

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE/SP**

CURSO DE DIREITO

DO DIREITO PENAL CONSENSUAL: UMA ANÁLISE GERAL E PERSPECTIVAS

Heloísa Gonçalves Furlan

Presidente Prudente/SP
2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE/SP**

CURSO DE DIREITO

DO DIREITO PENAL CONSENSUAL: UMA ANÁLISE GERAL E PERSPECTIVAS

Heloísa Gonçalves Furlan

Monografia apresentada como requisito
parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito,
sob a orientação do Prof.º Marcus Vinicius
Feltrim Aquotti

Presidente Prudente/SP
2019

DO DIREITO PENAL CONSENSUAL: UMA ANÁLISE GERAL E PERSPECTIVAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti
Orientador

Rodrigo do Prado Lemos Arteiro
Examinador

Ellisson Yukio Hasai
Examinador

Presidente Prudente/SP, 27 de novembro de 2019.

“Nos vales da lei privada, nas relações mais simples da vida, devem ser coletadas, pedaço por pedaço, as forças, o capital o moral, de que o Estado precisa para operar em grande escala e atingir os seus objetivos”.

- Rudolf Von Ihering

AGRADECIMENTOS

A Ele, ao Senhor a quem pertenço e sirvo, meus primeiros agradecimentos, em especial neste momento porque me ensinou e me inspira a amar a justiça, e a aguardá-la. Não vou me estender aqui, ainda hoje pela manhã lhe falei sobre minha gratidão, provavelmente amanhã conversaremos sobre isso novamente!

Aos meus pais, Ailton e Geovana, que são o meu suporte, meus melhores amigos e patrocinadores dos meus objetivos. Com vocês eu quero desfrutar todos os resultados das conquistas vindouras (que não serão minhas, mas sim nossas). Aos meus irmãos, Bernardo e Vicente, com os quais mantenho um laço talvez até mais forte do que narram romanticamente sobre nossa condição.

Aos amigos que fiz durante o curso; àqueles que fiz nos órgãos onde estagiei, especialmente ao Dr. Ellisson Yukio Hasai, sempre solícito e presente desde os primeiros dias da minha caminhada acadêmica; ao Edilson Ap. Coutinho, uma pessoa querida que me deixou valiosas lições e saudade; ao Dr. Roberlei Cândido de Araújo, que me permitiu o contato com o processo criminal e a prática advocatícia; aos demais amigos, aqueles “da vida”, vocês me dão ânimo para tentar fazer do mundo um lugar melhor!

Aos meus mestres do Direito, especialmente aos senhores que estão aqui me avaliando, obrigada por suportarem os sacrifícios do ofício e transmitirem com tanta preciosidade os saberes desta ciência fundamental. Ao meu orientador, Dr. Marcus Vinicius, pessoa na qual enxergo as virtudes que um dia quero ter, obrigada por sua orientação e ensinamentos.

Por fim, peço licença para dedicar este trabalho ao senhor Orlando Furlan, um exemplo de integridade e honestidade, valores dos quais o nosso país tanto carece. Eu te amo “vô”, acorde!

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo uma ampla abordagem do Direito Consensual enquanto alternativa para a resolução de conflitos criminais, bem como sua constitucionalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. A implementação de espaços de consenso na seara penal no Brasil não é uma novidade, mas o debate acerca dos fundamentos e resultados dos institutos já vigentes se mantém atual, sobretudo quando se vislumbra a possibilidade de ampliação destes espaços. Este estudo, realizado através do método descritivo-analítico, abrange os fundamentos do modelo consensual e as críticas que lhe são dirigidas. O tema é contornado de relevância por abarcar questões constitucionais e principiológicas do processo penal, também pela importância de sua proposta em otimizar a persecução penal simplificando o processo, exaltando a preocupação com a vítima, desconstruindo a objetificação do imputado e primando pela autonomia da vontade. A tratativa de todas estas questões visa alcançar respostas sobre a aptidão do Direito Penal Consensual em efetivar o que propõe e verificar sua compatibilidade com o ordenamento pátrio.

Palavras-Chave: Direito Penal Negocial. Justiça consensual. Sistema persecutório.

ABSTRACT

The present work has as scope a broad approach of Consensual Law as an alternative to the resolution of criminal conflicts, as well as its constitutionality and compatibility with the Brazilian legal system. The implementation of consensus spaces in the penal area in Brazil is not new, but the debate about the foundations and results of the institutes already in force remains current, especially when one looks at the possibility of expanding these spaces. This study, conducted through the descriptive-analytical method, covers the foundations of the consensus model and the criticisms directed at it. The theme is circumvented because it encompasses constitutional and principled issues in criminal proceedings, as well as the importance of its proposal in optimizing criminal prosecution by simplifying the process, extolling the concern with the victim, deconstructing the objectification of the accused and striving for autonomy of will. The treatment of all these questions aims to reach answers about the suitability of the Consensual Criminal Law in effecting what it proposes and to verify its compatibility with the homeland order.

Keywords: Business Criminal Law. Consensual justice. Persecutory system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DO CONSENSO NO DIREITO.....	11
2.1 A Modelos de Justiça	11
2.2 Contextualização da Relação entre Consenso, Verdade e Direito	15
2.3 Consenso e Comunicação	17
3 O MODELO CONSENSUAL ESFERA CRIMINAL.....	21
3.1 Fatores para Aplicação do Consenso.....	22
3.2 Bases do Consenso	28
3.3 Resposta Consensual ao Delito.....	33
4 PRINCIPAIS CRÍTICAS ACERCA DA IMPLEMENTAÇÃO E AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO DIREITO PENAL.....	39
4.1 O <i>Plea Bargaining</i> como Influência	40
4.2 Validade e Verdade Consensuais	45
4.2.1 Vontade livre e consciente	49
4.2.2 A questão da (des)igualdade entre as partes	51
4.3 Direitos Fundamentais	53
4.3.1 Ampla defesa.....	58
4.3.2 Presunção de inocência e vedação à autoincriminação	60
5 OS INSTRUMENTOS NEGOCIAIS JÁ CONTIDOS NO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	64
5.1 Lei dos Juizados Especiais	64
5.1.1 Composição dos danos	67
5.1.2 Transação penal	70
5.1.3 Suspensão condicional do processo	73
5.2 Lei das Organizações Criminosas	76
5.2.1 Acordo de colaboração premiada	78
6 SISTEMA PERSECUTÓRIO BRASILEIRO.....	81
6.1 Constitucionalidade e Compatibilidade	83
6.2 Prospecção	86
9 CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95

1 INTRODUÇÃO

A promoção do consenso na esfera jurídica é incidente nos dois polos do Direito Ocidental, tanto ordenamentos onde prepondera a cultura romano-germânica quanto aqueles de maior influência anglo-saxônica experimentam a implementação de métodos com viés consensual dentre as ferramentas que empenham para o enfrentamento do crime.

O aprimoramento das medidas para enfrentamento do crime é uma preocupação constante, dentre os motivos consta que à seara criminal é reservada às transgressões mais graves e, portanto, naturalmente mais preocupantes, e que o crime como fenômeno social é algo que evolui. A utilização do consenso na resolução de conflitos criminais emerge da busca por melhorias para a resposta ao delito.

Quando se analisa profundamente a introdução e utilização de um método de resolver questões no âmbito penal muitos elementos se apresentam para serem discutidos como figuras indissociáveis do objeto então observado. O modelo de relação entre Estado e Cidadão, o sistema penal persecutório vigente, os problemas atuais enfrentados pelo sistema penal e suas origens, a compatibilidade deste método com a ordem Constitucional e com os vetores do processo, são exemplo de matérias indispensáveis para a construção de um raciocínio sólido acerca do que é Direito Penal Consensual e avaliar seus reflexos no ordenamento.

Busca-se com a abordagem do Direito Consensual neste trabalho extrair as concepções de sua integração com o mundo jurídico, principalmente no que concerne às causas para sua incorporação na esfera criminal e sua compatibilidade em sentido amplo com o ordenamento, para tanto, empregou-se o método descritivo-analítico e a pesquisa se desenvolveu sob suporte teórico-bibliográfico.

Num primeiro momento se explica as abrangências conceituais do tema, a discussão perfaz os espaços das inter-relações: do consenso com o sistema de justiça; do consenso com a verdade; e, por fim, com a comunicação. No que tange à relação com o sistema de justiça é dada atenção ao sentido da expressão “modelos de justiça” e estabelecida a comparação entre o modelo consensual e o modelo conflitivo de jurisdição. Sobre a verdade, foi suscitada a discussão histórica acerca da verdade propriamente dita e sobre suas implicações no Direito. A tratativa da inter-relação do Consenso com a comunicação foi inspirada na teoria comunicativa de Habermas e em sua importância para o quesito validade do consenso.

Adiante, o consenso, até então avaliado isoladamente e no contexto jurídico geral, é delimitado à esfera criminal. Estabelece-se a identificação sobre os principais fatores para a implementação do modelo consensual e suas bases, destacando os pensamentos sobre as características da sociedade atual decorrentes da globalização, bem como os seus reflexos nas questões relacionadas ao delito e a potencialidade do consenso para corresponder aos anseios derivados. Relacionado à ideia de modificações no cenário mundial e aos efeitos da influência de teorias que se propuseram a resolver a crise penal, inicia-se o tópico da resposta ao delito, que abarca a visão da pena através da perspectiva consensual.

O quarto capítulo está destinado a expor as principais considerações, negativas e positivas, acerca do Direito Penal Consensual. Teve-se por bem que primeiramente deveria ser explanada a fonte de inspiração para a aplicação do consenso no âmbito penal, portanto, de início o *plea bargaining* é analisado e são apontadas quais considerações se estendem ao modelo em geral e quais são detidas ao instituto estadunidense por se apresentarem associadas ao próprio sistema daquele país. A partir de então, adentra-se especificamente à esfera do objeto estampado no título do capítulo.

As críticas e estimas dirigidas ao Direito Consensual são exibidas de modo amplo, o que significa que não se teceu a divisão entre os diversos mecanismos consensuais. Estabeleceram-se dois grandes campos de debate: o primeiro da validade e verdade consensuais, englobando os assuntos referentes à liberdade e consciência da vontade e a igualdade entre as partes acordantes; o outro dos direitos fundamentais, expondo as questões afetas aos princípios da presunção de inocência, vedação a autoincriminação e ampla defesa. Correlacionando em vários momentos com determinados registros prévios.

