emenda à Constituição dos EUA traz os princípios do julgamento justo (*fair trial*):

Amendment VI - In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.<sup>247</sup>

Encerrada a fase instrutória, passa-se ao debate das provas e as partes formulam seus pleitos finais. Em seguida, inicia-se a fase decisória, com a prolação do veredito, que pode ser culpado (*guilty*) ou inocente (*not guilty*). O veredito será proferido pelo júri (*trial by jury*) ou pelo juiz, conforme balizas antes delineadas.<sup>248</sup> Se o julgamento for realizado pelo júri, o juiz, segundo Garcez Ramos<sup>249</sup>, “tem o dever de instruir convenientemente os jurados do princípio da presunção de inocência (*presumption of innocence*), isto é, de que, para emitir um juízo condenatório, devem estar convencidos além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).”

Proferido o veredito, se declarar inocente o acusado, o processo é encerrado. Todavia, se o júri declara culpado o réu, avança-se para o momento do sentenciamento (*sentencing proceedings*), cabendo ao magistrado aplicar a pena ao condenado. Inconformado, o réu poderá interpor apelação (*appeal*), buscando demonstrar que não teve um *fair trial*. Pode também lançar mão de *habeas corpus* sob o argumento de que a pena foi imposta com violação à Constituição ou à lei dos EUA.

---

<sup>246</sup> Cabe assinalar que a Sexta emenda à Constituição norte-americana prevê o direito de o réu ser julgado pelo júri (*right to jury trial*) nos casos de infrações graves, definidas pela Suprema Corte como aquelas passíveis de punição com prisão superior a 6 (seis) meses, mas o acusado pode optar pelo julgamento por um juiz singular, renunciando ao aludido direito constitucional.

<sup>247</sup> **Tradução livre:** Emenda VI - Em qualquer persecução criminal, o acusado deve gozar do direito a um procedimento rápido e público, por um júri imparcial do Estado ou Distrito em que o crime tenha sido cometido, Distrito este que deve ter sido previamente determinado pela lei, e ser informado previamente da natureza e causa da acusação, para ser confrontada com as testemunhas adversas; a ter um procedimento compulsório para trazer testemunhas a seu favor e de ser assistido por advogado para a sua defesa.

<sup>248</sup> De acordo com João Gualberto Garcez Ramos, a Suprema Corte dos EUA, no caso *Patton v. United States*, 281 US 276 (1930), dando um passo decisivo rumo à racionalização do processo, “decidiu que o julgamento pelo júri é um privilégio e, portanto, dele pode o acusado renunciar. Ou seja: o juízo monocrático pode ser competente para julgar um caso penal se o crime em questão tiver sido definido como uma contravenção ( *misdemeanor*) ou crime de bagatela ( *petty offense*) ou, em qualquer caso, se o acusado renunciar ao seu direito de ser julgado pelo júri” (RAMOS, *op. cit.*, 2006, p. 101).

<sup>249</sup> RAMOS, *op. cit.*, 2006, p. 192.

O sistema jurídico-penal dos EUA tem o mérito de ter criado ou aperfeiçoado conceitos e institutos de extrema relevância, como o devido processo penal (*due process of law*), regras de exclusão (*exclusionary rules*) de provas ilícitas, o privilégio contra a autoincriminação forçada (*privilege against compelled self-incrimination*), o exame cruzado das testemunhas (*cross-examination of witnesses*), o *standard* da revelação-descoberta (*disclosure-discovery standard*) e a proibição de testemunho de ouvir dizer (*hearsay rule*), dentre outros<sup>250</sup>.

No entanto, o instrumento processual americano que mais chama a atenção do mundo é o *plea bargaining*, já que por meio dele mais de 90% (noventa por cento) dos processos criminais são encerrados<sup>251</sup>, tanto no nível federal como no estadual. É mais precisamente sobre esse mecanismo de consenso que se pretende focar o presente estudo, já que ele inspira, no âmbito global, a tendência de adoção ou ampliação dos espaços de consensualidade nos sistemas de justiça criminal.

#### 4.2 O *plea bargaining*

O *plea bargaining* ou *plea agreement*, ou ainda *plea deal*, consiste na negociação da declaração de culpa e surgiu nos Estados Unidos no século XIX, quando começaram a ser celebrados acordos informais entre a acusação e a defesa como forma de se agilizar a resolução dos casos criminais.<sup>252</sup> Foi em meados daquele século, com o exponencial crescimento populacional, a intensa industrialização e o aumento das taxas de criminalidade, que se passou a sentir a “complexificação” do processo penal decorrente da aprovação das emendas constitucionais (IV, V, VI e VIII), que trouxeram garantias processuais aos acusados<sup>253</sup>.

Nessa nova fase, marcada pelas inovações constitucionais e pela profissionalização (*lawyerization*) do processo criminal, mediante a afluência de juristas que assumiram a representação da acusação e da defesa, os julgamentos pelo júri tornaram-se demasiadamente morosos, elevando-se a pressão processual, tendo as autoridades buscado construir soluções mais rápidas para a resolução dos casos.

Por conseguinte, com o passar do tempo, começou a haver um decréscimo do número de casos julgados pelo júri e, de outro lado, um acréscimo significativo no número de casos

---

<sup>250</sup> RAMOS, *op. cit.*, 2006, p. 30.

<sup>251</sup> FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. Stanford, Calif., Stanford University Press, 2003, p. 223.

<sup>252</sup> FISHER, *op. cit.*, 2003, p. 21-27.

<sup>253</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares. **Plea Bargaining Aproximação à Justiça Negociada dos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 30-31.

resolvidos pelo *plea bargaining*. Já no início do século XX, segundo Fisher<sup>254</sup>, o novo método tornou-se dominante na resolução dos processos criminais e, nos tempos atuais, com a regulamentação e a afirmação do instituto, ele predomina, de forma avassaladora, na prática forense estadunidense<sup>255</sup>, tendo a Suprema Corte norte-americana afirmado, em 1971<sup>256</sup>:

Is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.<sup>257</sup>

Recentemente, a mesma corte afirmou que a justiça criminal americana “é na maior parte um sistema de *pleas* e não um sistema de *trials*”<sup>258</sup>.

No que tange ao conceito, Milton Heumann<sup>259</sup> afirma que o “*plea bargaining* is the process by the defendant in a criminal case relinquishes his right to go to trial in exchange for a reduction in charge and/or sentence.”<sup>260</sup> Por sua vez, *plea bargaining*, segundo Albergaria<sup>261</sup>, consiste na “negociação praticada entre a acusação e a defesa cujo objeto integra recíprocas concessões e na qual, em qualquer caso, o acordo contemplará a declaração de culpa do acusado”.

Embora haja outras modalidades, conforme as particularidades de cada legislação estadual, as espécies mais usuais de *plea bargaining* são a *charge bargaining* e a *sentence bargaining*, consoante esclarece o juiz federal americano Phillip Rapoza.<sup>262</sup>

O *charge bargaining* tem por objeto a imputação. Em troca da declaração de culpa (*guilty plea*) do acusado com relação a um ou mais crimes, o promotor se compromete a excluir uma ou mais imputações ou concorda em formular acusação por delito menos grave. Por sua vez, o *sentence bargaining* tem por objeto a pena. Havendo declaração de culpa, o promotor (e às vezes também o juiz, conforme norma de cada unidade federada), compromete-se a postular a aplicação de uma pena mais benevolente ao acusado. Nada

---

<sup>254</sup> FISHER, *op. cit.*, 2003, p. 137.

<sup>255</sup> FISHER, *op. cit.*, 2003, p. 175-180.

<sup>256</sup> Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 260 (1971).

<sup>257</sup> **Tradução livre:** “É um componente essencial à administração da justiça. Corretamente administrada, deve ser encorajada. Se todas as acusações tiverem de ser levadas a júri, a fim de lograr uma completa atividade processual (*full trial*), os Estados e o próprio Governo Federal necessitariam aumentar consideravelmente o número de juízes e os recursos dos tribunais”.

<sup>258</sup> Lafler v. Cooper, 132 S.Ct. 1376, 1388 (2012).

<sup>259</sup> HEUMANN, Milton. **Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys.** Chicago And London, The University of Chicago Press, 1978, p. 1.

<sup>260</sup> **Tradução livre:** “Plea bargaining é o processo pelo qual o réu, num caso criminal, renuncia a seu direito de ir a julgamento pelo júri em troca da redução das acusações e/ou da pena”.

<sup>261</sup> ALBERGARIA, *op. cit.*, 2007, p. 19.

<sup>262</sup> RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra. **Julgar**, Coimbra, v. 19, 2013, p. 213.

impede, ainda, num acordo de natureza mista, que o acusado confesse em troca da diminuição de imputações e da aplicação de uma pena atenuada.

Albergaria<sup>263</sup>, amparando-se na doutrina de John Richert, esclarece que, no geral, há uma clara preferência pela *charge bargaining*, pois nesta, ao contrário da *sentence bargaining*, “as possibilidades de alteração da imputação são praticamente ilimitadas e os únicos limites à escolha da infração são de ordem psicológica e prática e refletem a importância relativa da posição do acusado e do seu defensor, por um lado, e a posição das autoridades judiciárias, por outro, durante as negociações”.

O *plea bargaining* está disciplinado, em nível federal, na Rule 11 das *Federal Rules of Criminal Procedure*, possuindo traços característicos em cada estado americano que o adota. Sobre a negociação para a declaração de culpa (*guilty plea*) ou para o *nolo contendere*, assim dispõe:

(c) Plea Agreement Procedure.

(1) *In General*. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions. If the defendant pleads guilty or nolo contendere to either a charged offense or a lesser or related offense, the plea agreement may specify that an attorney for the government will:

(A) not bring, or will move to dismiss, other charges;

(B) recommend, or agree not to oppose the defendant's request, that a particular sentence or sentencing range is appropriate or that a particular provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request does not bind the court); or

(C) agree that a specific sentence or sentencing range is the appropriate disposition of the case, or that a particular provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request binds the court once the court accepts the plea agreement).<sup>264</sup>

Também cumpre consignar que pode haver a chamada *conditional plea*, prevista no item (a) (2) da mencionada Rule 11. Nessa modalidade, com a concordância da corte e do

---

<sup>263</sup> ALBERGARIA, *op. cit.*, 2007, p. 43.

<sup>264</sup> **Tradução livre:** (c) Procedimento da declaração negociada.

(1) *Em geral*. O promotor e o advogado do réu, ou o réu quando responder por si próprio, podem iniciar conversações para alcançar um acordo. O tribunal não deve participar nessas discussões. Se o réu se declara culpado ou não contesta a acusação de ofensa ou de um delito menor, ou outro que esteja relacionado, a declaração negociada deve especificar que o promotor irá:

(A) não incluir ou retirar outras acusações;

(B) recomendar, ou concordar em não opor o pedido do réu, que é apropriada uma sentença particular ou a faixa de condenação apropriada ou uma provisão particular da *Sentencing Guidelines*, ou uma declaração política, ou elemento de condenação se aplica ou não (tal como uma recomendação ou solicitação não vinculada ao tribunal); ou

(C) concordar que a sentença específica ou ordem de sentença é apropriada para resolver o caso, ou que uma provisão particular da *Sentencing Guidelines*, ou declaração política, ou elemento de condenação se aplica ou não (tal como uma recomendação ou solicitação vinculada ao tribunal uma vez que ele tenha aceitado o acordo judicial).

Ministério Público, ao réu pode ser reservado o direito de recorrer da sentença quanto a algum aspecto adverso, hipótese em que pode ser retirada sua declaração de culpa.

A declaração de culpa (*guilty plea*) ou de não contestação (*nolo contendere*)<sup>265</sup> pode ocorrer sem negociação<sup>266</sup>, mas geralmente está ligada ao *plea bargaining*, ou seja, o reconhecimento da culpa está normalmente associado à negociação com o promotor para se obter redução das acusações ou da sanção a ser aplicada.

Em qualquer caso, porém, o acusado estará renunciando aos direitos de presunção de inocência, à não autoincriminação, ao direito de contrariar as provas da acusação, ao direito de produzir provas em seu favor e ao julgamento pelo júri, conforme estabelecido na Rule 11 (b) (1) (F)<sup>267</sup>.

No tocante ao *nolo contendere*, Diego Díez<sup>268</sup> esclarece que é “de aplicação bem mais esporádica e limitada, requer a autorização do Tribunal e a anuência da acusação; e sua única vantagem consiste em que não pode servir de prova ulterior em instância sobre a responsabilidade civil [...]”. Enquanto a *guilty plea* serve também de confissão no campo da responsabilidade civil, ou seja, constitui título executivo judicial à disposição da vítima, a declaração de *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre a eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime.

No *plea bargaining*, a atuação do juiz deve ser mais reservada, discreta, até porque a *Rule 11 das Federal Rules of Criminal Procedure*, em sua alínea “e”, contém vedação expressa quanto à participação direta do juiz nas negociações do acordo penal, regra que também é repetida por grande parte das legislações estaduais. Nos casos de *sentence bargaining*, porém, há a possibilidade, segundo a lei de cada estado, de o magistrado participar das tratativas na medida em que dependerá de sua anuência a imposição de uma pena mais branda.

Apesar das nuances de cada modelo, é certo que o juiz tem um papel relevantíssimo no processo de *plea bargaining*. Nos termos da Rule 11 (b) (1) das *Federal Rules of Criminal Procedure*, o magistrado deve dirigir-se diretamente ao acusado, informando-o, sob juramento, acerca de cada imputação que lhe é dirigida e de seus direitos constitucionais: direito de julgamento pelo júri (*right to trial by jury*), direito a ser assistido por um

---

<sup>265</sup> Nos termos Rule 11 (a) (3) das *Federal Rules of Criminal Procedure*, para aceitar o *plea of nolo contendere*, o tribunal deve considerar os pontos de vista das partes e o interesse público na administração eficaz da justiça.

<sup>266</sup> A *guilty plea* naturalmente não se confunde com o *plea bargaining*, pois aquela é a conformidade pura e simples do acusado com a pena solicitada pelo Ministério Público, sem que haja qualquer negociação.

<sup>267</sup> “(F) the defendant's waiver of these trial rights if the court accepts a plea of guilty or nolo contendere.”  
**Tradução livre:** “(F) A desistência do réu a esses direitos de julgamento se o tribunal aceitar a declaração de confissão de culpa ou de não contestação.”

<sup>268</sup> DIEGO DÍEZ, *op. cit.*, 1999, p. 40.

advogado<sup>269</sup> (*right to a counsel*), direito de produzir provas, direito de confrontar as testemunhas de acusação (*right to confront one's accusers*) e direito contra a autoincriminação forçada (*privilege against compulsory self-incrimination*). Sob pena de nulidade, o réu precisa ser advertido quanto a estes direitos de que dispõe. A ele também deve ser esclarecido que pode ser responsabilizado se eventualmente fizer declarações falsas<sup>270</sup>.

O juiz deve certificar-se de que o acusado está compreendendo a natureza das imputações, os direitos a que está renunciando, bem assim as consequências penais que pode enfrentar, esclarecendo sobre os limites mínimos e máximos das penas (incluindo as penas de prisão, de multa e de liberdade vigiada), sobre a possibilidade de ser determinada a restituição à vítima do delito e sobre a obrigação de o tribunal aplicar as *Sentencing Guidelines*<sup>271</sup>, podendo delas afastar-se em certas circunstâncias<sup>272</sup>.

Em atenção à regra (b)(2)<sup>273</sup>, antes de aceitar a declaração de *plea of guilty* ou a de *nolo contendere*, o magistrado precisa verificar os requisitos de voluntariedade e de capacidade do acusado no tocante à decisão do acordo. Ele deve averiguar se a manifestação de vontade do réu é livre e consciente, certificando-se de que não resulta de coação, ameaças ou promessas ilegais, compreendendo o acusado as consequências de seu ato de renúncia dos referidos direitos constitucionais. Idêntica diretriz também está prevista no *Standard 14- 1.5 (Determining voluntariness of plea)* da *American Bar Association*:

The court should not accept a plea of guilty or nolo contendere without first determining that the plea is voluntary. By inquiry of the prosecuting attorney, the defendant, and defense counsel, if any, the court should determine whether the tendered plea is the result of prior plea discussions

---

<sup>269</sup> Cabe recordar, todavia, que, no processo penal estadunidense, o acusado pode dispensar a assistência do advogado, assumindo a própria defesa, conforme previsto na Rule 11 (c) (1) das *Federal Rules of Criminal Procedure*.

<sup>270</sup> No direito norte-americano, assim como no ordenamento jurídico nacional, o réu tem o direito de ficar calado. Lá, todavia, se decidir falar, deverá dizer a verdade, pois o acusado é considerado uma testemunha de defesa. Se mentir, poderá responder pelo crime de perjúrio.

<sup>271</sup> As *Sentencing Guidelines* (ou seja, as guias de sentenciamento) consistem nas diretrizes de sentença destinadas a alcançar uniformidade nas condenações. São tabelas contendo informações empíricas sobre as médias de duração das penas em relação a cada delito. Acabam por revelar o padrão das condenações e ajudam a eliminar desigualdades injustificadas na aplicação das penas. Trata-se de uma garantia do condenado. As *Federal Sentencing Guidelines* foram efetivadas a partir 1987 pela *United States Sentencing Commission* e são de aplicação obrigatória no plano federal (FISHER, *op. cit.*, 2003, p. 210, 211 e 222). No âmbito estadual, as *Sentencing Guidelines* são obrigatórias nuns estados e indicativas noutros (ALBERGARIA, *op. cit.*, 2007, p. 121).

<sup>272</sup> RAPOZA, *op. cit.*, 2013, p. 215.

<sup>273</sup> “(2) *Ensuring That a Plea Is Voluntary*. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement)”. **Tradução livre:** “(2) *Garantir que a declaração seja voluntária*. Antes de aceitar a declaração de culpa ou não contestação (*nolo contendere*), o tribunal deve encaminhar o réu pessoalmente à audiência pública e garantir que a declaração seja voluntária e não foi resultado de chantagem, ameaças ou promessas (exceto promessas em um acordo de declaração).”

and a plea agreement, and, if it is, what discussions were had and what agreement has been reached [...]”<sup>274</sup>.

Também é obrigação do juiz, prevista no item (b)(3) da Rule 11<sup>275</sup>, verificar, antes de aceitar o acordo, se há base fática (*factual basis*) que permita o *plea bargaining*. O acordo só deverá ser aceito pelo magistrado se tiver sido apresentada uma base fática que sustente a acusação, ou seja, elementos fáticos que evidenciem a culpa do acusado. A confissão não pode ser o único elemento de prova, mas deve ser amparada noutras evidências carreadas ao procedimento investigativo. Essa avaliação judicial<sup>276</sup> é essencial para se afastar a possibilidade de condenação de pessoa inocente.

Vê-se que, em resumo, os requisitos para a homologação e validade do acordo são: a) ter o réu feito, voluntariamente, sua declaração de *plea of guilty* ou a de *nolo contendere*, sem sofrer coação por parte de autoridades; b) ter o acusado compreendido as implicações de sua confissão, a natureza das imputações e da pena; c) a existência de uma base fática (*factual basis*) que ampare a acusação.

Ressalte-se ainda que o juiz deve assegurar a publicidade de todo o processo de *plea bargaining*, daí porque a Rule 11 (c)(2) diz que tudo precisa ser feito *open court*, devendo a autoridade judicial providenciar a documentação dos termos do acordo, em cumprimento à Rule 11 (g), a fim de que produza válidos efeitos.

O juiz deverá refutar a *plea agreement* se, não obstante a declaração de culpabilidade, inexistir base fática suficiente (*factual basis*) nos autos. O magistrado ainda poderá rejeitar o acordo caso entenda que foi excessivamente benévolo para o acusado ou que o promotor excedeu sua discricionariedade, desatendendo ao interesse público na formulação da proposta ao réu. Naturalmente caberá a interposição de recursos pelas partes contra tal decisão.

Em relação ao Ministério Público, como esclarece Garcez Ramos<sup>277</sup>, os promotores federais são indicados pelo Presidente da República, cabendo ao Senado ratificar a indicação, enquanto no âmbito estadual os membros do Ministério Público são eleitos pelo voto popular.

---

<sup>274</sup> **Tradução livre:** “A corte não deve aceitar uma declaração de culpa ou de *nolo contendere* sem primeiro determinar se é voluntária. Pela inquirição do promotor, do réu e advogado de defesa, se for o caso, o tribunal deve verificar se a declaração de culpa é o resultado de discussões prévias e de um acordo, e, se foi, o que foi discutido e acordado. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/publications/criminal\\_justice\\_section\\_archive/crimjust\\_standards\\_guiltypleas\\_blk.html#1.5](http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_guiltypleas_blk.html#1.5)>. Acesso em: 20/10/2016.

<sup>275</sup> “(3) *Determining the Factual Basis for a Plea*. Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is a factual basis for the plea. **Tradução livre:** (3) *Determinar as bases factuais para a declaração*. Antes de entrar em julgamento sobre uma confissão de culpa, o tribunal deve determinar a existência de uma base factual para a declaração.”

<sup>276</sup> Cumprindo seu papel na forma da lei, sem adotar um comportamento passivo ou de alheamento, o juiz impede o exercício coercitivo da função ministerial e realiza um controle indireto e externo na postura do promotor.

<sup>277</sup> RAMOS, *op. cit.*, 2006, p. 104-106.

O fato de chegarem ao cargo por eleição faz com que os promotores estaduais se empenhem muito na obtenção de condenações por meio do *plea bargaining*, de modo que possam continuar ou ascender na carreira. Outra circunstância que contribuiu para o frequente uso de tal instrumento pelo Ministério Público é que ele permite a rápida solução dos casos, reduzindo a sobrecarga de trabalho.

No modelo estadunidense de justiça negociada, o Ministério Público atua amparado num poder discricionário extremamente amplo<sup>278</sup>. O promotor é o personagem de maior destaque no processo penal americano. Ele exerce o monopólio sobre a acusação, podendo modificá-la, excluindo ou incluindo imputações; pode ainda arquivar casos (não há acusação compulsória), propor acordos e recomendar penas, como visto nas regras (c)(1)(A)(B)(C) da Rule 11, acima transcritas, o que acaba deslocando o eixo decisório do processo para o lado do Ministério Público<sup>279</sup>. Esse largo critério de oportunidade e esse grande espaço de atuação que a lei americana dá ao promotor geram um inegável desequilíbrio de forças e uma acentuada concentração de poderes nas mãos do órgão acusador.

Conforme destaca Albergaria<sup>280</sup>, há reclamações de coação ou pressão por parte dos promotores para forçar o réu a admitir culpa; notícias de “blefes” de acusação ou acusações infladas (prática do *overcharging*<sup>281</sup>); disparidade de penas propostas em situações similares; e alegações de concentração de poder em mãos do Ministério Público.

Ainda, na atuação do Ministério Público no processo do *plea bargaining*, outro fenômeno chama a atenção, segundo Flávia Pereira Hill<sup>282</sup>: quando o promotor dispõe de um vasto suporte probatório – o que aumenta as chances de condenação num julgamento – “as vantagens oferecidas ao acusado, em troca da assunção de culpa, serão menores do que no caso de fragilidade das provas obtidas pela acusação”. Noutros dizeres, como há uma enorme preocupação em manter uma boa imagem diante de seu eleitorado, nos casos em que a absolvição é mais provável, o promotor oferece mais benefícios para forçar o acordo e obter a condenação.

---

<sup>278</sup> O *plea bargaining* garante ampla discricionariedade em favor do Ministério Público norte-americano para afastar ou reduzir imputações, conceder imunidade em razão de colaboração premiada e até desistir das ações penais. Na negociação, as opções do promotor são praticamente ilimitadas, embora ele, naturalmente, não possa basear sua atuação em critérios discriminatórios, como raça, religião ou outros.

<sup>279</sup> PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 112.

<sup>280</sup> ALBERGARIA, *op. cit.*, 2007, p. 109-127.

<sup>281</sup> Essa prática de manipular e inflar a acusação faz com que o imputado aceite um acordo que não lhe rende nenhuma vantagem ao final, pois assume a culpa exatamente pela conduta que o promotor estaria autorizado a acusá-lo.

<sup>282</sup> HILL, Flávia Pereira. Plea Bargaining – Uma incursão no Sistema Processual Penal Norte-Americano. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). **Temas Contemporâneos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 511.

Por sua vez, o advogado de defesa, seja ele público ou particular, desempenha um papel decisivo no *plea bargaining*. Como bem pontua Flávia Hill<sup>283</sup>, a ele cabe verificar “a propriedade e plausibilidade da imputação pretendida pela acusação, a concretude das vantagens oferecidas, além de pressionar no sentido da obtenção de proposta mais benéfica possível ao acusado.”

Hill assinala, porém, que em alguns estados norte-americanos, a escassez de tempo e de recursos contribui para que os defensores públicos estimulem a prática do *plea bargaining*, como forma de se vencer ou controlar o excesso de trabalho. Afirma que a busca pela solução rápida do caso, “sem o necessário exame das circunstâncias fáticas e jurídicas que o envolvem, torna criticável a postura adotada pelos profissionais que se deixam guiar precipuamente por tais fatores, desvirtuando os propósitos do instituto em tela e prejudicando o acusado.”<sup>284</sup>

O acusado deveria necessariamente participar das tratativas que envolvem a celebração do acordo (*right to be present*), opinando sobre o que melhor atenderá a seus interesses. Entretanto, não é isso que ocorre, pois as negociações acontecem longe do tribunal, no gabinete do promotor ou no escritório do advogado, a portas fechadas, sem a presença do imputado, o que lhe tolhe de participar diretamente da construção da solução para o caso, assim como não pode fiscalizar a dedicação, a competência e a lealdade de seu advogado.<sup>285</sup>

Não bastasse essa reprovável prática, nos EUA, há um limitado acesso do acusado às informações em poder da acusação, o que prejudica sobremaneira a avaliação sobre se deve aceitar a proposta de acordo ou se deve submeter-se a julgamento. Além disso, o oferecimento de vantagens pelo promotor, como a redução da pena, influencia a decisão do acusado a favor do *plea bargaining*, já que geralmente não está disposto a enfrentar o efeito estigmatizante do processo.

Muitos acusados confessam e optam pelo acordo porque sabem da robustez das provas amealhadas contra eles ou porque se mostram arrependidos e querem assumir a responsabilidade por seus atos. Esses réus querem uma solução mais rápida para a causa. Todavia, é inegável que há casos<sup>286</sup> em que o acusado aceita a proposta formulada pelo promotor por se sentir psicologicamente pressionado ou coagido, por simplesmente temer a imposição de uma pena mais elevada em caso de julgamento ordinário (*full trial*). Nessas hipóteses, a ausência de genuína voluntariedade nos acordos é que atrai uma série de críticas

---

<sup>283</sup> HILL, *op. cit.*, 2004, p. 515.

<sup>284</sup> HILL, *op. cit.*, 2004, p. 515.

<sup>285</sup> HILL, *op. cit.*, 2004, p. 528-529.

<sup>286</sup> A imprensa estadunidense noticiou a descoberta de casos de pessoas que foram condenadas por meio de acordos, mas que depois, graças aos avanços nos exames de DNA, tiveram sua inocência devidamente demonstrada.

ao modelo estadunidense de justiça penal negociada, como se verá abaixo. Daí a relevância do papel de controle a ser exercido pelo juiz e da função de análise do caso e de aconselhamento a cargo do defensor.

Ainda no que diz respeito ao imputado que firmou o acordo, cabe assinalar que tem o direito à revogação (*withdrawal*) da declaração de culpa (*guilty plea*) ou de *nolo contendere*, ou seja, é possível que ele quebre o acordo celebrado com a acusação. As regras para essa revogação variam, conforme o estado americano. No âmbito federal, esse direito pode ser exercido antes ou depois de aceitação judicial do acordo, mas sempre antes da imposição da pena, como fixado na Rule 11 (d)(1)(2).

Há, ademais, a possibilidade de o condenado impugnar o acordo após a imposição da pena pelo juiz. Essa impugnação, seja por apelação (*appeal*) ou por outro meio (*collateral attack*), como o *habeas corpus*, deve versar sobre uma possível violação de direitos constitucionais ocorrida em momento anterior ao *arraignment*, conforme estabelecido na Rule 11 (e).

Note-se que as partes ficam vinculadas aos termos do acordo e este tem o mesmo efeito de uma condenação decorrente de um julgamento. Não obstante, havendo revogação do acordo ou acaso não seja aceito pelo juiz, a declaração de culpa não poderá, em regra, ser utilizada contra o acusado, conforme disposto na Rule 410 (*Federal Rule of Evidence*).

A vítima, em regra, não participa das negociações, mas o membro do Ministério Público deve levar em consideração seus interesses durante a formulação da proposta de acordo. Seguindo a posição de Stephanos Bibas, Albergaria<sup>287</sup> defende que a participação da vítima no processo de *plea bargaining* poderia servir para “impor ao M.P. um ônus de melhor justificar as suas acções (ou inacções) e de exigir do juiz um papel menos aquiescente, menos reverencial para com os acordos firmados entre o M.P. e o defensor.”

#### 4.3. As críticas e as reclamações por reformas no instituto do *plea bargaining*

A doutrina (americana<sup>288</sup> e continental<sup>289</sup>) apresenta sérias críticas contra o instituto da *plea bargaining*, as quais podem ser assim resumidas:

---

<sup>287</sup> ALBERGARIA, *op. cit.*, 2007, p. 136.

<sup>288</sup> LANGBEIN, John H., Understanding the Short History of Plea Bargaining. **Faculty Scholarship Series**. 1979. Paper 544. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/544](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544)>. Acesso em: 15/10/2016; SCHULHOFER, Stephen J. Is plea bargaining inevitable? **Harvard Law Review**, v. 97, n° 5, p. 1.037-1.107, mar/1984. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1340824>>. Acesso em: 16/10/2016; ALSCHULER, Albert W. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. **University of Chicago Law Review** 36, 1968, p. 50–112. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1901&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1901&context=journal_articles)>. Acesso em: 21/10/2016.

a) viola garantias constitucionais dos acusados (como a do direito à presunção de inocência, a do direito ao contraditório, à produção de provas e ao privilégio contra a autoincriminação), não havendo genuína voluntariedade na renúncia ao exercício a tais direitos;

b) acentua a desigualdade entre as partes, já que o promotor, como representante do Estado, tem mais instrumentos para barganhar, e a defesa, às vezes, sequer tem conhecimento das provas em poder da acusação;

c) favorece a pressão e a coação psicológicas sobre o acusado, levando pessoas inocentes a se declararem culpadas, temendo a imposição de penas prisionais elevadas ou até de morte;

d) promove o enfraquecimento da defesa, já que tem sua margem de atuação diminuída em decorrência da declaração de culpa;

e) gera a aplicação desigual da lei penal, ou seja, a disparidade na imposição das penas;

f) permite que acusados deixem de ser responsabilizados por parte dos atos criminosos com a exclusão de parte das acusações ou com a concessão de “descontos” nas penas;

g) não busca alcançar a verdade dos fatos, aceitando uma verdade consensuada;

h) inviabiliza a participação da vítima no processo, dificultando a obtenção da reparação do dano causado pela infração penal; e

i) inexistência de publicidade nas negociações.

Por outro lado, é indiscutível que o *plea bargaining* traz muitas vantagens ao sistema de justiça criminal norte-americano, pois “corresponde a uma concepção pragmática de justiça, assentada nos fundamentos da eficiência, da rapidez na solução da causa e, ainda, da redução de custos”, conforme assevera Antonio Scarance Fernandes<sup>290</sup>. Nessa perspectiva, podem ser elencadas as seguintes vantagens propiciadas por tal instituto<sup>291</sup>:

a) possibilita uma rápida resolução dos casos;

b) permite que, com a redução da carga de trabalho, as autoridades (o juiz, o promotor e o defensor público) possam dedicar mais tempo a casos mais complexos;

c) evita que o réu fique exposto aos efeitos estigmatizantes próprios de um longo processo, sobretudo quando preso;

---

<sup>289</sup> SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2013, p. 240-261; FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 689-690; TULKENS, *op. cit.*, 2005, p. 713-717; ALBERGARIA, *op. cit.*, 2007, p. 136.

<sup>290</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 195.

<sup>291</sup> GARCIA, *op. cit.*, 1997b, p. 93-95.

d) possibilita a construção de soluções mais justas e legítimas pela via do consenso<sup>292</sup>;

e) confere às partes alta previsibilidade quanto à pena a ser aplicada num determinado caso;

f) garante ao réu a imposição de pena menor que aquela que lhe seria aplicada se fosse julgado na forma tradicional;

h) aumenta a perspectiva de reabilitação do acusado, já que tem a chance de participar da construção da solução para seu caso;

i) propicia uma reparação mais célere do dano causado ao ofendido; e

j) proporciona grande economia de recursos humanos e materiais, bem como maior eficiência da prestação do serviço, diminuindo a impunidade.

Os que defendem<sup>293</sup> o *plea bargaining* invocam basicamente essas vantagens, enfatizando ser impossível que todos os casos sejam processados e levados a julgamento em tempo razoável, necessitando o sistema judicial americano desse instituto para sua administração de forma satisfatória e eficiente. Com suporte na autonomia da vontade individual e na autodeterminação do indivíduo, sustentam a validade dos acordos criminais, mediante a aplicação dos princípios que regem os contratos, cabendo ao juízo averiguar os elementos de voluntariedade (ausência de ameaça ou coação) e de compreensão (entendimento da imputação, da renúncia ao exercício de direitos e das consequências do acordo). Eles afirmam que os acordos trazem vantagens a todos os envolvidos (Estado, acusado, sociedade e vítima).

Foi exatamente com base em tais argumentos que a Suprema Corte dos EUA reconheceu a constitucionalidade do *plea bargaining*, por exemplo, nos seguintes casos: *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970) e *Corbitt v. New Jersey*, 439 U.S. 212 (1978). Nessas e noutras ocasiões<sup>294</sup>, a Suprema Corte americana apontou algumas condições para que o acordo fosse considerado válido: a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos; b) a declaração de culpa não pode ser resultado de coação, ameaças ou promessas ilegais ou

---

<sup>292</sup> Milton Heumann sustenta que a ampla adoção do *plea bargaining* não é mera resposta ao congestionamento da justiça criminal norte-americana em razão do enorme volume de processos penais, mas um mecanismo a que se adaptaram os atores processuais e que favorece uma solução negociada mais justa e legítima. Demonstra, por meio de pesquisas empíricas, que a negociação é uma prática comum tanto em juízos com grande volume quanto em juízos com pequeno volume de feitos (HEUMANN, *op. cit.*, 1978, p. 27-34).

<sup>293</sup> HEUMANN, *op. cit.*, 1978; SANDEFUR, Timothy. In defense of plea bargaining. **Regulation**, vol. 26, nº 3, p. 28-31. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=511302>>. Acesso em: 21/10/2016; CHURCH JR., Thomas W. In Defense of "Bargain Justice". **Law & Society Review**, vol. 13, nº 2, Special Issue on Plea Bargaining, Winter, /1979, p. 509-525. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3053266>>. Acesso em: 22/10/2016.

<sup>294</sup> *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978); *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969); *Henderson v. Morgan*, 426 U.S. 637 (1976); *Gannet Co. Inc. v. De Pasquale*, 443 U.S. 368 (1979).

irrealizáveis; e c) os juízos devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e adequadamente orientadas por defensores competentes.

Prevaleceu, segundo Brandalise<sup>295</sup>, a compreensão de que a negociação da sentença criminal serve de ponto de equilíbrio entre a impossibilidade de julgamento de todas as demandas penais e o caminho inverso da impunidade, o que dá legitimidade ao instituto e faz dele o principal instrumento de resolução de conflitos penais nos EUA.

O pragmatismo<sup>296</sup> e os ideais de efficientismo/utilitarismo, portanto, têm grande peso na operação do sistema de justiça criminal norte-americano. Há uma enorme preocupação em garantir o funcionamento eficiente e efetivo do sistema punitivo, enxergando-se no instituto do *plea bargaining* a forma mais adequada para se resolver o alarmante número de conflitos penais, impedindo o colapso da justiça criminal.