O capítulo quinto visa congrega todo a discussão teórica apresentada à incidência no plano prático, deste modo, lhe foi objeto o conjunto dos principais instituto de viés negocial já contidos no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, os contidos na Lei nº 9.099 de 1995 – Lei dos Juizados Especiais – a composição dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo; e, nos contornos da Lei nº 12.850 de 2013, o instituto do acordo de colaboração premiada.

Com intuito de explorar a sistemática consensual brasileira, até mesmo por continuidade ao capítulo anterior, o prosseguimento e desfecho do trabalho se dá com o tópico referente às minúcias persecutórias, que foram divididas em dois

aspectos: em relação a constitucionalidade do modelo consensual e sua compatibilidade com sistema normativo vigente; e em relação às tendências de expansão dos espaços consensuais na esfera jurídica-penal brasileira.

2 DO CONSENSO NO DIREITO

Impera, por questão lógica e organizacional, abordar inicialmente a relação do consenso com a jurisdição, investigando e esclarecendo a posição que o objeto deste estudo ocupa no cenário jurídico. Além de tratar logo no início da alocação do consenso na área de interesse jurídico, se fez interessante correlacioná-lo à temas originais que envolvem o liame tecido com o Direito, quais sejam, as questões da verdade e da comunicação, nos moldes seguintes.

2.1 Modelos de Justiça

Prefacialmente, quanto ao título, é recomendável salientar que o conjunto dos dois vocábulos, amplamente difundido, não se coaduna perfeitamente ao conteúdo. Aqui, a palavra “justiça”¹ é empregada no sentido de jurisdição, de caminho para aplicação das normas jurídicas. Tal aspecto é criticável pela diferença fulcral entre Direito e justiça, sobretudo para fins de compreensão da correlação entre eles, conforme consta na obra de Bittar e Almeida²:

[...] justiça não é coercível, é autônoma, correspondendo a uma norma moral, e não a uma norma jurídica. Normas jurídicas absorvem conteúdos de norma de justiça, funcionam como forma de compelir coercitivamente comportamentos injustos, de proscrevê-los socialmente, mas não há que se negar a natureza da justiça como norma moral, e não jurídica. Vistos estes aspectos do problema, deve-se admitir que, com essas características, a justiça, em face do Direito, está a desempenhar um tríplice papel, a saber: (1) serve como meta do Direito, dotando-o de sentido, de existência justificada, bem como de finalidade; (2) serve como critério para seu julgamento, para sua avaliação, para que possam aferir os graus de concordância ou discordância com suas decisões e práticas coercitivas; (3) serve como fundamento histórico para sua ocorrência, explicando-se por meio de suas imperfeições os usos humanos que podem ocorrer de valores muitas vezes razoáveis.

¹ A conceituação de “Justiça” é polêmica desde tempos remotos. Muitos teóricos se debruçaram sobre o significado de justiça. O termo foi analisado sob vários prismas: como virtude em Platão; como igualdade material em Aristóteles, por uma perspectiva cristã nas teorias tomista e agostiniana, e relativista para os sofistas, exemplificativamente. Nesta linha intelectual “não se pode afirmar algo diferente do que forçosamente se conclui: sendo um valor relativo, a justiça é passível de várias acepções, variáveis ao sabor das preferências, tendências, bem como das culturas, das ideologias, das políticas, devendo ser admitido que o valor absoluto de justiça não é palpável par o homem.” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 596).

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 597.

Desta feita, seria mais acertada a utilização do termo “modelos de jurisdição”. Exatamente a mesma consideração se perfaz acerca do título do trabalho e deste capítulo, que não raramente são substituídos por “justiça” negocial ou consensual.

Quanto a diferença entre “negociação” e “consenso”, há quem entenda pela amplitude do primeiro como fator de diferenciação, “no sentido de esses termos representarem diferentes graus de autonomia da vontade conferida as partes. A negociação seria a fonte mais extrema de solução consensual do processo”.³

Em que pese a afirmação por parte de alguns quanto a diferença entre consenso e negociação, aqui o termo consenso é empregado no sentido que abarca ambos os significados, por, em sintonia com Flávio Andrade, entender que “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”⁴.

Superada a questão terminológica, adiante, à essência.

Vivendo em sociedade o homem se submete à possibilidade de envolver-se em conflitos, pela incompatibilidade de pensamentos e opiniões, pela incorrespondência de sentimentos, pela escassez dos bens, enfim, a relação entre pessoas, estritamente, e entre pessoas e coisas traz dentre seus possíveis efeitos a situação conflitiva. Ora, trata-se de seres humanos, animais dotados de racionalidade, cada qual com suas vontades, percepções, personalidades, insertos numa realidade de matérias finitas, é natural que haja discordâncias e que discordâncias ensejem agressões. As agressões podem significar a desestabilização da paz social, instituindo um estado de caos, inviabilizando o desenvolvimento e evolução da vida, eis a matriz e o objeto do Direito: a resolução de conflitos.

O objetivo da jurisdição integra a justificativa de sua existência, bem como a existência do próprio Estado. O aspecto conflitante ínsito à sociedade cria a demanda por soluções, o Estado se justifica como provedor de várias demandas sociais, dentre elas a referida, tal provisão se materializa como jurisdição. Desta maneira, o Estado em seu papel garantidor da vida em sociedade, avoca para si o poder de dizer o Direito e agir coercitivamente em função de seu cumprimento.

³ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual e Efetividade no Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 24.

⁴ ANDRADE, Flávio da Silva, **Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios**. Salvador: JusPodivm., 2018, p. 58-59.

A tutela jurisdicional abarca uma gama de projeções da personalidade humana e se divide para conferir máxima proteção aos bens jurídicos através das órbitas ou searas do Direito. Existem muitos caminhos pelos quais trilha a jurisdição, mas o destino de todos eles é um só: resolver questões conflitivas para manter ou reestabelecer a paz social.

O conflito é sempre marcado pela contraposição, o embate de elementos diversos e opostos, elementos que podem constituir-se em indícios e provas (vestígios que atos e fatos imprimem materialmente sobre a realidade) ou em proposições (posições e suposições externalizadas, geralmente pelo discurso, providas ou não de suporte objetivo).

A principal proposta do Estado para resolver os conflitos, aqueles que lhe são apresentados e aqueles sobre os quais detém pleno poder de legitimidade (*ex officio*), é exercer a jurisdição sob a perspectiva de inalterabilidade da situação conflitiva pelas próprias partes. A partir desta perspectiva, no exercício da atividade jurisdicional o Estado age através de uma estrutura institucional que trabalha em busca da verdade⁵, para então compará-la com as regras e princípios do Direito e, finalmente, dizer se compatível ou incompatível, cabendo no último caso a utilização da força com o fito de reparar os efeitos gerados por esta incompatibilidade. E esta é, sucinta e pragmaticamente, a principal via de realização da justiça na atualidade, o modelo conflitivo.

Em contraposição ao modelo conflitivo há o modelo consensual, que se diferencia em sua gênese por observar o conflito como situação passível de resolução pelos próprios conflitantes. Considerando a abstenção do uso unilateral do poder estatal como medida ótima.

Segundo Flávio Andrade⁶, o paradigma do consenso é fundado “nas noções de conformidade, acordo, negociação e concordância de pensamentos”, e o

⁵ A questão da verdade no processo é tema que atrai calorosos debates e permanece distante de ser uníssono, porém, não obstante as preciosas críticas da doutrina, é indubitável que o processo visa a apuração da realidade dos acontecimentos, e neste sentido se pauta a doutrina mais moderna que tem proclamado o vigor do Princípio da Busca da Verdade. Representando o atual posicionamento, de modo esclarecedor: “Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único** – 7. ed. red., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 70).

⁶ ANDRADE, 2019, p. 29.

autor segue tecendo a distinção em relação ao paradigma do conflito: “marcado pelas ideias de antagonismo, confronto, disputa e enfrentamento”.

No Brasil tem sido evidente a difusão da perspectiva consensual, cite-se como exemplos a Lei dos Juizados Especiais, o Novo Código de Processo Civil, os meios adequados de solução de conflitos (arbitragem, conciliação e mediação), dentre outros, que reverenciam a participação dos conflitantes e possibilitam que suas vontades manifestas influenciem diretamente o resultado.

A inserção de mecanismos de natureza consensual tem se dado de maneira gradual e reflete um estágio social. Estes mecanismos compõe um modelo de jurisdição que é produto das transformações sociais, do modo como ensina Reale⁷:

Como se vê, os modelos jurídicos, longe de serem concebidos de maneira abstrata, ou cerebrinamente, são antes “estruturas normativas” talhadas na concretude da experiência humana. São formas típicas modeladas em contato permanente com a vida humana, mudando ou desaparecendo em função dos fatos e valores que nela operam.

Jurisdição conflitiva e jurisdição consensual, são, portanto, os dois meios pelo qual o Estado presta aos cidadãos reposta aos seus conflitos. E é considerando especificamente cada qual destes meios, que o Estado desenvolve toda uma estrutura procedimental apta, consoante às normas jurídicas, a conduzir o conflito ao seu fim, cumprindo assim o objetivo da jurisdição.

O modelo de jurisdição consensual é uma alternativa para a efetivação dos fins estatais de resolução. Não se aspira com este modelo a substituição dos demais, mas sim a coexistência. Neste sentido⁸:

De fato, é fundamental que haja, na sociedade, modos de resolução dos conflitos que evitem a instância judicial ou que atuem em parceria com esta, conforme a natureza das divergências existentes entre as partes. É importante também que, no contexto do processo que se desenvolve perante os órgãos jurisdicionais, haja previsão de soluções menos conflituosas, que favoreçam a participação e o diálogo. É, em síntese, a noção de pluralidade acima ressaltada, fazendo coexistirem, em seus respectivos âmbitos, a justiça formal, rígida, e o modelo consensual.

Como exposto pela autora no trecho supracitado, em consonância com o entendimento já anteriormente declarado, a sociedade demanda meios diversificados para a resolução de seus conflitos. É necessário, para tanto, a

⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito** – 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 186.

⁸ LEITE, 2013, p. 52.

conjugação de eficiência com adequação e utilidade, de modo que a resposta aos conflitos seja efetivamente concretizada, respeitando as particularidades de cada caso e obtendo o máximo de aproveitamento com o mínimo de perdas ou descontentamentos, é neste cenário e com este intuito que se concebe o modelo consensual.