Entretanto, são sérias e preocupantes as críticas levantadas pelos que se opõem a tal instrumento de justiça criminal consensual. Os questionamentos acima explicitados mostram a fragilidade<sup>297</sup> dos mecanismos de controle do *plea bargaining*, revelam falhas na aplicação da lei penal e indicam a necessidade de se limitar o imenso poder/liberdade de ação (e de inação) do Ministério Público norte-americano.

Parece claro que o modelo estadunidense de justiça criminal negociada é extremamente amplo e confere poderes excessivos ao Ministério Público, sendo inegavelmente estruturado para induzir ou forçar a declaração de culpa, já que muitos acusados aceitam os acordos por temer a imposição de penas significativamente mais altas num julgamento. Ainda, como conceber um acordo sem que a parte ré tenha chance de conhecer todas as provas que estão em poder da acusação?<sup>298</sup>

A possibilidade de negociação ou barganha de imputações (e não somente de penas), em fase pré-processual, favorece o florescimento dos supracitados problemas e objeções ao *plea bargaining*. A proibição de que o juiz participe ou intervenha nas discussões quanto ao acordo concorre para seu alheamento e impede que iniba abusos por parte do promotor. As

---

<sup>295</sup> BRANDALISE, *op. cit.*, 2016, p. 68.

<sup>296</sup> Pragmatismo é um movimento filosófico que teve origem nos Estados Unidos, no final do século XIX, em torno de pensadores como Charles Sanders Peirce e William James. Essa corrente filosófica defende que o homem deve ver as coisas e interpretá-las tendo em conta seus efeitos e suas consequências concretas. William James sustentava que era preciso se afastar de abstrações metafísicas e verbais, que ignoravam a realidade prática. O autor defendia que o intérprete deveria voltar-se para os fatos e seus efeitos, centrando-se atenção nos resultados que se esperava obter (JAMES, William. **Pragmatismo**. Trad. de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 43-47).

<sup>297</sup> Neste ponto, Garcez Ramos afirma que: “Teoricamente, o juiz deve exercer um controle sobre a barganha, e verificar se ela atende a requisitos mínimos de ética processual. Na prática, ao que parece, o pedido de barganha é inteiramente dominado pelas partes” (RAMOS, *op. cit.*, 2006, p. 188).

<sup>298</sup> A esse respeito, Pedro Soares de Albergaria aduz: “[...] optar entre o julgamento e a declaração de culpa é, em boa medida, um exercício de adivinhação, um exercício de tática processual que, amiúde, influi mais sobre o desfecho do processo do que a verdade dos fatos e do que fatores penológicos” (ALBERGARIA, *op. cit.*, 2007, p. 116).

tratativas ocorridas longe do tribunal, no gabinete do membro do Ministério Público, a portas fechadas, permitem ameaças, coações e outras práticas, como o uso de provas ilícitas, que dificilmente são depois detectadas pelo juiz quando da análise e homologação do acordo. Às vezes, ainda, as negociações são feitas sem a participação do acusado, impedindo-o que possa avaliar melhor as circunstâncias.

Assim, diante de tantas controvérsias, há diversas propostas para o aperfeiçoamento do *plea bargaining*, assim como existe uma corrente, denominada doutrina abolicionista, que defende a extinção desse mecanismo nos Estados Unidos da América.

Os abolicionistas, como Stephen J. Schulhofer<sup>299</sup>, invocam os pontos críticos acima apontados para sustentar a ilegitimidade e a inconstitucionalidade do instituto, propugnando por sua abolição. Essa corrente foi vencida ante a reafirmação da constitucionalidade do instrumento em estudo pela Corte Suprema norte-americana, tendo ocorrido o que George Fisher<sup>300</sup> denominou de triunfo do *plea bargaining*.

Já uma segunda corrente, que se desdobra conforme o tipo de proposta, contenta-se com o aprimoramento do instituto mediante a realização de alterações pontuais, destinadas a garantir uma atuação mais ativa do juiz e a diminuir o espaço de atuação do promotor, reduzindo sua discricionariedade, tudo visando a eliminar ou reduzir os vícios e os abusos, como “blefes” ou ameaças, que maculam o modelo atual.

Como esclarece Flávia Pereira Hill<sup>301</sup>, os juristas norte-americanos sugerem inovações que garantam:

- a) a atuação mais ativa do juiz no processo de *plea bargaining*, devendo as negociações serem necessariamente implementadas em sua presença;
- b) a correlata diminuição da discricionariedade do promotor, que deverá submeter todas as questões e ponderações primeiramente ao juiz;
- c) a participação do acusado nas tratativas para a celebração do acordo; e
- d) maior formalismo do procedimento, com a elaboração de normas que regulem de maneira mais minuciosa os atos que envolvem a celebração do acordo, buscando-se garantir mais transparência e uniformidade na aplicação da lei penal.

Além dessas mudanças, que se mostram imperiosas, acredita-se que também se deveria vedar a negociação de imputações (*charge bargaining*), assim como serem proibidas

---

<sup>299</sup> SCHULHOFER, Stephen J., Plea bargaining as disaster. *The Yale Law Journal*, vol. 101, n. 8, Symposium: Punishment, jun/1992, p. 1979-2009. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/796954?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/796954?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 26/10/2016.

<sup>300</sup> FISHER, *op. cit.*, 2003.

<sup>301</sup> HILL, *op. cit.*, 2004, p. 532.

quaisquer tratativas ou negociações fora do tribunal e sem que a parte acusada tenha conhecimento de todos os elementos de acusação que se encontrem em poder da acusação.

Ainda, ao contrário de proibir a participação do juiz nas discussões, deveria ela ser permitida e até estimulada para que o magistrado atuasse de modo a equilibrar as forças, sugerindo ajustes no acordo que o aproximasse do ideal de justiça. Na avaliação da base fática (*factual basis*), deveria ainda o juiz necessariamente interrogar o acusado sobre os fatos, confrontando as informações que prestar com os elementos probatórios carreados aos autos. Não havendo sucesso nas negociações e indo o caso a julgamento, naturalmente deveria haver a mudança de juiz, já que o magistrado que atuou na fase anterior teve comprometida a sua imparcialidade.

Enfim, não se pode pensar em justiça penal negociada sem um efetivo e cuidadoso controle judicial, evitando arbitrariedades e buscando equidade no procedimento, de forma a se alcançar uma rápida e satisfatória solução do conflito, com ganhos para o acusado, para o Estado, para a vítima e, conseqüentemente, para a sociedade<sup>302</sup>.

---

<sup>302</sup> PEREIRA, *op. cit.*, 2002, p. 91.

## 5 OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO POR CONSENSO NO PROCESSO PENAL DE PORTUGAL

Em Portugal está em vigor o Código de Processo Penal de 1987, aprovado por meio do Decreto-Lei n° 78, de 17 de fevereiro. Esse código substituiu o de 1929 (Decreto-Lei n° 16.489, de 15 de fevereiro) e, seguindo a tendência de outros países europeus, passou a adotar mecanismos de justiça penal consensual no que tange à pequena criminalidade<sup>303</sup>.

A nova codificação criou dois espaços para a resolução de conflitos penais: o espaço de conflito (processo comum, processo sumário e processo abreviado), reservado a casos mais graves, e o espaço de consenso (arquivamento em caso de dispensa de pena, suspensão provisória do processo e processo sumaríssimo), voltado a crimes de menor ofensividade.

Pautando-se pelo critério da diversão, claramente o legislador lusitano buscou contemplar também os ideais de efetividade e de eficiência no funcionamento do sistema de justiça criminal<sup>304</sup>. Essa tendência foi confirmada pela reforma processual penal operada no ano de 2007, pela Lei n° 48, de 29 de agosto. Dentre outras mudanças, foram reforçados e ampliados os instrumentos de consenso penal, visando a alcançar a média criminalidade<sup>305</sup>, como se verá a seguir.

### 5.1 Suspensão provisória do processo

A suspensão provisória do processo, prevista nos arts. 281° e 282° do Código de Processo Penal português, é um mecanismo de consenso entre as partes (Ministério Público e acusado) que, homologado pelo juiz, acarreta o sobrestamento do processo, por determinado período, se preenchidos certos requisitos e mediante o cumprimento de condições fixadas em lei. Segundo Manuel da Costa Andrade<sup>306</sup>, “trata-se de uma figura de cariz acentuadamente processual, orientada para a concretização de programas de despenalização (processual) e de diversão, na tentativa de viabilizar a ressocialização do delinquente”.

Aplicava-se a infrações puníveis com pena máxima de 03 (três) anos de prisão, mas a reforma de 2007 estendeu o instituto para os casos em que o crime é punível com pena de prisão não superior a 05 (cinco) anos ou com sanção diferente da prisão (art. 281°, 1, do Código de Processo Penal português). Vale assinalar que, diversamente do instituto brasileiro,

---

<sup>303</sup> FERNANDES, F., *op. cit.*, 2001, p. 433.

<sup>304</sup> FERNANDES, F., *op. cit.*, 2001, p. 434.

<sup>305</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 110.

<sup>306</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 347.

em que o cabimento da suspensão do processo é orientado pela pena mínima cominada ao delito, em Portugal é a pena máxima que define se será possível a suspensão.

Segundo o art. 281º, 1, do CPP, quem determina a suspensão provisória do processo é o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do arguido<sup>307</sup>, desde que, concordando o juiz de instrução, se verifiquem os seguintes pressupostos:

- a) Concordância do arguido e do assistente;
- b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;
- c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza;
- d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento;
- e) Ausência de um grau de culpa elevado; e
- f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

Note-se que a suspensão do processo depende de um consenso alargado, ou seja, devem estar de acordo o juiz de instrução, o arguido e o assistente (vítima que intervém nos autos)<sup>308</sup>, se for o caso. Embora a lei portuguesa preconize que o Ministério Público determina a suspensão, em verdade se trata de uma proposta, que precisa ser aceita pelos demais sujeitos processuais.

A proposta de suspensão pode ser apresentada na fase do inquérito ou no curso da ação penal. A manifestação do Ministério Público no sentido da opção pela suspensão exige a narração dos fatos delitivos apurados no inquérito. Sem isso, fica o juiz impedido de se pronunciar sobre a proposta.

A aludida reforma da codificação afastou a exigência de ausência de antecedentes criminais para cobrar apenas a ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza. Ela também substituiu a exigência do caráter diminuto da culpa pela ausência de um grau elevado de culpa, alterações essas que facilitaram, de modo acertado, a aplicação do instituto a mais casos<sup>309</sup>, reconhecendo-se as vantagens que trouxeram ao sistema processual penal português<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> Germano Marques da Silva assinalou, a propósito: “Apreciamos muito que no regime da suspensão provisória se tenha previsto expressamente a possibilidade da suspensão ser requerida pelo arguido ou pelo assistente (art. 281º, nº 1). Julgamos que seria útil também a introdução de uma fase ‘negocial’ quanto às injunções e regras de conduta. Temo-lo defendido e estamos convencidos da sua utilidade; nada se perderia e muito se poderia ganhar com o diálogo entre as autoridades judiciais e os defensores dos arguidos e advogados dos assistentes e poderia substituir com vantagens o recurso à mediação penal.” (SILVA, Germano Marques. Notas Soltas sobre as Alterações de 2007 do Código de Processo Penal Português. In: CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (org). **Processo Penal do Brasil e de Portugal**. Estudo comparado: As reformas Portuguesa e Brasileira, Coimbra: Almedina, 2009, p. 90).

<sup>308</sup> A vítima, constituída assistente no processo, pode ter interesse na suspensão provisória do feito para garantir logo a reparação dos seus danos.

<sup>309</sup> FIDALGO, *op. cit.*, 2008, p. 284.

<sup>310</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 348.

Ao propor a suspensão provisória do processo, o Ministério Público pode indicar as seguintes condições, denominadas de “injunções e regras de conduta”, a serem cumpridas pelo arguido (art. 281º, 2):

- a) Indenizar o lesado;
- b) Dar ao lesado satisfação moral adequada;
- c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia ou efectuar prestação de serviço de interesse público;
- d) Residir em determinado lugar;
- e) Frequentar certos programas ou actividades;
- f) Não exercer determinadas profissões;
- g) Não frequentar certos meios ou lugares;
- h) Não residir em certos lugares ou regiões;
- i) Não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas;
- j) Não frequentar certas associações ou participar em determinadas reuniões;
- l) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime;
- m) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso.

As injunções e regras de conduta, portanto, precisam estar previstas na lei, não se confundindo com a noção de pena, devendo ser vistas como *sanções de índole especial não penal*<sup>311</sup>. Até a alteração legislativa de 2007, a prestação de serviço de interesse público não figurava no rol acima, o que acarretava críticas doutrinárias contra a prática ministerial de indicá-la na proposta de suspensão do processo, como assinala Sónia Fidalgo<sup>312</sup>.

Cabe salientar que o legislador buscou preservar os interesses da vítima, fixando o dever de indenizar o lesado e a obrigação de lhe dar satisfação moral adequada como injunções e regras de condutas que podem ser impostas ao arguido.

De acordo com o artigo 281º, 3, “tratando-se de crime para o qual esteja legalmente prevista pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor, é obrigatoriamente oponible ao arguido a aplicação de injunção de proibição de conduzir veículos com motor”.

Diversamente do que ocorre no Brasil, a lei portuguesa não veda a aplicação do instituto nos casos de violência doméstica e também nos delitos contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado.

A decisão de suspensão não é suscetível de impugnação, pois se supõe que o magistrado aceitou a medida justamente por estar nos termos da lei e ter havido consenso entre as partes. Todavia, não há como afastar a hipótese de eventual concordância inquinada por vício de vontade, daí porque haveria de se admitir recurso ao menos nesse caso.

---

<sup>311</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 353.

<sup>312</sup> FIDALGO, *op. cit.*, 2008, p. 287.

Há quem entenda que o juiz não pode rever a posição do Ministério Público no sentido de recusar a aplicação da suspensão provisória do processo<sup>313</sup>. Esse entendimento se orienta pela compreensão de que a acusação está a agir amparada no princípio da oportunidade, não podendo o Poder Judiciário imiscuir-se nessa questão<sup>314</sup>.

De outro lado, existe posição<sup>315</sup> no sentido de que o arguido pode requerer a abertura de instrução, nos termos do art. 287º, 1, “a” do CPP, com fundamento na não suspensão provisória do processo pelo Ministério Público. O objetivo é permitir o controle judiciário da decisão do Ministério Público, de modo a admitir a suspensão quando preenchidos os requisitos.

O juiz de instrução fiscaliza a legalidade e adequação das medidas propostas pelo Ministério Público e verifica se não ofendem a dignidade do arguido (art. 281º, 4, do CPP). Como se vê, é de extrema relevância o papel do juiz, pois deve coibir as injunções e regras de conduta que se afastem da diretriz legal e que se mostrem excessivas ou desproporcionais para determinado caso. Ainda, cabe ao juiz averiguar se o consentimento do arguido é livre e consciente.

Prevalece o entendimento jurisprudencial de que não é passível de recurso a discordância do juiz de instrução em relação à proposta de suspensão formulada pelo Ministério Público, ainda que tenham consentido o arguido e o assistente (Acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça nº 16/2009, publicado em DR, nº 248, I Série, de 24/12/2009). Todavia, parte da doutrina portuguesa, com razão, discorda dessa posição, como é o caso de Torrão<sup>316</sup> e Carmo<sup>317</sup>, por entender que cabe recurso dessa decisão para a instância superior competente.

Conforme dispõe o art. 282º, 1, do CPP, a suspensão do processo pode durar até 02 (dois) anos, podendo chegar a 05 (cinco) nas hipóteses de crime de violência doméstica e de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado.

---

<sup>313</sup> Neste sentido se pronunciou o Tribunal da Relação de Coimbra: “O instituto da suspensão provisória do processo é uma demonstração no processo penal do [...] princípio da oportunidade, não competindo ao juiz de julgamento apreciar sobre a oportunidade ou não da aplicação do instituto [...]. Como tal, a não aplicação daquele instituto pelo Ministério Público [...] não é sindicável pelo juiz [...], nem consubstancia qualquer nulidade ou irregularidade do processo, porquanto representa um juízo de oportunidade efetuado pelo Magistrado titular do inquérito” (Acórdão de 01/06/2011, processo nº 59/10.9GBPMS.C1, Relator: Belmiro Andrade. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso: em 10/10/2016).

<sup>314</sup> Nesse ponto, talvez fosse mais consentânea uma solução que viabilizasse o reexame da questão pelo próprio Ministério Público, como acontece no modelo brasileiro, mediante aplicação analógica do art. 28 de nosso Código de Processo Penal.

<sup>315</sup> CARMO, Rui do. A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal. **Revista do CEJ**. 2º Sem/2004, Coimbra, p. 344; TORRÃO, Fernando. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254 e ss.

<sup>316</sup> TORRÃO, *op. cit.*, 2000, p. 399.

<sup>317</sup> CARMO, *op. cit.*, 2004, p. 323.

Diferentemente do modelo brasileiro, não existe um tempo mínimo para a suspensão do processo. O prazo prescricional não corre no período de suspensão do processo (art. 282º, 2).

Havendo o cumprimento das injunções e regras de conduta, acontece o arquivamento do processo. Entretanto, “o processo prossegue e as prestações feitas não podem ser repetidas: a) Se o arguido não cumprir as injunções e regras de conduta; ou b) Se, durante o prazo de suspensão do processo, o arguido cometer crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado” (art. 282º, 3 e 4). Esta segunda causa de revogação foi inserida pela já mencionada reforma de 2007.

A revogação da suspensão por descumprimento das condições não pode acontecer de forma automática, devendo antes haver um juízo sobre a culpa ou a vontade de não cumprir por parte do arguido, podendo haver lugar, nomeadamente, à revisão das injunções, regras de conduta decretadas ou prorrogação do prazo até o limite legalmente admissível<sup>318</sup>.

## 5.2 Procedimento sumaríssimo

O procedimento sumaríssimo está disciplinado nos arts. 392º a 398º do Código de Processo Penal português. Constitui-se num mecanismo de consenso sobre a pena a partir da concordância ou não oposição do acusado quanto aos fatos imputados pelo Ministério Público. Assemelha-se ao *patteggiamento* italiano (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), à *conformidad* espanhola e ao *juicio abreviado* presentes nas legislações processuais penais latinas, dos quais se tratou brevemente no tópico 3.4.

De acordo com o art. 392º do CPP luso, o rito em questão tem lugar em caso de crime punível com pena de prisão não superior a 05 (cinco) anos ou só com pena de multa. Cabe registrar, todavia, que, na versão original do CPP de 1987, esse procedimento era reservado para crimes com pena máxima de até 06 (seis) meses de prisão, ainda que com multa, ou só com pena de multa. A Lei nº 59, de 25 de agosto de 1998, ampliou a margem de consenso para alcançar os casos de crimes cuja pena privativa de liberdade não excedesse 03 (três) anos de privação de liberdade ou punidos com multa<sup>319</sup>. Esse alargamento dos limites para o consenso havia sido proposto na doutrina de Anabela Miranda Rodrigues<sup>320</sup>.

Por ocasião da reforma da referida codificação lusitana, pela Lei nº 48, de 29 de agosto de 2007, expandiu-se ainda mais o campo de incidência do instituto em foco, que

---

<sup>318</sup> FIDALGO, *op. cit.*, 2008, p. 289.

<sup>319</sup> FIDALGO, *op. cit.*, 2008, p. 295-296.

<sup>320</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, 1996, p. 538.

passou a abranger delitos em que a pena máxima abstratamente fixada não ultrapasse 05 (cinco) anos de prisão.

Segundo Manuel da Costa Andrade, trata-se de um procedimento orientado pelo consenso e que é organizado para alcançar celeridade, eficácia e simplificação na resposta penal a delitos de menor gravidade. Não há instrução probatória nem julgamento tradicional, mas solução por outra via, a do acordo de vontades firmado na esteira de uma política criminal de diversão<sup>321</sup>. Para Sónia Fidalgo<sup>322</sup>, “o processo sumário é um processo célere, consensual, em que há uma renúncia antecipada ao exercício de direitos de defesa por parte do arguido”.

A aplicação desse procedimento voltado a um acordo fundado no reconhecimento de culpa depende da iniciativa do Ministério Público, podendo ainda o arguido solicitar a medida. Note-se que, nos termos do mencionado artigo 392º, o acordo só será possível se a pena concretamente almejada for não privativa de liberdade. Noutras palavras, por essa via só é possível ajustar penas substitutivas à prisão. Ainda, se o procedimento depender de acusação particular, o acordo dependerá da concordância do assistente.

Cabe ressaltar que, assim como acontece na *conformidad* da Espanha e também no comparecimento francês para reconhecimento prévio de culpabilidade (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou plaider coupable*), este mecanismo de consenso português não prevê a redução de pena em razão da confissão do réu que propicia o acordo.

Quanto ao momento para se requerer o procedimento sumaríssimo, é o que se segue à conclusão do inquérito. Cumpre ao Ministério Público formular um requerimento ao juiz, apresentando sua proposta de sanção não privativa de liberdade. De acordo com o art. 394º do CPP:

1 - O requerimento do Ministério Público é escrito e contém as indicações tendentes à identificação do arguido, a descrição dos factos imputados e a menção das disposições legais violadas, a prova existente e o enunciado sumário das razões pelas quais entende que ao caso não deve concretamente ser aplicada pena de prisão.

2 - O requerimento termina com a indicação precisa pelo Ministério Público:

- a) Das sanções concretamente propostas;
- b) Da quantia exacta a atribuir a título de reparação, nos termos do disposto no artigo 82.º-A, quando este deva ser aplicado.

Conquanto o modelo português não admita a intervenção de partes civis, a vítima pode manifestar a intenção de obter a reparação dos danos sofridos, hipótese em que o Ministério

---

<sup>321</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 356.

<sup>322</sup> FIDALGO, *op. cit.*, 2008, p. 302.

Público, em atenção à regra do art. 393, deverá contemplar isso em sua proposta, conforme consta da alínea “b” do nº 2 do dispositivo acima transcrito.

O juiz poderá rejeitar o requerimento nas seguintes hipóteses: a) quando for legalmente inadmissível o procedimento; b) quando o requerimento for manifestamente infundado; e/ou c) quando entender que a sanção proposta é manifestamente insuscetível de realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Neste último caso, o magistrado pode, em vez de encaminhar o feito a outro rito, fixar sanção diferente, mas deve haver a concordância do Ministério Público e do arguido. Note-se que se o juiz remeter o processo a outra via, o requerimento do Ministério Público equivale à acusação. Cabe assinalar que, da decisão que rejeitar o requerimento, não cabe recurso (art. 395º).

Se o juiz não rejeitar o pedido ministerial, mandará notificar o arguido para se manifestar no prazo de 15 (quinze) dias, dando-se ciência também ao seu defensor (art. 396º).

Conforme dispõe o art. 397º do CPP lusitano, “quando o arguido não se opuser ao requerimento, o juiz, por despacho, procede à aplicação da sanção e à condenação no pagamento de taxa de justiça”. Tal despacho valerá como sentença condenatória e não admite recurso ordinário. Como assinalou Andrade<sup>323</sup>, ao contrário do que sucede com a suspensão provisória do processo, o processo sumaríssimo não é guiado pela oportunidade, mas pela legalidade, desembocando numa verdadeira condenação penal.

De outro lado, se o arguido se opuser à proposta do Ministério Público, o processo deverá ser encaminhado à via comum, equivalendo à acusação o requerimento formulado pelo Ministério Público (art. 398º do CPP).

Assim, embora se aproxime da *guilty plea* do direito americano, o mecanismo consensual em estudo tem características próprias e salutares, segundo Anabela Miranda Rodrigues<sup>324</sup>: a) aplica-se a casos de crimes pouco graves; b) não é possível a negociação sobre o objeto do processo, ou seja, não admite o *plea bargaining* americano, que normalmente precede a *guilty plea*; e c) não permite a concessão de benefício ou prêmio penal que possa atrair arguidos inocentes e que temem utilizar o direito de oposição.

Passando adiante, a partir da análise da disciplina normativa do procedimento sumaríssimo português, é possível constatar algumas omissões ou imperfeições, que suscitam dúvidas e que não favorecem tanto a solução consensual por meio deste instituto.

O artigo 396º do CPP não esclarece se, ao formular sua proposta de acordo penal, o Ministério Público deve apontar o *quantum* concreto da pena de prisão (inferior a 05 anos) a ser substituída ou se deve logo indicar a(s) pena(s) substitutiva(s) não privativa(s) de

---

<sup>323</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 356.

<sup>324</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, 1996, p. 541.

liberdade a ser(em) cumprida(s) pelo arguido. A falta de clareza normativa nesse aspecto gera controvérsia e insegurança, dificultando a construção do consenso. Nesse ponto, Fidalgo<sup>325</sup> defende que não há motivo para se exigir do Ministério Público que proceda à determinação de duas penas (uma pena de prisão e, seguidamente, uma pena de substituição não privativa de liberdade), uma vez que já optou pela pena substitutiva. Ela sustenta, assim, que cabe ao Ministério Público formular logo uma proposta de aplicação de pena(s) substitutiva(s), conforme modalidades previstas no Código Penal português.

Quanto a essa questão, a proposta de acordo do Ministério Público já deve mesmo indicar a(s) pena(s) substitutiva(s) almejada(s), de modo que o acusado saiba exatamente qual(is) a(s) pena(s) que deverá cumprir, caso aceite o acordo. Deve ele saber exatamente que tipo de reprimenda(s) irá cumprir, se optar pelo ajuste.

A lei lusitana também não estabeleceu a necessidade de ser realizada uma audiência para que as partes pudessem conversar, argumentar, contra-argumentar com o propósito de chegar ao acordo. Ora, a audiência tem justamente o propósito de funcionar como canal de comunicação entre as partes, facilitando o diálogo, a compreensão da proposta, a formulação de contraproposta quanto a algum ponto, de modo a tornar mais provável a celebração do acordo. É na audiência, aliás, que o juiz tem a oportunidade de ouvir o arguido, averiguando se sua manifestação de vontade é livre e consciente.

A não realização da audiência retira das partes um espaço para interação e diálogo, impede que tenham chance de falar e ouvir, expressar verbalmente suas posições, argumentando, questionando, apresentando propostas e contrapropostas para a solução consensual do conflito. Como apontado, a partir da doutrina de Habermas, o contato comunicativo entre as partes é essencial para se promover um verdadeiro entendimento e um acordo válido à luz das pretensões de compreensibilidade, verdade, correção e sinceridade.

Também nessa linha de raciocínio, Manuel Costa Andrade pontua<sup>326</sup>:

Para se poder, em rigor, falar em consenso, acentua SCHREIBER, a decisão terá de emergir como resultado de uma interpenetração de posições contrastantes e, por isso, aceitável por todos ou por parte dos intervenientes. Quando é possível proceder a uma discussão conjunta do problema, em estilo dialógico, ganha-se em informação e alargam-se os horizontes. E aumentam-se as oportunidades de se encontrar uma decisão mais acertada e susceptível de superar a situação real subjacente, bem as hipóteses de sua aceitação, mesmo porque aqueles que vêm a ser atingidos pela sanção.

---

<sup>325</sup> FIDALGO, *op. cit.*, 2008, p. 299-301.

<sup>326</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 1995, p. 336.

Portanto, “a dispensa da comparência do arguido em tribunal tem-se mostrado problemática do ponto de vista do direito do arguido de ser ouvido”, conforme alerta Rodrigues.<sup>327</sup>

Ainda, o texto legal em nenhum momento esclarece que a celebração do acordo pressupõe o reconhecimento de culpa. É notório que está implícito que a concordância ou não oposição à sanção caracteriza declaração de culpa, mas isso deveria ter ficado claro na lei, eliminando qualquer dúvida.

Ademais, outro sério ponto falho da legislação portuguesa é o que não admite interposição de recurso contra a decisão que aceita o encontro de vontades e aplica a pena, dando a entender que a decisão transita imediatamente em julgado. Ora, é possível que o ato judicial padeça de nulidade por alguma razão, não se mostrando adequado impedir as partes de impugná-lo.

Portanto, o figurino dessa ferramenta consensual portuguesa precisa ser aprimorado nos aspectos acima apontados, havendo ainda quem defenda<sup>328</sup> que deva avançar para admitir acordos no que tange a penas de prisão, ainda que de curta duração, seguindo-se uma tendência mundial irreversível de ampliação dos mecanismos de justiça penal consensual ou negociada.

### **5.3 Mediação penal de adultos**

A mediação penal de adultos consiste numa ferramenta de justiça penal consensual prevista na legislação portuguesa e que é reflexo de uma experiência surgida na Bélgica<sup>329</sup>. Está disciplinada na Lei n° 21/2007, que criou um regime de mediação penal.

Conforme consta do art. 4º, 1, do diploma normativo, tal mediação é um processo informal e flexível, conduzido por um mediador, a quem compete promover a aproximação entre ofendido e arguido, apoiando-os “na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social.”

A mencionada lei, disciplinando esse mecanismo luso de consenso, estabelece o seguinte:

#### Artigo 2º Âmbito

1 - A mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular.

<sup>327</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, 1996, p. 537.

<sup>328</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes; NEVES, José Francisco Moreira das. Uma proposta de justiça negociada. **Revista do CEJ**, Coimbra, n° 15, 1º sem/2011, p. 109-123.

<sup>329</sup> BRANDALISE, *op. cit.*, 2013, p. 131.

2 - A mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o património.

3 - Independentemente da natureza do crime, a mediação em processo penal não pode ter lugar nos seguintes casos:

- a) O tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos;
- b) Se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual;
- c) Se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência;
- d) O ofendido seja menor de 16 anos;
- e) Seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo

#### Artigo 3º Remessa do processo para mediação

1 - Para os efeitos previstos no artigo anterior, o Ministério Público, em qualquer momento do inquérito, se tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir, designa um mediador das listas previstas no artigo 11.º e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objecto do processo.

2 - Se o ofendido e o arguido requererem a mediação, nos casos em que esta é admitida ao abrigo da presente lei, o Ministério Público designa um mediador nos termos do número anterior, independentemente da verificação dos requisitos aí previstos.

3 - Nos casos previstos nos números anteriores, o arguido e o ofendido são notificados de que o processo foi remetido para mediação, de acordo com modelo aprovado por portaria do Ministro da Justiça.

4 - Quando razões excepcionais o justifiquem, nomeadamente em função da inserção comunitária ou ambiente cultural do arguido e ofendido, o mediador pode transferir o processo para outro mediador que repute mais indicado para a condução da mediação, disso dando conhecimento, fundamentadamente, por meios electrónicos, ao Ministério Público e ao organismo referido no artigo 13º.

5 - O mediador contacta o arguido e o ofendido para obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação, informando-os dos seus direitos e deveres e da natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação, e verifica se aqueles reúnem condições para participar no processo de mediação.

6 - Caso não obtenha consentimento ou verifique que o arguido ou o ofendido não reúne condições para a participação na mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal.

7 - Se o mediador obtiver os consentimentos livres e esclarecidos do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e é iniciado o processo de mediação.

Note-se que a mediação penal acontece na fase policial, ou seja, durante o curso do inquérito.

Quanto ao conteúdo do acordo, será livremente fixado entre o ofendido e o arguido, mas não é admitido incluir na avença a aplicação de sanções privativas da liberdade ou

deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de 06 (seis) meses (art. 6º). A lei portuguesa, portanto, não exclui, para parte da doutrina, a possibilidade de se ajustar o cumprimento de medidas alternativas à prisão, como a prestação de serviços à comunidade, o que seria bem questionável segundo Brandalise<sup>330</sup>, já que o Ministério Público é a instituição incumbida de coordenar esse mecanismo de consenso, não havendo intervenção judicial.

Nos termos do art. 5º da lei, se não houver acordo entre o ofendido e o arguido, os autos serão devolvidos ao Ministério Público, que dará seguimento no caso. Havendo acordo, o seu teor é reduzido a escrito, em documento assinado pelo arguido e pelo ofendido, e transmitido pelo mediador ao Ministério Público. “[...] A assinatura do acordo equivale à desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido, podendo o ofendido, caso o acordo não seja cumprido no prazo fixado, renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito” (art. 5º, 4).

Cabe ao Ministério Público verificar se o acordo está em conformidade com a lei, homologando a desistência de queixa. Nas sessões de mediação, não é obrigatória a presença de advogado (art. 8º). Ante o alcance desse instrumento de consenso, é também um ponto crítico a dispensa da presença do advogado para aconselhar as partes, sobretudo o arguido.

#### **5.4 Colaboração processual ou arrependimento**

A legislação portuguesa prevê o instituto da colaboração processual ou arrependimento, equivalente à colaboração premiada existente no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

O art. 31 do Decreto-Lei português nº 15, de 22/01/1993, que disciplina o combate às drogas, prevê a atenuação ou dispensa de pena em favor do agente que auxiliar concretamente as autoridades na obtenção de provas contra outros investigados:

Artigo 31º. Se, nos casos previstos nos artigos 21º, 22º, 23º e 28º, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.

---

<sup>330</sup> BRANDALISE, *op. cit.*, 2013, p. 135.

Também a Lei n° 36/1994, que disciplina o combate à corrupção e à criminalidade econômica e financeira, traz, no seu art. 8º, previsão de similar de colaboração premiada: “Nos crimes previstos no artigo 1º, n° 1, alíneas ‘a’ e ‘e’, a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”.

Já a Lei n° 52/2003, denominada Lei de Combate ao Terrorismo, no art. 2º, 5, reza que:

5 - A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

A colaboração naturalmente exige a confissão do delator, que deverá apresentar elementos probatórios quanto à sua culpa penal e à dos demais agentes que integram a organização criminosa<sup>331</sup>.

Como esclarece Brandalise<sup>332</sup>, a análise da confissão, das declarações incriminadoras e do material probatório apresentado ficará para momento posterior, “na medida em que compete ao tribunal a possibilidade de reconhecer a culpa, a pena a ser imposta e, principalmente, se as informações prestadas foram relevantes como exigido por lei”. Apenas a declaração do colaborador não servirá para condenar o delatado, devendo estar confortada com outros elementos de prova.

### **5.5 A confissão integral e sem reservas, seus efeitos e a ausência de previsão legal para a adoção de acordos sobre a sentença penal no modelo português**

O Código de Processo Penal português de 1987 atribuiu um maior relevo processual à confissão integral e sem reservas ocorrida em audiência de julgamento. O artigo 344º assim dispõe:

- 1 - No caso de o arguido declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas.
- 2 - A confissão integral e sem reservas implica:
  - a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados;

---

<sup>331</sup> BRANDALISE, *op. cit.*, 2013, p. 127.

<sup>332</sup> BRANDALISE, *op. cit.*, 2013, p. 127.

- b) Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e
  - c) Redução da taxa de justiça em metade.
- 3 - Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que:
- a) Houver co-arguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles;
  - b) O tribunal, em sua convicção, suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados; ou
  - c) O crime for punível com pena de prisão superior a 5 anos.
- 4 - Verificando-se a confissão integral e sem reservas nos casos do número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, o tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção da prova.

Assim, nos crimes punidos com pena de prisão não superior a 5 (cinco) anos, sempre que o réu confessar integralmente e sem reservas<sup>333</sup>, havendo nos autos elementos que respaldem a admissão de culpa, o tribunal pode dispensar a fase de produção de provas e passar ao julgamento, acelerando a resolução da causa. Trata-se de instituto que se assemelha à *conformidad* espanhola, abordada rapidamente no tópico 3.4.

Fernando Fernandes<sup>334</sup> esclarece, pautando-se na lição de Jorge de Figueiredo Dias, que essa solução não ficou isenta de crítica, mas foi reputada válida pelas cortes lusitanas. Ele assinala que esse tratamento atribuído à confissão não se orienta por uma exclusiva e pura “lógica de produtividade”, calcada apenas em razões de celeridade e economia processuais, mas decorre antes de uma ‘lógica de justiça’, visando simplificar e acelerar o processo penal, limitando no que possível a ‘cerimônia degradante que ele traduz’.

Note-se que essa via mantém intacta a liberdade judicial de apreciação dos fatos e aplicação da pena. Não há um acordo entre as partes quanto à pena, mas dispensa a produção da prova oral com o propósito de facilitar e agilizar o desfecho da causa. É desnecessário dizer que essa solução não tem lugar naqueles casos em que não estiver clara a responsabilidade do imputado e também sua liberdade de manifestação de vontade, podendo sempre o tribunal ordenar averiguações para melhor aclarar os fatos.