2.2 Contextualização da Relação entre Consenso, Verdade e Direito

Sérios problemas são enfrentados pela jurisdição conflitiva, ou modelo de justiça conflitiva. Primeiramente, todo esforço desempenhado pelo Estado é na realidade um esforço desempenhado por pessoas, por isso o sistema de justiça fica exposto a questões de ordem subjetiva e interpessoal. Neste mesmo esteio acerca do subjetivismo, há também a carência de objetividade no que se refere à verdade, considerando que o processo de busca dos elementos que a induzem e a avaliação/determinação do conjunto destes elementos como verdadeiros ou não é realizada por pessoas, além do problema que se perfaz na discussão filosófica acerca do conceito e existência da verdade. Neste mesmo sentido, a atividade jurisdicional enfrenta ainda problemas de ordem espacial e temporal, que não raras as vezes dificultam o caminho de busca e retiram a certeza de veracidade sobre o amealhado probatório.

Desta forma, a verdade que é elemento primordial do principal modelo desenvolvido e utilizado pelo Estado para resolver conflitos, acarreta as considerações tecidas no parágrafo imediatamente anterior. Este modelo, para sua plena consecução, exige daqueles que figuram como julgadores, ao menos em tese, a concordância sobre a verdade. Assim, na justiça conflitiva, a verdade é tomada como elemento principal e o consenso existe como elemento inerente à verdade, porém secundário, já que, uma vez tendo o Estado considerado algo com verdadeiro, mesmo que o indivíduo conflitante se mantenha irresignado, em dado momento a incidência da força estatal será inevitável.

A verdade, imbuída de todas as questões problemáticas que a cercam, seja em relação ao seu conceito, seja em relação a atividade de buscar os elementos fáticos que a indicam, é o centro de um modelo de resolução de conflitos. Este é o modelo mais difundido, e o sistema persecutório brasileiro foi concebido sob sua dinâmica.

Como já apresentado, embora a justiça conflitiva seja proeminente não é ela exclusiva, o modelo consensual se apresenta como proponente de atingir o mesmo fito utilizando-se para tanto do consenso entre as partes.

O consenso, do latim “*consensus*”, pode ser definido como “Acordo estabelecido, entre indivíduos ou grupos, sobre seus sentimentos, opiniões, vontades etc., como condição para que haja uma concórdia social.”⁹

O Direito como regulador da vida em sociedade considera o consenso sob vários aspectos. Por excelência o ramo do Direito vinculado ao consenso é o cível, precipuamente no conteúdo contratual que se funda sobre o pressuposto de proteção dos acordos entre os jurisdicionados. Neste campo do saber jurídico, a ascensão das aspirações consensuais é facilmente perceptível no Novo Código de Processo, que traz dentre suas inovações a possibilidade de as partes transigirem até mesmo sobre quesitos processuais. As ferramentas de consenso entre as partes como solução para as demandas civis de interesse jurídico têm sido utilizadas como integrantes do modelo jurisdicional e como substitutivas do modelo tradicional, referindo-se aqui aos meios adequados de solução dos conflitos.

Dada a natureza privada do Direito Civil, a utilização do consenso não invoca maiores discussões além da procedibilidade, já no campo público, a questão ganha contornos expressivamente diversos, é o que se tem no âmbito Penal.

Na *ultima ratio* do Direito, o consenso é elemento que figura em momentos diversos, como, a título de amostragem: na extinção da punibilidade em caso de aceite do perdão do ofendido; na causa supralegal de excludente de ilicitude “consentimento do ofendido”; no consenso sobre a reparação dos danos causados pelo delito em sede de Juizado Especial; e no acordo sobre colaboração premiada. Em todas estas ocasiões, e nas demais de mesma ordem, existem fortes embates na doutrina, primordialmente quando se considera a utilização do consenso como método para resolver a lide penal com acordos sobre a imputação, sobre a pena, ou sobre o afastamento do processo regular.

Implicitamente, o que fomenta as maiores discussões sobre o consenso é a questão da verdade, o que restringe ao campo criminal os maiores imbróglis. Isto por estar arraigada na mente da maioria das pessoas a ideia de busca da verdade material, de que o Estado tem responsabilidade de descobrir os exatos

⁹ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 54.

acontecimentos fáticos para punir, e tal ideia inclusive foi outrora fomentada pelo próprio Estado, como argumento legitimador do monopólio do *jus puniendi*.

O consenso pode se direcionar para múltiplos objetos que não a verdade dos fatos. Pode, por exemplo, recair sobre uma proposta de sanção da parte acusadora, o que acontece na transação penal, onde o acusado tem a oportunidade de consentir em cumprir um acordo com o Ministério Público, sem, no entanto, consentir sobre a verdade da acusação. É possível ainda que o consenso não abarque a totalidade das afirmações causais do conflito. Em explanações deste contexto, Renato Brasileiro é bem pontual¹⁰:

[...] no âmbito dos Juizados, a busca da verdade processual cede espaço a prevalência da vontade convergente das partes. Nos casos de transação penal ou de suspensão condicional do processo, não há necessidade de verificação judicial da veracidade dos fatos. O conflito penal é solucionado através de um acordo de vontade, dando origem ao que a doutrina denomina de *verdade consensuada*.

A utilização do consenso no Direito não é um tema resoluto em si mesmo, pelo contrário, se relaciona com outras questões, como a superficialmente mencionada “questão da verdade”. Em determinados pontos a inserção de elementos consensuais é pacífica, por evidente compatibilidade com características do sistema, o que ocorre no campo cível, o contrário também ocorre, por incompatibilidade das noções e concepções que se tem do sistema penal, o consenso em contato com este ramo, sobretudo quando cumpre um papel imediato, gera intensas polêmicas.

Apesar de todas as questões a serem dirimidas, as relações entre Direito e consenso e entre Direito e verdade são uma realidade e para que o consenso aplicado na jurisdição cumpra sua finalidade, que é resolver o problema através da aproximação das partes, a válvula mestra é a estruturação de um ambiente adequado à comunicação livre e equânime, como se visualizará melhor no tópico seguinte.

2.3 Consenso e Comunicação

Sendo o consenso a homogeneidade de desígnios, o ponto convergente de polos ou origens distintas, sua obtenção ou construção pressupõe o prévio conhecimento acerca da contraposição/dissenso posto sob a pretensão consensual.

¹⁰ LIMA, 2019, p. 71.

Portanto, a externalização das divergências é imprescindível para alcançar o consenso.

O meio adotado pelo homem para expor suas subjetividades é a comunicação. No exercício da atividade comunicativa os sujeitos de um diálogo se tornam agentes de transmissão, potencialmente aptos a revelar conhecimento, e ao mesmo tempo agentes receptores, potencialmente aptos a adquirir conhecimento ou concebê-lo a partir da reunião do conteúdo prévio (intrínseco) com o recepcionado através da comunicação. Esta relação é altamente complexa, pois está condicionada às características não só dos comunicadores, mas também do próprio formato do discurso.

A lucidez necessária para tratar de questão tão importante que é a comunicação requer que fatores extrínsecos integrem a discussão. A equidade entre os polos do diálogo e a liberdade com que devem se expressar se associam à problemas de ordem social, cultural e econômica, que devem ser considerados como temas imprescindíveis para o debate sobre a comunicação na formação do consenso.

O Brasil, notoriamente, é maculado pelas mazelas decorrentes da desigualdade social, que influem nas instâncias formais de poder pela dispensa de tratamento desigual entre os cidadãos, favorecendo os que dispõem de privilégio, principalmente de ordem econômica. Interromper o ciclo de discriminação dos indivíduos é tarefa que deve evoluir juntamente com outras medidas que visem a melhoria da convivência e da vida em sociedade, como é o caso do modelo consensual de jurisdição. A problemática da desigualdade social com certeza é um fator que interfere na busca pelo consenso, assim como interfere no modelo conflitivo, e por isso não se justifica como óbice à implementação do modelo consensual.

O consenso entre os sujeitos que detêm interesses conflitantes é consectário da cooperação entre eles, e para cooperar os sujeitos precisam entender o outro e se fazer entendido. Para a formação de bases sólidas para a inteligência dos sujeitos e formação do consenso, os momentos de exposição devem ser oportunizados para todos os participantes, a linguagem empreendida deve ser de compreensão comum e tanto o ato de comunicar-se quanto o conteúdo da comunicação, o discurso, deve emergir da vontade livre e consciente.

Jürgen Habermas um dos mais ilustres teóricos da contemporaneidade dedicou-se à várias questões basilares do estudo da comunicação¹¹, acreditando sempre na potencialidade racional do discurso para o aperfeiçoamento da interação social. As ideias de Habermas interligadas com sua teoria do agir comunicativo, que se funda “no sentido de valorizar a dimensão da intersubjetividade e de combater a unilateralidade da ideia da razão solitária”¹², resistem ao posicionamento de inexistência de um consenso válido.

Em Habermas¹³ há a conceituação de razão comunicativa, que trabalha com a noção de alcance do conhecimento através de um caminho comunicativo, a ideia de obtenção de saber por meio da comunicação, da interação entre os sujeitos, o que depende do posicionamento dos interlocutores.

Quem participa convictamente numa argumentação tem necessariamente de partir do princípio de que a situação comunicativa é, em princípio, garante dum acesso público, de iguais direitos de participação, autenticidade dos participantes, ausência de coação na tomada de posições, etc. Os intervenientes só se conseguem persuadir reciprocamente se partirem do pressuposto pragmático de que o seu <<sim>> e <<não>> se deixam determinar em exclusivo pelo imperativo do melhor argumento.

Para o filósofo alemão, seria possível a construção de um consenso válido por meio do discurso pautado em pressupostos de validade. Correlacionando ao Direito Consensual, importa o reconhecimento da possibilidade de atingir o real consenso, ou verdade consensuada, e a prescrição de parâmetros par alcança-lo.

Os elementos que conferem validade a formação do consenso, segundo o pensamento Habermasiano, são, de modo sintetizado por Flávio Andrade¹⁴:

- 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;

¹¹ Em Bittar e Almeida tem-se que “Toda mediação e toda relação estão entrelaçadas a fatos linguísticos e suportando uma relação discursiva; é certo que, para Habermas, esta dimensão não poderia ser negligenciada, mas sim tornar-se-ia o cerne das questões investigativas que o tem movido numa intensa jornada de produção filosófica acerca de múltiplos assuntos de grande relevância e importância, inclusive para temas da ciência, da política, da bioética, da responsabilidade social, da cidadania, da democracia. (BITTAR, 2015, p. 551).

¹² BITTAR, 2015, p. 552.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Trad. de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget. 1991, p. 131.

¹⁴ ANDRADE, 2019, p. 44.

- d) sinceridade: a intenção do falante deve corresponder ao que ele efetivamente pensa, sem fingimentos; ele deve ser autêntico no ato da fala.

O discurso direcionado pela compreensibilidade, pela verdade, correção e pela sinceridade, torna possível o entendimento mútuo e a construção do consenso válido, o que é argumento para a legitimidade da utilização do meio consensual para a resolução de conflitos de interesse jurídico.

Apesar de existirem questões que prejudicam a equidade entre as partes de um diálogo, e também a liberdade e consciência das manifestações, existe a possibilidade de se alcançar verdadeiramente o consenso. Há que se ter sempre presente a necessidade de respeito às balizas de validade do discurso e formação do consenso, bem como a consciência de que a implementação do consenso como meio de se resolver situações conflitivas deve caminhar ao lado do empenho em solucionar questões ínsitas a própria formação deste consenso e de melhoria geral da relação social.

3 O MODELO CONSENSUAL NA ESFERA CRIMINAL

O crime é um evento social complexo, observado cientificamente pela Sociologia, Filosofia, Criminologia e, finalmente, pelo Direito, sob óticas que consignam os interesses específicos de cada um destes campos do conhecimento.

As condutas desviantes das normas penais são aquelas que, ao menos em tese, ferem os bens jurídicos mais caros e se enquadram num alto grau de ameaça para a sociedade, o que justifica, teoricamente, a utilização da força Estatal de modo mais intenso que nos conflitos de outras ordens, dos quais se ocupam outros ramos do Direito.

Como fenômeno social complexo o crime se relaciona à fatores variantes e está condicionado ao tempo e espaço. As atividades criminosas evoluem como consequência de sua própria natureza, já que acompanham a evolução social geral, e também para suprir desígnios imanentes como a impunidade e a superação de eventuais dificuldades em atingir fins ilícitos.

A resposta estatal para as condutas delitivas tem o dever de ser compatível ou mais avançada que o próprio delito, afinal, a segurança é uma das principais promessas aos jurisdicionados e se erige sob o cerceamento da autotutela e da vingança privada¹⁵. Não é tarefa fácil, muito pelo contrário, se manter em condições de lidar com o desenvolvimento da criminalidade, logicamente, o crime conta com poderosos fatores de aceleração do seu desenvolvimento, como ausência de burocracia, desnecessidade de respeitar normas morais e de Direito, dentre outros.

A efetividade da resposta ao crime não é a única preocupação do Estado em sede criminal. Mais que desvendar um crime e punir seu(s) autor(es), o Estado Democrático deve estar sempre atento aos seus próprios fundamentos, às funções da punição, à(s) vítima(s), e ao tecido social.

O modelo consensual de jurisdição se projeta no panorama penal propondo ser um meio de efetivação das responsabilidades estatais eficiente e respeitador das garantias constitucionais e processuais, buscando possibilitar simplificação dos procedimentos, priorizar a vontade da vítima, desobjetificar o autor

¹⁵ Neste sentido, Rafael Oliveira conclui que "... o Estado roubou o conflito penal das partes ao assumir o protagonismo na resolução dos problemas causados pelo crime, o que fez com o objetivo de manter o controle social por meio do uso da força." (OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para crise do processo penal**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 71).

ou suposto autor do fato conferindo-lhe espaço para exercício da autonomia, e gerando através destas qualidades pontuais os efeitos secundários que serão discutidos particularmente.

3.1 Fatores para Aplicação do Consenso

A seara criminal se reveste da mais alta responsabilidade jurisdicional. O campo de atuação do Estado integrado ao Direito Criminal é delimitado por questões sensíveis: os danos que o delito causa ao bem jurídico e os danos que a resposta estatal causa ao delinquente, o que se irradia abstratamente como dano na sociedade.

O crime é um fenômeno que assola a sociedade desde o seu surgimento, e o longo da história motivou investigações sobre seu conceito, sua causa, modo de evitá-lo ou atenuar e punir.

Atualmente, no Direito Ocidental, há uma padronização do sistema de tratamento dispensado sobre o delito. Este padrão envolve a concentração do poder investigativo e punitivo nas mãos de um ente estatal, a hierarquização no sistema de aplicação das leis penais, e o cerceamento da liberdade de locomoção como principal sanção. A forma de tratar o delito não foi sempre assim e também não derivou de uma construção linear ou constante. Estas características do sistema atual estiveram vigentes por períodos intercalados com suas vertentes opostas. A mudança do controle do delito da vingança privada para instâncias formais não foi um intercâmbio definitivo, existiram momentos de regresso à autotutela antes de se firmar. Antes da hierarquização, a aplicação da lei se deu por caminhos diversos e as penas privativas de liberdade, em relação ao tempo e espaço, ocuparam posições diferentes, ou seja, nem sempre figuraram como principais.

A concentração do poder de perseguir (*jus perseguendi*) e de punir (*jus puniendi*), enfrenta os cidadãos no sentido de se justificar, afinal, impede que a situação de conflito seja resolvida de forma particular. Se antes o cidadão atingido diretamente pelo delito, a vítima, podia reagir ao fato com suas próprias forças, agora o Estado lhe impede, ocupando a posição de necessário apurador e retribuidor do delito. Ao tratar do assunto, Rafael Oliveira¹⁶ chancela este pensamento afirmando a

¹⁶ OLIVEIRA, 2015, p. 16.

posição da vítima como principal distinção entre o modelo de resposta privada, com a participação direta da vítima e do ofendido, e o de centralização e verticalização no tratamento do delito, “isso porque, enquanto naquele o ofendido e o criminoso protagonizam a busca por uma solução, nesse o poder punitivo é exercido exclusivamente por uma autoridade central, sem vinculação à vontade dos envolvidos”.

Deste modo, para justificar sua atuação, seja qual for a real intenção¹⁷, o Estado buscou desempenhar o papel de detentor do monopólio da força de modo a satisfazer o interesse dos jurisdicionados, uma pretensão arriscada e de difícil execução, seja pela quantidade de delitos e de pessoas envolvidas, seja pela complexidade própria da relação e/ou pela distância concreta entre o fato e os agentes estatais.

Para sustentar este sistema o Estado categorizou como necessária a transmissão de uma sensação de justiça penal, sensação que afirmasse a igualdade entre os seus jurisdicionados e a efetividade de sua atuação em combate ao crime e estabilização da ordem. O Estado passou a perseguir o fim de incutir no consciente dos cidadãos a ideia de que as leis são a expressão fiel da vontade social e que ele as executa de maneira justa, mantendo-se nesta perspectiva¹⁸:

A sustentação da ilusão da existência de um conjunto coeso de leis perfeitas implicou na necessidade de evitar a interpretação contraditória dos seus conteúdos normativos. Assim, criou-se um sistema jurídico burocratizado e lento que centralizou a decisão final acerca da interpretação da lei em um órgão hierarquicamente superior aos demais.

Neste sentido, correspondente ao que sustenta Rafael Oliveira nos termos supracitados, a burocratização e seus efeitos nasceram da própria estruturação do sistema centralizado e vertical de tratamento pelas instâncias formais de poder estatal sobre o delito.

¹⁷ O supramencionado autor ao tecer suas considerações acerca da atuação do Estado sobre o delito, pontua que [...] a transferência da resolução do conflito penal dos particulares para o Estado não teve a finalidade de humanização da sanção penal ou proteção do cidadão contra a força de outro particular – preocupações que surgiram somente com os teóricos do iluminismo –, mas sim de afirmação do poder central e exercício do controle social. (OLIVEIRA, 2015, p. 19). Sob outro ponto de vista, assunção estatal do *jus puniendi* pode ser caracterizada como um avanço, na consideração de que “Atribuir este poder ao Estado foi fundamental para fixar um conjunto de regras a serem observadas no ato punitivo, bem como para garantir o mínimo de proporcionalidade entre crime e castigo” (LEITE, 2013, p. 265).

¹⁸ OLIVEIRA, 2015, p. 71.

A burocratização permanece até hoje e é vista como principal fator de emergência¹⁹ da crise do sistema penal. Os entraves impostos ao modelo estatal pela burocracia geram graves problemas pela lentidão em operar, o que acarreta o desamparo da vítima, o descrédito social, obstaculiza a produção de provas e onera a situação do imputado.

A questão da burocracia e formalismo exacerbado do sistema penal destoa do modelo social atual, que tem suas raízes no final do século XX, na verdade a burocratização do sistema penal está em sentido diametralmente oposto ao do caminho pelo qual trilha a sociedade contemporânea.

O fenômeno da globalização, que se funda na facilitação do fluxo de coisas, pessoas e ideias, através do aumento da velocidade e simplificação dos transportes e dos meios de comunicação, transformou profundamente a sociedade. Os dias atuais são marcados pelo imediatismo, característica que soa incompatível aos moldes do sistema penal vigente²⁰ e do principal modelo utilizado para a realização da justiça penal, o já observado modelo conflitivo²¹; do modo como sugere Rafael Oliveira²²: “o sistema jurídico vigente, estruturado antiquadamente para garantir a irreal perfeição das Leis, representa o extremo oposto do imediatismo exigido nesta nova ordem mundial”.

Incorrespondência com o imediatismo não foi o único problema que a globalização gerou no âmbito criminal. A industrialização e o consumismo que emergiram do alto fluxo de bens e informações tornaram as relações interpessoais muito mais complexas que outrora, e associada a esta complexidade das relações, bem como à ampliação de bens jurídicos a serem tutelados, a criminalidade expandiu.

Neste contexto de problemas muitas teorias foram pensadas e construídas para resolvê-los. Destaque-se, para os fins deste trabalho, a teoria crítica,

¹⁹ ANDRADE, 2019, p. 60-62.