Conquanto se trate de uma disciplina normativa que confere mais peso à confissão integral e sem reservas, buscando extrair da declaração de culpa, quando possível, uma resolução simplificada e mais célere do caso, esse procedimento não se traduz bem num mecanismo de consenso, pois é mantida, como dito, a plena liberdade judicial de apreciação dos fatos e de fixação da pena. A confissão implica renúncia à produção de prova, permitindo

---

<sup>333</sup> Na confissão integral e sem reservas, o réu admite a prática do fato imputado, aceita sua capitulação jurídica e suas consequências. Se, apesar de reconhecer os fatos que integram os chamados elementos objetivos do crime, lhes contrapõe ou acrescenta outros com o propósito de eximir-se da responsabilidade, não estará caracterizada a confissão sem reservas.

<sup>334</sup> FERNANDES, F., *op. cit.*, 2001, p. 494.

o rápido desfecho do caso, mas não garante que o réu alcançará um provimento mais favorável ou vantajoso em decorrência da admissão de culpa.

Foi com o propósito de avançar no caminho do acordo de vontades que, como já mencionado, Jorge de Figueiredo Dias, por meio da obra *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*<sup>335</sup>, sugeriu que os membros do Ministério Público português, com aquiescência dos juízes, passassem a propor aos arguidos acordos sobre a sentença criminal, buscando-se um novo caminho para a solução dos conflitos penais no cenário lusitano. O que se propôs foi um mecanismo que implica a celebração de um acordo entre o arguido e o tribunal (juiz e Ministério Público) para determinar o limite máximo da pena a aplicar, desde que haja confissão dos fatos que são imputados ao arguido na peça acusatória.

A referida ideia foi abraçada pela Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa<sup>336</sup> e também pela Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra<sup>337</sup>, tendo sido implementada em alguns casos. Em resumo, as propostas de alargamento dos espaços de consenso se dariam com a celebração de acordos sobre a sentença penal, seguindo-se as seguintes balizas<sup>338</sup>:

- a) A confissão do arguido é o pressuposto essencial do acordo, como mecanismo legal já existente para simplificar e conferir celeridade ao processo penal;
- b) Em conformidade, a base legal para o acordo reside precisamente no art. 344.º do Código de Processo Penal (confissão)<sup>339</sup>;
- c) O tribunal mantém integralmente o poder/dever de aferir a credibilidade da confissão (art. 344.º, 3, al. b), do CPP);
- d) No acordo não pode constar a pena em concreto, mas apenas os seus limites, pelo menos, o seu limite máximo. O autor admite que determinadas circunstâncias poderão justificar o estabelecimento de um limite mínimo, embora tal não seja condição de validade do acordo;
- e) A margem entre o limite máximo e o mínimo, a funcionar como uma moldura concreta da pena no âmbito da qual o tribunal decide a pena concreta a aplicar, não pode ser tão elevada que perca qualquer efeito delimitador da pena;
- f) Caso o limite máximo da pena o permita, admite-se a inclusão no acordo de vinculação a determinadas penas de substituição;
- g) Admite-se acordo sobre sanções acessórias ou perda de bens, este último desde que não implique um juízo de perigosidade do agente. Não se admite acordo sobre medidas de segurança;

---

<sup>335</sup> Publicada pela editora Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, no ano de 2011.

<sup>336</sup> Por meio da Recomendação n.º 01/2012.

<sup>337</sup> Por intermédio de memorando do dia 19/01/2012.

<sup>338</sup> Conforme consignado na Recomendação n.º 01/2012. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc\\_mostra\\_doc.php?nid=153&doc=files/doc\\_0153.html](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html)>. Acesso em: 11/10/2016.

<sup>339</sup> De acordo com esse dispositivo, no caso de o arguido declarar que pretende confessar os fatos, deve lhe ser perguntado se o faz de livre vontade e fora de qualquer coação, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas. Essa confissão integral implica a passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não deve ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável.

- h) O acordo obtido deverá constar da acta, em nome da publicidade do processo e conseqüente legitimidade da decisão; caso o acordo não seja obtido, não pode nenhum elemento do processo negocial ser tido em consideração no julgamento (proibição de prova);
- i) O acordo deverá ter a intervenção do arguido, do Ministério Público e do Juiz, devendo ainda intervir o assistente, caso exista. Neste último caso, o autor discute se a sua intervenção deverá ser vinculativa, optando por responder afirmativamente face ao quadro legal actual, defendendo, de jure condendo, solução contrária;
- j) Não pode estabelecer-se no acordo uma renúncia prévia ao direito de recurso;
- k) O acordo deverá ser obtido, salvo casos excepcionais, até ao início da produção da prova, após declarações do arguido. Admite até, com maiores cautelas, a viabilidade do acordo ser obtido ainda na fase de inquérito.

Todavia, um dos casos chegou ao Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que anulou a sentença por entender que inexistia autorização legal expressa e específica para celebração de acordos para além dos limites do procedimento sumaríssimo<sup>340</sup>. Apesar de os defensores do mecanismo sustentarem que o art. 344 não veda os acordos sobre a sentença penal, mas acaba por lhes dar amparo, a Corte Suprema entendeu que tal dispositivo não traz nenhuma dimensão de consensualidade, não havendo preceito legal que dê respaldo à prática.

O relator consignou:

A ausência de qualquer suporte legal que permita esclarecer sobre o procedimento adequado para o pretendido acordo negociado conduz a um processo singular no qual, em lugar da norma geral e abstracta válida para todos os cidadãos, se assinala a necessidade de aferir, a nível local, da receptividade à celebração de acordos sobre a sentença em matéria penal, com os senhores magistrados judiciais e, na hipótese de obtenção de reacção positiva, concebam previamente os procedimentos indicativos a adoptar, sem prejuízo das adaptações que os casos concretos exigirão (PGDL Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (Orientação n.º 1/2012).

Tal decisão freou, então, o avanço do consenso em solo português até que o tema receba disciplina normativa própria. E se verá, no capítulo 7 deste trabalho, que a decisão em comento foi deveras acertada, pois não é possível implementar acordos em matéria penal sem que o assunto seja cuidadosamente disciplinado pela lei, sobretudo quanto aos limites e aos procedimentos a serem adotados pelos atores processuais.

---

<sup>340</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, 3.ª Seção, Relator: Santos Cabral, julgado em 10/04/2013. Unanimidade. Recurso Penal Provido. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 10/10/2016.

## 6 OS INSTRUMENTOS BRASILEIROS DE RESOLUÇÃO CONSENSUADA DO PROCESSO PENAL

Com amparo no artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988<sup>341</sup>, a Lei n° 9.099/1995 instituiu os Juizados Especiais e introduziu instrumentos de consenso no campo criminal, prevendo alternativas ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que representou verdadeira revolução dentro do processo penal brasileiro<sup>342</sup>.

Na esteira do sistema continental europeu, o Brasil seguiu a tendência de introdução de espaços ou de instrumentos de consenso em seu ordenamento jurídico-penal com o propósito de desburocratizar e acelerar a atuação da justiça criminal no que tange à pequena e média criminalidade. Deixou de insistir numa política criminal ineficiente, calcada na aplicação de penas privativas de liberdade, arriscando-se à experiência da consensualização mediante a aplicação de medidas alternativas ao cárcere.<sup>343</sup>

Para as infrações de menor<sup>344</sup> potencial ofensivo, foram criados os institutos alternativos da composição civil e da transação penal e, para os delitos classificados como de média<sup>345</sup> ofensividade, foi trazida a possibilidade da suspensão condicional do processo. Esses novos institutos quebraram a inflexibilidade do modelo clássico de processo penal e, pautando-se pelo princípio da oportunidade regrada e pelos critérios da informalidade, da simplicidade, da celeridade e da economia processual, centraram-se na resolução consensuada do conflito, focando na aplicação de medidas substitutivas à prisão e na reparação dos danos causados à vítima.

Ao se cuidar, a seguir, dessas figuras, serão comentadas algumas críticas a elas dirigidas, especialmente no tocante à constitucionalidade e à forma de operacionalização da transação penal. Apesar dos avanços que propiciaram, são mecanismos que podem ser

---

<sup>341</sup> “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.”

<sup>342</sup> Scarance Fernandes defende o sucesso da Lei n° 9.099/1995, afirmando que libertou “a justiça para o consenso em matéria penal, sendo, em virtude disso, aplaudida pela grande maioria dos estudiosos e dos operadores do direito” (FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2012, p. 209).

<sup>343</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 16.

<sup>344</sup> Art. 61 da Lei n° 9.099/95: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. (Redação dada pela Lei n° 11.313, de 2006)

<sup>345</sup> Infrações cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, conforme previsto no art. 89 da Lei n° 9.099/95.

aprimorados no plano normativo, aproveitando a intenção do Parlamento brasileiro de que passem a ser disciplinados no novo Código de Processo Penal (arts. 254 e 284 a 291).

De outro lado, também a partir da década de 90, por meio da Lei nº 8.072/1990 e de outras várias leis penais especiais, o legislador nacional previu a possibilidade de se firmar acordo de colaboração premiada, na modalidade de delação premiada. O instituto, cuja disciplina processual foi delineada na nova Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013), orienta-se pela lógica do consenso, representando um braço da denominada justiça penal consensual ou negociada.

### 6.1 Composição civil

No seu artigo 62, a Lei nº 9.099/1995 estabeleceu a reparação dos danos sofridos pela vítima e também a aplicação de pena não privativa de liberdade como objetivos centrais do processo penal perante o Juizado Especial Criminal.

A composição civil, prevista no art. 72 da referida lei, consiste num acordo reparatório firmado em fase pré-processual entre o ofendido e o autor do fato. A lei conferiu competência extrapenal ao juiz criminal com o propósito de garantir a rápida reparação dos danos causados à vítima de uma infração de menor potencial ofensivo<sup>346</sup>.

Na hipótese de a infração estar sujeita à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada à representação, o acordo acarreta a extinção da punibilidade assim que homologado pelo juízo (art. 74, parágrafo único).

Cabe salientar, porém, que, mesmo fora dos casos de competência dos Juizados Especiais, o Código Penal já preconizava que nos crimes de ação penal privada a realização de conciliação civil entre as partes pode resultar em renúncia ao direito de queixa ou em perdão do ofendido durante o curso do processo penal, levando à extinção da punibilidade (arts. 104 a 106).

O instituto em questão, portanto, tem o propósito de propiciar o diálogo entre as partes, ampliando a participação da vítima, criando condições para a reparação dos danos (materiais ou morais, ou ambos cumuladamente)<sup>347</sup>, para a reconciliação, como forma de obtenção de justiça e de reconstrução do tecido social.

---

<sup>346</sup> BITENCOURT, Antônio Carlos dos Santos. **Justiça Penal Pactuada**. Juizados Especiais Criminais (Anotações à Lei nº 9.099/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p. 94.

<sup>347</sup> Discordando dessa orientação que garante a participação da vítima no processo penal com o propósito de que ela possa alcançar a reparação dos danos decorrentes do crime, Aury Lopes Jr. aduz: “Não se pode esquecer que a participação da vítima no processo penal, em geral, e do assistente da acusação em especial, decorre de uma pretensão contingente: ressarcimento e/ou reparação dos danos. Isso acarreta uma perigosa contaminação de interesses privados em uma seara regida por outra lógica e princípios. Desvirtua por completo todo o sistema

As conversações para a composição civil devem acontecer numa audiência preliminar, presentes o membro do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, acompanhados de seus advogados (art. 72 da Lei nº 9.099/1995). As partes devem receber os esclarecimentos pertinentes sobre as vantagens dessa opção, bem assim sobre suas consequências.

A lei dispõe que a conciliação será conduzida pelo juiz togado ou por conciliador sob sua orientação (art. 73). É permitido, assim, que alguém da confiança do juiz, e que preencha os requisitos legais, preste auxílio para se alcançar a composição, que será submetida à verificação e à chancela pelo magistrado.

Nos termos do art. 74 da Lei nº 9.099/1995, “a composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente”. Se o acordo tiver por objeto obrigação de fazer ou não fazer, deve constar cláusula penal, de modo a facilitar a execução no juízo cível.

No entanto, não obtida a composição, o ofendido terá a chance de logo fazer a representação de forma verbal, que será reduzida a termo (art. 75). Se não o fizer naquele momento, não significa que se operará a decadência do direito, já que há de se aguardar o decurso do prazo fixado em lei para o exercício desse direito. Como lembra a doutrina, “embora o dispositivo se refira exclusivamente ao exercício imediato do direito de representação, a mesma faculdade deve ser estendida ao ofendido, em caso de queixa.”<sup>348</sup>

## 6.2 Transação penal

O instituto da transação penal está previsto no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995<sup>349</sup> e consiste num acordo celebrado entre Ministério Público e o suposto autor da infração penal de menor potencial ofensivo, por meio do qual este, em audiência preliminar, acompanhado de seu defensor<sup>350</sup>, aceita, de imediato, cumprir uma pena restritiva de direito ou pagar uma multa com o propósito de evitar o processo penal.

É um mecanismo que se destina à resolução simplificada de casos atinentes a infrações penais leves, ou seja, volta-se à pequena criminalidade. Note-se que o acordo é firmado antes do oferecimento de denúncia, só havendo possibilidade de aplicação imediata de sanções

---

jurídico-processual penal, pois pretende a satisfação de uma pretensão completamente alheia a sua função, estrutura e finalidade” (LOPES JR., *op. cit.*, 2002, p. 124).

<sup>348</sup> GRINOVER *et al*, *op. cit.*, 2005, p. 147.

<sup>349</sup> “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

<sup>350</sup> Consoante o enunciado criminal nº 09 do FONAJE, “a intimação do autor do fato para a audiência preliminar deve conter a advertência da necessidade de acompanhamento de advogado e de que, na sua falta, ser-lhe-á nomeado Defensor Público”.

alternativas à prisão. De um lado, o Ministério Público desiste da persecução penal em juízo e o autor do fato, de outro, aceita cumprir uma medida restritiva de direitos para logo se revolver o conflito criminal.

A natureza jurídica da transação penal é de acordo de vontades, ou seja, é de autocomposição, de negócio jurídico processual celebrado entre as partes<sup>351</sup>. Grande parte da doutrina<sup>352</sup> entende que a natureza jurídica do instituto é de direito subjetivo do réu, mas essa posição perdeu força com a consolidação do entendimento, como se verá abaixo, de que prevalece, em caso de recusa do promotor, aquilo que for decidido pelo Procurador-Geral de Justiça, ou seja, pelo próprio Ministério Público.

Cabe salientar que na transação penal não há exigência de que o autor do fato confesse ou reconheça a culpabilidade pelos fatos que lhe foram imputados. A aceitação da imediata aplicação de medida alternativa à prisão não enseja assunção de culpa, daí porque tal instituto não se confunde com a *guilty plea* americana.

A transação penal também não se confunde com o *plea bargaining* do direito estadunidense, onde vigora o princípio da oportunidade da ação penal pública, podendo as partes pactuarem, inclusive fora do tribunal, sobre a capitulação jurídica das condutas e sobre as penas. No instituto nacional, o acordo só é possível nos casos de infrações cuja pena máxima não supere 02 (dois) anos de prisão e se forem preenchidos determinados requisitos que adiante serão apontados. Não há possibilidade de barganha de imputações. Não existe margem para ampla discricionariedade do promotor. Ainda, o acordo deve ser, necessariamente, celebrado em audiência pública, diante do juiz ou do conciliador.

A transação penal, em verdade, aproxima-se mais do instituto do *nolo contendere*<sup>353</sup>. O autor do fato, mesmo sem reconhecer culpabilidade, admite cumprir medidas restritivas que conduzirão à extinção da punibilidade e ao arquivamento do caso.

A lei obsta a formulação de proposta de transação penal nas seguintes hipóteses (art. 76, 2º):

- I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
- III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

---

<sup>351</sup> BITENCOURT, *op. cit.*, 1997, p. 109.

<sup>352</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 750.

<sup>353</sup> GRINOVER *et al*, *op. cit.*, 2005, p. 45.

Após longo período de dissensões doutrinárias e jurisprudenciais<sup>354</sup>, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, na hipótese de o representante do Ministério Público recusar-se a oferecer a proposta de transação penal, não convém que o magistrado, entendendo-a cabível, formule tal proposta, imiscuindo-se na atividade ministerial, assumindo o papel de juiz-negociador. Nesse caso, de acordo com a Corte Suprema do Brasil, deve ser aplicada, por analogia, a regra do art. 28 do Código de Processo Penal, ou seja, o processo deve ser remetido ao Procurador-Geral de Justiça a fim de que, em manifestação fundamentada, concordando com o juiz, formule a proposta de transação penal ou se recuse a fazê-la, caso em que se encerra a discussão e fica frustrada a possibilidade de solução do litígio pelo consenso (Súmula n° 696).

O magistrado tem importante papel a ser exercido na audiência preliminar para fins de transação penal. Ele deve zelar pelo respeito à legalidade, garantindo o equilíbrio entre as partes e contribuindo para que possam alcançar uma solução adequada pela via do consenso. Cabe assinalar que a lei chega a conferir ao juiz o poder de reduzir a pena de multa até a metade, se este for o tipo de medida alternativa acordada (art. 75, § 1°).

Entretanto, à luz dos arts. 73 e 76, § 3°, da Lei n° 9.099/1995, prepondera a compreensão de que o conciliador ou o juiz leigo podem presidir audiências preliminares, propondo a conciliação e encaminhando a proposta de transação penal formulada pelo promotor (enunciado criminal n° 70 do Fórum Nacional de Juizados Estaduais - FONAJE). Então, na maioria das vezes, tais audiências acontecem sem a presença do juiz. Às vezes ocorrem também sem a presença do promotor, que se limita a enviar sua proposta de transação penal. Essa prática tem dado margem a situações que atraem críticas aos juizados especiais criminais, como se verá abaixo.

A avença entre as partes, estando nos termos da lei, deverá ser homologada por sentença, estabelecendo a lei expressamente que “não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos” (art. 76, § 4°). O autor do fato não perde a primariedade, mas a anotação no registro criminal obstará outra transação no prazo de 05 (cinco) anos.

Passando adiante, convém comentar rapidamente algumas questões que se mostraram controversas por muitos anos e que acabaram sendo pacificadas na jurisprudência conforme diretrizes abaixo.

Entende-se que “a transação penal poderá conter cláusula de renúncia à propriedade do objeto apreendido” (enunciado criminal n° 58 do FONAJE). É o que acontece, por exemplo,

---

<sup>354</sup> KYLE, Linda Dee. **Transação Penal: Revisão Crítica à Luz do Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 113-115.

em casos de delitos ambientais, quando a proposta ministerial contempla a perda do produto florestal apreendido e também de instrumentos empregados na prática da infração penal.

Prevalece o entendimento de que a sentença homologatória da transação penal “[...] não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial” (Súmula vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal). Essa esdrúxula posição da Corte Suprema Brasileira decorre do fato de não ter havido confissão ou assunção de culpa pelo autor do fato, não tendo sequer sido instaurada a ação penal. Assim, admitir a conversão da pena restritiva de direito acordada em pena privativa de liberdade equivaleria a admitir manifesta violação do devido processo legal e de seus corolários (ampla defesa, contraditório etc.).

Ainda, como a Lei nº 9.099/1995 não mencionou a possibilidade de haver transação penal em ação penal privada, consolidou-se o entendimento de que é admissível<sup>355</sup>, uma vez que, do contrário, haveria clara ofensa à isonomia, impedindo-se que o instituto alcançasse autores de infrações leves sujeitas à ação privada. Impende ainda esclarecer, nesse caso, que a proposta deve ser formulada pelo próprio querelante, mediante controle do juiz. Há quem entenda que nessa hipótese a proposta deva ser formulada pelo Ministério Público (enunciado criminal nº 112 do FONAJE).

Há, também, a compreensão no sentido de que “a transação penal poderá ser proposta até o final da instrução processual”, conforme dispõe o enunciado criminal nº 114 do FONAJE.

Ainda, entende-se que “o concurso de infrações de menor potencial ofensivo não afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos” (enunciado criminal nº 120 do FONAJE).

Já que não cabe citação por edital nos juizados, quando o autor do fato não for localizado para a citação pessoal, os autos deverão ser encaminhados ao juízo comum (art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995). A competência da vara de juizado fica exaurida e não se restabelecerá com a localização do acusado.

Outro ponto que se deve recordar é que, nos crimes ambientais previstos na Lei nº 9.605/1998, só cabe transação penal se tiver havido prévia composição do dano ambiental, na

---

<sup>355</sup> Nesse sentido: “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. TRANSAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO QUERELANTE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.POSSIBILIDADE. 1. Embora admitida a possibilidade de transação penal em ação penal privada, este não é um direito subjetivo do querelado, competindo ao querelante a sua propositura. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ. AgRg no REsp 1356229/PR, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJE 26/03/2013).

forma do supracitado artigo 74 da Lei nº 9.099/1995, salvo em caso de comprovada impossibilidade de que seja feita. É oportuno também destacar que, nos termos da Lei nº 11.340/2006, em relação “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/1995.”

Por derradeiro, cumpre analisar algumas críticas endereçadas a este instrumento brasileiro de consenso.

Para Maria Lúcia Karam, a transação penal favorece a punição de condutas que deveriam ser descriminalizadas e também leva à concretização antecipada do direito de punir, com violação das garantias constitucionais do autor do fato infracional. Nesse ponto, afirma que a transação penal implica numa punição consentida por meio da renúncia do direito fundamental de defesa, mecanismo repressor e autoritário que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito<sup>356</sup>.

Há claro exagero na assertiva de que os Juizados Especiais Criminais expandem o poder punitivo do Estado, mas é preciso admitir que existem casos que são levados à audiência preliminar para fins de resolução consensual quando, em verdade, as condutas são atípicas ou insignificantes<sup>357</sup> ou, ainda, quando os fatos não estão satisfatoriamente esclarecidos. Isso muitas vezes acontece por não haver um controle judicial prévio e efetivo da admissibilidade das imputações feitas por meio de termos circunstanciados de ocorrência.

De outro lado, não procede a alegação de inconstitucionalidade do instituto ao fundamento de que caracterizaria punição consentida a partir da renúncia do direito de defesa. Ora, não há renúncia do direito de defesa, pois o autor do fato ali está acompanhado de seu defensor. Se ele aceita a proposta ministerial é porque, aconselhado pela defesa técnica, entende que a solução consensuada revela-se adequada e lhe é vantajosa em razão dos benefícios previstos na lei. Na realidade, o autor do fato, assistido por seu advogado, deixa de exercer, voluntariamente, os direitos ao contraditório e à produção de prova, opção que representa exatamente a estratégia defensiva fundada no respeito à autonomia da vontade e na autodeterminação do indivíduo<sup>358</sup>.

---

<sup>356</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais**: a concretização antecipada do direito de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 37. Questiona o fato de, por meio da transação penal, o autor da infração acabar cumprindo uma reprimenda sem ter admitido culpa, sem ter havido julgamento. Nesse mesmo sentido são as objeções de Geraldo Prado (in **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003).

<sup>357</sup> Alexandre Morais da Rosa critica duramente o fato de chegarem aos Juizados Especiais Criminais casos que envolvem “briga entre parentes, vizinhos, xingamentos, latido de cachorro, direito de vizinhança” (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 9).

<sup>358</sup> Acredita-se que até seria mais satisfatório se a aplicação antecipada de medidas restritivas ocorresse alicerçada na admissão de culpa pelo agente, na linha do rito abreviado amparado na confissão que será estudado

Corroborando essa linha de raciocínio, vale assinalar que, acaso o agente não cumpra o acordado, o processo terá início, sendo-lhe assegurado o exercício de todos os direitos e garantias previstos no Texto Constitucional. Justamente por prevalecer esse posicionamento no seio da doutrina<sup>359</sup> e da jurisprudência<sup>360</sup> pátrias, passados mais de 20 (vinte) anos desde a instituição dos Juizados Especiais Criminais, jamais prosperaram tais críticas de violação de direitos constitucionais<sup>361</sup>.

No entanto, acredita-se que o desenho atual da transação penal pode ser aprimorado a partir, por exemplo, da implementação das seguintes mudanças:

a) fazer constar da lei que os termos circunstanciados de ocorrência sejam remetidos primeiro ao Ministério Público a fim de que, conforme o caso, ofereça denúncia, requeira o arquivamento ou determine a realização de diligências tendentes a melhor elucidar os fatos;

b) se entender pela persecução penal em juízo, o Ministério Público deverá ofertar denúncia, com todos seus requisitos, narrando os fatos e fazendo a capitulação jurídica que entender adequada. A experiência mostra que não é suficiente encaminhar o TCO ao Juízo, devendo o membro do Ministério Público narrar e capitular o evento delitivo que é imputado ao autor do fato; e

c) antes de designar audiência preliminar, o juiz deverá intimar o denunciado para apresentar resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 272 do projeto do novo CPP), podendo a defesa impugnar ou não a peça acusatória. Somente depois de decisão entendendo pelo juízo positivo de admissibilidade da denúncia é que o magistrado poderá designar a audiência preliminar para tentativa de solução consensuada. Se houver acordo, assegurados todos os benefícios já atualmente previstos em lei, a marcha processual deverá ficar suspensa até o cumprimento da medida. Não havendo consenso, deverá ser designada audiência de instrução e julgamento.

Essas mudanças reforçariam o controle dos fatos narrados nos termos circunstanciados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, o que parece ser uma necessidade real. São alterações que garantiriam que a audiência preliminar só seria designada depois de ter havido uma análise mais detida do caso pelo promotor e pelo juiz, levando ao arquivamento do TCO

---

no capítulo 7, mas esse é um caminho que primeiro precisa ser amadurecido a partir da concretização daquela nova ferramenta de consenso.

<sup>359</sup> GRINOVER *et al*, *op. cit.*, 2005, p. 42-46.

<sup>360</sup> Referida Súmula vinculante n° 35 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>361</sup> Para uma abordagem especialmente crítica dos Juizados Especiais Criminais, vide: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ou à rejeição da peça acusatória nos casos de atipicidade, de insignificância, de prescrição ou naqueles sem a menor justa causa<sup>362</sup>.

Atualmente, se a audiência costuma ser conduzida pelo conciliador e se, muitas vezes, o promotor não está presente, como se definem os casos que devem ser arquivados? “A proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado.”<sup>363</sup>

Como assinala Stephan Gomes Mendonça<sup>364</sup>:

Salvo raras exceções, quando o termo circunstanciado chega às mãos do representante do Ministério Público, é requerida, de imediato, a designação de audiência preliminar para possível composição dos danos causados pela infração e, sem um maior aprofundamento acerca da viabilidade ou não da acusação, já se delimita a proposta de transação penal, no caso de restar infrutífera a composição civil. Há incontestável banalização do instituto, em prejuízo do suposto autor do fato, visando à rápida resolução dos processos.

Ainda, há de se prever expressamente na lei que a audiência preliminar seja sempre individual e realizada pelo próprio juiz. A presença do magistrado não pode ser dispensada, como consignado no tópico 2.1.2, quando se tratou da visão habermasiana de consenso no contexto da justiça criminal. Ao juiz compete assegurar, na audiência, as condições de igualdade (de oportunidade de fala) e de liberdade (ausência de coação) e as pretensões de validade (inteligibilidade, verdade, correção normativa e sinceridade) na construção do acordo legítimo e satisfatório às partes.

Há estudo<sup>365</sup> a indicar que, infelizmente, ante a ausência do magistrado e a omissão defensiva, existem conciliadores que não asseguram igualdade de tratamento entre a vítima e o autor do fato, limitando a fala ou desprezando as razões deste. Existem promotores que, aproveitando-se da ausência do juiz, constroem os acusados, levando-os a aceitarem suas propostas de transação penal, o que coloca em xeque a genuína liberdade nas manifestações

---

<sup>362</sup> Como bem assinala Aury Lopes Jr., “[...] no lugar onde mais deveria se realizar a filtragem processual, com uma enxurrada de ações penais sendo rejeitadas (ou não recebidas), é exatamente onde menos se controlam as condições da ação (prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; legitimidade de parte; justa causa)” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015b, p. 383).

<sup>363</sup> GRINOVER *et al*, *op. cit.*, 2005, p. 151.

<sup>364</sup> MENDONÇA, Stephan Gomes. Lei dos Juizados Especiais: 20 anos de vigência e reflexos no processo penal. **Revista Jurídica Consulex**, v. XIX, 2015, p. 10.

<sup>365</sup> ALMEIDA, Vera Ribeiro. Consenso à brasileira: Exame da justiça consensual criminal sob perspectiva antropológica. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. Rio de Janeiro, vol. 7, n° 3, jul-set/2014, p. 731-765.

de vontade daquelas pessoas. Atuações assim maculam o instituto e desacreditam a seriedade do trabalho das autoridades.

Ora, como se viu, a solução consensual deve advir da aceitação racionalmente fundada na proposição de uma das partes ou de uma negociação entre os litigantes pautada num processo comunicativo horizontal. Consoante lição de Giacomolli<sup>366</sup>:

[...] o consenso não significa imposição da vontade de um sujeito sobre o outro, por exemplo, do interesse do Ministério Público em livrar-se do procedimento de investigação, ou do Juiz em terminar o processo penal, contra a vontade do acusado. Ao contrário, representa uma discussão horizontal, não hierarquizada da solução criminal, com mais comunicação entre os sujeitos processuais. Nessa concepção, são inadmissíveis os mecanismos de coação para alcançar o término do procedimento ou do processo.

Destarte, apesar do progresso que representaram os Juizados Especiais Criminais para o funcionamento mais célere e eficiente da justiça criminal<sup>367</sup>, o instituto da transação penal precisa dos ajustes acima mencionados para que se afastem tais distorções e também os riscos de aplicação de injusta punição em casos que deveriam ter sido arquivados. Certamente, a melhor oportunidade para tanto é o projeto da nova codificação processual penal (art. 284 e seguintes do PLS n° 156/2009).

### 6.3 Suspensão condicional do processo

A par de disciplinar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei n° 9.099/1995 introduziu o instituto da suspensão condicional do processo no ordenamento jurídico-penal brasileiro. No seu art. 89, essa lei previu a possibilidade de se suspender o curso da ação penal, após o recebimento da denúncia, acaso o imputado atenda a determinados requisitos e se comprometa a cumprir certas condições durante um prazo prefixado<sup>368</sup>.

Segundo Cláudio José Pereira<sup>369</sup>:

---

<sup>366</sup> GIACOMOLLI, *op. cit.*, 2006, p. 73.

<sup>367</sup> Ghiringhelli de Azevedo consignou: “Embora admitindo a pertinência de algumas das críticas apontadas, [...] o fato é que a introdução da proposta informalizante na Constituição e sua implementação através da Lei n° 9.099/95 constituíram um marco da maior importância para a construção de um novo paradigma de tratamento e resolução de conflitos na sociedade brasileira. [...] Os percalços e dificuldades encontrados já permitem, no entanto, avançar no sentido de seu aperfeiçoamento”. (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *O Paradigma Emergente em seu Labirinto: Notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais*. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129-130).

<sup>368</sup> “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

<sup>369</sup> PEREIRA, *op. cit.*, 2002, p. 150.

Podendo ser considerada como principal expoente da iniciativa consensual no direito brasileiro, a suspensão condicional do processo estabelece uma possível extinção de punibilidade, através do cumprimento de determinadas medidas acordadas, durante um específico período de provas, enquanto resta devidamente paralisado o curso dos atos processuais.

A suspensão condicional do processo é cabível para delitos cuja pena mínima não ultrapasse 01 (um) ano de prisão<sup>370</sup>. Ela difere, portanto, da transação penal, que tem cabimento para delitos cuja pena máxima não seja superior a 02 (dois) anos de privação de liberdade. Ainda, enquanto a transação penal acontece numa fase pré-processual, a suspensão condicional do processo acontece depois de formalizada a acusação, quando já ofertada a denúncia. Também não se confunde com a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), destinada a sobrestar a execução da pena privativa de liberdade imposta por sentença condenatória.

O instrumento em questão pode ser definido como um acordo ou transação processual entre o autor da ação penal e o acusado, acarretando o sobrestamento do processo<sup>371</sup>. O Ministério Público contenta-se com a imposição de condições a serem cumpridas pelo réu e este deixa de pleitear sua absolvição. Assim como a transação penal, o *sursis* processual se aproxima mais do instituto norte-americano do *nolo contendere*, “que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência”<sup>372</sup>.

Segundo a lei (art. 89, *caput*), ao oferecer a denúncia, o Ministério Público poderá propor a suspensão condicional do processo, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena. Essa referência reclama também que “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício”, como estabelecido no artigo 77, II, do Código Penal.

Cumprido salientar que o requisito de que o acusado não esteja sendo processado criminalmente noutra feita é questionado sob a alegação de que atenta contra o princípio

---

<sup>370</sup> No ponto, é oportuno registrar o enunciado da Súmula nº 243 do Superior Tribunal de Justiça: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”. Ainda, calha transcrever o enunciado da Súmula nº 723 do Supremo Tribunal Federal: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

<sup>371</sup> ISHIDA, Válder Kenji. **A Suspensão Condicional do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33-34.

<sup>372</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 126.

constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República<sup>373</sup>. Entretanto, prevalece na doutrina a compreensão de que não ter outro processo em andamento é um requisito processual lícitamente estabelecido na lei, sendo natural essa exigência, que não fere o postulado da presunção de não culpabilidade justamente porque o réu será processado e julgado com todas as garantias constitucionais.<sup>374</sup> Ainda nesse sentido é a jurisprudência do STF.<sup>375</sup>

No tocante ao requisito de não ter sido condenado por outro crime, o melhor entendimento é o de que a condenação anterior só deve obstar o *sursis* processual se ainda gerar o efeito da reincidência (art. 64, I, do CP)<sup>376</sup>. Caso já tenham se passado 05 (cinco) anos desde a condenação pretérita, esta não deve ser óbice à concessão do benefício.

Note-se que a apresentação de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público não dispensa o magistrado de fazer o exame de admissibilidade da peça acusatória. O juiz pode recebê-la ou rejeitá-la. Entretanto, na prática forense, diante da proposta ministerial, e tendo em conta a redação atual do § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/1995<sup>377</sup>, os magistrados logo designam a audiência tendente à solução consensual ou mandam intimar o denunciado para se pronunciar sobre a proposição do representante do MP<sup>378</sup>. Por conseguinte, na realidade, na maioria dos casos, acaba não ocorrendo uma apreciação mais detida da peça acusatória, à luz dos arts. 41 e 395 do CPP.

Esse quadro deverá mudar se, no projeto do novo CPP, for mantido o comando para que o réu seja citado para apresentar resposta escrita antes do juízo de admissibilidade da denúncia (art. 272 do PLS nº 156/2009).<sup>379</sup> Nesse caso, e já deveria se agir assim, somente se o juiz receber a denúncia em decisão fundamentada é que deverá ser designada audiência para conversações quanto à proposta ministerial de suspensão condicional do processo. A propósito, com acerto, Mendonça aduz<sup>380</sup>:

Ora, não se poderia permitir que uma denúncia manifestamente inepta, por exemplo, deixe de ser analisada (e, conseqüentemente, rejeitada) em decorrência da aquiescência pelo acusado da proposta do *sursis*

<sup>373</sup> GRINOVER *et al*, *op. cit.*, 2005, p. 306.

<sup>374</sup> ISHIDA, *op. cit.*, 2003, p. 48-49.

<sup>375</sup> RE 299781, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/09/2001, DJ 05-10-2001, p. 057.

<sup>376</sup> GRINOVER *et al*, *op. cit.*, 2005, p. 308.

<sup>377</sup> “Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo [...]”

<sup>378</sup> Como observa Bitencourt, “a redação faz supor que a aceitação da proposta é anterior ao recebimento da denúncia, o que não é admissível, porque só após o juiz admitir o exercício da pretensão punitiva como hábil a ser deduzida é que poderá suspendê-la” (BITENCOURT, *op. cit.*, 1997, p. 164).

<sup>379</sup> Essa mudança deve, por coerência, também ensejar outra alteração. O oferecimento da denúncia, e não seu recebimento, deve ser a causa interruptiva do lapso prescricional da pretensão punitiva estatal.

<sup>380</sup> MENDONÇA, *op. cit.*, 2015, p. 10.

processual. Para que o *processo* seja suspenso é necessário que a denúncia seja recebida, já que – não é demais lembrar – antes do recebimento da denúncia não há processo propriamente dito, de modo que não há como suspender aquilo que não existe.

Todavia, parece-nos que é preciso ir ainda mais longe. Após o advento da Lei 11.719/2008, que trouxe a possibilidade de o magistrado absolver sumariamente o acusado, somente após o devido exame da resposta à acusação e mantendo o juiz o recebimento da denúncia, é que deverá o réu expressar sua aceitação ou não ao acordo formulado pelo Ministério Público. [...] Constituiria rematado absurdo suspender o processo e submeter o réu a condições pelo período mínimo de dois anos quando presente manifesta causa excludente da ilicitude do fato ou extintiva da punibilidade, por exemplo.

Seria oportuno, aliás, que desde logo fosse aprimorada a redação do art. 254, § 1º, do aludido projeto de lei, pois repete literalmente os dizeres constantes do § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Prosseguindo, quando aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o período de suspensão do feito variará entre 02 (dois) e 04 (quatro) anos e, durante este período, o acusado deverá se submeter às seguintes condições previstas (art. 89, § 1º):

- I - reparação do dano<sup>381</sup>, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Além dessas condições estabelecidas pela própria legislação, o juiz, observando a situação pessoal do acusado, poderá indicar outras, adequadas ao caso concreto (§ 2º do art. 89). Em vista da adoção do sistema acusatório, não parece em harmonia com o Texto Constitucional a possibilidade de o magistrado “especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão.” O papel do juiz deve limitar-se à análise do preenchimento dos requisitos legais, à legalidade das condições propostas, que devem respeitar o princípio da dignidade humana. Cumpre-lhe ainda averiguar, em audiência, se a manifestação de vontade do réu é livre e consciente.

Ainda, mostra-se bem pertinente a crítica de Aury Lopes Jr. no sentido de que em alguns casos as condições do *sursis* processual são tão gravosas quanto à(s) pena(s) que seria(m) imposta(s) na sentença.<sup>382</sup> A imposição de prestação de serviço à comunidade, por exemplo, é uma medida que pode se revelar desproporcional, o que exige efetivo controle

---

<sup>381</sup> Para facilitar a tratativa quanto à reparação do dano, é oportuno que o magistrado ordene a intimação da vítima para participar da audiência de suspensão condicional do processo.

<sup>382</sup> LOPES JR., *op. cit.*, 2015b, p. 997-998.

judicial sobre a adequação de tal condição. Não se pode olvidar que o instituto é de despenalização, e não de antecipação de pena.

Como se vê, a suspensão condicional do processo também se diferencia da transação penal no que diz respeito às medidas a serem cumpridas. Enquanto na transação o autor da infração obriga-se a cumprir penas restritivas de direitos ou a pagar multa, no *sursis* processual o denunciado obriga-se a cumprir determinadas condições durante um período entre 02 (dois) e 04 (quatro) anos.

Cabe ressaltar que durante o prazo de suspensão do processo (período de prova, de 02 a 04 anos) não correrá o prazo prescricional. Ainda, o mero decurso do prazo do período de prova, sem o cumprimento integral das condições impostas, não enseja a extinção automática da punibilidade do agente.

Cumpram também rememorar que, “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”, conforme ficou pacificado por meio da Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal.<sup>383</sup>

A suspensão condicional do processo será revogada acaso aconteça alguma das seguintes situações (art. 89, § 3º): a) se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime; b) se não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

Essa primeira causa de revogação obrigatória do benefício é reputada inconstitucional por parte da doutrina<sup>384</sup>, uma vez que, “enquanto o processo está em andamento, o acusado é presumido inocente. E quem é presumido inocente não pode ser tratado como condenado”. Entretanto, há quem defenda que a lei é clara e que o oferecimento de nova denúncia contra o réu, não importando quando ocorreram os fatos, deve ensejar, obrigatoriamente, a revogação do benefício<sup>385</sup>. E nesse sentido se firmou o entendimento no Superior Tribunal de Justiça.<sup>386</sup>

---

<sup>383</sup> Havia posições doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que o *sursis* processual era direito subjetivo do réu e que o próprio magistrado podia conceder o benefício, desde que o acusado requeresse e preenchesse os requisitos a tanto, assim como havia entendimento de que cabia *habeas corpus* contra a omissão do representante do Ministério Público. Prevaleceu a compreensão de que “a suspensão condicional do processo não é direito público subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação ou não do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada” (HC n. 218.785/PA, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 4.9.2012, DJe de 11 set. 2012).

<sup>384</sup> GRINOVER *et al*, *op. cit.*, 2005, p. 359.

<sup>385</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**: comentários, jurisprudência e legislação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.179.

<sup>386</sup> HC 62.401/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 23/06/2008; RHC 50.274/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 17/10/2014.

A lei ainda traz hipóteses de revogação facultativa da suspensão condicional do processo: “§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta”.

Caso se expire o período de prova sem revogação do benefício, o juiz declarará extinta a punibilidade do agente. Registra-se, aqui, que, no tocante aos delitos ambientais, a declaração de extinção da punibilidade dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, salvo impossibilidade dela, como expressa o art. 28, I, da Lei nº 9.605/1998.

É relevante assinalar que, nos termos da Súmula nº 536 do Superior Tribunal de Justiça, “a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”. Já a Súmula nº 337 daquela corte preconiza: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

Por derradeiro, prevalece o entendimento de que cabe a suspensão condicional do processo também na ação penal privada. Primeiro, exatamente porque o querelante pode dispor da pretensão punitiva e, segundo, porque não há motivo para não se estender o benefício em favor dos querelados, se o próprio Estado entende politicamente conveniente e adequada a utilização do mecanismo em crimes de ação pública de reprovabilidade equivalente<sup>387</sup>.

Não há dúvidas de que os instrumentos de justiça criminal consensual ou pactuada instituídos pela Lei nº 9.099/95 contribuíram para o aperfeiçoamento e melhoria do sistema penal brasileiro. A adoção desses institutos trouxe benefícios ao sistema de justiça criminal pátrio<sup>388</sup>: a) concorreu para o descongestionamento das unidades judiciárias em razão da redução do movimento forense; b) afastou a estigmatização típica gerada pelo modelo clássico de processo, evitando ou reduzindo as danosas prisões de curta duração; c) permitiu uma resposta estatal mais rápida à criminalidade de menor ou média ofensividade, assim como acelerou a reparação dos danos às vítimas; d) inibiu as constantes prescrições, uma vez que, na suspensão condicional do processo, o curso do prazo prescricional fica sobrestado; e e) facilitou a ressocialização do agente.

Todavia, como visto, há aspectos que precisam ser aperfeiçoados, tendo sempre em mira o desejo de um processo penal conformado com a Constituição Federal e com os ideais de justiça, eficiência e garantismo. É preciso que, tanto nos casos de transação penal como nos de *sursis* processual, haja primeiro um controle judicial prévio e efetivo da

<sup>387</sup> PACELLI, *op. cit.*, 2012, p. 706-707.

<sup>388</sup> FERNANDES, Antonio Scarance; PENTEADO, Jaques de Camargo; PENTEADO, Marco Antonio de. Reflexos da Lei dos Juizados Especiais na Justiça Criminal Paulista. **Justitia**, São Paulo, v. 62, nº 189/192, jan-dez/2000, p. 123-148.

admissibilidade das imputações, de maneira a se repelir logo os casos de atipicidade, de insignificância e sem justa causa, preservando-se o caráter fragmentário do Direito Penal. Apenas depois do recebimento da denúncia (em decisão fundamentada) é que deveria surgir a oportunidade para a produção do consenso em audiência. Esta, como dito, há de ser presidida pelo magistrado, cabendo-lhe garantir as condições de igualdade (de oportunidade de fala) e de liberdade (ausência de coação) necessárias para a construção de um acordo válido e satisfatório às partes.

Os aprimoramentos propostos neste capítulo e uma maior atenção às bases do consenso preconizadas na teoria do agir comunicativo seguramente ajudariam a superar as críticas que hoje são dirigidas aos Juizados Especiais Criminais, os quais devem, ao máximo, estarem em harmonia com a principiologia assentada no Texto Constitucional.

#### 6.4. Colaboração premiada

A primeira observação em torno deste tema é que, embora abrangida pelo denominado Direito Penal Premial<sup>389</sup>, a colaboração premiada constitui-se num tipo de acordo celebrado entre o Ministério Público e o acusado, consistindo numa vertente da chamada justiça penal negociada ou consensual. A propósito, Marcos Paulo Dutra Santos<sup>390</sup> observa:

A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são *negócios jurídicos processuais despenalizadores*, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a colaboração do maior número de agentes, inclusive do colaborador. Excepcionalmente, agracia-lhe com o perdão judicial, ou, até, ministerial - § 4º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 [...].

Não há uniformidade quanto à nomenclatura mais apropriada para o instituto em foco, já que ele apresenta modalidades e facetas que acarretam o surgimento de diferentes

---

<sup>389</sup> A noção de Direito Penal Premial desenvolveu-se no direito italiano e se funda na possibilidade de diminuição do montante da pena (ou até de concessão de perdão judicial), como um prêmio ou incentivo, na hipótese de conduta colaborativa do agente após a prática do delito. De acordo com Vladimir Aras, “a atenuante da confissão, a delação premiada, a remição da pena pelo trabalho, a causa de diminuição da pena em função do arrependimento posterior são exemplos do direito penal premial, cujos lineamentos encontram suas bases nas lições de Giacinto Dragonetti (*Tratatto delle virtù e dei premi*), de Jeremias Bentham (*Théorie des peines et des récompenses*), de Raoul de la Grasserie e de Norberto Bobbio. Em geral, são regras que estimulam e encorajam o cidadão a um agir, promovem sua adesão a um programa e a adoção de condutas positivas, mediante a concessão de uma vantagem legal. Segundo Bobbio, os institutos do direito premial cumprem um papel promocional do Direito, para fomentar condutas positivamente valoráveis, pois socialmente úteis.” (ARAS, Vladimir. **O silêncio, a delação e a mentira no processo penal**. Disponível em: <<http://anpr.org.br/artigo/32>>. Acesso em: 10/08/2016).

<sup>390</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29.

designações: colaboração premiada, delação premiada (ou chamamento de corréu), colaboração processual, colaboração eficaz, entre outras. Acredita-se, porém, que a nomenclatura *colaboração premiada*, adotada pela nova Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013), mostra-se mais adequada e ampla, devendo ser considerada como gênero, constituindo espécies as demais modalidades desse instituto, como se verá adiante<sup>391</sup>.

De acordo com a Lei nº 12.850/2013, a colaboração premiada é um “meio de obtenção de prova” (art. 3º, I), ou seja, não é um meio de prova, mas um mecanismo para se obter elementos probatórios, uma técnica especial de investigação, sendo essa sua natureza jurídica, segundo Renato Brasileiro de Lima<sup>392</sup>. De outro lado, orientando-se pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Cleber Masson e Vinícius Marçal sustentam que a colaboração premiada tem natureza jurídica de “negócio jurídico processual” voltado para a obtenção de provas<sup>393</sup>. Essa segunda posição, na perspectiva do acordo entre o Ministério Público e o delator, melhor explicita a real natureza jurídica do instituto em estudo.

Embora se oriente pela lógica negocial, a colaboração premiada distingue-se do *plea bargaining* norte-americano. Neste, mira-se a assunção de culpa pelo acusado de modo que depois não haja um julgamento, enquanto naquela a aplicação de qualquer benefício ao delator fica condicionada à verificação judicial do preenchimento dos requisitos necessários a tanto. É inequívoco que o *plea bargaining* pode abranger a delação do acusado a um comparsa, mas o mecanismo americano visa a evitar o processo, ao contrário do que acontece com a colaboração por arrependidos, que almeja superar dificuldades na coleta de prova e depende sempre de provimento jurisdicional<sup>394</sup>.

Há muito<sup>395</sup>, no Brasil, existem dispositivos legais que preveem um prêmio (redução de pena ou perdão judicial) ao acusado que colabora com as investigações. Para além da atenuante da confissão (art. 65, III, “d”), o art. 16 do Código Penal, por exemplo, dispõe sobre o instituto do arrependimento posterior<sup>396</sup>. O art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), porém, deu um passo adiante, introduzindo no ordenamento jurídico-penal pátrio a chamada delação premiada ao estabelecer que “o participante e o

---

<sup>391</sup> GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 211.

<sup>392</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Vol. Único. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 540.

<sup>393</sup> MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016, p. 121-123.

<sup>394</sup> PEREIRA, *op. cit.*, 2014, p. 46.

<sup>395</sup> Como recordam Heráclito Antônio Mossin e Julio César O. G. Mossin, as Ordenações Filipinas já previam, especificamente no Livro V, Título VI, item 12, a possibilidade de retribuição ao criminoso que praticasse o crime de lesa majestade. Expressamente preconizavam: “[...] como se perdoará os malfetores que derem outros à prisão” (MOSSIN, Júlio César O. G.; MOSSIN, Antônio Heráclito. **Delação Premiada** - Aspectos Jurídicos. São Paulo: JH MIZUNO, 2015, p. 36-37).

<sup>396</sup> “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”

associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

O art. 159, § 4º, do Estatuto Penal Repressivo, na redação dada pela Lei nº 9.269/1996, também prevê, quanto ao crime de sequestro, que, se “é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Uma previsão similar foi inserida no § 2º do art. 25 da Lei nº 7.492/1986 (Lei de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) pela Lei nº 9.080/1995 (“Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”). A referida lei ainda incluiu igual preceito no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.137/1990 (Lei de crimes contra a Ordem Tributária). A antiga Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 9.034/1995) trazia, no seu art. 6º, a regra de diminuição de pena, de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria.

Já a chamada Lei de Proteção de Testemunhas (Lei nº 9.807/1999) disciplina a possibilidade de concessão de perdão judicial a réu colaborador (art. 13), trazendo, igualmente, hipótese de redução de pena como recompensa pela colaboração eficaz com a investigação policial e o processo criminal. Por meio dessa lei a possibilidade de celebração do acordo de colaboração foi estendida a autores de quaisquer crimes, podendo, portanto, ser aplicado genericamente. Regra idêntica está prevista na Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006), no seu artigo 41. Ainda, o § 5º<sup>397</sup> do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, que reprime os delitos de lavagem de capitais, com redação dada pela Lei nº 12.683/2012, versa sobre o instituto da colaboração premiada a ser empregado no combate a tal tipo de criminalidade.

Também no âmbito da criminalidade contra a ordem econômica há a possibilidade de colaboração premiada por meio da celebração de acordo de leniência<sup>398</sup>. Por intermédio da Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, convertida na Lei nº 10.149/2000, foram acrescentados, dentre outros, os arts. 35-B e 35-C à Lei nº 8.884/1994, que introduziram o acordo de leniência no ordenamento jurídico nacional. Atualmente, o instituto está previsto

---

<sup>397</sup> “§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime” (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

<sup>398</sup> O instituto da leniência consiste numa modalidade de delação premiada, pois permite que o delator negocie com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a diminuição de sua pena ou até mesmo sua imunidade administrativa e penal, em troca da colaboração efetiva na apuração dos fatos, mediante o fornecimento de provas da infração e a identificação dos demais envolvidos.

no artigo 86<sup>399</sup> da Lei nº 12.529/2011, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Por sua vez, a nova Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) assim dispôs sobre a colaboração premiada:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

É importante assinalar que a Lei nº 12.850/2013 não revogou<sup>400</sup> as leis ou preceitos anteriores que versam sobre a colaboração premiada, exceto a Lei nº 9.034/1995, antiga Lei

---

<sup>399</sup> “Art. 86. O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

<sup>400</sup> Nesse sentido: MARÇAL, Vinícius; MASSON, *op. cit.*, 2016, p. 131.

do Crime Organizado. A nova Lei do Crime Organizado, todavia, disciplinou a colaboração premiada de forma mais abrangente, dando-lhe novos contornos, criando novos prêmios legais, trazendo regras claras para a celebração do acordo, estabelecendo direitos ao agente colaborador e fixando o procedimento a ser observado no emprego desse instrumento.

Antes de avançar na breve abordagem desse negócio jurídico processual dirigido ao reforço da investigação, urge consignar que ele tem ensejado inúmeras controvérsias doutrinárias, havendo juristas que se colocam contra<sup>401</sup> e a favor<sup>402</sup> do instituto. Guilherme de Souza Nucci bem resume os argumentos contrários à colaboração premiada<sup>403</sup>:

a) oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social, b) pode ferir a proporcionalidade na aplicação da pena, pois o delator recebe pena menor que os delatados, autores de condutas tão graves quanto às dele; c) a traição, como regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a *lei do silêncio*, regra a falar mais alto no universo do delito; f) o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; g) há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais.

---

<sup>401</sup> “Infelizmente, a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal, seja da legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, e sobretudo dos inquisidores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos. A única maneira de erradicá-la seria a absoluta vedação legal, o que a longo prazo acabaria por se tornar uma regra de deontologia profissional dos magistrados, de negociar qualquer relevância penal ao comportamento profissional do imputado, também aos fins da determinação judiciária da pena dentro dos limites. O legislador italiano, sugestionado pelos aspectos decadentes da experiência americana, seguiu, ao invés, a estrada oposta, legitimando a transação primeiro com as leis de emergência sobre os ‘arrepentidos’ e depois, de maneira ainda mais extensa, com a recente reforma do Código de Processo Penal. O resultado [...] é inevitavelmente a corrupção da jurisdição, a contaminação policialesca dos procedimentos e dos estilos de investigação e de juízo, e a consequente perda de legitimação política ou externa do Poder Judiciário” (FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 561). Ainda: “A impunidade de agentes encobertos e dos chamados ‘arrepentidos’ constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: [...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço de sua impunidade para ‘fazer justiça’, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Crime organizado**: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 45).

<sup>402</sup> “[...] A colaboração premiada é indispensável no âmbito da criminalidade organizada, e os ganhos que podem daí advir superam largamente os inconvenientes apontados pela doutrina. O instituto vem, em verdade, na mesma linha da confissão, do arrependimento eficaz e da reparação do dano, nada havendo aí de imoral [...], residindo a sua racionalidade no fato de que o agente deixa de cometer crimes e passa a colaborar com o Estado para minorar seus efeitos, evitar sua perpetuação e facilitar a persecução” (GONÇALVES. Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 694). Ainda segundo Frederico Valdez Pereira, “a colaboração premiada se insere como lógica de reforço e aprimoramento das técnicas investigativas, juntamente com institutos como a entrega vigiada e o agente encoberto. [...] Fundamentam-se em razões político-criminais utilitaristas de reforço aos instrumentos de investigação tradicionais, reputados insuficientes para fazer frente a novas práticas delitivas e avançadas estruturas organizacionais com finalidades ilícitas” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: Legitimidade e Procedimento. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 23-24).

<sup>403</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9ª ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 702-703.

Referido autor também enumera os argumentos favoráveis ao instituto em estudo<sup>404</sup>:

a) no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado; b) não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave; c) o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; a delação seria a *traição com bons propósitos*, agindo *contra* o delito e em favor do Estado Democrático de Direito; os fins podem ser justificados pelos meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico; e) a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador; f) o Estado já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar pela transação, prevista na Lei 9.099/95. A delação premiada é, apenas, outro nível de transação; g) o benefício instituído por lei para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices, pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, como forte tendência à regeneração interior, um dos fundamentos da própria aplicação da pena; h) a falsa delação, embora possa existir, deve ser severamente punida; i) a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não pode ser empecilho para a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro plano, a criminalidade organizada.

Embora tenham peso os fundamentos invocados pelos que se contrapõem à colaboração premiada, os argumentos favoráveis ao instituto são mais robustos e justificam satisfatoriamente sua adoção e seu uso no âmbito nacional, na esteira do que já acontece noutros países mais desenvolvidos, como Itália, Espanha, EUA e Canadá.

Aliás, pelo histórico legislativo acima, é inquestionável que o Brasil, a partir dos anos 90, optou decididamente por empregar esse meio de obtenção de prova e dele não pode abrir mão justamente por se tratar de um relevante reforço da investigação voltada a angariar provas de infrações delitivas mais sofisticadas perpetradas por organizações criminosas<sup>405</sup>. Também os tribunais superiores, ao longo dos anos, reconheceram a validade do instrumento e vêm reafirmando isso mais recentemente<sup>406</sup>.

<sup>404</sup> NUCCI, *op. cit.*, 2015, p. 702-703.

<sup>405</sup> “O direito penal e o direito processual penal da atualidade têm erigido a autoincriminação voluntária, assim como a heteroincriminação voluntária, em importantes instrumentos para a repressão, sobretudo da criminalidade organizada. [...] No atual momento histórico mais se avulta o papel do direito premial” (HADDAD, *op. cit.*, 2005, p. 355).

<sup>406</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483. Relator(a): Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>.

Como assinala Dutra Santos<sup>407</sup>, “a argumentação conducente à inconstitucionalidade da colaboração premiada revela um desacordo moral e ético, que, por si só, não a torna inconstitucional”. Ele pontua que se trata de uma opção legislativa que enseja debate acadêmico e político, mas que só pode ser modificada pelo Parlamento.

O referido autor<sup>408</sup> ainda recorda que o Brasil é signatário de convenções internacionais<sup>409</sup> que expressamente recomendam a adoção, pelos sistemas normativos nacionais, da colaboração premiada como instrumento de obtenção de provas, notadamente em relação aos delitos praticados por estruturas criminosas organizadas.

Assim, se há espaço para alguma controvérsia no cenário brasileiro, ele está no campo da recente disciplina normativa trazida pela Lei n° 12.850/2013, havendo de se averiguar se o regramento processual (tardamente editado pelo Poder Legislativo) está em compatibilidade com a Constituição Federal.

Dando seguimento, constata-se que, nos termos do já transcrito art. 4° da Lei n° 12.850/2013, para ter direito aos benefícios decorrentes da colaboração, o investigado/réu deverá fornecer informações com as quais as autoridades venham a obter um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A partir dessas hipóteses, a doutrina<sup>410</sup> indica 04 (quatro) espécies de colaboração premiada: a) a delação premiada, que se refere às hipóteses dos incisos I e II; b) a colaboração preventiva, relativa à hipótese do inciso III; c) a colaboração para localização e recuperação

---

Acesso em: 10/10/2016. No mesmo sentido: STF. Pet n° 5700, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 22/09/2015, publicado em DJe-190 DIVULG 23/09/2015 PUBLIC 24/09/2015.

<sup>407</sup> SANTOS, *op. cit.*, 2016, p. 72.

<sup>408</sup> SANTOS, *op. cit.*, 2016, p. 76.

<sup>409</sup> Pelo Decreto n° 5.015, de 12 de março de 2004, promulgou-se a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, conhecida como Convenção de Palermo, e que trata da colaboração premiada no seu art. 26. Ainda, por intermédio do Decreto n° 5.687, de 31 de janeiro de 2006, foi promulgada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, pacto internacional que ficou conhecido como Convenção de Mérida e que versa sobre o instituto em estudo no art. 37.

<sup>410</sup> MARÇAL, Vinícius; MASSON, *op. cit.*, 2016, p. 176. Ainda, mesmo antes da referida lei, Vladmir Aras já apontava essas 04 modalidades de colaboração premiada (in **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. Org. Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011, p. 428).

de ativos, resultados referidos no inciso IV; e d) a colaboração para libertação, decorrente do resultado mencionado no inciso V.

A nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) permite que o acordo de colaboração premiada seja firmado na fase investigatória, na fase de conhecimento do processo criminal ou na fase de execução penal. Aliás, cabe assinalar que o art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683/2012, já previa expressamente a possibilidade de se firmar tal acordo “a qualquer tempo”.

Portanto, conforme o caso concreto e o momento processual, os prêmios legais decorrentes da colaboração podem ser:

- a) perdão judicial (art. 4º, *caput* e § 2º);
- b) redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou substituição por pena restritiva de direitos (art. 4º, *caput*);
- c) não oferecimento de denúncia (acordo de imunidade), se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, § 4º); e
- d) redução da pena até a metade ou progressão de regime, no caso de colaboração posterior à sentença (art. 4º, § 5º).

Ao ponderar a favor da constitucionalidade da colaboração premiada, Dutra Santos afirma que o entendimento diverso suprimiria do ordenamento jurídico tais benesses criadas em favor dos interesses do acusado e de sua defesa. Ele assevera que<sup>411</sup>:

A opção pela colaboração premiada, sem meias palavras, é um dos caminhos que o acusado pode eleger, logo, enquanto tal, é manifestação da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal) – a depender das provas carreadas pelo Estado contra o acusado, a tornar a condenação mais do que visível no horizonte, a delação mostra-se a estratégia capaz de minorar a punição ou, a depender do caso, até evitá-la. Eliminar do ordenamento jurídico essa alternativa reduziria o cardápio de ‘linhas de defesa’ à disposição do acusado e do seu defensor, importando involução no exercício da ampla defesa, em descompasso com um dos critérios de hermenêutica constitucional – vedação ao retrocesso.

Nesse sentido também se posiciona Borlido Haddad<sup>412</sup>:

A expectativa da contribuição do acusado na persecução penal não importa na supressão ou na restrição da tutela a ele dispensada, mesmo naquelas hipóteses em que a auto-incriminação é inexigível, sendo possível sua coexistência com disposições que, sem contrangimento físico ou moral, incentivem sua colaboração. Ademais, a presunção de inocência, instituída em benefício do acusado não é violada se, dada a liberdade de autodeterminação que comanda a conduta processual do réu, escolhe-se uma tese defensiva entre aquelas inseridas no conceito constitucional da ampla defesa.

---

<sup>411</sup> SANTOS, *op. cit.*, 2016, p. 75.

<sup>412</sup> HADDAD, *op. cit.*, 2005, p. 356.

A Lei do Crime Organizado registra ainda os seguintes critérios para que se defina o cabimento da medida e sobre qual prêmio deve ser concedido ao investigado-réu colaborador (§ 1º do art. 4º): a) personalidade do colaborador; b) natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso; c) eficácia da colaboração.

Segundo o § 13 do art. 4º da referida lei, “sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”. Nucci<sup>413</sup> assinala que “o ideal é a gravação de som e imagem, pois facilitará a avaliação do juiz acerca da voluntariedade (liberdade de ação) do delator.”

Ainda, como acima consignado, “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade” (§ 14). Essa renúncia é necessária, uma vez que<sup>414</sup>:

[...] se o delator quer o prêmio pela colaboração prestada, [...] não há outro caminho a não ser participar do processo como testemunha, compromissada a dizer a verdade (desde que tenha havido perdão judicial). E testemunhas não se valem do direito ao silêncio. No entanto, se for denunciado, figurando como corréu, embora protegido pelo acordo, não pode ser compromissado a dizer a verdade, visto não ser testemunha. Por outro lado, também não pode invocar o direito ao silêncio, pois, se o fizer, infringe as regras do acordo, que não mais surtirá efeito.

Como assinala o Ministro Celso de Mello<sup>415</sup>, da Corte Suprema brasileira, com amparo na doutrina de Frederico Valdez Pereira, o delatado “tem, constitucionalmente, o direito de confrontar, em sede processual, o colaborador ou delator em razão da prerrogativa do contraditório, assegurada, em juízo, a quem sofre imputação penal deduzida pelo Estado”.

É exatamente por isso que a lei aponta para a renúncia ao exercício de alguns direitos e garantias constitucionais (direito à presunção de inocência e direito à não autoincriminação) pelo delator que pretende firmar o acordo de colaboração premiada. Registra-se, aliás, que as cláusulas de tais acordos firmados com o Ministério Público trazem expressamente renúncias dessa natureza.

A este respeito, o entendimento que tem se firmado é no sentido de que não há qualquer óbice constitucional às aludidas renúncias, desde que respeitado o critério da voluntariedade na manifestação de vontade do colaborador<sup>416</sup>. É a partir dessa compreensão

---

<sup>413</sup> NUCCI, *op. cit.*, 2015, p. 713.

<sup>414</sup> NUCCI, *op. cit.*, 2015, p. 713.

<sup>415</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 5700, Relator(a): Min. Celso de Mello, Brasília/DF, julgado em 22/09/2015, publicado em DJe-190 DIVULG 23/09/2015 PUBLIC 24/09/2015.

<sup>416</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 6049/DF (14/04/2016); Pet nº 5952/ DF (14/03/2016); e Pet nº 5245/ DF (17/12/2015). Relator (a): Ministro Teori Zavascki. Brasília/DF. Disponíveis em:

que o Poder Judiciário brasileiro tem reputado válido o uso desse mecanismo de justiça penal negociada, considerando-o indispensável ao combate mais efetivo das infrações perpetradas por organizações criminosas. Cabe assinalar que a essa temática da (im)possibilidade de renúncia a direitos fundamentais se voltará de forma mais detida no capítulo seguinte, em que se tratará do procedimento abreviado a partir da confissão do acusado, previsto no projeto de lei da nova codificação processual penal.

Em respeito ao direito de defesa e à transparência, “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor” (§ 15).

Como se espera num sistema jurídico-penal acusatório, o juiz não participa das negociações do acordo de colaboração premiada (§ 6º do art. 4º), até porque a ele compete analisar o pacto para fins de homologação, podendo recusá-lo (§ 8º). Nessa análise, o magistrado deverá verificar a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do acordo, “podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor” (§ 7º). Quanto a isso, Renato Brasileiro de Lima faz o seguinte esclarecimento<sup>417</sup>:

Desta decisão judicial que homologa o acordo de colaboração premiada não resultará, de imediato, a aplicação dos benefícios legais decorrentes do cumprimento do quanto pactuado. Afinal, pelo menos em regra, os benefícios legais decorrentes do cumprimento do acordo de colaboração premiada serão concedidos ao colaborador apenas por ocasião da prolação da sentença condenatória. Prova disso é o quanto disposto no art. 4º, § 11, que prevê que a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia. Como se percebe, a homologação do acordo pelo juiz simplesmente confere ao colaborador maior segurança jurídica quanto à concessão do prêmio legal pactuado no momento da sentença, mas desde que as informações por ele prestadas sejam objetivamente eficazes para a consecução de um dos resultados elencados pelo legislador.

Segundo disposto no art. 6º da Lei nº 12.850/2013, o termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

---

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28COLABORA%20+C3O+PREMIADA+HOMOLOGO+ACORDO%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gtfs3fh>>. Acesso em: 02/11/2016.

<sup>417</sup> LIMA, *op. cit.*, 2016, p. 553.

Em relação à legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada, a lei, em dois dispositivos (art. 4º, § 2º, e art. 6º), dá a entender que pode ser firmado tanto pelo representante do Ministério Público como pelo Delegado de Polícia. No entanto, nessa parte em que atribuiu legitimidade à autoridade policial, a lei padece de inconstitucionalidade à luz do disposto no artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988, pois tal atribuição é inerente à atividade do titular da ação penal, constituindo, portanto, prerrogativa exclusiva do Ministério Público<sup>418</sup>.

Os requisitos para a validade do acordo de colaboração premiada são os seguintes:

- a) a confissão e a colaboração voluntária do agente;
- b) a eficácia da colaboração, que deverá propiciar um ou mais dos resultados enumerados no art. 4º da lei;
- c) a não ocorrência de retratação do réu colaborador beneficiado com o acordo (art. 4º, § 10); e
- d) a existência de elementos de confirmação, consubstanciado em outras provas amealhadas a partir da colaboração do agente (art. 4º, § 16).

Há de se consignar que a confissão do agente não está prevista no texto da lei em comento, mas é inerente à ideia da colaboração premiada, ou seja, faz parte da essência do instituto. Bem por isso que o referido requisito está previsto expressamente no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/1986 e no art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/1990.

Dutra Santos<sup>419</sup> afirma, nessa linha, que “a delação premiada consubstancia espécie de confissão complexa, pois, além de admitir a responsabilidade penal pelo injusto”, o acusado fornece outras informações tendentes a colaborar com as autoridades encarregadas da persecução penal.

No que toca à voluntariedade do acordo (que não se confunde com espontaneidade<sup>420</sup>), naturalmente deve ser assegurada nos termos da lei, como se impõe num Estado Democrático de Direito, jamais se admitindo que a colaboração seja fruto de coação física ou psíquica nem de promessa de vantagens ilegais. Com o propósito de garantir o respeito a tal requisito de validade, o legislador previu que o colaborador deve estar acompanhado e assistido por seu

---

<sup>418</sup> Nesse sentido é a posição de Renato Brasileiro de Lima (*op. cit.*, 2016, p. 549-551). Na mesma linha é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (*op. cit.*, 2015, p. 707 e 717).

<sup>419</sup> SANTOS, *op. cit.*, 2016, p. 87.

<sup>420</sup> Como bem pontua Lima, “ato espontâneo é aquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia - deve preponderar a vontade de colaborar com as autoridades estatais. Apesar de alguns dispositivos legais fazerem referência à necessidade de a cooperação ser espontânea (v.g., art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98), prevalece o entendimento de que a espontaneidade não é condição *sine qua non* para a aplicação dos prêmios legais inerentes à colaboração premiada” (LIMA, *op. cit.*, 2016, p. 531).

advogado (art. 4º, § 15). Ainda, por ocasião da análise do acordo para fins de homologação, há a possibilidade, como dito, de o juiz ouvir o agente colaborador, na presença de seu defensor (§ 7º).

Muita polêmica tem gerado a formalização de acordo de colaboração premiada por acusados que se encontram presos cautelarmente. Segundo Cleber Masson e Vinícius Marçal<sup>421</sup>, há dois entendimentos a respeito do assunto: o primeiro é contrário à delação por acusados custodiados ao argumento de que, nessas condições, não há voluntariedade por parte do colaborador, que agiria por uma inegável coação moral, tornando inválida a avença; a segunda corrente, abraçada pelos referidos autores, sustenta que “não se pode dizer que a prisão retira a voluntariedade da colaboração porquanto em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração o colaborador deverá estar assistido por seu defensor (art. 4º, § 15, da LCO)”, de modo que, entendendo que o acordo não é favorável a seu cliente, caberá ao defensor refutá-lo.

Quanto ao último requisito (existência de elementos de confirmação), é de extrema relevância para se evitar a possibilidade de condenação com base apenas nas declarações do delator. Daí, segundo Brasileiro de Lima<sup>422</sup>, “a importância daquilo que a doutrina chama de regra da corroboração, ou seja, que o colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações [...]”. Nesse rumo, Gustavo Badaró<sup>423</sup> alerta: “O § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13, ao não admitir a condenação baseada exclusivamente nas declarações do delator, implica uma limitação ao livre convencimento, como técnica de prova legal negativa.”

O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto, que serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, com necessidade de decisão em até 48 horas (art. 7º e § 1º). Como não podia deixar de ser, terão acesso aos autos, além do juiz, o representante do Ministério Público, o delegado de polícia responsável pela investigação e o defensor do acusado, de forma que se assegure o exercício do direito de defesa, ressaltando-se os dados atinentes a diligências em andamento (§ 2º). “O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º” (§ 3º).

Os direitos do colaborador estão elencados no art. 5º da lei e são os seguintes: a) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica, ou seja, na Lei de Proteção de Testemunhas (Lei nº 9.807/1999); b) ter nome, qualificação, imagem e demais

<sup>421</sup> MARÇAL; MASSON, *op. cit.*, 2016, p. 135.

<sup>422</sup> LIMA, *op. cit.*, 2016, p. 540.

<sup>423</sup> BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, *Revista Jurídica Consulex*, nº 443, fev/2015, p. 29.

informações pessoais preservados; c) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; d) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; e) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, tampouco ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; e f) cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. O § 9º da Lei nº 12.850/2013 ainda dispõe que, “depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações”.

Por fim, é preciso que as autoridades competentes tenham clara a advertência de Valdez Pereira<sup>424</sup>: a colaboração premiada “não pode ser adotada como instrumento ordinário de política criminal, principalmente pelo impacto sobre a dinâmica processual, que passaria de um modelo dialético de confronto [...] para um modelo genericamente colaborativo.” Noutras palavras, o instrumento deve ser reservado para situações específicas e mais graves que realmente reclamem e justifiquem seu emprego.