²⁰ A incompatibilidade entre a lentidão do procedimento burocratizado e a imediatidade da sociedade contemporânea não é o único problema que gravita a celeridade, há aqui a questão de garantias do cidadão, já que “a celeridade processual também é decorrência da presunção de inocência. O processo que tarda determina um sofrimento desnecessário ao arguido, compromete a vida pessoal e profissional dele, bem como sua liberdade e a própria paz social. Prejudica sua prova, determina sua estigmatização e, caso preso, interfere na concessão de sua liberdade. Não fosse tal suficiente, a estrutura judicial não está afastada da compreensão do custo existente para sua manutenção. Necessariamente, a solução das contendas em tempo útil serve para contemporizar estes dois extremos”. (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 31).

²¹ Tratado no tópico 2.1.

²² OLIVEIRA, 2015, p. 31.

que observa o delito partindo da ideia de que nenhuma conduta é delituosa por si mesma, vez que o delito só é assim determinado por fatores externos, e ressalta a ideia de prescindibilidade do sistema penal, sustentando em sua vertente extremada o movimento de abolicionismo.

Há na doutrina a divisão da escola de criminologia crítica em duas alas, uma radical, de fundamentos marxistas, e outra que tem suas raízes na própria crítica à teoria crítica. Como pontos em comum das duas alas, Eduardo Viana²³ destaca:

- a) *Oposição ao modelo tradicional da criminologia que era a-histórica ou universal.* A adequada compreensão do processo de criminalização exige a análise sob um marco histórico, social e economicamente definido;
- b) *Ataque à ordem legal constituída e ao Direito Penal.* O fenômeno criminal é compreendido, eminentemente, sob a base de condições econômicas e marginalização social. Assim mesmo, estimam que o Direito Penal é aplicado com maior proporção nas classes sociais economicamente desfavorecidas;
- c) *Os criminólogos críticos não disfarçam certa empatia com o delinquente.* O criminoso passa a ser visto não como um irracional ou um anormal, razão pela qual o crime deve ser estudado a partir da sua perspectiva, bem por isto elegem o método qualitativo (entrevistas; histórico de vida) para desenvolver as investigações.
- d) *Criminologia de inspiração marxista.* Em linhas gerais, compreende o Estado capitalista como principal fator criminógeno, razão pela qual a luta contra a criminalidade passa necessariamente pela reforma das estruturas sociais que geram pobreza e desigualdade.
- e) Como consequência do anterior, defendem um *intervencionismo econômico*.

Com base nestes pressupostos, a criminologia crítica surge como uma das duas faces opostas que determinam o agravamento da crise penal: o abolicionismo, defendendo, como ensina Eduardo Viana²⁴, que “o mal causado pelo sistema penal é muito mais grave do que o fato que gera sua intervenção, por isso – em sua vertente mais radical – propõe sua abolição”. Prosseguindo o autor, a outra face: “o movimento de lei e ordem arma-se com as ideias de intervenção máxima do sistema penal”.

Recaiu sobre o sistema penal duas visões extremadas advindas substancialmente da situação caótica ocasionada pelos reflexos da globalização. De um lado o postulado de abolição do sistema penal, do outro as teorias e movimentos influenciados pelas políticas criminais neoliberais.

²³ VIANA, Eduardo. **Criminologia** – 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 378-379.

²⁴ VIANA, 2019, p. 428.

Com o descompasso entre o sistema penal, o aumento da criminalidade e o medo disseminado pela mídia, o descrédito dos cidadãos aumentou sobremaneira, e na tentativa de solucionar tais questões o Estado passou a adotar medidas como as do movimento lei e ordem e o programa de tolerância zero, e a se basear em teorias como a das janelas quebradas²⁵, todas com maior incidência e evidência nos Estados Unidos, país onde se originaram, nos entornos da década de 70. Em suma²⁶:

[...] o sistema passou a ser influenciado por uma política criminal que, para tentar amenizar os problemas causados pelo aumento da criminalidade, burocracia e lentidão da justiça penal, passou a antecipar a aplicação das penas por meio de medidas cautelares, restringir garantias processuais do arguido para acelerar o processo, facilitar a obtenção de provas, aumentar o número de condutas criminalizadas para combater os crimes de rua e tentar transmitir uma pretensa sensação de segurança à população.

Tal política, num primeiro momento, atingiu o objetivo para o qual foi concebida, mas não demorou muito para que viesse à tona as consequências lesivas da atuação estatal motivada pelas políticas neoliberais²⁷, consequências derivadas, sobretudo, da mitigação das garantias dos cidadãos o que deu ensejo a arbitrariedades estatais. Além de não conseguir resolver o problema, os movimentos deste viés geraram novas adversidades, como exemplo o encarceramento em massa.

Vislumbrando a incompatibilidade do sistema penal com as aspirações do mundo globalizado e as falhas das políticas criminais embasadas no aumento da criminalização de condutas e mitigação de garantias pessoais, o Estado continua a se esforçar para viabilizar uma solução para os conflitos penais através da adoção de novos caminhos, o consenso pode ser interpretado como um deles, assim faz Andrade²⁸:

No mundo moderno, estruturas e regulações autoritárias e burocratizadas passaram a ceder espaço para novas formas e modelos de administração e organização social, voltados a garantir mais comunicação, participação e

²⁵ OLIVEIRA, 2015, p. 40-61.

²⁶ OLIVEIRA, 2015, p. 55.

²⁷ Ao tratar das consequências das políticas criminais neoliberais, Oliveira conclui as tendo como desastrosas para o sistema penal por “além do seu problema inicial ligado à incompatibilidade da sua estrutura burocratizada com a exigência social por maior rapidez na solução do litígios, a justiça criminal passou a ter novos problemas, quais sejam: (i) o crescimento do número de condutas criminalizadas e, conseqüentemente, da demanda judicial; (ii) a ampliação do número de pessoas estigmatizadas pela atuação das instâncias formais de controle (e sua influência na reincidência); (iii) a redução das garantias fundamentais dos cidadãos; e (iv) a despreocupação dos sujeitos processuais com os fatos e observância da Constituição”. (OLIVEIRA, 2015, p. 72)

²⁸ ANDRADE, 2019, p. 60.

flexibilidade na resolução de problemas. Por conseguinte, no âmbito penal, marcado pela lei imposta, houve uma abertura a justiça consensuada em busca de ideias de legitimidade, de eficiência e de redução de custos.

As alterações sociais geradas pela globalização e seus reflexos compeliram o Estado a tentar adequar o tratamento ao delito. A imediatidade como característica ínsita aos cidadãos desta era que confronta a burocratização do sistema, as falhas provenientes do embate entre a teoria criminológica crítica e as políticas criminais neoliberais (principalmente dos efeitos de movimentos impulsionados por estas últimas) que se enraizaram no sistema penal, são fatores que motivam a aplicação do consenso.

A oportunização aos cidadãos, tanto vítimas com imputados, de chegarem a um resultado satisfatório por meio do acordo, como desfecho de uma situação criminal, supre demandas da crise penal, isto porque privilegia o posicionamento da vítima, desobjetifica o imputado e é de fato mais célere, dentre outros resultados a que se propõe atingir.

Outro fator para a aplicação do consenso é a dificuldade persecutória em determinadas situações delitivas. O crime caminha em passos mais largos que o aparato estatal engendrado para sua prevenção e repressão. Criminosos se empenham, reúnem esforços e recursos para uma conduta específica, os órgãos persecutórios têm diante de si pilhas de casos e uma quantidade limitada de esforços e recursos para distribuir entre eles. O crime organizado é uma estrutura complexa, “empresarial”, da prática delitiva os criminosos obtêm dinheiro, poder e domínio da atividade; enquanto isso o Estado se ocupa de muitas outras questões além da segurança pública; a burocracia do sistema dificulta a atividade investigativa; não é comum haver pessoal especificamente capacitado para determinadas situações; e a já mencionada falta de recursos prejudica o intuito de desvendar e destruir os emaranhados criminais.

A oferta de recompensas em troca de informações e meios de prova é uma solução para a dificuldade estatal em dismantelar os mecanismos do crime. O cenário brasileiro atual transparece a disparidade entre a potencial força estatal combativa e a força do crime organizado de perpetrar suas atividades se mantendo impune. A dificuldade em desvendar as estruturas do crime organizado e alcançar suas raízes é um fator para a aplicação do consenso, de um lado se posiciona o(s) integrante(s) destas organizações imbuído(s) no interesse de se beneficiar dos

institutos legalmente previstos, do outro lado o Estado interessado em cumprir suas responsabilidades.

Os fatores de implementação do consenso na esfera criminal tratados ao longo deste tópico, embora não sejam os únicos, são os mais frequentes na doutrina. O consenso como resposta para estes fatores também não é exclusivo, vez que não é suficiente para suprir todas as necessidades do sistema penal na atualidade, de modo que devem figurar ao lado do consenso outras alternativas, como, à título de exemplo, a descriminalização de determinadas condutas e o aprimoramento dos meios de investigação.

3.2 Bases de Aplicação do Consenso Criminal

A jurisdição negocial que se identifica, como já pontuado, pela participação efetiva de sujeitos com interesses opostos manifestando suas vontades e se dispondo a abster-se de parte de seus poderes e direitos para alcançar um resultado satisfatório para todos os envolvidos, pode se manifestar através de vertentes distintas, vez que “o objeto dos acordos abrange a natureza jurídica e a quantidade de pena, a forma de execução da sanção aplicada, a qualificação do comportamento delitivo, dentre muitas outras possibilidades”²⁹.

O consenso reflete diretamente na celeridade do procedimento, na reinserção do criminoso e na reparação do tecido social.

Como já analisado no tópico anterior, a morosidade do sistema é um dos fatores para a aplicação do consenso, tanto pela sua incorrespondência com a feição do mundo globalizado, quanto pela violação de direitos e garantias dos sujeitos (acusado e vítima) e, em termos de ineficiência, pela prevenção geral através da ideia impressa sobre a sociedade.

Apesar de não ser unânime a ideia de celeridade como objetivo do consenso, é inegável que o encurtamento da dinâmica processual é um de seus resultados. Nesta dicção, Rafael Oliveira³⁰ que não enxerga a celeridade como um dos objetivos do consenso, pela própria conceituação que tece sobre consenso, a reconhece como efeito:

²⁹ LEITE, 2013, p. 26.

³⁰ OLIVEIRA, 2015, p. 79.