É certo que o tema em questão se espraia para além do objeto central deste estudo, comportando maiores reflexões em vista de sua disciplina assistemática no campo do direito material e de seu inédito regramento no aspecto processual, tudo a reclamar interpretação e aplicação de preceitos em conformidade com o Texto Constitucional. O que se quis enfatizar neste tópico é que também se trata de uma ferramenta brasileira pautada pela consensualidade, ferramenta essa que tem se mostrado indispensável no combate mais efetivo e eficiente das infrações delitivas praticadas por organizações criminosas, as quais hoje não são mais alcançadas ou desmanteladas por meio de técnicas tradicionais de investigação.

No capítulo seguinte, encerrando este estudo, será analisado um possível novo instrumento de consenso para o processo penal brasileiro.

---

<sup>424</sup> PEREIRA, *op. cit.*, 2014, p. 192.

## 7 A TENDÊNCIA DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Nas sociedades contemporâneas, o aumento dos índices de criminalidade e a lentidão do processo penal pautado por modelos tradicionais e burocratizados levaram os legisladores a buscarem novos mecanismos de resolução de conflitos que pudessem garantir respostas mais céleres e eficientes aos comportamentos delitivos.

Tal como visto no capítulo 3, a criação de modelos alternativos ao processo clássico e a adoção de instrumentos de acordo ou consenso para resolver conflitos penais tornaram-se o caminho para propiciar celeridade e eficiência no funcionamento dos sistemas de justiça criminal. Houve o rompimento com o dogma da obrigatoriedade da ação penal por meio de abertura gradual e paulatina ao princípio da oportunidade e mediante novas alternativas procedimentais que, para evitar ou abreviar o processo, estimularam o acordo entre o Ministério Público e o acusado<sup>425</sup>.

Rosimeire Ventura Leite<sup>426</sup> esclarece que, apesar de os acordos entre a acusação e a defesa já ocorrerem “desde longa data nos países integrantes do sistema *common law*, sua expansão como instrumento de resolução de conflitos e introdução em diversos ordenamentos jurídicos pertencentes ao *civil law* é fenômeno mais recente, característico da segunda metade do séc. XX.”

No Brasil, como explicitado no capítulo anterior, a criação de espaços de consenso no ordenamento jurídico-penal ocorreu em meados da década de 90. A Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) delineou o modelo brasileiro de justiça criminal consensual ou negociada, mediante a adoção dos seguintes institutos: a) composição civil (art. 74); b) transação penal (art. 76); e c) suspensão condicional do processo (art. 89).

Tais mecanismos, rompendo os paradigmas do *nulla poena sine iudicio* (não há pena sem processo, sem aferição da culpabilidade) e da indisponibilidade da ação penal, inovaram o Direito Processual Penal Brasileiro, estabelecendo espaços ou zonas de consenso no modelo de justiça criminal pátrio, de modo que a solução dos casos menos graves passou a ser alcançada de forma mais célere e eficiente, sem o regular trâmite de uma ação penal e sem uma sentença condenatória transitada em julgado.

A despeito dos avanços havidos na década de 90, o modelo epistemológico processual penal brasileiro continua assentado em bases romano-germânicas, mostrando-se demasiadamente formal e burocratizado mesmo quando o acusado confessa a prática de um

---

<sup>425</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2012, p. 29-30.

<sup>426</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 21.

delito de maior ofensividade. Nosso modelo de processo penal para delitos de maior potencialidade ofensiva é da primeira metade do século passado, inexistindo uma ferramenta que permita a solução simplificada e célere pela via do consenso nos casos em que o réu é confesso, ou seja, quando há admissão de culpa.

Na linha do que ocorreu nos últimos anos em países da Europa Continental e também da América Latina, no Brasil há atualmente uma inclinação no sentido de se ampliar os espaços de consenso entre o órgão acusador e o acusado, assistido por seu defensor, de maneira a abranger crimes de média gravidade sempre que houver confissão.

Como mencionado, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei do novo Código de Processo Penal<sup>427</sup> (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009<sup>428</sup>), que, no seu art. 283, traz um rito abreviado a partir da confissão do acusado. Trata-se de uma via simplificada que permite a solução por acordo para a aplicação antecipada da pena mínima ou reduzida em até 1/3, se o réu admitir culpa.

Acontece que, embora haja quem comemore e aplauda<sup>429</sup> a inovação em comento, afirmando que trará mais eficiência e celeridade ao sistema de justiça criminal brasileiro, ela também vem sendo objeto de críticas, havendo quem<sup>430</sup> a repete inconstitucional ao argumento de que são irrenunciáveis os direitos fundamentais do réu (à presunção de inocência, ao contraditório e à ampla defesa). É sobre essa questão nuclear que se pretende refletir neste capítulo.

### **7.1 O rito abreviado a partir da confissão no projeto do novo Código de Processo Penal Brasileiro e a análise de sua compatibilidade constitucional**

Diferentemente do que ocorre noutros países europeus e latinos, entre nós, em casos de infrações penais de maior potencialidade ofensiva, ainda quando o réu seja confesso, as autoridades competentes continuam vinculadas às regras de um processo penal tradicional, de

---

<sup>427</sup> Cabe reiterar que, no projeto do novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012), também foi inserida, no artigo 105, uma disciplina para o acordo penal ou barganha, porém, no parecer nº 1576/2013, foi proposta a exclusão de tal dispositivo daquele projeto de lei, pois versa sobre assunto de direito processual penal.

<sup>428</sup> Como já assinalado, trata-se, na Câmara dos Deputados, do PLC nº 8.045/2010.

<sup>429</sup> COSTA, Rafael Paula Parreira. A barganha no projeto do novo Código de Processo Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, nº 3796, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25927>>. Acesso em: 01/06/2016. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. In: **Temas aprofundados Ministério Público Federal** (org. Edilson Vitorelli). Salvador: JusPodivm, 2013, p. 727-758.

<sup>430</sup> Geraldo Prado considera inconstitucional o novo instituto, sustentando a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais da presunção de inocência, do direito ao processo e do direito à prova. Defende que nosso regime de direitos fundamentais não admite condenação sem provas (Poder Negocial (sobre a pena), Common Law e processo penal brasileiro: Meta XXI, em busca de um milhão de presos!?) In: BONATO, Gilson (org). **Processo Penal Constituição e crítica. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 299-315).

curso obrigatoriamente completo, não havendo instrumentos que permitam uma resposta mais célere e menos custosa.

Afora os casos de colaboração premiada e de acordo de leniência, na legislação nacional não há espaços de consenso no que toca a delitos um pouco mais graves em vista do patamar das penas abstratamente cominadas. Inexiste uma via consensual ou de simplificação amparada na confissão, ainda que, ao final do processo, a condenação enseje a aplicação de penas restritivas de direitos ou a aplicação do benefício da suspensão condicional da pena.

Nesses casos, malgrado tenha havido confissão cabal e espontânea diante da autoridade policial e, depois, diante do juiz, não há um rito simplificado ou mecanismo alternativo que permita uma solução mais rápida do caso pela via consensuada.

A confissão, segundo Hélio Tornaghi<sup>431</sup>, “é a declaração pela qual alguém admite ser autor de crime”. [...] Confessar é aceitar, como verdadeira, a autoria de um fato ilícito, puro e simples, ou de circunstância exacerbante”. Confessar, portanto, é reconhecer a autoria da imputação ou dos fatos objeto da investigação. O destacado professor assinala que o objeto da confissão é a autoria dos fatos, e não a existência do fato. Recorda que a confissão não é incompatível com a ausência de culpa, pois o agente pode ter agido sob o manto de uma excludente da ilicitude<sup>432</sup>.

Quanto à natureza jurídica, a confissão consiste num meio de prova (previsto nos arts. 197 a 200 do CPP), admissível, como outro qualquer, para a demonstração da verdade dos fatos<sup>433</sup>. Enio Luiz Rosseto lembra que, “embora feita no interrogatório, não se confunde com este, que é meio de defesa”<sup>434</sup>. A confissão é uma atenuante de pena prevista no Código Penal Brasileiro (art. 65, III, ‘d’, do Código Penal).

Conforme o conteúdo, a confissão pode ser simples ou qualificada. A simples é aquela em que o réu admite os fatos que lhe são imputados, sem fazer qualquer ressalva. Também é chamada de confissão plena, que se equipara à admissão de culpa. Já a confissão qualificada é aquela em que o acusado admite a prática dos fatos, mas alega em seu favor alguma circunstância que exclui o crime ou afaste sua culpa<sup>435</sup>. Neste estudo, tem-se trabalhado com a noção de confissão simples, sem ressalvas.

---

<sup>431</sup> TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Vol. 4. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 46.

<sup>432</sup> TORNAGHI, *op. cit.*, 1978, p. 52-53.

<sup>433</sup> Para Gustavo Herinque Badaró, “embora a confissão seja considerada um meio de prova, assim o provendo o CPP, entendemos de forma diversa. A confissão não é meio de prova, mas o resultado, eventual, do interrogatório. A confissão é o resultado de uma declaração de vontade que deve ser formalizada, podendo ser realizada dentro ou fora do processo (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 451).

<sup>434</sup> ROSSETO, Enio Luiz. **A Confissão no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

<sup>435</sup> ROSSETO, *op. cit.*, 2001, p. 97.

No que diz respeito ao local, a confissão pode ser judicial ou extrajudicial. Aquela é a feita perante o juiz da causa penal, já na etapa jurisdicional do procedimento. Esta é a efetuada na fase investigativa, perante a autoridade policial<sup>436</sup>. A confissão ainda pode ser parcial (admite parte dos fatos) ou total (admite totalmente os fatos imputados).

Os requisitos da confissão são os seguintes: pessoalidade, liberdade e espontaneidade. A confissão deve ser realizada pelo próprio réu, não se admitindo que seja feita por intermédio de um mandatário; deve ainda ser livre e espontânea, havendo de acontecer sem qualquer tipo de coação ou pressão<sup>437</sup>.

Em relação à forma, a confissão pode ser oral ou escrita, podendo ser feita fora do interrogatório, como numa carta. Nada obsta que seja gravada por meios magnéticos ou audiovisuais. Quanto às características, a confissão é marcada pela divisibilidade e pela retratabilidade, como dispõe o art. 200 do CPP. Segundo Tornaghi<sup>438</sup>, ela é divisível na medida em que “o juiz pode entendê-la verdadeira na parte em que réu admite a autoria e falsa na outra, em que ele se exculpa”, de acordo com a análise que fizer do conjunto probante. É retratável porque o réu pode retirar a confissão anteriormente feita, o que não a anula. Cabe ao juiz dar crédito à confissão ou à retratação, amparando-se no exame do conjunto das provas.

No tocante ao valor probatório, Eugênio Pacelli<sup>439</sup> afirma que a confissão do réu “constitui uma das modalidades de prova com maior efeito de convencimento judicial, embora, é claro, não possa ser recebida como valor absoluto”. É necessário “se confrontar o conteúdo da confissão com os demais elementos de prova”. O importante é que coincida com as circunstâncias do fato já existentes nos autos.

Pois bem. Passados mais de 20 (vinte) anos da introdução de espaços de consenso no Direito Processual Penal Brasileiro, tornou-se aconselhável avançar um pouco mais em termos de justiça criminal pactuada, expandindo-se as zonas de consensualidade mediante adoção de instrumentos que contemplem a admissão de culpa. Houve significativo aumento da população e claro incremento da criminalidade, o que reclama mudanças em busca de soluções mais satisfatórias e eficazes no que tange a delitos um pouco mais graves, sobretudo quando há confissão.

---

<sup>436</sup> ROSSETO, *op. cit.*, 2001, p. 105-106.

<sup>437</sup> Naturalmente, como assinala Brasileiro de Lima, “não pode haver qualquer forma de constrangimento físico e/ou moral para que o acusado confesse a prática do fato delituoso. Aliás, de acordo com o art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.455/97, constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. Único. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 678).

<sup>438</sup> TORNAGHI, *op. cit.*, 1978, p. 54.

<sup>439</sup> PACELLI, *op. cit.*, 2012, p. 403.

O diálogo, a negociação e o acordo, no Brasil, não podem ficar circunscritos, na esfera criminal, às ferramentas da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada. Por que a confissão não pode servir de base para acordos em casos criminais que, ao final, geralmente, acabam acarretando a imposição de penas substitutivas?<sup>440</sup> Seria o caso de admitir, por consenso, a aplicação de penas de prisão de curta duração, como hoje acontece em modelos alienígenas?

Nessa senda, a possibilidade de a legislação penal brasileira dar um novo passo a favor do consenso é representada por um rito abreviado ou simplificado a partir do acordo de vontades fundado na admissão de culpa. O art. 283 do projeto de lei do novo Código de Processo Penal (PLS nº 156/2009)<sup>441</sup> pretende disciplinar o tema da seguinte forma<sup>442</sup>:

### DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

---

<sup>440</sup> Nas palavras de Figueiredo Dias: “A pergunta que na sua frontalidade desejo colocar é pois a seguinte: devem reputar-se admissíveis, perante a nossa Constituição processual penal (especialmente minuciosa, como é reconhecido) e o nosso sistema processual penal ordinário, conversações e acordos sobre a sentença, destinados a facilitar, a simplificar e conseqüentemente a abreviar o procedimento e o resultado do processo? É a eficiência funcionalmente orientada, daqui indiscutivelmente resultante, ainda compatível com o respeito devido aos princípios do Estado de Direito? Representa ela – como já foi chamada – *o adeus ao Estado de Direito*? Ou, pelo contrário, pode constituir para este *um novo princípio*? E se sim, sob que *pressupostos*, qual o *conteúdo* e quais as *consequências* com que tais conversações e acordos sobre sentença devem (ou podem) ser admitidos?” (DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 28).

<sup>441</sup> Embora esta parte do estudo se centre no procedimento abreviado previsto no projeto do novo CPP, é oportuno consignar como foi proposta a disciplina do acordo penal (barganha) no projeto do novo Código Penal: “Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código.

§ 3º Fica vedado o regime inicial fechado.

§ 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal” (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 236/2012. Dispõe sobre o novo Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 05/08/2016).

<sup>442</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Dispõe sobre a reforma Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 02/08/2016.

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Sobre esse acordo fundado na admissão de culpa, a Comissão de Juristas<sup>443</sup> teceu as seguintes considerações<sup>444</sup>:

De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos.

Na verdade, não se trata, como se vê, de mero procedimento simplificado, com prazos mais exíguos, mas de um mecanismo que amplia os espaços de consenso no Direito

---

<sup>443</sup> Composta por Hamilton Carvalhido (coordenador); Eugênio Pacelli de Oliveira (relator); Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

<sup>444</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Dispõe sobre a reforma Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 02/08/2016.

Processual Penal e reforça o modelo brasileiro de justiça criminal consensual ou negociada, já que prevê a possibilidade de a acusação e a defesa entabularem um acordo para a aplicação imediata da pena.

Gabriel Silveira de Queirós Campos<sup>445</sup> observa que:

O ineditismo da nova alternativa, denominada pelo futuro CPP simplesmente de *processo sumário*, mas talvez mais bem denominado como *procedimento abreviado* ou, como a própria comissão elaboradora o identificou, ‘rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida’, reside na imposição de pena sem o tradicional devido processo legal condenatório. Adotado o novo rito, e havendo confissão quanto aos fatos e ajuste entre as partes (e o magistrado), haverá juízo condenatório, porém nos limites mínimos que poderiam ser atingidos no modelo de rito tradicional. Para tanto, evidentemente, exige-se a confissão de culpa e a dispensa, pelas partes, da produção de provas.

Pelo que se viu no item 3.4, ao se cuidar de algumas ferramentas de consenso alicerçadas na admissão de culpa, o legislador nacional não buscou inspiração apenas no modelo de justiça consensual ou negociada estadunidense, mas pretendeu incorporar ao modelo pátrio mecanismo que se aproxime do *patteggiamento* italiano (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), do comparecimento francês para reconhecimento prévio de culpabilidade (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ou *plaider coupable*) e do *juicio abreviado* latino.

Nota-se que o propósito central é adotar uma fórmula que torna o sistema mais efetivo e eficiente nos casos em que há confissão de crimes que ao cabo ensejarão aplicação de penas alternativas (prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, perda de bens e valores apreendidos, limitação de fim de semana). O objetivo é agilizar o início do cumprimento de pena nesses casos em que a solução pode ser moldada pelo consenso alicerçado na admissão de culpa.

Nesse sentido, segundo consta do Parecer nº 1.636, de 7 de dezembro de 2010, elaborado pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, “na verdade, com o novo rito, o projeto de Código pretende conferir maior valor e consequências práticas à confissão do réu, que está relegada, hoje, à simples condição de circunstância atenuante genérica (art. 65, III, ‘d’, do Código Penal).”<sup>446</sup>

---

<sup>445</sup> CAMPOS, *op. cit.*, 2013, p. 748.

<sup>446</sup> Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 02/08/2016.

Contudo, apesar das vantagens que o procedimento abreviado pode propiciar ao Estado, à sociedade e ao próprio acusado<sup>447</sup>, vários juristas brasileiros, como dito, posicionam-se contrários à adoção de tal mecanismo de justiça penal consensual por entenderem que atenta contra as garantias processuais do imputado previstas na Constituição Federal<sup>448</sup>. Sustentam a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais do réu (direito ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência) e questionam a constitucionalidade do poder negocial sobre a pena<sup>449</sup>, combatendo, enfim, a tendência de expansão das zonas de consenso no âmbito do processo penal brasileiro<sup>450</sup>. É essa temática que será abordada nos tópicos seguintes.

### **7.1.1 A (ir)renunciabilidade de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**

A reflexão epistêmica sobre temas jurídicos relevantes, que envolvem bens ou interesses constitucionalmente tutelados, muitas vezes deságua na discussão quanto à (im)possibilidade de haver renúncia a direitos fundamentais. É o que acontece no estudo em questão, na medida em que a adoção do mencionado rito abreviado (para aplicação imediata da pena com base na confissão) encerra a renúncia de ao menos uma parcela dos direitos fundamentais do acusado.

A abordagem do assunto reclama que primeiro se busque o conceito de direitos fundamentais para depois se ingressar no debate quanto à possibilidade de sua renúncia.

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink<sup>451</sup> ensinam que os direitos fundamentais, a partir de sua evolução histórica, podem ser reconhecidos por duas vertentes. De um lado, como direitos humanos anteriores ao Estado, no sentido de “o seu exercício não necessitar de justificação em face do Estado”. De outro, como direitos do indivíduo “que não são anteriores ao Estado, mas que só são *outorgados pelo Estado*”, havendo necessidade de justificação jurídica para que sejam limitados. Foi nessa segunda vertente, entretanto, que se consolidou o conceito de

---

<sup>447</sup> As vantagens para o acusado são a celeridade na resolução do caso (com sua participação), o afastamento da estigmatização do processo criminal e a certeza da aplicação da pena mínima, substituída por sanção alternativa à prisão, quando preenchidos os requisitos legais.

<sup>448</sup> LOPES JR., *op. cit.*, 2002, p. 99-128.

<sup>449</sup> PRADO, *op. cit.*, 2011, p. 299-315.

<sup>450</sup> VASCONCELOS, 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.

<sup>451</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

direitos fundamentais<sup>452</sup>, vistos como direitos ou valores do homem que foram positivados na constituição de um país.

De acordo com George Marmelstein<sup>453</sup>, os direitos fundamentais possuem, no aspecto material, um inegável conteúdo ético, uma vez que “estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder”. Aduz que, no aspecto jurídico-normativo, sua fonte primária é a Constituição, merecendo sempre uma proteção normativa especial.

Marcelo Schenk Duque<sup>454</sup> afirma que, no sentido clássico, a definição de direitos fundamentais “é a de posições jurídicas essenciais, normalmente garantidas em uma constituição escrita, que protegem o cidadão contra intervenções dos poderes públicos”. Ele assevera que, no entanto, um conceito mais moderno de direitos fundamentais precisa abarcar os principais traços de seu objeto no plano material e formal, contemplando sua essência de proteção da pessoa e de sua dignidade, com a limitação das intervenções dos poderes estatais, mediante garantias previstas num ordenamento constitucional de feição livre e democrática.

Nessa linha de pensamento, Marmelstein<sup>455</sup> propõe o seguinte conceito de direitos fundamentais: “são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.”

Essa definição permite ter uma noção da natureza, do objeto e das funções<sup>456</sup> dos direitos fundamentais, deixando clara sua extrema relevância na ordem jurídica de um país, de

---

<sup>452</sup> Embora se aproximem os conceitos de direitos fundamentais e de direitos humanos, eles não se confundem. Aqueles, segundo Marcelo Schenk Duque, “encontram o seu fundamento no direito posto pelo Estado, normalmente em constituições escritas”. Por sua vez, os direitos humanos estão ligados à primeira linha de raciocínio acima referida, pois “encontram o seu fundamento de validade na forma pré-estatal, sendo considerados direito ‘sobre-positivo’ [...], cuja característica essencial é a sua transnacionalidade.” (DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52-53). Enquanto os direitos humanos estão consagrados em tratados ou convenções internacionais, os direitos fundamentais estão positivados nos ordenamentos constitucionais dos países. Sem embargo, é certo que os direitos fundamentais são expressão dos direitos humanos, mas é preciso ter clara a aludida distinção.

<sup>453</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18-19.

<sup>454</sup> DUQUE, *op. cit.*, 2014, p. 50-51.

<sup>455</sup> MARMELSTEIN, *op. cit.*, 2016, p. 18.

<sup>456</sup> Segundo Duque, as funções dos direitos fundamentais foram desenvolvidas a partir da obra clássica de George Jellinek, intitulada *Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos*, em que concebeu a teoria dos quatro *status*: passivo, negativo, positivo e ativo. Em resumo, o *status* passivo (*status subjectionis*) diz respeito à submissão do indivíduo ao Estado e à lei. O *status* negativo (*status libertatis*) representa os direitos de defesa, que protegem a esfera de liberdade do cidadão contra as ingerências do Estado. O *status* positivo (*status civitatis*) refere-se aos direitos de reivindicação e de proteção, ou seja, trata do direito que o particular tem de exigir prestações positivas do Estado. Por fim, o *status* ativo consiste no direito de o cidadão participar da formação da vontade do Estado, participando da vida pública por meio do voto, exercendo seus direitos políticos. Foi a partir dessas noções que foram construídas as atuais e múltiplas funções e classificações dos direitos fundamentais (*op. cit.*, p. 69-72).

maneira que se pode agora passar à reflexão dogmática sobre a possibilidade de renúncia a tais direitos.

Conforme lição de Jorge Reis Novais<sup>457</sup>, a renúncia a direito fundamental consiste na abstenção de invocá-lo numa relação entre particulares ou perante o Estado. Trata-se de abrir mão ou abdicar de um direito fundamental perante uma entidade pública ou mesmo perante um particular. Por meio desse mecanismo, o titular de um direito, por concordância ou consentimento, renuncia a uma posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental. Voluntariamente, o titular do direito se enfraquece face ao Estado ou a um particular, ou seja, prescinde da proteção jurídica, tanto que o autor menciona haver quem proponha outra nomenclatura: disposição individual acerca de posições jurídicas tuteladas.

O tema logicamente suscita controvérsias, esclarecendo Marcelo Duque<sup>458</sup> que há posições antagônicas em torno do assunto. Doutrinadores mais tradicionais, mencionados pelo referido autor, defendem a inadmissibilidade da renúncia a direitos fundamentais com base na concepção de que estes têm caráter inalienável e irrenunciável, deles não podendo dispor o particular. Invoca-se a supremacia do interesse público na salvaguarda desses direitos, imperando “uma espécie de dever de exercício de direitos fundamentais”, vistos como competências individuais de exercício, em regra, obrigatório. Essa compreensão teórica contempla apenas a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, desprezando completamente a autonomia de vontade do indivíduo, por se entender que ao titular do direito falta o poder de disposição, bem como por ignorar a inegável possibilidade de inércia quanto ao exercício de tais direitos.

No Brasil, essa ideia está fortemente sedimentada, tanto que o art. 11 do Código Civil Brasileiro dispõe que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis”. Dessa forma se posiciona grande parte da doutrina nacional, valendo consignar o entendimento de José Afonso da Silva<sup>459</sup>, que vê a irrenunciabilidade como um atributo que garante sua existência, sustentando que “não se renunciam a direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”.

De outro lado, segundo Duque<sup>460</sup>, há aqueles que se colocam favoráveis à possibilidade de renúncia ao exercício de direitos fundamentais, reconhecendo ao particular a faculdade de decidir se quer recorrer ou não a tais direitos dos quais é titular. Prestigiam o

---

<sup>457</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 215.

<sup>458</sup> DUQUE, *op. cit.*, 2014, p. 108.

<sup>459</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

<sup>460</sup> DUQUE, *op. cit.*, 2014, p. 108-109.

direito de livre desenvolvimento da personalidade e a esfera de discricionariedade individual do cidadão.

Nesse grupo de juristas que assume uma posição mais moderna está Jorge Reis Novais. Para ele<sup>461</sup>:

[...] se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, é um *trunfo* nas mãos do indivíduo (Dworkin), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria. Nesse sentido, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício *positivo* do direito.

Portanto, ao se posicionar a favor da possibilidade de renúncia, Novais a enxerga como uma forma de exercício positivo de direito fundamental. Vê a renúncia como um poder de disposição inerente à própria titularidade do direito tutelado, sustentando, com acuidade, que a noção de irrenunciabilidade dos direitos fundamentais pode significar a negação à liberdade da pessoa.

De fato, como pontua George Marmelstein<sup>462</sup>, “[...] não permitir que uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, negocie ou renuncie a direitos fundamentais é violar um dos mais básicos atributos da dignidade humana, que é a autonomia da vontade”.

Há uma série de situações mais simples em relação às quais inexitem maiores controvérsias quanto à possibilidade da renúncia a direito fundamental. Marmelstein<sup>463</sup> aponta alguns exemplos que bem demonstram que tal renúncia é mais frequente do que se imagina. Menciona o caso de uma pessoa que participa de um *reality show* e que claramente renuncia ao direito à privacidade e à intimidade. Também se refere à renúncia ao direito à propriedade por parte de um rico empresário que resolve doar todo o seu patrimônio em favor de uma instituição de caridade a fim de se tornar monge no Tibete.

Nada impede, ainda, que uma pessoa renuncie ao direito de herança ou ao sigilo de sua correspondência em determinada hipótese. Igualmente não há óbice no fato de uma pessoa

---

<sup>461</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 235.

<sup>462</sup> MARMELSTEIN, *op. cit.*, 2016, p. 438.

<sup>463</sup> MARMELSTEIN, *op. cit.*, 2016, p. 437.

investigada abdicar de seu sigilo bancário ou fiscal. Não raro, membros do Ministério Público colhem formalmente o consentimento de investigados para terem acesso a seus dados bancários ou fiscais de determinado período.

A própria Constituição Federal de 1988 menciona um caso em que há, expressamente, a possibilidade de renúncia a direito fundamental, qual seja, o de inviolabilidade do domicílio, ao prescrever, no art. 5º, XI<sup>464</sup>, que o ingresso na casa não pode acontecer sem o consentimento do morador. Naturalmente, o morador pode permitir que agentes de polícia realizem busca em seu domicílio mesmo sem mandado judicial.

Como afirma Virgílio Afonso da Silva<sup>465</sup>, não é difícil encontrar exemplos que demonstrem as limitações da aceitação absoluta das pretensas características da inalienabilidade, da indisponibilidade e da irrenunciabilidade<sup>466</sup> dos direitos fundamentais. Assim, “parece possível encontrar um sem número de casos em que a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais – e também a sua inalienabilidade e imprescritibilidade – são colocadas em xeque”.

Avançando no assunto, Afonso da Silva assevera<sup>467</sup>:

[...] é comum que se faça referência à irrenunciabilidade ou à e à inegociabilidade dos direitos fundamentais. Mas por que seriam os direitos fundamentais irrenunciáveis e inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar? Uma análise um pouco mais profunda poderia, de início, suscitar algumas contradições entre a história e a função primordial dos direitos fundamentais, de um lado, e características como a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, de outro. Os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais. Essa é uma posição que, embora aceite algumas ressalvas e limitações e ainda que possa causar

---

<sup>464</sup> XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar **sem consentimento do morador**, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (sem destaque no original)

<sup>465</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61-62.

<sup>466</sup> Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que, “do ponto de vista prático, o caráter inalienável entrevisto em alguns direitos fundamentais conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude do objeto, de contratos em que se realize a alienação desses direitos. [...]. É preciso, porém, cautela no trato desse predicado clássico dos direitos fundamentais. Nem sempre o observador consegue apurar com segurança que direitos seriam inalienáveis.” (**Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 144).

<sup>467</sup> SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 163-164.

desconforto em alguns autores, é perfeitamente compatível com uma teoria liberal acerca dos direitos fundamentais.

Todavia, há situações complexas, que reclamam interpretação, ponderação de bens e valores, assim como uma elaboração dogmática mais profunda para se concluir pela admissibilidade ou não da renúncia a direito fundamental. Um cidadão pode renunciar ao direito à vida ou à integridade física? Pode alguém renunciar a seu direito de liberdade de expressão de pensamento ou ao direito de liberdade de locomoção?

Aprofundando nessa temática, não obstante defenda a admissibilidade da renúncia ao exercício de direito fundamental, Jorge Reis Novais<sup>468</sup> esclarece que a disposição de uma posição jurídica tutelada não pode se dar de maneira ilimitada e sem critérios. O poder de disposição não pode ir tão longe quanto o reivindique a vontade de seu titular, isto é, o direito de renúncia não é absoluto.

Assim, como adverte o constitucionalista português<sup>469</sup>, é preciso cuidado e prudência com eventuais soluções demasiadamente globalizantes e simplistas para o problema da renúncia envolvendo determinados bens jurídicos, sendo necessário antes distingui-la de outras figuras e institutos afins, conhecer suas modalidades de renúncia para depois apontar os pressupostos, os requisitos e os limites para uma válida renúncia a direito fundamental.

A renúncia não se confunde com o não exercício, a perda, a suspensão ou a restrição de direito fundamental.

Na renúncia, “o particular vincula-se juridicamente a não invocar um direito fundamental perante entidades públicas [...]”.<sup>470</sup> Há um ato positivo do titular do direito. São exemplos dessa categoria jurídica a renúncia ao direito de recorrer de uma sentença judicial; a renúncia ao direito de aderir a uma certa associação; a renúncia ao direito de participar de determinada manifestação.

Por outro lado, no caso de não exercício, o particular tem uma posição jurídica que lhe permite exercer ou não exercer certo direito. Há um ato negativo por parte do titular do direito. Ele não faz uso de seu direito fundamental, de modo que o não exercício de um direito é também um exercício, mas um exercício negativo. São exemplos: a) não se filiar a um partido político; b) não participar de uma manifestação ou reunião; c) não exercer o direito de petição.

Como se vê, a renúncia não deve ser confundida com o não exercício, uma vez que o “uso negativo” de um direito não significa renúncia a ele. Na renúncia, há um agir do titular

---

<sup>468</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 239 e 269.

<sup>469</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 218.

<sup>470</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 221.

do direito que produz vinculação jurídica e consequências na ordem jurídica. No não exercício, existe um exercício negativo de um direito fundamental, o que não acarreta qualquer vinculação jurídica ou consequência ao titular do direito. Portanto, a diferença entre o não exercício e a renúncia é que nesta o indivíduo se obriga a não exercer, enquanto naquele não há qualquer vinculação.

Por sua vez, a perda de um direito consiste no enfraquecimento mais acentuado de uma posição jurídica tutelada<sup>471</sup>. Não é determinada pela vontade do particular, mas decorre de uma norma, ou seja, trata-se de uma consequência imposta pela ordem jurídica. Oportuno mencionar os seguintes exemplos: a) a perda de direitos políticos (art. 15 da CF/1988); b) num processo judicial, a parte tem o direito de produzir prova oral, mas se ela e seu advogado injustificadamente não comparecem à audiência, perde tal direito; c) o litigante tem o direito de ser intimado de um ato judicial, mas se tiver mudado de endereço sem comunicar ao juízo, perde o aludido direito, reputando-se eficaz o envio da correspondência ao endereço antigo.

É interessante salientar que, de acordo com o ordenamento jurídico em vigor, o não exercício de um direito pode acarretar a perda dele, como no caso do réu que não contesta uma ação indenizatória ou do consumidor que, no prazo legal, não reclama do vício de um produto ou da falha de um serviço, operando-se a decadência.

Embora o professor português não tenha mencionado os institutos afins da suspensão e da restrição de direitos fundamentais, é oportuno assinalar suas notas características, de modo a distingui-los das figuras antes abordadas.

Pedro Augustin Adamy<sup>472</sup> esclarece que a suspensão consiste na privação temporária do exercício de um direito, ou seja, “os direitos fundamentais não podem ser exercitados somente enquanto durarem os efeitos da suspensão”. Menciona, *v.g.*, a suspensão de direitos políticos. O instituto da suspensão naturalmente difere da perda, em que se dá a privação definitiva de um direito.

Quanto à figura da restrição, trata-se de uma limitação a direito que tem uma causa externa, isto é, tem natureza heterônoma, não dependendo da vontade do titular do direito, conforme assinala Adamy<sup>473</sup>. Ressalta que “a renúncia, por seu turno, tem natureza autônoma, ou seja, é provocada [...] pela declaração e pela manifestação da vontade do próprio titular.”

Registra-se que, apesar de aparentarem ser singelas, essas distinções entre os institutos se complicam diante de situações fáticas. As fronteiras entre essas figuras ficam fluidas conforme as circunstâncias do caso, daí porque é importante conhecer as modalidades de

---

<sup>471</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 221.

<sup>472</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 33.

<sup>473</sup> ADAMY, *op. cit.*, 2011, p. 35-36.

renúncia, seus pressupostos de admissibilidade e seus requisitos para ao final tratar de seus limites.

No tocante às modalidades de renúncia, Jorge Reis Novais<sup>474</sup> chama a atenção para o fato de que a renúncia ao direito, isto é, a privação da titularidade do direito, é inadmissível à luz dos princípios do Estado de Direito e da garantia da dignidade da pessoa humana. Já a renúncia ao exercício do direito fundamental diz respeito à renúncia à capacidade de exercício, sendo plenamente aceitável e justificável conforme as circunstâncias do caso e como visto nos exemplos acima. O constitucionalista luso<sup>475</sup> reputa essencial essa distinção, pois a renúncia ao exercício do direito nunca é definitiva, ficando limitada a determinada situação ou hipótese, podendo o titular reassumir a plenitude da capacidade de exercício do direito fundamental.

Tendo em conta a extensão material do bem a que se renuncia, a renúncia pode ser total ou parcial. Duque<sup>476</sup> pontua que “a renúncia ao exercício de direitos fundamentais, para que seja constitucionalmente fundamentada, tem que ser parcial.”

Já tendo em consideração a extensão temporal (duração) da renúncia, ela pode ser temporária ou definitiva. Um trabalhador, por exemplo, pode renunciar temporariamente ao direito de greve. Cabe destacar, porém, que prevalece a concepção<sup>477</sup> de que a renúncia a um direito nunca pode ser definitiva, continuando o sujeito sempre na titularidade da posição jurídica, podendo revogar a declaração de renúncia.

Pautando-se pelo elemento volitivo, a renúncia pode ser voluntária (livre e consciente) ou involuntária, obtida sob coação (física ou moral) ou engano, hipótese em que seguramente será reputada inválida. Para que uma renúncia seja válida, o titular do direito fundamental não pode ser coagido à escolha de uma determinada possibilidade<sup>478</sup>. Logo adiante se voltará a este assunto ao se cuidar dos pressupostos de validade da renúncia.

Ainda, a renúncia ao exercício de direito fundamental pode ser expressa ou tácita. No caso de um cidadão que ingressa na carreira da judicatura, ele tacitamente renuncia a uma parcela de sua liberdade de expressão no momento da posse, uma vez que não pode manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento (art. 36, III, da Lei Complementar nº 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura). De igual maneira, renuncia ao direito de escolher a cidade em que pretende morar, devendo respeitar a regra constitucional que dispõe que o juiz titular deve residir na comarca em que

---

<sup>474</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 227.

<sup>475</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 231.

<sup>476</sup> DUQUE, *op. cit.*, 2014, p. 110.

<sup>477</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 231.

<sup>478</sup> ADAMY, *op. cit.*, 2011, p. 67.

atua (art. 93, VII, da CF/1988). Na maioria dos casos, porém, dependendo do bem jurídico tutelado, é mais adequado, por uma questão de segurança jurídica e de resguardo de direitos, que a renúncia seja expressa, daí exsurgindo a importância de se conhecer seus pressupostos e requisitos de validade.

Assim, prosseguindo-se à luz dos ensinamentos de Jorge Reis Novais, tem-se que os pressupostos de validade da renúncia ao exercício de direitos fundamentais são os seguintes: a) declaração de vontade do titular do direito ou da posição jurídica; b) caráter voluntário da declaração de renúncia; e c) formalização expressa, conforme o caso.

Em relação à declaração de vontade, deve ser dada pelo titular do direito ou da posição jurídica, ou seja, é inadmissível que terceiro renuncie em nome do titular. Novais<sup>479</sup> ainda esclarece que “a renúncia manifesta-se sob a forma de uma declaração unilateral, que pode, todavia, surgir como prestação ou contraprestação no quadro de um contrato”. Nesses casos de renúncia amparada numa declaração volitiva de viés sinalagmático, é necessária atenção para situações de desigualdade em que se encontram quem renuncia e quem se beneficia da renúncia ao direito.

Quanto ao caráter da declaração de renúncia, imperioso que seja voluntária, que seja emitida conscientemente, de forma livre, sem coação ou fraude, como dito acima. Ainda, como salienta Novais<sup>480</sup>, a declaração de vontade só é voluntária se o cidadão dispõe de alternativas reais. Portanto, o ato de disposição do direito deve ser praticado livre e voluntariamente, em condições que o indivíduo tenha capacidade de negociação. O professor luso menciona o exemplo de um cidadão condenado à pena de morte ou de prisão perpétua a quem é dada a possibilidade de obter a liberdade se aceitar submeter-se a uma operação de castração química, hipótese em que a aceitação claramente não ocorrerá a partir de uma decisão livre e genuinamente voluntária. Releva consignar, no entanto, que a declaração não precisa ser espontânea, pois, conforme o caso, “sempre há algo de não espontaneamente querido na decisão de renúncia”<sup>481</sup>.

No que pertine à forma, já se salientou a relevância de que a declaração de renúncia seja expressa ou inequívoca, sendo oportuno que seja escrita na maioria dos casos, de maneira que o ato de disposição de direito goze de mais segurança jurídica e transparência, sobretudo quando tem natureza negocial.

---

<sup>479</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 251.

<sup>480</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 252-253.

<sup>481</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 253.

Reis Novais<sup>482</sup> também aponta dois requisitos para a validade da renúncia ao exercício de direito fundamental, quais sejam, a *reserva da lei* e a *preferência de Constituição*. Quanto à *reserva da lei*, logicamente consiste na autorização legal que se faz necessária em diversas hipóteses, dependendo da natureza do direito fundamental a ser renunciado. Aliás, como assinala o mestre luso, a necessidade de previsão legal é argumento muito invocado contra a admissibilidade da renúncia.

Entretanto, Novais<sup>483</sup> questiona se toda renúncia a direito fundamental carece de prévia e expressa previsão legal. Respondendo negativamente, ele afirma que essa exigência equivaleria a colocar o direito de disposição do direito fundamental sempre à mercê do legislador, daí porque entende que é preciso parcimônia no trato da matéria, uma vez que tudo dependerá da natureza dos bens e da ponderação dos interesses constitucionais que estão em jogo.

Como visto nos vários exemplos antes mencionados, há casos em que a reserva legal é claramente dispensável, mas há situações em que a possibilidade de renúncia exige previsão em lei. É inegável, por exemplo, que se faz necessário o abrigo legal para a instituição da eutanásia (para doentes em estágio terminal), definindo-se se será autorizada para os casos de eutanásia passiva (desligamento de máquinas ou aparelhos) ou eutanásia ativa (morte provocada por terceiro). Da mesma forma, a instituição da castração química de autores de crimes sexuais reclama autorização em lei. Nessas hipóteses mais complexas, ficam claras as funções garantísticas e de racionalização a serem exercidas pela lei, estabelecendo requisitos e formas, protegendo o indivíduo contra intervenções abusivas, especialmente no plano jurídico negocial.

No que tange à *preferência de Constituição*, trata-se da exigência de que a renúncia esteja em conformidade material com os princípios e regras constitucionais. Não se deve cogitar de renúncia que não se harmonize com os postulados plasmados no Texto Constitucional.

Concluindo seu estudo sobre o tema, Jorge Reis Novais<sup>484</sup> elenca os critérios orientadores da ponderação de interesses conducentes à decisão sobre a validade material de uma renúncia concreta a direito fundamental. Trata-se dos limites à renúncia ao exercício de direito fundamental, cuja observância é essencial para a validade do ato de renúncia<sup>485</sup>. Tais limites são os seguintes:

---

<sup>482</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 257.

<sup>483</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 263.

<sup>484</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 269-281.

<sup>485</sup> J. J. Gomes Canotilho entende que “os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são irrenunciáveis, devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente

a) disponibilidade de posições jurídicas tuteladas: não é absoluto o poder de disposição sobre as posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais. A renúncia/disposição dependerá não apenas da natureza do bem tutelado, como também das circunstâncias do caso concreto e do peso das razões e dos interesses em conflito;

b) necessidade de absoluto respeito à dignidade da pessoa humana: esse é um critério básico, essencial, tratando-se de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da CF/1988), devendo orientar a atuação do aplicador do Direito e do próprio legislador, uma vez que não se pode validar renúncia a direito fundamental que atente contra tal axioma. Conforme exemplo trazido por Novais<sup>486</sup>, não deve ser considerado válido o consentimento de alguém que aceita submeter-se a experiências de teste de um medicamento cujos efeitos são desconhecidos, podendo causar danos irreversíveis. Entretanto, será diferente se se tratar de um doente infectado com o HIV, que vê na experiência a última tentativa para salvar sua vida;

c) necessidade de respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental renunciado: é preciso absoluto cuidado e atenção para renúncias totais e definitivas. Nesse ponto, Marcelo Schenk Duque<sup>487</sup> ressalta que “toda e qualquer cogitação a favor da possibilidade de renúncia ao exercício de direito fundamental tem que ser feita dentro de limites. (...) Não há, portanto, falar em renúncia total”; e

d) observância do princípio da proporcionalidade (em sentido estrito): qualquer restrição a direito fundamental deve observar este princípio, que é decisivo para estabelecer limite ao poder de renúncia ou disposição de direito fundamental ou posição jurídica tutelada. É sempre necessário perquirir se a renúncia é adequada e proporcional, verificando-se se o peso do sacrifício é proporcional ao benefício que daí se pretende retirar. Um interessante exemplo apontado pelo jurista português<sup>488</sup> é o de um caso real, julgado pelos tribunais alemães, em que um policial, “admitido num serviço de operações especiais, se comprometera a não casar durante o tempo em que estivesse afectado à função, mas que, entretanto, porque a namorada engravidou, pretendeu fazê-lo”. Nessa hipótese, a ponderação à luz do princípio da proporcionalidade, indica que era excessiva e inválida a restrição ao direito fundamental.

Assentada, portanto, a possibilidade de renúncia ao exercício de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, desde que observados os parâmetros acima explicitados, passar-se-á, no tópico seguinte, à análise da (in)admissibilidade da disposição de direitos

---

proibida) e limitação voluntária ao exercício de direitos (aceitável sob certas condições)” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 464).

<sup>486</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 275.

<sup>487</sup> DUQUE, *op. cit.*, 2014, p. 110.

<sup>488</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 282.

fundamentais pelo acusado no âmbito do processo penal, mediante a adoção do supracitado rito abreviado fundado na admissão de culpa (confissão).

### **7.1.2 A (in)admissibilidade da renúncia ao exercício de direitos fundamentais pelo acusado a partir da adoção do rito abreviado amparado na confissão**

Como apontado no tópico 3.5, são comuns as divergências doutrinárias quanto à compatibilidade constitucional dos instrumentos de justiça penal consensual ou negociada, sobretudo quando acarretam a imposição de pena. Segundo Rosimeire Ventura Leite<sup>489</sup>:

As dificuldades mais marcantes do consenso no processo penal relacionam-se com os princípios e as garantias constitucionais que se incorporaram à noção de processo legítimo e que foram sedimentados ao longo do tempo para conferir maior dignidade à figura do acusado, protegendo-o contra abusos no exercício do poder punitivo estatal. Nesse sentido, a presunção de inocência, a imposição de pena condicionada à aferição da culpabilidade e à realização de um julgamento, enfim, o direito ao devido processo legal e seus corolários, são temas frequentemente questionados quando se trata de adotar solução consensuada.

É indiscutível que, num Estado que se denomina de Direito e Democrático, deva ser respeitado o devido processo legal como condição para a limitação de direitos do cidadão. Essa é uma garantia constitucional inarredável, prevista nos ordenamentos jurídicos dos países civilizados e que adotam regimes democráticos de governo. Nessa senda, o Texto Constitucional de 1988 enuncia que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV).

A Lei Fundamental do Brasil também dispõe que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Esses relevantes princípios (do contraditório e da ampla defesa) são corolários do devido processo legal, constituindo, no âmbito criminal, garantias processuais penais dos acusados, as quais, ao lado de outros postulados, delineiam o sistema garantista (SG) concebido por Luigi Ferrajoli<sup>490</sup>.

De acordo com Eugênio Pacelli<sup>491</sup>, o princípio do contraditório, junto ao da ampla defesa, “institui-se como pedra fundamental do processo e, particularmente, do processo penal”, pois consiste numa cláusula de garantia criada “para proteção do cidadão diante do aparato persecutório estatal”.

---

<sup>489</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 29.

<sup>490</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 20.

<sup>491</sup> PACELLI, *op. cit.*, 2012, p. 43.

De idêntica importância é o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição da República (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), assim como o direito constitucional ao silêncio (“LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”) e a garantia contra a autoincriminação, ou seja, de não produzir prova contra si mesmo (“*Nemo tenetur se detegere*”).

Não há dúvida de que mecanismos de solução consensual e abreviada do processo penal devem ser normatizados (e aplicados) de modo que se harmonizem com os referidos direitos e garantias de índole constitucional, buscando-se eliminar riscos de prejuízos para o acusado, que é a parte mais fraca dessa relação processual.

Nessa perspectiva, a questão que se coloca no presente tópico diz respeito à (in)admissibilidade da renúncia ao exercício de parcela dos direitos fundamentais pelo acusado a partir da adoção de um rito abreviado ancorado na confissão, tal como previsto no projeto de lei do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009). A renúncia pelo réu à presunção de inocência, ao exercício do direito ao contraditório e do direito de produzir provas, com aceitação da aplicação antecipada da pena a partir de um acordo entre as partes (acusador e acusado) nos casos de admissão da culpa (confissão), ofende a Constituição Federal?

A resposta dogmática a essa complexa indagação deve ser dada à luz dos ensinamentos de Jorge Reis Novais. É preciso analisar o instituto a partir das balizas bem apontadas pelo constitucionalista português.

A primeira consideração a se fazer a favor dessa modalidade alternativa de resolução de conflitos penais é que a possibilidade de celebração do acordo entre as partes surge depois de iniciada a ação penal, ou seja, no curso do processo, de maneira que não há dispensa do devido processo legal. Acaso haja interesse das partes, sobretudo da defesa, a formalização do acordo se dará no bojo de um processo judicial, diante do juiz, na forma preconizada em lei.

Note-se que não há – e nem poderia haver - renúncia ao devido processo legal, pois existe o regular oferecimento de denúncia perante o juízo competente para então se abrir a possibilidade de solução consensual ou negocial acaso o réu, devidamente assistido por seu defensor<sup>492</sup>, queira confessar os fatos e optar pela resolução consensual e antecipada do caso.

---

<sup>492</sup> Evidentemente, não há dispensa da defesa técnica. A presença de defensor habilitado é imprescindível, isto é, o acusado não pode dispor do direito de contar com um defensor que o oriente e o aconselhe.

Há devido processo legal, mas com possibilidade de adoção de um procedimento simplificado e célere alicerçado num acordo firmado a partir da confissão do imputado<sup>493</sup>.

Obviamente, se o réu não tiver interesse nesse mecanismo alternativo de solução do conflito, sequer será designada audiência para essa finalidade. A realização da audiência como espaço para o diálogo e o consenso só deve acontecer se o réu pretender confessar e dispor dos direitos ao contraditório e à produção de prova. Se o acusado não cogita da admissão de culpa, evidente que lhe fica plenamente assegurado o exercício de todas as garantias constitucionais, de modo que possa refutar a acusação com suas alegações e mediante a produção de provas. Parece claro que os integrantes da comissão de elaboração da nova codificação jamais pensaram em afrontar ou fragilizar tais garantias do acusado.

Agora, nada impede que o imputado confesse e opte por uma via processual simplificada e consensual, renunciando à presunção de inocência, ao exercício do direito ao contraditório e à produção de prova (*right to evidence*)<sup>494</sup>. Não estará ele renunciando à titularidade desses direitos constitucionais, mas deles dispondo numa situação específica justamente porque deles é o titular. Essa renúncia deve ser enxergada como um exercício estratégico de tais direitos fundamentais, até porque a noção de irrenunciabilidade ou indisponibilidade absoluta equivaleria a negar a liberdade ao titular da proteção jurídica. Como bem pontuou Novais<sup>495</sup>:

Na medida em que a ordem jurídica do Estado confere ao indivíduo o direito de dispor sobre os seus direitos e de contrair obrigações, em regime de ‘autonomia privada’, este direito de autodeterminação deve ser largamente respeitado, devendo a tutela dos direitos fundamentais ser reduzida em igual medida. Em situações onde o indivíduo participa livremente na conformação das suas próprias relações jurídicas, é precisamente o respeito da sua autonomia privada e da sua dignidade que obriga a sujeitá-lo, por princípio, às vinculações voluntariamente

---

<sup>493</sup> Não prospera, portanto, o questionamento de Alexandre Betini no sentido de que, com a adoção do novo instituto da barganha, “*não se observaria o devido processo legal, já que os acordos retiram dos acusados o direito a um julgamento justo, com as devidas garantias fundamentais [...]*” (BETINI, *op. cit.*, 2010, p. 11-12). É que não se retira o direito às garantias processuais e ao julgamento, mas se admite a possibilidade de construção de uma solução negociada, fundada no consenso.

<sup>494</sup> A Corte Suprema Brasileira assim tem se posicionado em casos de colaboração premiada: “[...] Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão ‘renúncia’ à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, constante no título VI do acordo (fl. 20), no que possa ser interpretado como renúncia a direitos e garantias fundamentais, devendo ser interpretada com a adição restritiva ‘ao exercício’ da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. nº 5259/DF. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília/DF, 14/03/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28PET+5952%29%28%28TEORI+ZAVASCKI%29%28ENORL%2E+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29%28ENPRO%2E+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29%28EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/h8vqklw>>. Acesso em: 02/11/2016).

<sup>495</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 294.

contraídas por ele. Só o Estado paternalista se empenharia em proteger, em ampla medida, os cidadãos contra eles próprios.

O acordo por meio de tal rito abreviado, a ser introduzido por lei<sup>496</sup>, encerra uma renúncia parcial, voluntária e expressa do exercício dos direitos ao contraditório e à produção de prova. Não se trata de renúncia total e definitiva da titularidade de direitos fundamentais do acusado, mas de renúncia de parcela do exercício de tais direitos exatamente porque o réu, aconselhado por seu defensor, pretende confessar os fatos que lhe foram imputados num determinado processo criminal.

Oportuno transcrever a lição de Virgílio Afonso da Silva<sup>497</sup>:

Quando aqui se faz menção a renúncia a direitos fundamentais ou qualquer tipo de transação que os envolva, não se quer sustentar, obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão-somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito, ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação. Os efeitos dessa renúncia são válidos para essa situação determinada.

Negar a solução consensuada em estudo sob o argumento de violação dos direitos ao contraditório e à produção de prova corresponderia a entender que o acusado tem o dever de contrapor-se à pretensão acusatória; equivaleria a compreender que o réu deve sempre se opor à imputação, não tendo o direito de conformar-se com ela e buscar a solução processual que lhe parecer mais ajustada a seus interesses.

O acordo a partir da confissão naturalmente envolve uma declaração de vontade que deve se dar de forma livre, consciente e devidamente informada, diante do juiz, do membro do Ministério Público e do defensor. Ao discorrer sobre o princípio do privilégio contra a autoincriminação, Haddad<sup>498</sup> aduz que esta “pressupõe a existência de vontade em decidir o que fazer ou não. Se falta o elemento volitivo, sequer há de se falar em possibilidade de autoincriminação, cujo conceito compreende uma decisão voluntária inerente ao indivíduo”.

---

<sup>496</sup> Nesse sentido, Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas e Larissa Rosa afirmam: “Tratando-se de previsão legal expressa a respeito de uma possibilidade de solução consensual do conflito penal e sendo uma oportunidade (leia-se: o acusado terá liberdade para optar por esta forma de resolução), não há que se falar em violação aos direitos e garantias do acusado. Não se pode falar, em abstrato, que haverá um prejuízo ao acusado por ele estar abrindo mão da produção de provas e da presunção de inocência ao confessar. É preciso analisar que a estratégia de evitar um processo longo e uma pena mais grave pode ser um trunfo para a defesa.” (FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; ROSA, Larissa. As oportunidades de consenso entre o Ministério Público e o acusado e a horizontalização da justiça. In: Rômulo Rhemo Paliot Braga e outros - CONPEDI/UFPB. (Org.). **Livro do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI - Criminologias e Política Criminal I**. 1ª ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, p. 161-179).

<sup>497</sup> SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 64.

<sup>498</sup> HADDAD, *op. cit.*, 2005, p. 365.

Uma objeção comumente suscitada por quem<sup>499</sup> é contrário ao mecanismo em debate é que não haveria genuína voluntariedade na declaração de vontade do réu. Essa censura não se justifica, uma vez que o imputado deverá receber esclarecimentos e orientações de seu defensor antes e durante a audiência. Ainda, ao juiz caberá informar ao réu sobre suas garantias constitucionais, averiguando se ele tem noção de que está renunciando parcela de seus direitos processuais e se compreende a natureza do acordo e suas consequências.

Como esclarece Diego Diez<sup>500</sup>:

[...] la voluntariedade del acto ha de entenderse desde una doble perspectiva: a) la conformidad no puede haber sido inducida mediante coacciones, amenazas e engaños, etc.; y b) el acusado ha de tener pleno conocimiento de las consecuencias de su acto, comprendiendo debidamente la naturaleza de la acusación y los derechos a que puede estar renunciando.<sup>501</sup>

Mostra-se precipitada a crítica<sup>502</sup> no sentido de que não haveria verdadeiro consenso, pois o réu seria coagido ou pressionado a firmar o acordo com medo de receber uma pena mais gravosa. Como pondera Rodrigo da Silva Brandalise<sup>503</sup>, sempre haverá “alternativa aos termos do acordo, qual seja, o julgamento. O acusado jamais estará atrelado à vontade do agente responsável pela acusação, pois sempre restará tal alternativa”, que poderá significar a condenação à pena adequada (na forma da lei) ou a absolvição.

É preciso ficar claro que a proposta de rito abreviado em debate, já adotada por outros países latinos, conquanto tenha sido inspirada no modelo norte-americano, muito se diferencia das ferramentas de justiça criminal negociada dos EUA (*guilty plea* e *nolo contendere* decorrentes de *plea bargaining*), não havendo aqui margem para ampla consensualidade, com negociação da(s) imputação(ões) e da(s) pena(s) na fase pré-processual, longe dos olhos do juiz, com total discricionariedade na atuação do promotor, que dispõe de poderes quase irrestritos, de modo a praticamente obrigar o acusado ao “acordo”.

O instituto em estudo, como visto, é mais tímido, justamente porque almeja conciliar garantismo com efficientismo, buscando extrair parte das vantagens do modelo estadunidense,

---

<sup>499</sup> CASARA, Rubens R. R. O Acordo para Aplicação da Pena: Novas Considerações Acerca da Verdade e do Consenso no Processo Penal Brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Carvalho Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição - Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/09, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 147-157.

<sup>500</sup> DIEGO DIEZ, *op. cit.*, 1997, p. 180.

<sup>501</sup> **Tradução livre:** “[...] a voluntariedade do ato há de entender-se desde uma dupla perspectiva: a) a conformidade não pode ter sido induzida mediante coações, ameaças e enganos, etc.; e b) o acusado há de ter pleno conhecimento das consequências de seu ato, compreendendo devidamente a natureza da acusação e os direitos a que pode estar renunciando.”

<sup>502</sup> MALAN, Diogo. Sobre a condenação sem julgamento prevista no PLS 156/09. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, nº 207, fev/2010, p. 02-03

<sup>503</sup> BRANDALISE, *op. cit.*, 2016, p. 49.

mas fazendo as adaptações necessárias para preservar as garantias constitucionais do réu, mediante controle judicial e aconselhamento da defesa técnica.

Naturalmente, jamais se espera que o próprio juiz, que tem a função de guardião ou garante de direitos fundamentais, venha a coagir o arguido a aceitar os termos do acordo ou permitir que o membro do Ministério Público, diante do defensor, force o réu a aceitar a aplicação imediata da pena, em flagrante violação da lei e das garantias constitucionais do imputado. A resistência<sup>504</sup> à inovação fundada nesse tipo de argumento parte de uma compreensão equivocada de que as autoridades seriam irresponsáveis<sup>505</sup> e estariam dispostas a afrontar a lei e os preceitos constitucionais para tornar o funcionamento do sistema de justiça criminal mais eficiente e funcional.

Nesse ponto, Daniel Guerra Alves<sup>506</sup> argumenta:

[...] Nem nosso Ministério Público, nem nossa magistratura de primeiro grau têm qualquer compromisso que não seja com a lei e com sua consciência. Não há eleições para tais cargos. O preenchimento dos cargos é baseado no mérito. A única paga da injustiça consciente é a consciência pesada. Noutro giro, desconfiar da capacidade de nossos advogados de uma maneira genérica e leviana, intuindo que seriam levados a acordos injustos, ignora muita coisa de nosso atual desenvolvimento social, e por que não mencionar, do aparato ético e técnico das nossas resplandecentes defensorias públicas.

Não deve ser desprezada, porém, a preocupação no sentido de que o arguido pode se sentir pressionado pelas circunstâncias, optando logo pelo acordo por receio de receber uma pena mais elevada ou por medo de vir a ser preso. Ora, mas é justamente com o propósito de evitar uma manifestação de vontade viciada do réu que o legislador reformador propõe uma disciplina normativa que busca resguardar seus direitos, de maneira que possa decidir de forma livre e consciente, sob orientação da defesa técnica e mediante esclarecimentos do juiz.

A introdução de um mecanismo novo sempre gera preocupações e receios, porém a celebração de acordo criminal não é algo inédito em nosso meio, como exposto no capítulo 6.

---

<sup>504</sup> Diogo Malan questiona a adoção do novo instituto inspirado no *plea bargaining* norte-americano, afirmando que no modelo daquele país não há liberdade para um verdadeiro consenso, pois, na prática, “o acusado é coagido a se *autoincriminar* e *renunciar* ao julgamento perante o Tribunal do Júri, pela *ameaça*, explícita ou velada, de aplicação de sanção penal mais gravosa ao final do julgamento. Afirma temer que, em nome da eficiência e da celeridade, o modelo estadunidense ganhe corpo na legislação pátria.” (MALAN, *op. cit.*, 2010, p. 02-03). Essa crítica olvida que, embora tenha buscado inspiração no modelo estadunidense, a Comissão de Juristas que elaborou o projeto de lei do novo CPP fez as devidas adaptações buscando resguardar as garantias constitucionais do réu. O rito abreviado que aqui se debate não se confunde com o *plea bargaining* norte-americano, já que possui características próprias delineadas pelo legislador brasileiro, podendo ser ainda aperfeiçoado.

<sup>505</sup> “Não se pode supor que os agentes estatais tenham interesse abstrato de piorar a situação de alguém, o que equivaleria a presumir a má-fé.” (ALVES, Daniel Guerra. *Justiça Penal Consensual. Revista da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região*. III Jornada de Direito Processual Penal. Brasília: ESMAF, 2013, p. 69).

<sup>506</sup> ALVES, *op. cit.*, 2013, p. 65-66.

Além dos acordos em sede de transação penal e de suspensão condicional do processo, acordos informais ocorrem, vez ou outra, na prática forense nacional, quando as partes dispensam testemunhas ou ouvem apenas uma ou duas pelo fato de o réu ser confesso e não haver razão para alongar a instrução, de modo que passam logo a seu interrogatório e à aplicação da pena no mínimo legal, quando primário e ausentes circunstâncias que justifiquem a imposição da reprimenda acima de tal limite.

Como bem assinala Rosimeire Ventura Leite<sup>507</sup>, é certo que:

O confronto entre os acordos no processo penal e os direitos fundamentais tem desdobramentos bastante polêmicos. Entretanto, ao invés de negar ao imputado os benefícios que podem advir da solução consensual, retirando-lhe por completo a autonomia da vontade e o poder de disposição, é mais adequado aprimorar os institutos consensuais, pautando-os pela boa-fé, pela defesa técnica efetiva, pela clareza das consequências da manifestação volitiva e por um controle jurisdicional que não seja mera ficção. Além disso, há de se estabelecer critérios legais que tornem a limitação voluntária de direitos fundamentais instrumento compatível com o Estado de direito e a dignidade da pessoa humana.

O procedimento abreviado para aplicação antecipada de pena não resvala no direito do réu ao silêncio ou na garantia constitucional contra a autoincriminação. Se o acusado, assistido por seu defensor, almeja confessar os fatos a si imputados e admitir a culpa, deve lhe ser permitido falar, exatamente porque goza de liberdade, havendo de ser respeitada a autonomia da vontade e o direito de autodeterminação do indivíduo. Tais garantias não abrangem a autoincriminação voluntária, como a confissão emitida sem coação.

O direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação são renunciáveis. A confissão é uma atenuante genérica. O réu tem o direito de confessar e de obter os efeitos benéficos da admissão de culpa (art. 65, III, “d”, do CP). Nada obsta que ele, livre, consciente e estrategicamente, disponha do exercício de tais direitos constitucionais, deixando de se opor à acusação.

Não se discorda dos que entendem<sup>508</sup> que apenas a confissão é insuficiente para amparar a imposição antecipada da pena. Todavia, a confissão será submetida à avaliação judicial e deverá estar em harmonia com os demais elementos fáticos nos quais se embasa a acusação, de modo que goze de credibilidade e venha a ser aceita pelo Juízo para fundamentar

---

<sup>507</sup> LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 35.

<sup>508</sup> FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. PLS 159/2009 e o acordo para aplicação de pena: avanço ou retrocesso? In: PINTO, Felipe Martins; GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel (Coord). **Processo e Efetividade**. Série Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito, vol. 3. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 07-26.

o acordo criminal. Os cuidados do juiz devem ser tomados no sentido de evitar o risco de autoacusação falsa engendrada para acomodar uma solução antecipada<sup>509</sup>.

Inexistindo elementos que infirmem a confissão, ao contrário, havendo evidências que a confirmem, o que deverá ser verificado em cada caso pelo juiz, e estando a defesa técnica em concordância com a solução pactuada ou negocial, deve ela ser construída entre as partes sob a fiscalização do magistrado. Nessas circunstâncias, essa solução pactuada e abreviada, ancorada na confissão, é válida, não atentando contra as garantias do acusado, daí porque descabe invocá-las para obstar o emprego do novel mecanismo de justiça penal consensual.

O mecanismo alternativo em comento não atenta contra o princípio da presunção de inocência. Ora, se inexistir interesse do réu no acordo, não haverá rito abreviado nem condenação antecipada. Ainda que haja interesse da defesa e em audiência ocorra a confissão, mas não venha a ser entabulado o acordo por um desajuste quanto à pena adequada, o acusado continuará presumivelmente inocente e deverá ser julgado na forma da lei (por magistrado diverso), após o regular trâmite do feito.

De outro lado, se for celebrado o acordo entre as partes, a avença será submetida à homologação judicial, conforme previsto no projeto. Estando preenchidos os requisitos legais e havendo a homologação pelo juiz, por sentença, ao réu será imposta a sanção acordada. Somente quando transitar em julgado a referida sentença homologatória é que o acusado será considerado culpado. Não há margem, portanto, para se objetar o instrumento em estudo sob a alegação de que viola o princípio da não culpabilidade.

Soa exagerada e alarmista a afirmação<sup>510</sup> de que os instrumentos de justiça penal consensual ou negocial acarretam a “mercantilização” ou “privatização” do processo penal. Isso pode até acontecer em modelos que adotam uma concepção de consensualidade ampla e sem controle judicial. No caso do mecanismo em comento, haverá um processo conduzido pelo Estado, mas simplificado devido ao acordo firmado entre o órgão de acusação e a defesa a partir da confissão (total ou parcial). Não haverá *negociata* ou condenação sem provas, mas aplicação de pena mínima ou reduzida em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, a partir de um consenso entre as partes amparado na confissão (livre e espontânea) do réu.

---

<sup>509</sup> Segundo o artigo 197 do Código de Processo Penal, “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. A finalidade desse comando é justamente evitar confissões falsas.

<sup>510</sup> Aury Lopes Jr. assevera que “os modelos de justiça negociada (e consensual) representam importante violação à garantia da inderrogabilidade do júízo. A lógica da *plea negotiation* conduz a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito. [...] A lógica negocial transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo” (LOPES JR., Aury, *op. cit.*, 2015a, p. 169).

Como mencionado, tal confissão deverá ser confirmada diante do magistrado, precisando estar em conformidade com os demais elementos indiciários contidos no procedimento investigatório policial. Caberá à defesa técnica<sup>511</sup> e também ao juiz prestarem ao réu os esclarecimentos e informações necessários e suficientes para a tomada da decisão. Ressalte-se que a negociação da pena ou barganha não ocorrerá em segredo, mas em audiência pública, diante do juiz. Ainda, como argumenta Queirós Campos<sup>512</sup>:

Trata-se de medida benéfica ao acusado, por redundar na aplicação da sanção no mínimo legal ou até mesmo abaixo de tal patamar. Inexiste violação ao *due process of law*, desde que se tenha em mente que, por opção legislativa, o processo sumário seja uma nova modalidade de devido processo legal condenatório. E não se alegue significar a imposição de pena privativa de liberdade sem formação de culpa, pois esta será confessada pelo próprio acusado, em um ambiente – espera-se – propício a que ele compreenda as consequências de sua decisão, o que, aliás, aumenta a importância, nesse *iter* dialogal, da figura do advogado.

Compreendem-se, em parte, as críticas de quem<sup>513</sup> entende que a dispensa da produção de provas pode comprometer o alcance da verdade. Todavia, como demonstrado no tópico 3.5, a verdade consensuada é processualmente válida, cabendo lembrar que, de outro lado, nem no processo tradicional é possível a reconstituição plena dos fatos, havendo falhas que justificam o ajuizamento de revisões criminais.

Não se discute que o processo é instrumento de garantia e de reconstrução da verdade. Mas por que a fase instrutória não pode ser suprimida em determinados casos, quando já satisfatoriamente esclarecidos os fatos e o réu for confesso? Poderia aqui ser mencionada uma infinidade de exemplos, não só de casos flagranciais, em que há evidências probatórias robustas que, associadas à confissão, dispensam por completo a dilação probatória em juízo. Por que deve o imputado, mesmo nessas hipóteses, ser submetido às cerimônias aflitivas e vexatórias do processo penal<sup>514</sup>, se se mostrar disposto à resolução antecipada e consensuada do caso, com obtenção de vantagens que pela via conflitiva não alcançaria?

---

<sup>511</sup> Como assinala Hill, ao advogado “[...] cumpre analisar juridicamente a proposta oferecida pelo promotor, esclarecê-la ao acusado e aconselhá-lo eticamente [...]”, de modo que seus interesses sejam atendidos da melhor maneira. Ao arguido deve, portanto, ser assegurada uma efetiva defesa técnica” (HILL, *op. cit.*, 2004, p. 516).

<sup>512</sup> CAMPOS, *op. cit.*, 2013, p. 750.

<sup>513</sup> CASARA, *op. cit.*, 2011, p. 147-157.

<sup>514</sup> “Nessa perspectiva, a função do consenso é a de retirar dos atos processuais, no máximo em que possível, tudo aquilo que dê causa à estigmatização social do delinquente e que influencie negativamente na imagem que cria de si mesmo após a submissão à justiça penal [...]” (OLIVEIRA, *op. cit.*, 2015, p. 116).

O fato confessado e não contestado pode, mediante controle judicial e da defesa, ser considerado verdadeiro; pode servir de base à decisão quando o juiz e as próprias partes já tenham a convicção da veracidade do enunciado que o descreve<sup>515</sup>.

Na realidade, diferentemente do que ocorre num cenário de confronto, num espaço de diálogo a condenação amparada no consenso pode trazer um maior juízo de certeza do que na hipótese de decorrer de um julgamento, havendo de se admitir a noção de verdade pactuada nos casos de confissão e de acordo de vontades para uma antecipada aplicação da pena.

Como visto, da maneira como consta do projeto, o rito abreviado para fins de acordo será cabível apenas nos casos em que houver imputação de crime cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos de prisão. Por conseguinte, ensejará a aplicação de pena substitutiva à prisão, quando cabível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, na forma do art. 44 e seguintes do Código Penal, e também, quando for o caso, a aplicação do benefício da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do CP. Ensejará ainda a aplicação de pena privativa de liberdade de curta duração aos réus reincidentes que não tiverem direito a tais benefícios.

No que tange ao uso do instrumento para a aplicação de penas alternativas à prisão pelo rito abreviado em estudo, é possível afirmar, sem sombra de dúvida, que não atenta contra preceitos constitucionais. O mecanismo consensual em questão mostra-se, em linhas gerais, em consonância com os princípios constitucionais que regem a matéria. Seria introduzido por lei, sendo pautado pela renúncia parcial, voluntária e expressa do exercício de parcela dos direitos fundamentais do acusado, guardando conformidade com os postulados e garantias processuais penais expressos na Constituição da República<sup>516</sup>. A disponibilidade das posições jurídicas tuteladas do réu acontecerá com respeito absoluto à dignidade da pessoa humana, com preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais do acusado e com atenção ao princípio da proporcionalidade (em sentido estrito), na linha das ideias do constitucionalista português Jorge Reis Novais.

Um debate mais acentuado existirá, porém, em relação à possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade de curta duração aos réus reincidentes que não tiverem direito à pena substitutiva nem ao *sursis* condicional da pena. É que a liberdade de locomoção é vista

---

<sup>515</sup> TARUFFO, Michele. Verdade negociada? Trad. de Pedro Gomes de Queiroz. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. XIII, Rio de Janeiro, 2014, p. 657.

<sup>516</sup> A propósito, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco salientam: “A respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, é de assinalar que, se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional.” (BRANCO; MENDES, *op. cit.*, 2016, p. 144)

como um bem jurídico indisponível<sup>517</sup> e, então, o acusado dela não poderia dispor num acordo com o Ministério Público. A solução pactuada em estudo ficaria obstada pela indisponibilidade de tal posição jurídica tutelada.

É sabido que um bem jurídico é indisponível quando seu titular não tem a possibilidade de dele abrir mão ou abdicar. Viu-se que os direitos fundamentais nem sempre são indisponíveis ou irrenunciáveis, de modo que o poder de disposição dependerá da natureza do bem, do tipo de relação jurídica, das circunstâncias do caso concreto e do peso das razões e dos interesses em conflito<sup>518</sup>.

No que tange ao direito de liberdade de locomoção, não se pode tratar de sua (in)disponibilidade sem considerar o tipo de relação jurídica em que se insere, assim como o ramo da ciência jurídica em que se discute o tema. Pode ser diferente o regramento atinente à disposição de direitos entre particulares, no âmbito o Direito Civil, e à disposição ou enfraquecimento de direito ante o Estado, numa relação de Direito Processual Penal, por exemplo. Também é preciso atentar para a distinção entre renúncia a direito material e renúncia a direito processual.