Ao contrário do que sustenta parte da doutrina, a proposta de consenso não possui ligação com o princípio da oportunidade ou com o princípio da celeridade, uma vez que, por definição, não faculta às partes transigirem sobre a acusação – apenas modifica a maneira de interagirem – e também não cria mecanismos voltados a acelerar o processo penal em detrimento das garantias fundamentais do cidadão, sendo certo que a rapidez na solução do conflito é apenas uma consequência quase sempre atrelada à adoção de um processo orientado pela relação consensual.

Despicienda a diferenciação se objetivo ou efeito, a celeridade está atrelada à aplicação dos métodos consensuais, seja, exemplificativamente, pelo encurtamento do processo através de negociação sobre a sentença ou através da facilitação da produção probatória com acordos de colaboração. Pela importância que a celeridade desempenha no sistema penal e por estar intimamente relacionada à aplicação dos instrumentos de consenso, pode ser considerada como uma das bases da legitimação do Direito Consensual.

A partir da celeridade decorrente do consenso é possível que haja, do modo que descreve Brandalise³¹ ao tratar da celeridade como legitimadora dos acordos sobre a sentença:

[...] contributo à credibilidade maior das instâncias formais de justiça, com reforço de sua função simbólica, bem como uma forma de respeito ao próprio arguido, que, ao concordar com os efeitos da sanção, não merece a incerteza quanto a sua aplicação, já que a prova dos fatos não necessita maior delonga. Como o objetivo da atividade jurisdicional é a resolução do conflito que se apresenta, o consenso vai em prol de tal resolução, pelo que as leis maiores estatais não podem servir de obstáculo para sua aplicação. Estimula a eficácia da justiça penal, a prevenção da criminalidade, a redução dos estigmas da submissão ao julgamento convencional.

A resposta célere ao delito traz benefícios para todos os envolvidos, além de revestir o consenso de aptidão para amenizar a crise do sistema penal também o adequa às aspirações do acusado quanto à proteção de seus direitos. O debate acerca da celeridade não se exaure nas considerações acerca da motivação que confere para a implementação do consenso, há sobre tal elemento intensa discussão no que se refere à legalidade da supressão de partes do processo e relativização de direitos, o que será abordado no capítulo seguinte, por ora cabe a consideração da celeridade como uma das bases da utilização do consenso no âmbito criminal.

³¹ BRANDALISE, 2016, p. 39.

Outra base para a aplicação do consenso é a desobjetificação do arguido por meio da consideração de sua autonomia e observação dos vetores de reinserção social.

Um erro crasso cometido desde os primórdios é a objetificação e rotulação do homem delinquente, aquele que sabidamente infringiu leis penais ou sobre o qual paira a suspeita de autoria de um fato delituoso. Esta objetificação perdurou ao longo dos séculos e ainda hoje funciona como um filtro pelo qual se enxerga o suspeito, réu ou condenado. Quando se fala em alguém que cometeu ou supostamente cometeu um delito, imediatamente a primeira associação é de que esta pessoa jamais revelará ou reconhecerá sua conduta, que a utilização dos meios investigativos que mitigam as garantias será indispensável e que até a definitividade da condenação o réu se esforçará cinicamente para enganar os julgadores em favor de sua inocência; raríssima é a ponderação de que o sujeito possa estar arrependido e disposto a sofrer as consequências legais e tentar reparar os danos que causou.

Impera num Estado Democrático de Direito a humanização da persecução penal, o que implica na necessidade de efetivação da participação do investigado ou acusado. Para a plena consecução dos fins democráticos não basta a tomada da pessoa inquirida como sujeito de direitos, deve se estabelecer também a personalidade participativa quando advinda da vontade do indivíduo. É o que se extrai do postulado por Rodrigo Arteiro³²:

A participação do investigado deve existir não apenas para o exercício de sua autodefesa pré-processual, mas também para que os investigados valendo-se da dignidade humana não figurem como meros objetos inertes de perquirição estatal e possam agir comunicativamente, como efetivos agentes colaboradores na cognição e conformação da verdade consensual que se almeja construir quando da condução do procedimento persecutório.

A pessoa sobre a qual paira a suspeita da prática de um delito deve ser, logicamente, considerada em sua individualidade e capacidade, o que lhe reveste de aptidão para eventualmente avaliar suas condutas pretéritas e tomar decisões quanto ao seu futuro. Tal pensamento se direciona imediatamente à necessidade de se reconhecer a autonomia do indivíduo arguido, afinal, como estabelece Brandalise³³:

³² ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **Agir comunicativo na investigação criminal**. 2012. 117 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual Norte do Paraná, Jacarezinho, 2012, p. 25.

³³ BRANDALISE, 2016, p. 44.

[...] não se pode desconsiderar que os acusados, quando se encontram processados, objetivam proteger sua situação da melhor forma que lhes aprouver, e, assim, consideram refutar questões teóricas e principiológicas que podem, apesar de sua relevância intelectual e acadêmica, redundar em prejuízo maior no caso de condenação. Tudo porque o indivíduo é dotado de objetivos de vida e, pra tanto, faz deles parte o exercício consciente da autonomia a ele concedida.

A observância da autonomia do indivíduo investigado ou acusado vai além do atendimento à lógica do sistema penal democrático e da própria natureza humana, é também fator importantíssimo para a reinserção social³⁴.

Quando o Estado reconhece o arguido como sujeito de participação efetiva na persecução, sua singularidade é afirmada e isto com certeza surte efeitos psicológicos, tanto nele quanto nos indivíduos que compõem a sociedade. No primeiro caso, imprimindo a sensação de que foi concedida uma chance de se redimir (atenuando o dano de sua conduta por meio da reparação ou por meio da colaboração), além da sensação de recompensa, que conecta o benefício auferido com a tomada de postura positiva, diferente daquela adotada quando da prática de uma infração penal. No segundo momento, tem-se a ruptura da visão social deturpada de que a pessoa que infringe uma norma criminal é alguém incapaz de reconhecer seus erros e contribuir para sua reparação ou para a solução do conflito penal.

Em síntese, o consenso possibilita e fomenta o exercício da autonomia do arguido, surtindo efeitos em sua própria consciência e no consciente geral dos cidadãos, abrindo as portas à reinserção social, já que contribui diretamente para autoafirmação do sujeito como pessoa capaz de se redimir e pode gerar, inclusive, o sentimento de gratidão; e que afasta ou diminui a estigmatização do imputado.

O consenso, além de ter como bases o potencial de contribuir com a celeridade e com a reinserção social do criminoso, como já identificado e comentado, tem ainda a potencialidade de agregar esforços na reparação do tecido social prejudicado pelo delito.

Com a prática de um crime, além da vítima toda a sociedade é de alguma forma lesada, afinal, o crime é a transgressão de uma regra catalogada em grau de suprema importância para a convivência social, ao menos deveria ser, pelo que informa o princípio da fragmentariedade.

³⁴ “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” (ANDRADE, 2019, p. 33).

O delito implica, até mesmo conceitualmente, em transgressão a um ou mais bens jurídicos, e a depender da forma como se procede após sua consumação outras consequências deletérias se estabelecem, como é o caso da vitimização secundária³⁵.

A reparação do tecido social através do consenso pode ser observada como operante em duas vertentes, uma associada ao dano causado à vítima direta do delito e outra ao dano social.

A solução consensual aproxima as partes e aumenta as chances de reparação do delito, principalmente quando a reparação integra a negociação como condição para o benefício do acusado, é o que se verifica na composição civil dos danos³⁶ e na transação penal³⁷, por exemplo. Mas o benefício do consenso em relação à vítima não é restrito ao plano econômico, como bem pontua Rosimeire Leite³⁸:

Não se trata, porém de preocupação voltada tão-somente para a reparação financeira, embora esta também seja importante para a composição célere dos prejuízos. O objetivo primeiro deve ser a participação da vítima como oportunidade de estabelecer o diálogo possível entre ofendido e agressor e entre estes e os órgãos do Poder Judiciário em busca da solução que melhor atenua as consequências danosas do comportamento delitivo. O que está em pauta, pois, é a tentativa de estabelecer abordagem que leve em consideração os múltiplos aspectos da infração, dentre eles o sofrimento da vítima e as formas pelas quais isso pode ser amenizado.

O fator de favorecimento à vítima reflete beneficentemente na pessoa em si e se reverte para a sociedade como mensagem de efetivação da justiça penal, servindo como auxiliador para o resgate da credibilidade dos cidadãos, o que é de suma relevância para a diminuição do desgaste experimentado pela sociedade em razão do delito.

A solução consensual contribui para a facilitação da resposta ao delito, e através da celeridade decorrente desta facilitação gera a fixação da ideia de correlação entre conduta e consequência no consciente dos cidadãos, ao mesmo tempo em que aumenta a probabilidade de resposta ao delito, reduzindo ou aniquilando a eventual impressão de que o “crime compensa”. Como consequência

³⁵ A vitimização secundária é o sofrimento extra experimentado pela vítima no contato com o aparato estatal após o crime, em outras palavras, “consiste nos custos adicionais causados à vítima em razão da necessária interferência das instâncias formais de controle social” (VIANA, 2019, p. 198).

³⁶ Abordada no tópico 5.1.1.

³⁷ Abordada no tópico 5.1.2.

³⁸ LEITE, 2013, p. 267.

provável destes dois efeitos tem-se a redução nos números da criminalidade, que, evidentemente, é um potente elemento de regeneração do tecido social.

3.3 Resposta Consensual ao Delito

A resposta ao delito é objeto muito caro à observação dos estudiosos do âmbito criminal. As condutas desviantes exercidas pelo homem, criminalizadas ou não, costumeiramente geram uma reação por parte dos demais, principalmente os prejudicados, quase que de modo instintivo.

Pelo que se tem registro, desde os primórdios as penalizações suscitam controvérsias quanto ao seu fundamento e resultado. E, não raramente, as penas podem evidenciar o seu pertencimento a uma determinada cultura ou a um determinado momento histórico pelas características que ostentam em sua justificativa, sua natureza ou modo de execução.

Da correlação entre resolução consensual do conflito e resposta ao delito, duas importantes ponderações se apresentam: (i) a base do consenso que consiste na potencialidade de reparar o tecido social se relaciona estritamente ao caráter preventivo da pena; e (ii) o consenso incide direta e objetivamente na pena através dos acordos que podem ser firmados sobre sua natureza e *quantum*, bem como sobre a especificação das condutas a serem penalizadas.

No Direito Ocidental, muitas considerações teóricas importantes acerca do fundamento e função da pena se firmaram, não de forma alternada ou temporalmente, mas coexistiram e, inclusive, se complementaram. Estabeleceram-se três principais teorias acerca da resposta ao delito: Absoluta, Relativa e Mista.

A Teoria Absoluta parte do pressuposto de que a pena é um fim em si, e fundamenta a punição retrospectivamente: a razão de punir é a existência de uma infração. Suas raízes são pautadas na ideia de igualdade e retribuição: para o mal gerado pelo delito impõe-se o mal gerado pela pena.

Oposta à Teoria Absoluta, a Relativa enxerga na pena uma tentativa de recuperação, tanto do *status quo* social quando da pessoa que delinuiu, é, portanto, uma teoria prospectiva, que se preocupa com o resultado da aplicação da pena: a razão de punir é a de evitar novas infrações. O fundamento da pena aqui não é a retribuição, mas sim a prevenção.

Para a prevenção do delito a Teoria Relativa trabalha com duas vertentes, uma geral e outra especial, ambas divididas em positiva e negativa, de modo que: i) a prevenção geral negativa é o resultado inibidor causado pela pena sobre a sociedade, desestimulando a prática dos delitos através da impressão negativa causada pela aplicação da medida; ii) a prevenção geral positiva é aquela que advém da demonstração estatal de força e reestabelecimento da ordem através da resposta ao delito, regatando as virtudes sociais; iii) prevenção especial negativa é aquela que incide sobre o próprio delinquente o neutralizando pela via da segregação social (cárcere); e iv) a preventiva especial positiva que visa ressocializar o criminoso através de métodos pedagógicos.

Atualmente prepondera a consideração da pena em seu viés misto, ou seja, congrega-se as ideias punitiva e preventiva, que é o preceito da Teoria Mista ou Unitária. Sobre as finalidades da pena³⁹, esta teoria incorpora:

[...] a retributiva, uma vez que compensaria o infrator pelo injusto praticado; a preventiva, na sua esfera especial positiva, pois o autor seria corrigido através da pena, de modo pedagógico, a não mais voltar a delinquir; a preventiva, na sua esfera especial negativa, neutralizando o agente que estaria preso, o que geraria segurança e paz social; a preventiva, no aspecto geral, por meio da intimidação aos potenciais agressores das normas penais (sentido negativo) e manutenção, relação de confiança de toda coletividade com o sistema jurídico (sentido positivo).

A aplicação do consenso em relação a resposta ao delito, considerando todo o conteúdo explanado neste capítulo, evidencia sua importância principalmente na prevenção geral e especial positivas. Os fundamentos e bases do consenso indicam a produção de efeitos que favorecem a retomada da confiança do cidadão no Estado, e, os métodos consensuais por possibilitarem a maior participação do arguido na construção do resultado e pela própria noção de recompensa é um meio pedagógico de prevenção individual.

A resposta aos delitos normalmente se pauta pelo desvalor das condutas infringentes e pelo valor do bem jurídico tutelado pela norma.

Rafael Oliveira⁴⁰ classifica a redefinição da hierarquização dos bens jurídicos como uma necessidade para a “separação dos espaços de consenso”, tal

³⁹ CAMPOS, M. L. Teorias da pena: funções e legitimação do direito de punir estatal. **Diritto & Diritti**, Itália, set. 2011. Disponível em: <https://www.diritto.it/teorias-da-pena-funcoes-e-legitimacao-do-direito-de-punir-estatal/>. Acesso em: 25 set. 2019, p. 11.

⁴⁰ OLIVEIRA, 2015, p. 90-92.

proposta se firma no entendimento de que as políticas neoliberais trataram de forma errônea a categorização dos delitos ao praticamente extinguir a divisão de tratamento para os diversos tipos de crime, erro que reflete no contexto atual e indica para a reorganização dos patamares de criminalidade o parâmetro do “impacto jurídico social da conduta”.

Tradicionalmente a doutrina divide os delitos em graus de criminalidade ou delinquência: máxima, média e pequena. Como ensina Flávio Andrade⁴¹:

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. 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. 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 prisão de média ou longa duração.

A pequena criminalidade enfrenta sérios problemas, foi onde mais se irradiou os efeitos das políticas neoliberais, pela criminalização de incivildades e conseqüente congestionamento processual. Os delitos enquadrados neste patamar são os mais afetos aos instrumentos consensuais, no Brasil são basicamente abarcados pela Lei nº 9.099 de 1995 e, portanto, são em sua maioria alcançados pelos instrumentos consensuais contidos no referido diploma. A utilização dos métodos consensuais para resolver os conflitos de menor gravidade⁴² não enfrenta tantas críticas quanto a utilização nos de média e máxima, e as críticas que se direcionam a eles são menos agressivas.

Ao tratar desta categoria é completamente pertinente o tema da descriminalização, de modo que⁴³:

[...] ainda que seja preciso recusar a ideia radical de total desnecessidade do sistema penal, deve-se sustentar a diminuição significativa da intervenção do Estado na matéria penal, de maneira não *revolucionária* – como pretendido

⁴¹ ANDRADE, 2019, p. 32.

⁴² Segundo Rosimeire Leite, “no plano legislativo, a reação aos delitos de menor potencial ofensivo avançou em termos de adequação às exigências da realidade social, o que é um passo fundamental para a efetividade do sistema jurídico” (LEITE, 2013, p. 269).

⁴³ OLIVEIRA, 2015, p. 94.

anteriormente pela criminologia crítica, principalmente a marxista –, mas pela retomada da ideia de *ultima ratio*.

Assim, embora à primeira vista a atenuação das críticas acerca da utilização de métodos consensuais quando especificamente sobre os delitos de pequena criminalidade pareça algo positivo, deve -se ter em mente que neste caso o consenso por vezes acaba servindo para mascarar o problema e afastar a tomada da melhor decisão, que na maioria dos casos é a descriminalização. Neste sentido há, inclusive, vozes na doutrina que afirmam terem os institutos da Lei n° 9.099 resgatado bagatelas, é tratando desta senda doutrinária que Rosimeire Leite⁴⁴ destaca a “importância de que o funcionamento dos juizados especiais criminais seja analisado em conjunto com a ideia de descriminalização” e que “apesar de reconhecer que a descriminalização é medida complexa e mais difícil de ser concretizada a curto prazo, iniciativa nessa frente teria repercussão positiva sobre a justiça consensual”.

No Brasil, as condutas consideradas como pequena delinquência são os crimes de menor potencial ofensivo, o que engloba as contravenções penais e os delitos com pena máxima cominada em quantidade igual ou inferior a 2 (dois) anos, cumuladas ou não com pena de multa, conforme o artigo 61 da Lei n° 9.099 de 1995. O mesmo não ocorre sobre os delitos de média delinquência, já que não há no sistema pátrio uma manifestação legislativa que defina a distinção entre condutas com grau de delinquência médio e grave.

Fica a cargo da interpretação doutrinária a divisão da média e grave criminalidade, que geralmente se ampara na concessão de benefícios processuais penais e penais estabelecidos para as infrações com pena máxima que não ultrapasse 4 (quatro) anos, conforme explicita Rafael Oliveira⁴⁵:

[...] considerando que as penas restritivas de liberdade de até quatro anos permitem a substituição por restritivas de direito (artigo 44, I do Código Penal brasileiro) e a fixação do regime de cumprimento de pena no regime aberto (artigo 33, §2°, al. “c”, do Código Penal brasileiro), além de ser vedada a prisão cautelar nos crimes com pena máxima de até quatro anos (artigo 313, I, do Código de Processo Penal brasileiro), entendemos ser esse o limite da média criminalidade no país.

Acerca da média criminalidade é salutar a consideração de haver um vácuo normativo em matéria consensual no Brasil, os crimes que correspondem a

⁴⁴ LEITE, 2013, p. 280-281.

⁴⁵ OLIVEIRA, 2015, p. 99.

esta classificação geralmente não são atingidos pelos institutos da Lei dos Juizados Especiais, com exceção daqueles com pena mínima cominada não superior a 1 (um) ano, e em sua vasta maioria não são alvos da Colaboração Premiada, que se destina aos delitos mais graves.

A aplicação do Direito Consensual à média criminalidade é tema especialmente complexo por serem condutas sobre as quais paira a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos. Tendo em vista a possibilidade da substituição pode-se de certa maneira concluir que: se é verdade que os benefícios da Lei dos Juizados Especiais mascaram o real problema criminal das pequenas infrações, prejudicando a adoção da melhor medida, que seria a descriminalização; também é verdade que a criminalidade de média potencialidade é em determinados casos prejudicada pelo instituto da substituição, vez que este atenua a discussão sobre a necessidade de se implantar métodos melhores sobre eles, no caso, o consenso.

A aplicação do consenso à média criminalidade também se relaciona ao tema da dificuldade probatória e o conseqüente interesse que isso gera para o Estado. Não havendo interesse do Estado na busca probatória o legislador não é estimulado a estipular “barganhas”, isso faz com que o campo destes delitos receba menos atenção que os outros dois.

Aproveitando o ensejo da complexidade probatória para introduzir os comentários acerca da relação entre o consenso e a hierarquização dos delitos como de “máxima criminalidade”, tem-se que estes delitos, ao contrário dos analisados anteriormente, via de regra imprimem resultados no plano fático que são de difícil captação pelos órgãos estatais. Por serem arquitetados de forma mais astuta e “profissionalizada”, os autores dos crimes de máxima potencialidade geralmente conseguem empreender habilidosamente artimanhas para assegurarem sua impunidade, o que acarreta maior dificuldade para os órgãos persecutórios, que não raras vezes já se encontram em situação de disparidade pelas mazelas do próprio Estado.

Para tais crimes, como já mencionado, a alocação em grave criminalidade é uma construção doutrinária que se baseia no *quantum* de 4 (quatro) anos cominado como pena máxima pelo legislador, por ser esta a quantidade de pena determinada para concessão de alguns benefícios.

Ilustrando a situação de crimes de máxima potencialidade que acarretam intensas dificuldades para investigação cite-se os homicídios, os esquemas de corrupção e as organizações criminosas para o tráfico de drogas. O legislador pátrio ao elaborar e votar a Lei nº 12.850 de 2013 teve seu pensamento voltado aos crimes desta natureza e por isso incide sobre eles o instituto consensual da colaboração premiada.