Nessa ótica, numa relação jurídica processual penal, é possível a realização de um acordo que implique o cumprimento de uma pena de prisão de curta duração, como já acontece, por exemplo, na Espanha, na França, na Itália e no Chile. É que o réu não está, sem baliza normativa nem controle do Estado, dispondo ou renunciando diretamente a seu direito de ir e vir. Ele está, num procedimento próprio, diante do juiz, aconselhado por sua defesa técnica, renunciando ao exercício de direitos processuais e, como consequência prevista em lei, haverá a aplicação de pena de prisão no mínimo legal<sup>519</sup>.

Ainda que se entenda que o réu está renunciando ao direito de liberdade nessa situação (e não somente ao exercício de direitos processuais), tem-se que, ante a natureza da relação jurídica, disciplinada legalmente e somada ao controle judicial e defensivo, está-se a atender aos limites de validade que já foram explicitados neste trabalho. Saliente-se que esse ato de disposição consiste num ato complexo<sup>520</sup>, uma vez que o consentimento do réu advém justamente do exercício de outras posições jurídicas por ele exercida na esfera do processo penal. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, trilhando essa linha de

---

<sup>517</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Juspodivm: Salvador, 2016, p. 17.

<sup>518</sup> NOVAIS, *op. cit.*, 2006, p. 270.

<sup>519</sup> É certo que não fica numa posição confortável quem está respondendo a uma acusação e pode vir a ser preso, mas isso, no entanto, “não invalida a escolha da via consensual como estratégia defensiva” (LEITE, *op. cit.*, 2013, p. 215).

<sup>520</sup> VELHO, Letícia de Campos Martel. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. In: **Espaço Jurídico**, v. 11, n° 2. Joaçaba, jul-dez/2010, p. 362.

racionínio, tem reputado válidos acordos de colaboração premiada nos quais se avençou a aplicação de penas privativas de liberdade<sup>521</sup>.

Todavia, embora se tenha essa compreensão do assunto, em vista dos perigos explicitados nos tópicos a seguir, pensa-se que ainda não é o caso de se alargar os espaços de consenso no Brasil a ponto de permitir acordos para aplicação de pena de prisão, devendo permanecer essa hipótese restrita aos casos de colaboração premiada envolvendo organizações criminosas. Não temos experiência na formulação de acordos pautados na admissão de culpa, sendo recomendável que primeiro seja testado o mecanismo com a aplicação de penas substitutivas. Como bem pondera Leticia de Campos Velho Martel<sup>522</sup>, “[...] na delicada trama dos direitos fundamentais, reconhecer que as posições subjetivas de direito fundamental não são conceitualmente (in)disponíveis não significa que a cautela possa ser afastada no exame normativo”.

Ademais, não pode o legislador dar tratamento equivalente a réus primários e a reincidentes específicos. Não é o caso de a estes garantir a aplicação de penas mínimas, afastando-se agravantes e causas de aumento de pena para igualá-los a réus primários. Para que o Ministério Público pudesse acordar com réus reincidentes específicos, deveria ter um pouco mais de margem de negociação, para transacionar reprimendas acima do mínimo legal.

Assim, como será visto no tópico 7.1.4, pretende-se sugerir que, em vez de permitir o acordo quanto à pena de prisão, seja ampliado o campo de abrangência do instituto de modo que venha a alcançar todos os tipos penais que admitem a aplicação de penas substitutivas.

Noutro giro, no aspecto procedimental, há pontos falhos na proposição do rito abreviado sob enfoque. Um exemplo disso é o § 9º do art. 283 do projeto, que enuncia o seguinte: “Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.” Nessa hipótese, o juiz ficará “claramente contaminado e será imenso o prejuízo causado pelo *pré-juízo*”, pois “não há como controlar a imagem negativa que se formará no (in)consciente do julgador [...]”<sup>523</sup>. Assim, não obstante o avanço que representa, é preciso aperfeiçoar a proposta neste e noutros pontos, como no relativo à eventual recusa injustificada de acordo por parte do membro ministerial que oficia no feito. Desses aspectos se cuidará mais adiante.

---

<sup>521</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 6049 / DF (14/04/2016); Pet 5952 / DF (14/03/2016); e Pet 5245/DF (17/12/2015). Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília/DF. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28COLABORA%27%27C3O+PREMIADA+HOMOLOGO+ACORDO%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gtfs3fh>>. Acesso em: 02/11/2016.

<sup>522</sup> VELHO, *op. cit.*, 2010, p. 367.

<sup>523</sup> LOPES JR., *op. cit.*, 2015a, p. 177.

Em arremate, apesar de o projeto ainda estar em discussão no Parlamento Brasileiro, é possível concluir pela admissibilidade da disposição de direitos fundamentais pelo acusado no âmbito do processo penal, mediante a adoção do supracitado rito abreviado fundado na admissão de culpa. Noutras palavras, o acusado pode renunciar ao exercício dos direitos à presunção de inocência, à proteção contra a autoincriminação, ao contraditório e à produção de provas. O procedimento abreviado amparado na confissão pode ser compatibilizado com as garantias constitucionais do acusado, ou seja, pode ser normatizado de modo que não atente contra o princípio constitucional do devido processo penal (*nulla poena sine iudicio*) e seus corolários lógicos (princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório).

Sem embargo das críticas de juristas hipergarantistas<sup>524</sup>, no sentido de que a justiça consensual penal é inconstitucional e transforma o processo penal numa “negociata”, a verdade é que a ampliação de espaços de consenso no Direito Processual Penal Brasileiro é o caminho adequado para acelerar a solução de conflitos penais e tornar mais efetiva a resposta do Estado sem se desrespeitar as garantias constitucionais dos acusados.

Corroborando o ponto de vista aqui exposto, Jorge de Figueiredo Dias<sup>525</sup>, apesar de defender um modelo de processo penal basicamente acusatório, sustenta, com toda razão e pertinência, que tal modelo:

[...] tem agora, se quiser adequar-se à transformação ideológica, cultural e social dos tempos ditos pós-modernos e às exigências acrescidas de eficácia processual, de ser integrado num paradigma assaz diferente do que até há pouco presidiu a toda a concepção europeia continental. Num paradigma que, não deixando de assinalar ao processo uma característica *adversarial*, deve dar passos decisivos na *incrementação, em toda a medida possível, de estruturas de consenso em detrimento de estruturas de conflito entre os sujeitos processuais*; como forma de oferecer futuro a um processo penal dotado de =eficiência funcionalmente orientada= indispensável à ultrapassagem da actual sobrecarga da justiça penal, sem menoscabo dos princípios constitucionais adequados ao Estado de Direito.

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, Luiz Flávio Gomes<sup>526</sup> afirmou que levando em conta a “quantidade de processos em andamento no Brasil (mais de 60 milhões)<sup>527</sup> não vemos outra saída para o descongestionamento da máquina judiciária brasileira que não seja a

---

<sup>524</sup> LOPES JR., *op. cit.*, 2002. p. 99-128.

<sup>525</sup> DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 16.

<sup>526</sup> GOMES, *op. cit.*, 2009, p. 2.

<sup>527</sup> Atualmente, há mais de 100 milhões de ações em tramitação no Poder Judiciário Brasileiro. No ano de 2015, ingressaram 3 milhões de casos novos criminais, sendo 1,9 milhão (64,9%) na fase de conhecimento de 1º grau, 448 mil (15,0%) na fase de execução de 1º grau, 17 mil (0,6%) nas turmas recursais, 514 mil (17,3%) no 2º grau e 67 mil (2,2%) nos tribunais superiores. O tempo médio de tramitação de uma ação de conhecimento na primeira instância, num tribunal de grande porte, como São Paulo e Minas Gerais, é 4 ou 5 anos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2016**, p. 71-72. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 07/11/2016).

via do consenso. É por esse caminho que temos que trilhar, conciliando sua eficiência com as garantias do Estado constitucional e democrático de Direito”.

### **7.1.3 Vantagens, desvantagens e perigos**

O rito abreviado fundado na confissão, embora não constitua remédio para todos os males do processo penal, tende a trazer vantagens ao sistema jurídico-penal brasileiro. Sua aprovação representaria um significativo aumento do espaço de solução consensuada penal no contexto nacional. Noutras palavras, um razoável percentual de casos penais poderia ser resolvido de forma simplificada e mais célere por meio de um acordo alicerçado na confissão, permitindo-se que os recursos humanos e materiais do Poder Judiciário sejam melhor empregados naqueles casos em que há real conflito ou dúvida quanto à culpa do réu. Haveria redução do elevado número de apelações e também diminuiria o percentual de casos em que se opera a prescrição da pretensão punitiva estatal.

São comuns, por exemplo, casos de furto, roubo ou receptação em que os acusados, especialmente quando presos em flagrante, confessam, na delegacia e em juízo, os eventos delitivos que praticaram, afastando qualquer controvérsia fática e deixando claro suas culpas. Estando tais confissões em plena concordância com os demais elementos carreados ao inquérito policial, torna-se absolutamente recomendável a adoção, como medida de administração da justiça, de mecanismo que permita o acordo entre as partes quanto à pena substitutiva a ser cumprida, dispensando-se a realização da instrução probatória e um longo e custoso trâmite até a sentença condenatória definitiva.

Quando não couber transação penal nem a suspensão condicional do processo<sup>528</sup>, se a pena máxima cominada não superar 08 anos de prisão, sendo o réu confesso e primário ou não reincidente em crime doloso, a tendência é que os membros do Ministério Público optem por apresentar propostas de acordo nos termos do art. 283 do projeto do novo Código de Processo Penal. É que, em hipóteses assim, existe a grande probabilidade de, ao final, serem fixadas penas mínimas ou próximas dos mínimos legais, operando-se a substituição da pena corporal por pena alternativa.

Vale mencionar alguns delitos que não permitem transação penal nem suspensão condicional do processo, mas que poderiam ser revolidos pela via em questão (segundo a redação do projeto): furto qualificado – art. 155, § 4º, do CP (reclusão de 2 a 8 anos e multa); apropriação indébita previdenciária - art. 168-A do CP (reclusão de 2 a 5 anos e multa);

---

<sup>528</sup> O réu pode já ter sido beneficiado com tais institutos despenalizadores.

receptação qualificada – art. 180, § 1º, do CP (reclusão de 3 a 8 anos e multa); falsificação ou uso de documento público – arts. 297 e 304 do CP (reclusão de 2 a 6 anos e multa); concussão – art. 316 do CP (reclusão de 2 a 8 anos e multa); contrabando – art. 334-A do CP (reclusão de 2 a 8 anos e multa); sonegação de contribuição previdenciária - art. 337-A do CP (reclusão de 2 a 5 anos e multa); falso testemunho ou falsa perícia – art. 342 do CP (reclusão de 2 a 4 anos e multa); posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito – art. 16 do Estatuto do Desarmamento (reclusão de 3 a 6 anos e multa); homicídio culposo no trânsito - art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro (detenção de 2 a 4 anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor); desmatamento ou exploração em terras de domínio público - art. 50-A da Lei nº 9.605/98 (reclusão de 2 a 4 anos e multa).

Existem ainda aqueles casos em que, pelo fato de haver concurso de crimes (material, formal ou continuidade delitiva), impõe-se afastar a suspensão condicional do processo pelo fato de o somatório das penas ou a incidência de majorantes fazer com que a pena mínima cominada ultrapasse o limite de 01 (um) ano (Súmula nº 243 do STJ). Também esses casos poderiam ser resolvidos pelo rito abreviado se houver admissão de culpa.

A inovação, portanto, pode: a) favorecer o descongestionamento de unidades judiciárias<sup>529</sup>; b) propiciar mais rapidez na resolução de casos relativos a uma criminalidade que não é alcançada pela transação penal nem pela suspensão condicional do processo; c) diminuir a estigmatização do acusado, que não ficará sujeito a um longo processo, além de poder participar da construção da decisão quanto a seu destino, o que favorece a reabilitação; d) reduzir significativamente o número de recursos; e) diminuir o grande número de prescrição nos feitos criminais; f) permitir que as autoridades competentes possam dedicar maior atenção a casos mais complexos e de maior relevância social, que não podem ser resolvidos de maneira simplificada pela via do consenso.

De outro lado, existem também desvantagens: a) a solução do caso não será erguida a partir de uma verdade processual, (re)construída em juízo, mas com amparo numa verdade consensuada<sup>530</sup>; b) ocorrerá uma maior valorização da confissão inculpatória<sup>531</sup>; c) os

---

<sup>529</sup> O Relatório Justiça em Números 2016 revela que, no final de 2015, havia, só na Justiça Estadual, 7 milhões de processos criminais. Destes, 5,6 milhões (79,3%) estavam pendentes na fase de conhecimento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2016**, p. 130. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 07/11/2016).

<sup>530</sup> Rubens Casara teme que o rito abreviado signifique abrir mão do valor “verdade” na solução do caso penal. Recorda que “a tradição do direito brasileiro aponta para o ‘consenso’ como uma categoria do processo democrático de criação de textos legais, enquanto a ‘verdade’ é tida como uma operação operatória necessária à aplicação do direito”. Coloca a verdade processual como condição de legitimidade à declaração do direito penal (CASARA, *op. cit.*, 2011, p. 148).

<sup>531</sup> Casara afirma que “não se pode descartar que a aposta no consenso penal estimula a permanência de vários vícios do sistema inquisitivo, tais como a busca da confissão, como a ‘rainha das provas’, a pressão sobre o imputado, o desprezo ao juízo oral e público” (CASARA, *op. cit.*, 2015, p. 193). A intenção de apoiar-se em

acusados que rejeitarem a via consensual poderão, ao final, ser apenados com sanções superiores às daqueles que tiverem celebrado o acordo para aplicação de pena reduzida, o que dá a ideia de desigualdade na repressão penal<sup>532</sup>; e d) haverá uma atenuação do rigor sancionatório, pois o projeto prevê a desconsideração das agravantes e das causas de diminuição de pena, o que pode prejudicar a exigência de prevenção geral e também de prevenção especial.

Essas desvantagens, no entanto, se confrontadas com as vantagens acima mencionadas, não têm o condão de inibir a proposta em debate, pois a atuação da defesa técnica e o exercício do controle judicial, como acima destacado, têm justamente o propósito de garantir a composição de uma solução acordada que se revele adequada à luz da verdade e da justiça.<sup>533</sup>

Aliás, a verdade consensuada, como assinalado no tópico anterior e também no item 3.5, é válida para amparar a resolução de casos penais. A confissão, por sua vez, não será o único elemento a embasar o acordo, havendo necessidade que esteja em conformidade com outras evidências existentes nos autos. Ainda, quanto à aludida desigualdade de penas, cabe ponderar que a admissão de culpa já é causa de atenuação de reprimendas nos julgamentos convencionais. Quem confessa tende a ter a pena abrandada em relação aos demais; quem colabora voluntariamente aproxima-se de um tratamento diferenciado, mais favorável, sem que isso caracterize violação ao princípio da isonomia<sup>534</sup>.

Entretantes, a proposta parece conduzir a uma indevida atenuação do rigor sancionatório no tocante a réus reincidentes. Primeiro, porque não é adequado que recebam o mesmo tratamento que receberão os réus primários. No tocante a réus reincidentes específicos, por exemplo, a política de afastar agravantes e causas de diminuição de pena para garantir o acordo de pena mínima claramente afrontaria os fins de prevenção geral e também de prevenção especial da sanção. Segundo, porque, não cabendo a substituição de pena (art.

---

demasia na confissão pode importar “na coadjuvação das técnicas investigativas” (HADDAD, *op. cit.*, 2005, p. 63).

<sup>532</sup> Não faltam autores a alegar que a declaração de culpa gera um prêmio ao acusado confesso, que tem sua pena atenuada em relação àquele que recusa o acordo, o qual acaba punido mais severamente apenas porque fez uso dos seus direitos. Jorge de Figueiredo Dias argumenta que não é bem assim: “Nem a falta de disponibilidade para participar de um acordo representa uma *agravação* da responsabilidade do arguido: este deverá ser punido, com acordo ou sem ele, segundo o processo legal de determinação da pena, em conformidade com as existências da culpa e da prevenção. Nem, por outro lado, o conferir valor de atenuação à confissão representa uma violação das finalidades gerais preventivas da pena, por isso que aquele valor deve ser justificado, no caso, pela menor *necessidade de pena* (e por conseguinte de prevenção) que no caso se faz sentir” (DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 56-57).

<sup>533</sup> Já se comentou suficientemente sobre os tantos casos flagranciais e de evidências probatórias robustas que, com a confissão cabal, permitem tranquilamente soluções simplificadas pela via da consensualidade.

<sup>534</sup> A propósito, Figueiredo Dias sustenta: “[...] Não parece assistir razão a quantos receiam – e a alegação não é invulgar – que o acordo possa, no que respeita à questão da sanção, ofender o *princípio da igualdade* de tratamento processual penal: só ofende este princípio o tratamento desigual de situações *iguais*, [...] o que não é minimamente o caso” (DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 55).

44 do CP) nem a suspensão condicional da reprimenda (art. 77 do CP), as partes deveriam transacionar a própria pena de privação de liberdade, experiência, como asseverado, um pouco arrojada para um modelo que inicia transações a partir da admissão de culpa. Daí porque, nesse ponto, propor-se-á abaixo uma mudança no projeto de lei.

Além de tais aspectos tidos por desvantajosos, a solução consensual em comento apresenta alguns riscos<sup>535</sup>. Entre a certeza de uma condenação atenuada e a incerteza de uma condenação mais severa, pode um acusado, sem o devido amparo defensivo, vir a confessar falsamente a prática do delito. A autoincriminação falsa pode acontecer por vários motivos apontados na doutrina<sup>536</sup>, daí que é imprescindível a existência de base factual em que se alicerce.

O advogado pode sentir-se tentado a estimular o acordo por receio de depois a seu cliente ser imposta uma pena mais agravada, maior que a oferecida em sede de acordo, o que viria a depor contra a reputação do defensor<sup>537</sup>. O defensor pode ainda optar pelo caminho do menor esforço ou pode imaginar que o acordo lhe permitirá logo receber os honorários combinados com o réu<sup>538</sup>, comprometendo a mais importante de todas as garantias: a de um processo penal justo.

Há, também, a figura dos defensores dativos, que são nomeados para realizar assistência judiciária gratuita. Geralmente são profissionais em início de carreira, com menor experiência, que podem ter alguma dificuldade para bem avaliar se o rumo mais correto é o da aceitação ou rejeição do acordo. Ademais, teme-se que defensores públicos assoberbados de trabalho possam estimular acordos sem maiores critérios técnicos, mas apenas para verem resolvidos com mais rapidez os milhares de casos que lhes são apresentados.<sup>539</sup> Geraldo Prado<sup>540</sup> chama a atenção para a distância entre a ficção jurídica e a realidade, ressaltando que “a defesa da enorme maioria dos acusados depende de Defensorias Públicas, que ainda não são prioridade para os governantes”. Ele receia que a garantia da paridade de armas

---

<sup>535</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 267-268.

<sup>536</sup> Guilherme Nucci ensina que existem várias justificativas para que um indivíduo confesse uma prática delitativa. A confissão pode acontecer por remorso, por arrependimento, para o alívio interior, pela necessidade de se explicar, por lógica (sabendo-se impossível negar o fato), mas pode também ocorrer por algum interesse, por orgulho ou vaidade, por medo, por expiação ou masoquismo, por altruísmo, por coação, por instinto de proteção, por ódio e até por fatores religiosos (NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 89-92).

<sup>537</sup> Na visão crítica de Casara, “o acordo para aplicação imediata da pena conta com elementos de coação e sedução (de um lado, a ameaça de uma sanção penal mais severa; do outro, a promessa do abrandamento da pena em meio ao sempre imprevisível jogo processual) que acabam por potencializar o desequilíbrio já existente entre o Estado-Administração e o acusado” (CASARA, *op. cit.*, 2011, p. 153-154).

<sup>538</sup> DIEGO DÍEZ, *op. cit.*, 1999, p. 59.

<sup>539</sup> HILL, *op. cit.*, 2004, p. 515.

<sup>540</sup> PRADO, *op. cit.*, 2011, p. 312.

“converta-se apenas em mais um ‘chavão teórico’, presente nos novos ‘manuais escolásticos’, porém quase desaparecida da realidade do Sistema de Justiça Criminal”.

Não bastasse, há quem entenda que existe o risco de o juiz se acomodar à solução antecipada e não realizar a análise adequada da base fática<sup>541</sup>, deixando de averiguar se a confissão encontra estofos noutras evidências e dando margem a autoinculpação falsa<sup>542</sup>. As vantagens da solução consensuada ainda poderiam levar um juiz descompromissado, ou alheio à causa da justiça, a forçar o acordo, buscando reservar seu tempo para outras atividades judicantes ou outros casos mais complexos<sup>543</sup>. Como se verá, para afastar esse risco, o juiz que conduz a audiência para fins de acordo não pode ser o que irá julgar o caso na hipótese de não haver consenso.

Outra possibilidade é a do membro do Ministério Público encetar uma persecução penal mais veemente contra os acusados que negarem a via consensual.<sup>544</sup> O promotor agiria com maior afinco com o fito de desencorajar outros acusados a refutar suas propostas de acordo. Aury Lopes Jr.<sup>545</sup> afirma que tudo pode ficar “mais difícil para quem não está disposto ao ‘negócio’”. O promotor, disposto a constranger e obter o pacto a qualquer preço, utilizará a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento”.

Assim, há uma corrente doutrinária no Brasil que se opõe veementemente à expansão dos espaços de consenso no processo penal, entendendo que os institutos negociais potencializam profundamente as violações de direitos fundamentais. Vinícius Gomes de Vasconcelos<sup>546</sup> acredita que, entre nós, o risco de ofensa a direitos “[...] resta agravado diante das circunstâncias características do campo jurídico-penal brasileiro, fundamentalmente pautado por seletividades e desigualdades na concretização do poder punitivo estatal”.

Com efeito, todos esses riscos existem, mas não se apresentam numa proporção capaz de desaconselhar a adoção do rito abreviado para a aplicação consensual e antecipada de pena

---

<sup>541</sup> VASCONCELOS, *op. cit.*, 2015, p. 95.

<sup>542</sup> Geraldo Prado ainda afirma que, “a partir da ideia-chave do modelo negocial, de que partem todos, incluindo juiz e defensor, de que o “acusado se presume culpado”, os sujeitos processuais empenham-se decididamente a convencer o réu a “acordar” (!)”. (PRADO, *op. cit.*, 2011, p. 312). De outro lado, Daniel Guerra pontua que, muitas vezes, justamente por receber a assistência de um defensor público qualificado, os réus mais pobres têm melhores defesas, as mais apaixonadas. Ele duvida que um defensor público vá adotar uma atitude servil, sendo pouco provável que “consinta assinar acordo se não for para óbvio benefício dos interesses de seu representado” (ALVES, *op. cit.*, 2013, p. 66).

<sup>543</sup> Demonstrando descrença, Aury Lopes Jr. aduz: “O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel” (LOPES JR., *op. cit.*, 2015a, p. 176).

<sup>544</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 268.

<sup>545</sup> LOPES JR., *op. cit.*, 2015a, p. 175.

<sup>546</sup> VASCONCELOS, *op. cit.*, 2015, p. 217.

alternativa/substitutiva à prisão. Frise-se que, observadas as sugestões abaixo, não se tratará de solução consensuada que redundará em pena de privação de liberdade, como acontece noutros modelos.

Haverá um sistema de dupla garantia, ou seja, será necessária a manifestação livre e consciente do réu e também a anuência de seu defensor. O acordo deverá ser selado diante do juiz, no tribunal, com publicidade, mediante análise do preenchimento dos requisitos legais. Além do controle feito pela defesa e pelo Poder Judiciário, há a possibilidade de se implementar/incrementar o controle interno ou institucional no que toca à atuação de agentes públicos como os defensores e membros do MP. Outrossim, existirá sempre a via recursal a permitir a invalidação de acordos que tenham se afastado das diretrizes legais ou que tenham se baseado numa apenas aparente voluntariedade ou consensualidade.<sup>547</sup>

Antonio Scarance Fernandes<sup>548</sup>, malgrado entenda que há perigos nas soluções assentadas no consenso, o que reclama uma disciplina legal que estabeleça um equilíbrio entre os ideais de garantismo e de eficiência do sistema de justiça criminal, afirma, com razão, que:

Há, entre nós, excessiva e injustificável resistência em assentar a solução do processo com base em pena concreta ou provável extraída de dados constantes da denúncia e do inquérito, o que, além de impedir importante simplificação com o julgamento antecipado em virtude de prescrição, impede mudanças importantes no sistema consensual.

De fato, não é razoável que o Brasil continue a negar a possibilidade de acordo alicerçado na admissão de culpa insuspeita, quando isso já é realidade, como visto, nos países anglo-saxões, na Europa Continental e na América Latina. Note-se que não se está a propor ou defender um mecanismo radical, demasiadamente amplo, que acentue os riscos acima apontados, mas uma disciplina normativa equilibrada, cautelosa e proporcional, sem abranger pena de prisão.

Tal disciplina normativa, porém, pode ser aperfeiçoada para se resguardar melhor os direitos do acusado e para se evitar dúvidas ou controvérsias atinentes à operacionalização do instituto.

#### **7.1.4 Sugestões para o aprimoramento do projeto de lei**

Consta da redação do *caput* do art. 283 do projeto do novo CPP (PLS nº 156/2009) que “até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as

<sup>547</sup> Nessa perspectiva, deve se reputar incabível a renúncia ao direito de apelar da decisão como condição para o acordo.

<sup>548</sup> FERNANDES, A. S., *op. cit.*, 2005, p. 281.

disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 08 (oito) anos”.

Conquanto se compreenda a intenção de permitir até o último momento a solução simplificada e consensuada, propõe-se que o limite ou termo final para a manifestação das partes em favor do consenso seja até 10 (dez) dias após a decisão judicial que fizer o juízo positivo de admissibilidade da peça acusatória<sup>549</sup>. É que, admitida a possibilidade de manifestação até o início da audiência de instrução, o juiz designará esta audiência e a secretaria do juízo terá de expedir mandados de intimação de testemunhas (acusação e defesa) e um oficial de justiça terá de intimá-las.

Não é razoável que haja gastos para se intimar todas as testemunhas e que estas se desloquem até o fórum para ali serem dispensadas por conta da celebração do acordo no início da audiência de instrução. Ora, se existir inclinação para um acordo, que seja ele firmado antes de se movimentar toda a aludida estrutura forense. Um dos objetivos do instituto é simplificar, na medida do possível, o procedimento, buscando-se economia de recursos e se evitando trabalhos desnecessários<sup>550</sup>.

Ainda, da maneira como redigido o dispositivo, dá a impressão de que as partes terão de formular um requerimento em conjunto, o que pode fazer com que iniciem ou realizem tratativas fora do tribunal, o que não parece recomendável em vista dos vícios que floresceram no modelo norte-americano. O ideal é que cada parte informe ao juízo o interesse na medida, ou seja, o MP poderá fazê-lo ao ofertar a denúncia e a defesa poderá manifestar-se no momento da resposta à acusação ou até 10 (dez) dias depois da decisão quanto ao juízo de admissibilidade da peça acusatória. Assim, diante do interesse na celebração do acordo, o juiz designará audiência a fim de que no tribunal, com controle judicial, publicidade e transparência, as partes conversem sobre a entabulação de um acordo.

Tratando-se de casos já judicializados, é de bom alvitre que as conversações e negociações aconteçam diante do juiz, para que se garanta que o agir comunicativo atenda às condições de igualdade (de oportunidade de fala) e de liberdade (ausência de coação), assim como às pretensões de validade (inteligibilidade, verdade, correção normativa e sinceridade), conforme as lições de Habermas, expostas no capítulo 2. É oportuno, pois, que logo conste expressamente do texto legal a vedação quanto à realização, fora do tribunal, de negociações quanto à confissão e à pena a ser aplicada.

---

<sup>549</sup> Note-se que, no projeto da nova codificação, acertadamente, o juízo de admissibilidade da peça acusatória só será feito depois que o acusado tiver tido a chance de apresentar resposta escrita no prazo de 10 dias após a citação (arts. 272 e 273).

<sup>550</sup> CORRAL, *op. cit.*, 2010, p. 254.

Outro aspecto que pode ser aprimorado é no sentido de que a proposta de pena do Ministério Público já deverá indicar a(s) pena(s) substitutiva(s) almejada(s), conforme previsto no Código Penal Brasileiro (art. 43 e seguintes), de modo que o acusado saiba exatamente qual(is) a(s) sanção(ões) terá de cumprir acaso opte pela solução consensuada. Se o objeto da proposta já está determinado (e não determinável), fica mais fácil para as partes dialogarem e construírem o consenso. Ora, o réu precisa saber exatamente que tipo de reprimenda(s) irá cumprir caso decida pelo ajuste.

Aliás, foi exatamente a falta de clareza nesse ponto e também a opção pela não realização de audiência que acarretaram pouco interesse e controvérsias na aplicação do instituto do rito sumaríssimo português, como consignado no tópico 5.2.

Desse modo, construído o acordo mediante a precisa definição da(s) penas(s) a ser(em) cumprida(s), não ficará o juiz com o encargo de aplicar a pena de prisão, reduzi-la, se for o caso, para depois substituí-la por uma ou duas penas alternativas. Isso já estará definido entre as partes. Ao juiz competirá avaliar o preenchimento dos requisitos legais do § 2º, conforme o caso, homologar, por sentença, o acordo, aplicando a pena pactuada<sup>551</sup>.

Na esteira da posição acima assumida quanto a não conveniência da possibilidade de acordar penas de prisão, sugere-se a ampliação do campo de abrangência do instituto a fim de que alcance todos os delitos que admitem a aplicação de penas substitutivas.

Além do fato de se tratar de uma figura nova em nosso meio, não parece ser o melhor caminho atenuar o rigor sancionatório no tocante a réus reincidentes, afastando agravantes e causas de aumento de pena para igualá-los a réus primários, como assinalado no tópico antecedente. Réus reincidentes que não preencham os requisitos para a substituição de pena ou para a suspensão condicional da pena não podem ter suas causas resolvidas por esta via simplificada e consensual da forma como ela está desenhada. Nesses casos, o Ministério Público deveria ter uma maior margem de negociação, ou seja, não poderia ficar preso à pena mínima.

Se a política criminal de consenso, neste momento, é no sentido de só permitir a aplicação consensuada de pena mínima ou reduzida, a melhor solução é mesmo só admitir o mecanismo para réus que possam ser agraciados com a substituição de pena ou com a suspensão condicional da pena.

---

<sup>551</sup> Cabe salientar que, embora o art. 283 não tenha mencionado, naturalmente caberá a interposição de apelação contra a sentença homologatória do acordo, conforme admite o art. 480 do projeto do novo código. Como apontado na breve abordagem sobre o instituto espanhol da *conformidad*, no item 3.4, a sentença pode conter alguma falha, isto é, pode ter se distanciado do acordado e pode até ter se pautado numa confissão obtida sem liberdade ou voluntariedade, de forma que deve mesmo haver a possibilidade de se interpor o recurso.

Assim, no que tange ao § 2º do art. 283, a fim de que seja compatibilizado com as sugestões acima, propõe-se que, além da confissão total ou parcial e da manifestação no sentido da dispensa da produção de provas, constem como requisitos do acordo:

- que o réu não seja reincidente em crime doloso ou, caso o seja, ainda assim a substituição de pena seja socialmente recomendável e desde que a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime;

- requerimento de aplicação da pena privativa de liberdade no seu mínimo legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento, já substituída nos termos do art. 44 do Código Penal, quando cabível, ou sem tal substituição, se se mostrar aplicável à suspensão condicional da pena, na forma do art. 77 do Código Penal.

Avançando nessa senda de que o acordo firmado entre as partes seja logo determinado em relação ao tipo e ao *quantum* em concreto da pena, ficaria coerente consignar que, “ainda mediante acordo das partes, a pena a ser aplicada poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.”

Note-se que, conforme consta do § 5º, se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta deverá constar do acordo, calculada no mínimo legal.

Cabe salientar que, conforme disposto no inciso I do § 2º do art. 283, é requisito do acordo a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na denúncia. Assim, convém constar expressamente da lei que caberá ao juiz ouvir o acusado sobre os fatos, buscando averiguar a veracidade de seu relato inculpatório, confrontando sua versão com os demais elementos contidos nos autos<sup>552</sup>. A confissão não pode, sozinha, determinar a culpa do acusado.

Além da oitiva do imputado e da análise da existência de base fática que afaste o risco de autoincriminação falsa, compete ao juiz, entendendo demonstrados os requisitos, averiguar se, para os termos do acordo, é livre, voluntária e consciente a manifestação de vontade do réu. É importantíssimo que o magistrado se certifique de que inexistem ameaças ou constrangimentos capazes de macular a manifestação de vontade do réu<sup>553</sup>. O juiz deve procurar saber se ele foi coagido em algum momento, se alguém lhe fez alguma ameaça ou promessa ilegal, fora das contidas no acordo construído em juízo.

---

<sup>552</sup> O cuidado com a averiguação da verdade dos fatos é um requisito necessário à justiça da decisão.

<sup>553</sup> Nos termos do art. 190 do CPP, confessada a autoria do delito, o juiz deve ainda indagar sobre os motivos e circunstâncias do fato, para apreciar-lhe o *animus confitendi*, se é livre ou não, as condições psíquicas do acusado e os motivos da confissão.

Cumpra também ao órgão judicial explicar ao acusado a que direitos constitucionais estará renunciando o exercício caso escolha a via do acordo. O juiz, então, deverá informar ao réu que sua opção pela celebração do acordo enseja renúncia ao exercício do direito constitucional à presunção de inocência, ao direito de contradizer as provas da acusação e ao direito de produzir provas em seu favor. Ele deverá esclarecer ao acusado que, nos termos da lei, para todos os efeitos, a sentença homologatória do acordo é considerada sentença condenatória.

Para resguardar ainda mais os direitos do réu, considera-se relevante que o juiz seja obrigado a indagar-lhe se, nos dias que antecederam a audiência, teve chance de se reunir com seu defensor para discutir o caso, para receber esclarecimentos sobre a acusação, sobre seus direitos, visando a definir o melhor caminho a seguir. Não se pode permitir que o acusado seja aconselhado ao acordo sem que tenha havido uma efetiva interação com seu defensor, sem que a defesa tenha feito um estudo mais detido do caso.

Essa cautela se justifica em vista dos riscos acima apontados, sobretudo se o réu estiver assistido por um defensor dativo ou por um defensor público assoberbado de serviço. Faz-se essa observação sem demérito algum aos profissionais integrantes das Defensorias Públicas, os quais, muitas vezes, apesar da ausência de apoio satisfatório em termos de recursos humanos e materiais, realizam um trabalho digno de encômio.

Destarte, abaixo, na proposta de nova redação para o dispositivo, buscar-se-á contemplar os aspectos acima explicitados.

Outro ponto crítico, até já mencionado no tópico anterior, é o relativo à hipótese de, a despeito de realizada a audiência, o acordo não se concretizar ou não ser homologado pelo juiz por alguma razão. Segundo o § 9º do artigo 283, não sendo homologado o acordo, ele será desentranhado dos autos, “ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.”

Como gizado, o juiz que conduziu essa audiência não deverá julgar a causa, sob pena de violação do princípio da imparcialidade. Tal magistrado estará propenso a condenar o réu que se dispôs a confessar a fim de celebrar o acordo. A solução para esse embaraço passa pelas razões que levaram à não concretização ou à não homologação do acordo.

Se o acordo não tiver sido celebrado apenas por divergência quanto à pena que as partes entendiam justa ou adequada, o referido juiz pode prosseguir na condução do caso se o réu mantiver, para todos os efeitos, sua confissão. As partes podem até dispensar a produção de provas, permitindo que o juiz profira desde logo a sentença, facultada a interposição de apelação pela parte que se mostrar inconformada. Se o réu, porém, não mantiver sua

confissão, outro magistrado, incumbido da substituição automática, naturalmente deverá assumir a causa para instruí-la e julgá-la.

Do mesmo modo, se o acordo não tiver sido homologado<sup>554</sup> porque o juiz entendeu que não há base fática para corroborar a confissão ou porque esta não se mostra confiável, com risco de autoacusação falsa, ou ainda pelo fato de entender que a verdade consensuada não se revela segura ou suficiente na hipótese, também nesses casos outro juiz deverá dar seguimento ao feito pelo rito ordinário, evitando-se que depois possa haver pré-julgamento em desfavor do réu que antes confessou.

De qualquer forma, havendo necessidade de um novo juiz assumir a condução do feito, não deve constar dos autos o registro das tratativas frustradas nem do depoimento do réu que pretendia acordar para a aplicação antecipada da pena. Nesse sentido é a lição de Jorge de Figueiredo Dias<sup>555</sup>:

[...] apesar de o arguido revelar disponibilidade para apresentar uma confissão, ou mesmo tendo-o feito, de tal disponibilidade ou confissão não poderá ficar traço processual se as conversações não tiverem conduzido ao acordo sobre a sentença: nem a confissão pode ser referida em audiência, nem pode ser de qualquer forma valorada em sede de prova. O que pode acontecer é que, apesar da inexistência de consenso, o arguido mantenha a disponibilidade de confessar.

Numa perspectiva diversa, uma boa solução para se garantir a realização dessas audiências sem que haja necessidade de posterior substituição de juiz (em caso de insucesso na celebração do acordo) é enviar os autos aos Centros de Resolução Consensual de Litígios, onde o juiz responsável ficará incumbido da tarefa sempre que as partes manifestarem interesse na solução do conflito por essa via consensual. Esse papel também pode ser reservado ao magistrado que venha a ser designado para atuar como *juiz de garantias*.

Sugere-se também que seja admitido o cabimento do mecanismo em estudo mesmo em casos de concursos de crimes. Propõe-se, assim, acrescentar um parágrafo nos seguintes termos: “No caso de concurso de crimes, as partes poderão realizar acordo sobre cada um isoladamente, ainda que a soma ou exasperação das penas mínimas cominadas em lei ultrapasse 4 (anos) anos de prisão”.

Ainda, e não menos importante, há a questão atinente à eventual recusa do Ministério Público em celebrar o acordo em estudo. Assim como ocorre com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, pode acontecer de algum membro do *Parquet* recusar-se à solução consensuada sem apresentar razões convincentes a tanto.

---

<sup>554</sup> Recorde-se que caberá recurso de agravo contra essa decisão (art. 473, VIII, do projeto de lei do NCPP).

<sup>555</sup> DIAS, *op. cit.*, 2011, p. 77-78.

Em tal caso, se a defesa insistir na adoção da via pactuada e entendendo o juiz que tem razão em seus argumentos, deverá ele aplicar a regra do art. 38, parágrafo único, do projeto da nova codificação (atual art. 28 do CPP), remetendo os autos ao Procurador-Geral do Ministério Público, que, concordando com o juiz, poderá propor o acordo ou designar outro membro para que o faça ou insistirá no não cabimento da medida, hipótese em que restará ao juiz determinar o seguimento da marcha processual, observando-se o rito ordinário.

Concluindo, em vista dos aspectos acima observados, mas procurando manter a linha mestra que pautou a compreensão da Comissão de Juristas, propõe-se a seguinte redação ao art. 283 do projeto do novo CPP (PLS nº 156/2009):

### **DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO**

Art. 283. O Ministério Público, ao oferecer a denúncia, e o acusado, por seu defensor, até 10 dias após o recebimento da peça acusatória, poderão manifestar interesse pela designação de audiência para, por acordo, aplicar-se antecipadamente a pena nos crimes cuja sanção mínima cominada não ultrapasse 4 (quatro) anos de prisão.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo:

I - a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória, devendo o relato do réu estar em consonância com as demais evidências colhidas na fase investigativa;

II - não ser o réu reincidente em crime doloso ou, caso o seja, ainda assim a substituição de pena seja socialmente recomendável e desde que a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime;

III - requerimento das partes de aplicação da pena no seu mínimo legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento, já substituída nos termos do art. 44 do Código Penal, quando cabível, ou sem tal substituição, se se mostrar aplicável a suspensão condicional da pena, na forma do art. 77 do Código Penal.

IV - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas;

V - a declaração de vontade do réu ser pautada pela liberdade, voluntariedade e compreensibilidade.

§ 2º Ainda mediante acordo das partes, a pena a ser aplicada poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 3º Não se aplica o disposto no § 2º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 4º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, sua aplicação será acordada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 5º Ao juiz, cumprindo o papel de garantidor de direitos, caberá:

I - indagar ao réu se, nos dias que antecederam a audiência, teve chance de se reunir com seu defensor para discutir o caso, para receber esclarecimentos sobre a acusação, sobre seus direitos, visando a definir o melhor caminho a seguir, o que, em caso de resposta negativa, acarretará o adiamento do ato ou até mesmo a inviabilização da celebração do acordo;

II - ouvir o acusado sobre os fatos, buscando constatar a veracidade de sua confissão à luz dos elementos que constarem dos autos;

III - verificar se existe base fática suficiente que afaste o risco de autoincriminação falsa;

IV – estando a confissão em harmonia com as demais evidências contidas nos autos, explicar ao acusado os direitos constitucionais cujo exercício estará renunciando naquele caso pela via consensual e averiguar se sua manifestação de vontade é livre, voluntária, consciente e esclarecida quanto aos termos do acordo.

§ 6º O juiz proferirá decisão recusando a homologação do acordo quando entender que não estão preenchidos os requisitos legais, hipótese em que o processo prosseguirá no rito ordinário.

§ 7º Reputando atendidos os requisitos fixados na lei, o magistrado proferirá sentença homologando o acordo e aplicando ao réu a pena acordada.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for firmado ou se não for homologado, o juiz indagará à defesa se tem interesse em manter a confissão. Em caso positivo, preenchidos os demais requisitos autorizadores da resolução antecipada da causa, não havendo oposição das partes, poderá logo proferir a sentença, aplicando a pena que considerar justa e adequada, facultada a interposição de recurso.

§ 10 Nas hipóteses referidas no parágrafo anterior, se a defesa não quiser manter a confissão, não constará dos autos o registro das tratativas nem do depoimento do réu, devendo o feito ser remetido ao juiz incumbido da substituição automática para que dê prosseguimento à marcha processual segundo o procedimento ordinário.

§ 11 Se o Ministério Público recusar-se à solução pactuada prevista neste artigo e a defesa insistir nessa via, o juiz, entendendo que esta tem razão, deverá aplicar a regra do art. 38, parágrafo único, do CPP.

§ 12 No caso de concurso de crimes, as partes poderão realizar acordo sobre cada um isoladamente, ainda que a soma ou exasperação das penas mínimas cominadas em lei ultrapasse 4 (quatro) anos de prisão.

§ 13 O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 14 A audiência de que trata este artigo também poderá ser realizada pelo juiz responsável pelo Centro de Resolução Consensual de Conflitos.

§ 15 É vedada a realização, fora do tribunal, de negociações quanto à confissão e à pena a ser aplicada.

Naturalmente, a redação ora proposta também pode ser aperfeiçoada, mas se acredita que, se o Parlamento atentar para os pontos antes suscitados, poderá aprimorar o projeto de lei nessa parte, ampliando as possibilidades de aceitação do novel instituto, bem assim de sucesso na sua aplicação, sem controvérsias desnecessárias e sem maiores riscos de fragilização das garantias dos acusados<sup>556</sup>.

Outra sugestão relevante para se facilitar por parte do réu a aceitação de uma solução consensual é conceber um modelo de investigação preliminar mais participativo, que permita certo equilíbrio entre o interesse persecutório do Estado e o interesse de

---

<sup>556</sup> É importante recordar que o legislador reformador, ao tratar dos princípios fundamentais do processo penal, expressamente consignou a necessidade de se privilegiar a máxima proteção dos direitos fundamentais do acusado (art. 5º “A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”).

acompanhamento dos trabalhos apuratórios por parte da defesa, com possibilidade inclusive de que também faça a inquirição de testemunhas e aponte provas a serem coletadas<sup>557</sup>. O referido projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro já caminha nesse rumo, prevendo, no art. 14, a possibilidade da chamada investigação criminal defensiva:

Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.

O atual formato do inquérito policial, calcado numa legislação processual de 1941, praticamente sem participação defensiva na investigação preliminar, necessita ser aprimorado para contrabalançar os interesses em jogo e resguardar melhor os direitos do acusado à luz do Estado de Direito, de maneira a favorecer, em juízo, soluções consensuadas que, nos tempos atuais, atendam mais satisfatoriamente às necessidades da sociedade e do próprio réu.

Enfim, atentando-se para os pontos aqui destacados, o rito abreviado amparado no consenso, bem regulamentado e cuidadosamente aplicado pelos operadores do direito, pode propiciar as vantagens já apontadas no decorrer deste trabalho. Pode mais satisfatoriamente alcançar os nobres fins que motivam sua inclusão no projeto do novo CPP, diminuindo-se significativamente suas desvantagens e perigos, de forma que guarde plena consonância com os princípios constitucionais que regem o processo penal pátrio.

---

<sup>557</sup> Bernd Schünemann entende que a dispensa da audiência de instrução só deveria ser admitida se for criado um modelo que permita uma maior participação defensiva na investigação preliminar, de modo a se gerar um equilíbrio entre as tentativas de incriminar e as de inocentar o acusado. O jurista alemão defende o desenvolvimento de um modelo de investigação preliminar que permita a participação e algum controle da defesa. Seguindo nessa linha de raciocínio, propõe que, além de se assegurar ao advogado o direito à própria inquirição de testemunhas, sejam gravados em vídeo os depoimentos colhidos pela autoridade policial, a fim de que o causídico possa depois emitir um juízo sobre a credibilidade dos relatos. Defende também - numa visão mais utópica - que todas as investigações secretas sejam acompanhadas por uma nova instituição, desvinculada do Ministério Público e Judiciário, destinada a proteger os interesses da defesa do acusado (SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2013, p. 258-259).

## 8 CONCLUSÕES

Encerrando este trabalho, cabe expor as conclusões a que se chegou a partir da pesquisa e das reflexões realizadas:

a) Atualmente, a polaridade entre conflito e consenso é uma arrumação que está presente nos sistemas modernos de justiça criminal. Os modelos contemporâneos de processo penal não podem ignorar que, ante a heterogeneidade da fenomenologia delitiva de nosso tempo, os agentes de criminalidade pequena ou média muitas vezes mostram-se dispostos a resolverem conflitos penais pela via do consenso, inclusive mediante admissão de culpa, com o propósito de alcançar uma solução mais célere e satisfatória aos envolvidos.

b) Embora haja uma tendência de expansão dos espaços ou instrumentos de consenso existentes nos ordenamentos jurídico-penais da Europa Continental e da América Latina, inclusive no Brasil, não convém uma total alteração de modelos, de um fundado no conflito para um baseado completamente no consenso. O modelo consensual não deve afastar o modelo conflitivo, mas eles devem coexistir e se complementar, propiciando resultados favoráveis a todos os interessados.

c) A adoção e o manuseio de mecanismos de consenso na esfera do Direito Processual Penal devem pautar-se pelas diretrizes fixadas na teoria do agir comunicativo, concebida por Jürgen Habermas. O consenso válido deve ser fruto do diálogo racional e horizontalizado, do entendimento mútuo fundado no reconhecimento recíproco entre os sujeitos do processo.

d) As condições de igualdade (de oportunidade de fala) e de liberdade (ausência de coação) e as pretensões de validade (inteligibilidade, verdade, correção normativa e sinceridade) constituem as bases do consenso que se deseja ver aplicado no contexto da justiça criminal. O agir comunicativo habermasiano, racional e horizontal, deve levar as partes ao entendimento mútuo e à construção do consenso penal válido e legítimo.

e) O reforço da concepção de justiça penal consensual ou negociada é fruto da aludida expansão, nas últimas décadas, na Europa Continental e na América Latina, de mecanismos de consenso no campo do processo penal. A emergência e a disseminação do consensualismo no contexto da justiça criminal decorreram da lentidão, da ineficiência e da inefetividade que caracterizaram o funcionamento dos sistemas penais orientados apenas por modelos conflitivos, incapazes de atender à enorme demanda e ao crescente número de casos criminais levados às unidades judiciárias.

f) A dignidade da pessoa humana, a razoável duração do processo e a eficiência são os fundamentos legitimadores da justiça penal consensual, postulados que, no Brasil, estão

plasmados no Texto Constitucional (art. 1º, III, art. 5º, LXXVIII, e art. 37, *caput*, todos da CF/1988).

g) Os mecanismos de simplificação por consenso, assentados no reconhecimento de culpa, hoje são realidade em países da Europa Continental e da América Latina. Apesar das vantagens que propiciam em termos de celeridade e eficiência, são os instrumentos consensuais que mais atraem críticas no sentido da violação de direitos e garantias constitucionais do acusado, de insuficiência de uma verdade consensual, de deslocamento do eixo decisório para as mãos do Ministério Público e de privatização e mercantilização do processo penal. Porém, grande parte dessas críticas endereçadas aos mecanismos consensuais são também cabíveis ao processo tradicional, tanto que, não raro, faz-se necessário o ajuizamento de revisões criminais para se corrigir alguma injustiça havida em causa que observou o rito ordinário.

h) Em verdade, os instrumentos e espaços ou zonas de consenso não são concebidos para contrastar com as garantias processuais do acusado, mas para aproximar as partes a fim de que, em conjunto, encontrem uma solução pactuada mais célere e satisfatória, que atenda às finalidades do direito penal, facilite a reabilitação do agente e propicie o reestabelecimento da paz social.

i) Os riscos ou perigos da justiça penal consensual podem ser drasticamente reduzidos se os acordos forem devidamente regulamentados pela lei, com a fixação de espaços de consensualidade não demasiadamente amplos, com a limitação dos poderes do Ministério Público, com a atuação mais efetiva da defesa técnica e com o controle garantidor mais próximo do juiz. O aconselhamento efetivo do acusado por defensor e o pleno exercício do controle judicial são decisivos para se garantir liberdade e voluntariedade na manifestação do réu.

j) A despeito de superáveis no plano jurídico-dogmático, conforme o regramento constitucional de cada país, tais críticas não podem ser desprezadas, devendo ser tomadas em consideração com o propósito de se aperfeiçoar as ferramentas de consenso alicerçadas na disposição de direitos pelo acusado, definindo-se os limites adequados para seu emprego na resolução de conflitos penais. É inegável que há uma tensão entre modelos “garantistas” e “eficientistas”, mas esses dois polos podem ser conciliados, buscando-se o adequado equilíbrio entre o eficiente e célere funcionamento do sistema de justiça criminal e a garantia dos direitos dos acusados.

l) Não obstante as objeções no sentido de que favoreceram a expansão do poder punitivo, os instrumentos brasileiros de justiça consensual ou pactuada introduzidos pela Lei nº 9.099/95 contribuíram para o aperfeiçoamento e melhoria de nosso sistema de justiça

criminal. A composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo trouxeram benefícios: 1) ajudaram a descongestionar as unidades judiciárias em razão da redução da movimentação da máquina forense; 2) afastaram o estigma gerado pelo modelo convencional de processo, evitando ou reduzindo as danosas prisões de curta duração; 3) permitiram uma resposta estatal mais rápida à criminalidade de menor ou média ofensividade, assim como aceleraram a reparação dos danos às vítimas; 4) inibiram as constantes prescrições; e 5) facilitaram a ressocialização do agente. No entanto, existem aspectos da disciplina normativa de tais institutos que precisam ser aperfeiçoados, especialmente no que toca a um maior controle judicial da admissibilidade das imputações e à necessidade de o juiz presidir as audiências destinadas à produção do consenso, buscando-se sempre conformação com a Constituição Federal e com os ideais de justiça, eficiência e garantismo.

m) De outro lado, no Brasil, o ordenamento jurídico-penal ainda não oferece uma alternativa procedimental simplificadora que permita a resolução antecipada de um caso pela via do consenso quando o réu é confesso. O arquétipo procedimental em vigor é rígido e exageradamente burocratizado, mesmo quando há admissão de culpa plena e incontestada, o que contraria os princípios constitucionais da dignidade humana, da eficiência e da razoável duração do processo.

n) Assim como em legislações estrangeiras, mostra-se aconselhável que o legislador brasileiro crie um procedimento penal abreviado amparado na confissão, ampliando-se os espaços de consenso no sistema de justiça criminal pátrio, de modo a favorecer o alcance de respostas mais céleres e eficientes no âmbito da criminalidade de porte médio. Os instrumentos nacionais de consenso não podem ficar circunscritos à transação penal, à suspensão condicional do processo e à colaboração premiada, havendo necessidade de que se avance no sentido de adotar também um rito abreviado fundado na admissão de culpa.

o) O procedimento penal abreviado previsto no art. 283 do projeto de lei do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009), que abriga uma solução por consenso a partir da confissão insuspeita, revela-se compatível com a Constituição da República. Malgrado tenham sido apontados entendimentos no sentido de que o instituto esbarraria na irrenunciabilidade dos direitos fundamentais do réu, demonstrou-se, à luz da doutrina de Jorge Reis Novais, a possibilidade de renúncia ao exercício de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, desde que observados os parâmetros da disponibilidade de posições jurídicas tuteladas, do respeito absoluto à dignidade da pessoa humana, do respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental renunciado e da observância do princípio da proporcionalidade (em sentido estrito).

p) No rito abreviado alicerçado na confissão, não há renúncia ao devido processo legal e ao direito de defesa. A celebração de tal acordo encerra uma renúncia parcial, voluntária e expressa ao exercício dos direitos à presunção de inocência, à proteção contra a autoincriminação, ao contraditório e à produção de prova. Não se trata de renúncia total e definitiva à titularidade de direitos fundamentais do acusado, mas de renúncia à parcela do exercício de tais direitos exatamente porque o réu, aconselhado por seu defensor, pretende confessar diante do juiz os fatos que lhe foram imputados num determinado caso. A renúncia pelo réu ao exercício de tais direitos, com aceitação de aplicação antecipada de pena a partir de um acordo entre as partes (acusador e acusado) nos casos de admissão da culpa (confissão) não ofende os princípios reitores do Direito Processual Penal.

q) O presente estudo permitiu constatar que é ultrapassada a compreensão de irrenunciabilidade absoluta dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Ficou assentada a clara admissibilidade da renúncia ao exercício de parcela dos direitos fundamentais pelo acusado a partir da adoção do rito abreviado amparado na confissão. O novel instituto prestigia a autonomia da vontade e a autodeterminação do indivíduo, mostrando que é preciso rever a ideia de que é irrenunciável o exercício dos direitos à presunção de inocência, ao contraditório e à produção de provas.

r) O instrumento estudado deve ficar reservado aos casos em que os acusados possam ser agraciados com a substituição de pena ou com a suspensão condicional da pena. Não se deve atenuar o rigor sancionatório no tocante a réus reincidentes, afastando-se agravantes e causas de aumento de pena para igualá-los a réus primários. Réus reincidentes, que não preencham os requisitos para a substituição de pena ou para a suspensão condicional da pena, costumam ser apenados com privação de liberdade (regime fechado ou semiaberto), de forma que, nesses casos, para uma solução acordada, o Ministério Público deveria ter uma maior margem de negociação, ou seja, não poderia ficar adstrito à pena mínima, além do que haveria de se abrir espaço para a negociação de penas de prisão, o que não se mostra recomendável numa fase inicial de consenso fundado na admissão de culpa.

s) Conforme sugestões contidas no tópico 7.1.4, a disciplina normativa do rito abreviado brasileiro pode ser aperfeiçoada para se resguardar mais satisfatoriamente os direitos do acusado, assim como para se prevenir dúvidas ou controvérsias atinentes à operacionalização do instituto.

t) Cabe ressaltar, de outro lado, que a opção pelos acordos criminais por meio de rito abreviado fundada na confissão não resolverá todos os problemas que assolam o processo penal nacional, mas contribuirá decisivamente para torná-lo mais célere e eficiente. Os casos em que houver acordo serão solucionados de modo mais rápido e satisfatório, sendo que isso

refletirá na canalização dos recursos humanos e materiais para resolver com mais celeridade os casos em que o dissenso prevalece e nos quais se exigem a coleta judicial das provas e o julgamento convencional.

u) Enfim, num sistema jurídico-penal em tempos pós-modernos, marcados por enormes transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, em que a vida e as circunstâncias exigem soluções mais rápidas e eficazes, o modelo de processo penal não pode orientar-se apenas pelas balizas do pleno garantismo e do dissenso, sendo imperioso que, na medida certa, abra-se também aos paradigmas do consenso, da eficiência e da celeridade. O consenso, porém, só será construído validamente se forem observadas as diretrizes preconizadas na teoria do agir comunicativo.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As zonas e instrumentos de consenso, sobretudo num Estado de Direito e de perfil democrático, tendem a favorecer a construção de um modelo de processo penal comunicacional ou dialógico, com mecanismos que viabilizem, quando possível, uma solução mais rápida e satisfatória pela via da negociação e do acordo.

A abertura de espaços para o diálogo e para o entendimento na fase inicial do processo criminal, como previsto no art. 283 e seguintes do projeto de lei do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009), vocaciona-se a propiciar a resolução consensual mais célere e menos custosa dos casos em que o réu é confesso, sendo admissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão da suspensão condicional da pena.

A ausência de um procedimento simplificado ou abreviado pelo consenso gera, em muitos casos, instruções judiciais desnecessárias e elevados gastos ao erário. Ora, na hipótese de confissão cabal, livre, espontânea e em harmonia com os demais elementos carreados ao procedimento de investigação, deve haver um mecanismo que permita que o caso seja resolvido de maneira mais simples, pela via da convergência de vontades, o que seria vantajoso para o acusado, para a sociedade e para o Estado.

O alcance de maior celeridade e eficiência no campo do Direito Processual Penal exige a adoção de ferramentas que, inspiradas no pragmatismo do modelo de justiça negociada dos Estados Unidos da América, permitam uma rápida solução consensuada do caso quando houver admissão de culpa e possibilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade. Daí que se revela acertada a introdução, no projeto do novo Código de Processo Penal, de um rito abreviado a partir da admissão da culpa pelo acusado (confissão), dispensando-se a fase instrutória quando já exista uma base probatória suficiente e haja consenso quanto à pena adequada.

É imenso o número de ações penais que tramitam nas unidades judiciárias federais e estaduais, havendo, em regra, enorme demora até o desfecho de cada caso, mesmo quando o réu é confesso e primário, o que acaba frustrando as expectativas da sociedade e gerando grande sensação de impunidade. O modelo brasileiro de justiça criminal consensual ou negociada não pode ficar restrito aos institutos trazidos pela Lei nº 9.099/1995. Um elevado percentual de casos penais pode ser satisfatoriamente resolvido por meio de um rito abreviado, permitindo-se que os recursos humanos e materiais do Poder Judiciário sejam melhor empregados naqueles casos em que há real conflito quanto à culpa do réu.

A despeito das controvérsias que o tema possa suscitar, tem-se que os integrantes da comissão de elaboração da nova legislação codificada agiram corretamente, não se limitando a importar acriticamente instituto alienígena de justiça criminal consensual. Eles criaram um instituto próprio, que, em linhas gerais, harmoniza-se com nosso modelo constitucional de processo penal, estabelecendo mecanismos de controle que resguardam os direitos fundamentais do acusado e garantem uma resposta mais rápida do Estado nos casos em que o acusado é confesso e aceita a imediata imposição da pena mínima ou reduzida aquém disso.

No entanto, apesar das vantagens, há alguns riscos no emprego da ferramenta, como apontado no item 7.1.3, assim como existem aspectos redacionais que podem ser aperfeiçoados, daí porque, no tópico 7.1.4, foram apresentadas sugestões para o aprimoramento do projeto de lei.

Ante a tendência mundial apontada neste trabalho, ao contrário de ficar apegada a uma mentalidade do passado, de absoluta irrenunciabilidade de direitos pelo acusado, para logo tachar de inconstitucional o mecanismo em estudo, a doutrina brasileira deve se abrir mais ao paradigma do consenso no âmbito do processo penal, colaborando para aperfeiçoar tal instituto de forma que venha a guardar total compatibilidade com o Texto Constitucional e para que dele se possam extrair todas as vantagens possíveis.

Enfim, urge que se dê um passo à frente em busca de superar o descrédito de nosso sistema de justiça criminal, que ainda é um dos mais atrasados e morosos do mundo, adotando-se um rito abreviado amparado na confissão, conforme delineado no projeto da nova codificação. O modelo de processo penal de um país deve pautar-se pelo equilíbrio entre os ideais de garantismo penal e funcionalidade ou eficiência na resposta do Estado-Juiz.

## REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALBERGARIA, Pedro Soares. **Plea Bargaining Aproximação à Justiça Negociada dos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007.

ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes; NEVES, José Francisco Moreira das. Uma proposta de justiça negociada. **Revista do CEJ**, Coimbra, n° 15, 1° sem/2011, p. 109-123.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Juspodivm: Salvador, 2016.

ALMEIDA, Vera Ribeiro. Consenso à brasileira: Exame da justiça consensual criminal sob perspectiva antropológica. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. Rio de Janeiro, vol. 7, n° 3, jul-set/2014, p. 731-765.

ALSCHULER, Albert W. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. **University of Chicago Law Review** **36**, 1968, p. 50-112. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1901&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1901&context=journal_articles)>. Acesso em: 21/10/2016.

ALVES, Daniel Guerra. Justiça Penal Consensual. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região**. III Jornada de Direito Processual Penal, Brasília: ESMAF, 2013, p. 63-69.

AMBOS, Kai; MAIER, Julio B. J.; WOISCHINIK, Jan. **Las reformas procesales penales em América Latina**. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung, Ad-Hoc e Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2000.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Standards relating to Pleas**. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/publications/criminal\\_justice\\_section\\_archive/crimjust\\_standards\\_guiltypleas\\_blk.html#1.5](http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_guiltypleas_blk.html#1.5)>. Acesso em: 20/10/2016.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo. **Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 319-358.

ARAS, Vladimir. **O silêncio, a delação e a mentira no processo penal**. Disponível em: <<http://anpr.org.br/artigo/32>>. Acesso em: 10/08/2016.

\_\_\_\_\_. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Carla Veríssimo de Carli (Org.). Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O Paradigma Emergente em seu Labirinto: Notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 109-139.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. **Correlação entre Acusação e Sentença**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. O valor probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, **Revista Jurídica Consulex**, nº 443, fev/2015, p. 26-29.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**. Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BETINI, Alexandre. Ainda sobre a condenação sem julgamento prevista no PLS 156/09. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, nº 209, abr/2010, p. 11-12.

BITENCOURT, Antônio Carlos dos Santos. **Justiça Penal Pactuada**. Juizados Especiais Criminais (Anotações à Lei nº 9.099/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes (Origens, Modelos, Aplicações e Sugestões)**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. nº 5259/DF. Relator(a): Ministro Teori Zavascki. Brasília/DF, 14/03/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28PET+5952%29%28%28TEORI+ZAVASCKI%29%2ENORL%2E+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29%2ENPRO%2E+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/h8vqklw>>. Acesso em: 02/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 6049/DF (14/04/2016); Pet nº 5952/ DF (14/03/2016); e Pet nº 5245/ DF (17/12/2015). Relator (a): Ministro Teori Zavascki. Brasília/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28COLABOR A%C7%C3O+PREMIADA+HOMOLOGO+ACORDO%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gtfs3fh>>. Acesso em: 02/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 5700, Relator(a): Min. Celso de Melo, Brasília/DF, julgado em 22/09/2015, publicado em DJe-190 DIVULG 23/09/2015 PUBLIC 24/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 127.483. Relator(a): Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF, 27/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Dispõe sobre a reforma Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 02/08/2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 236/2012. Dispõe sobre o novo Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 05/08/2016.

BRITO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo**. Comunicação Processual à Luz da Filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. In: VITORELLI, Edilson (Org). **Temas aprofundados Ministério Público Federal**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMO, Rui do. A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal. **Revista do CEJ**, Coimbra, 2º semestre/2004, p. 103-124.

CARVALHO, Salo de (Orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 109-139.

CASARA, Rubens R. R. O Acordo para Aplicação da Pena: Novas Considerações Acerca da Verdade e do Consenso no Processo Penal Brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição - Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/09, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHILE. **Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América**. Disponível em: <[http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_view/1941-c%C3%B3digo-procesal-penal-modelo-para-iberoam%C3%A9rica-textos.html](http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/1941-c%C3%B3digo-procesal-penal-modelo-para-iberoam%C3%A9rica-textos.html)>. Acesso em: 10/10/2016.

CHURCH JR., Thomas W. In Defense of "Bargain Justice". **Law & Society Review**, vol. 13, nº 2, Special Issue on Plea Bargaining, Winter, 1979, p. 509-525. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3053266>>. Acesso em: 22/10/2016.

COLOMER, Juan Luis Gómez. La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España. **Revue Internationale de Droit Penal**, 2012/1, vol. 83, p. 15-41.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2016**. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em: 07/11/2016.

CORRAL, Diego Del. **Juicio Abreviado**. Buenos Aires: Astrea, 2016.

COSTA, José de Faria. Consenso, verdade e direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 77, 2001, p. 421-432.

COSTA, Rafael Paula Parreira. A barganha no projeto do novo Código de Processo Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n° 3796, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25927>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

DAMAKA, Mirjan R. **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**, 84 YALE L. J. 489, 1975.

\_\_\_\_\_. Negotiated Justice in International Criminal Courts, **Journal of International Criminal Justice**, 2004, p. 1018-1039.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

\_\_\_\_\_. O Processo Penal Português: problemas e perspectivas. In: MONTE, Mário Ferreira (Org). **Que futuro para o processo penal?**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 805-819.

DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. **Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los E.E.U.U., Italia y Portugal)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

\_\_\_\_\_. **La conformidad del acusado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Rule 11 - Pleas**. Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule\\_11](https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11)>. Acesso em: 05/10/2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance; PENTEADO, Jaques de Camargo; PENTEADO, Marco Antonio de. Reflexos da Lei dos Juizados Especiais na Justiça Criminal Paulista. **Justitia**, São Paulo, v. 62, n° 189/192, p. 123-148, jan/dez. 2000.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez. **El procedimiento penal abreviado y los juicios rápidos**. 2ª ed. Granada: Comares, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

FIDALGO, Sónia. O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória e o processo sumaríssimo. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v 18, n° 2, abr-set/2008, p. 277-315.

FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. Stanford, Calif., Stanford University Press, 2003.

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. PLS 159/2009 e o acordo para aplicação de pena: avanço ou retrocesso?. In: PINTO, Felipe Martins; GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel (Coord). **Processo e Efetividade**. Série Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito. vol. 3. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 07-26.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; ROSA, Larissa. As oportunidades de consenso entre o Ministério Público e o acusado e a horizontalização da justiça. In: BRAGA, Rômulo Rhemo Paliot, e outros - CONPEDI/ UFPB (Org.). **Livro do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI - Criminologias e Política Criminal I**. 1ª ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, p. 161-179.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **El consenso en el proceso penal español**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997a.

\_\_\_\_\_. **La justicia penal negociada: experiências de derecho comparado**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997b.

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

\_\_\_\_\_. **O Devido Processo Penal**. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Consenso: essa é a saída para a justiça criminal brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2172, 12 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12952>>. Acesso em: 01/07/2016.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 30, abr-jun/2000, p. 41- 50.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Racionalidade da ação e racionalização social. Vol. 1. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo.** Sobre a crítica da razão funcionalista. Vol. 2. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo.** Trad. de Guido Antônio de Almeida. 2ª reimpressão, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia:** Entre Facticidade e Validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e Contornos do Princípio Contra a Auto-Incriminação.** Campinas: Bookseller, 2005.

HEUMANN, Milton. **Plea Bargaining:** The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys. Chicago And London, The University of Chicago Press, 1978.

HILL, Flávia Pereira. Plea Bargaining – Uma incursão no Sistema Processual Penal Norte-Americano. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). **Temas Contemporâneos de Direito Processual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 489-541.

ISHIDA, Válder Kenji. **A Suspensão Condicional do Processo.** São Paulo: Saraiva, 2003.

JAMES, William. **Pragmatismo.** Trad. de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais:** a concretização antecipada do direito de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KYLE, Linda Dee. **Transação Penal:** Revisão Crítica à Luz do Acesso à Justiça. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

LANGBEIN, John H., Understanding the Short History of Plea Bargaining. **Faculty Scholarship Series**, 1979, paper 544. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/544](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544)>. Acesso em: 15/10/2016.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual e Efetividade no Processo Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** Vol. Único. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal.** Vol. Único. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal.** Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015a.

\_\_\_\_\_. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99-128.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celeridade”. Observações a respeito da Justiça Alemã. In: MONTE, Mário Ferreira (Org). **Que futuro para o processo penal?**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 645-670.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **Jürgen Habermas: Filósofo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MALAN, Diogo. Sobre a condenação sem julgamento prevista no PLS 156/09. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, nº. 207, fev/2010, p. 02-03.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDONÇA, Stephan Gomes. Lei dos Juizados Especiais: 20 anos de vigência e reflexos no processo penal. **Revista Jurídica Consulex**, v. XIX, 2015, p. 10.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência e legislação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista de Processo**, vol. 103, jul-set/2001, p. 95-107.

MOSSIN, Júlio César O. G.; MOSSIN, Antônio Heráclito. **Delação Premiada - Aspectos Jurídicos**. São Paulo: JH MIZUNO, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9ª ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema penal**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: Legitimidade e Procedimento**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

POLLI, José Renato. **Habermas: Agir comunicativo e ética do discurso**. 2ª ed. Jundiaí: Editora In House, 2013.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Recomendação n° 01/2012. Disponível em:  
<[http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc\\_mostra\\_doc.php?nid=153&doc=files/doc\\_0153.html](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html)>. Acesso em: 11/10/2016.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n° 224/06.7GAVZL.C1.S1, 3ª Seção, Relator: Santos Cabral, julgado em 10/04/2013. Unanimidade. Recurso Penal Provido. Disponível em:  
<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 10/09/2016.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 01/06/2011, processo n° 59/10.9GBPMS.C1, Relator: Belmiro Andrade. Disponível em: <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>. Acesso em: 10/10/2016.

PRADEL, Jean. Le consensualismo en droit penal comparé. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, número especial, 1984, p. 329-370.

PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Poder Negocial (sobre a pena), Common Law e processo penal brasileiro: Meta XXI, em busca de um milhão de presos!?. In: BONATO, Gilson (Org). **Processo Penal Constituição e crítica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra. **Julgare**, Coimbra, v. 19, 2013, p. 207-220.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 6, n° 4, out-dez/1996, p. 525-544

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Julio Cesar. **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: Desenvolvimento, Aceleração e Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROSSETO, Enio Luiz. **A Confissão no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

SANDEFUR, Timothy. In defense of plea bargaining. **Regulation**, vol. 26, n° 3, p. 28-31. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=511302>>. Acesso em: 21/10/2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SCHULHOFER, Stephen J. Is plea bargaining inevitable? **Harvard Law Review**, v. 97, n° 5, p. 1037-1107, mar/1984. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1340824>>. Acesso em: 16/10/2016.

\_\_\_\_\_. Plea bargaining as disaster. **The Yale Law Journal**, vol. 101, n. 8, Symposium: Punishment, jun/1992, p. 1979-2009. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/796954?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/796954?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 26/10/2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 288-302.

\_\_\_\_\_. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240-261.

SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 21ª edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Germano Marques. Notas Soltas sobre as Alterações de 2007 do Código de Processo Penal Português. In: CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org). **Processo Penal do Brasil e de Portugal**. Estudo comparado: As reformas Portuguesa e Brasileira, Coimbra: Almedina, 2009, p. 71-93.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Crise(s) Paradigmática(s) no Direito e na Dogmática Jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as

possibilidades da justiça consensual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 28, out-dez/1999, p. 108–115.

TARUFFO, Michele. Verdade negociada?. Trad. de Pedro Gomes de Queiroz. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. XIII, Rio de Janeiro, 2014, p. 634-657.

TORRÃO, Fernando. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TULKENS, Françoise. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 673-717.

VASCONCELOS, 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.

VELHO, Letícia de Campos Martel. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 11, n° 2, jul-dez /2010, p. 334-372.

VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassam (Org.). **Processo Penal e Estado de Direito**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Campinas: Edicampi, 2002, p. 281-307.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Crime organizado: uma categoria frustrada**. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 1996.