Embora os crimes de máxima potencialidade contenham um elemento que atraia a aplicação do consenso (dificuldade probatória), há fatores que tornam essa operação delicada. Primeiramente, o efeito da aplicação do consenso para sanar a dificuldade probatória pode pender para o lado oposto ao benéfico, isso por guardar íntima relação com a missão estatal de assegurar o controle social; é possível que a negociação com o criminoso transmita aos cidadãos a ideia de fragilização do poder e de instabilidade social. Outro ponto vulnerante é a mobilização e comoção que estes crimes geram, fator que também impõe a necessidade de se avaliar cuidadosamente os efeitos sobre o consciente social.

Na análise para ampliação e implementação dos espaços de consenso impera a necessidade de se considerar as particularidades dos graus de criminalidade. Assim como o modelo convencional busca parâmetros para quantificar a sanção, a resposta consensual ao delito deve ser empregada de modo individualizado, tomando por base as múltiplas vertentes que o delito possui, o que é possível por meio da variedade de institutos consensuais.

4 PRINCIPAIS CRÍTICAS ACERCA DA IMPLEMENTAÇÃO E AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO DIREITO PENAL

A utilização do consenso pelo Estado na resolução dos conflitos criminais envolve assuntos demasiadamente delicados. Toda a exposição anterior aponta para as peculiaridades do tema e indica a existência de posicionamentos divergentes e polêmicos, o que não poderia ser diferente, afinal o Direito Consensual orbita zonas de máxima relevância prática e conceitual.

A implementação e a ampliação dos espaços de consenso mobilizam pontos fulcrais do Direito, sobretudo quando estes espaços se formam no âmbito da *ultima ratio*. São temas frequentemente associados ao Direito Consensual na esfera Penal: i) a vontade das partes, principalmente a do imputado, no que se refere à liberdade e consciência para a realização consensual; e ii) o respeito aos direitos fundamentais, especialmente a presunção de inocência, a vedação à autoincriminação e a ampla defesa. De um modo geral, direta ou indiretamente todas as críticas que recaem sobre o modelo penal consensual estão atreladas a estes temas, por isto merecem ser essencialmente abordados.

A abordagem dos temas mais recorrentes e originários das críticas do consenso penal é o momento de maior destaque neste capítulo, contudo, para melhor entender tais críticas e explanações acerca do Direito Consensual é interessante perscrutar anteriormente suas raízes.

Atualmente ordenamentos de vários Estados adotam em sede criminal os institutos consensuais, e, embora seja arriscado determinar a origem deste modelo de jurisdição, os Estado Unidos é tido como seu país precursor, muito provavelmente isso se dá não pelo aspecto temporal, mas sim pela amplitude com a qual se disseminou o consenso naquele ordenamento. O *plea bargaining* é o instituto de maior expressão do modelo norte-americano e dispõe de um robusto poder de influência, é o que se tem observado. Desta maneira, muito do que se considera sobre o *plea bargaining* é aplicável a outros institutos que dele derivaram ou o nele se espelharam, de modo que tais considerações podem, até mesmo devem, servir de orientação para os interessados em trilhar pelo mesmo caminho ou por uma via próxima.

4.1 O *Plea Bargaining* como Influência

O Direito Consensual atualmente está presente tanto no ordenamento de países de cultura anglo-saxônica quando nos romano-germânicos, mas se origina naqueles, é fruto do *common law*, e seu instituto mais popular é o *plea bargaining*⁴⁶, uma ferramenta americana de negociação sobre a sentença.

Tratando do conceito, sintetiza Flávio Andrade:

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. 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.

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.

O instituto é fonte de muitos debates, sobretudo por ter como principal objetivo a confissão⁴⁷ do acusado (*guilty plea*). Muitos modelos de instrumentos processuais foram inspirados no *plea bargaining*, como o *patteggiamento* italiano e o *absprachen* alemão, por exemplo. No Brasil, há movimento legislativo inspirado no instituto em comento do qual faz parte, inclusive, o Ministro da Justiça, Sérgio Moro que defendeu a possibilidade de importação do instituto norte-americano para o Direito Penal pátrio, o que consta no Projeto de Lei nº 882 de 2019⁴⁸ integrante do

⁴⁶ BRANDALISE, 2016, p. 65-75.

⁴⁷ O *plea bargaining* persegue a confissão, mas não se pode a partir desta afirmação entender que a negociação sobre a sentença gera a confissão, são coisas diferentes, como elucida Brandalise: “a confissão está relacionada ao conhecimento e à aceitação quanto aos fatos, mas não quanto às consequências jurídicas decorrentes. Doutra banda, na negociação da sentença criminal, a admissão da culpa não é essencial (como ocorre no *nolo contendere*), pelo que se caracteriza pela aceitação de determinadas respostas legais aos fatos imputados. Por fim, a negociação causa um resultado saneador às possíveis deficiências que possam ter acontecido em momento anterior ao acordo, já que sua aceitação fulmina as nulidades/irregularidades que poderiam ser deduzidas”. (BRANDALISE, 2016, p. 29).

⁴⁸ **Projeto de Lei nº 882 de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de

conjunto de propostas que ficou popularmente conhecido como “pacote anticrime”, que atraiu manifestações dos estudiosos da área e também foi bastante discutido na mídia.

Nos Estados Unidos há outro modelo de negociação sobre a sentença, trata-se do *nolo contendere*⁴⁹, que se diferencia por não visar a declaração de culpa, mas sim a de que não haverá contestação, deste modo, a sentença em que consta a declaração de não contestação não é capaz de repercutir efeitos na esfera cível, além de se diferenciar também por não ser aceita em todos os Estados norte-americanos.

São, portanto, decorrentes do *plea bargaining* os acordos de *guilty plea* e de *nolo contendere*, que são massivamente aplicados pela justiça norte-americana já que a “barganha”, como diz Andrade⁵⁰, “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”.

É possível a classificação em espécies de *plea bargaining* de acordo com o objeto da proposta feita pelo Ministério Público. A proposta da acusação pode recair sobre a imputação, negocia-se o conteúdo acusatório que será imputado ao réu, tem-se aí a espécie denominada *charge bargaining*; quando a proposta recai sobre a pena, natureza ou quantidade, ou ainda regime de execução, é dito que a espécie de *plea bargaining* trata-se da *sentence bargaining*. Ainda, pode ser que no mesmo acordo ocorram as duas espécies, que haja a atenuação tanto da imputação quando da pena.

Os institutos em comento se concretizam por um procedimento rígido, e a autoridade mais atuante é o Ministério Público. Há limitações impostas pelos Direitos Fundamentais, principalmente o devido processo legal, além de ser aferida a compatibilidade legal dos termos da barganha, nas palavras de Brandalise⁵¹:

[...] deve ser certificado que o acusado adere ao acordo de forma voluntária, consciente e inteligente, e que ele não resulta de qualquer forma de

2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 15 out. 2019.

⁴⁹ Nas palavras de Rosimeire: “Trata-se da situação em que a pessoa acusada não assume a culpa, mas renuncia ao direito de ser levada a julgamento perante o júri, concordando com a imposição de pena. É uma forma de não contestação.” (LEITE, 2013, p. 74).

⁵⁰ ANDRADE, 2019, p. 77.

⁵¹ BRANDALISE, 2016, p. 71.

imposição, ameaça ou promessa diversa das que estão estabelecidas nos termos da negociação, em qualquer de suas formas.

O modelo norte-americano, embora seja o principal meio de resolução dos conflitos penais naquele ordenamento e de influenciar institutos mundo à fora, inclusive no sistema *civil law*, sofre severas críticas, atinentes não só à utilização do consenso na seara criminal o considerando isoladamente, mas às correspondências específicas com as características próprias do referido ordenamento. Compilando as principais opiniões contrárias ao *plea bargaining*, Flávio Andrade⁵² as organiza:

- a) viola garantia 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 de 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 prisão e a coação psicológica sobre o acusado, levando pessoas inocentes a se declararem culpadas, temendo a imposição de penas prisionais elevadas ou até a 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 de 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 do “desconto” 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 as negociações.

O item “a” se estende a todas as ferramentas consensuais, afinal, se dirige à essência do modelo, colocando a existência e possibilidade de um consenso válido sob dúvida. A crítica quanto a real voluntariedade da parte e consequente validade do consenso é abrangida pela visão habermasiana exposta no segundo capítulo, do mesmo modo ocorre com o item “b”, vez que a igualdade integra a base necessária para a validação do consentimento por ser ínsita ao elemento “consciente”.

O item “c” traz dois pontos salutares: i) favorecimento a prisão, que é uma realidade própria do ordenamento, por serem as penas nos estados estadunidenses cominadas abstratamente em quantidades exorbitantes, o que

⁵² ANDRADE, 2019, p. 134-135.

dificulta a adoção do desencarceramento como objetivo do *plea bargaining*, diferentemente do que ocorre, por exemplo, nos institutos brasileiros contidos na Lei nº 9.099 de 1995; e ii) “coação psicológica” que pode levar uma pessoa inocente a se declarar culpada, neste ponto é possível extrair duas espécies de crítica, uma voltada à características do sistema, e outra ao modelo consensual em geral, no primeiro ponto porque o poder de barganha conferido ao Ministério Público⁵³ quase absoluto e a existência de pena de morte, prisão perpétua, e excessivas quantidades de tempo cominadas para privação da liberdade, revertem-se na coação; e, sobre a crítica da possibilidade de condenação de pessoas inocentes, apesar de ser voltada para o consenso, já se adiante que em sua defesa se alega que essa possibilidade existe também no modelo conflitivo.

Quanto ao “enfraquecimento da defesa” de que trata o item “d”, a crítica pode ser considerada sobre o modelo consensual de modo geral, porém se aplica com mais adequação aos instrumentos consensuais que exigem a assunção de culpa. De fato, este é um argumento muito consistente, e instiga os estudiosos a estipularem meios para viabilizar a ampliação e o fortalecimento da atuação da defesa, de modo a atenuar ou sanar o problema.

O mesmo dito ao final das considerações sobre o item “c” se aplica ao “e”, a medida em que a aplicação desigual da lei penal e a disparidade na imposição de pena também não são um problema exclusivo do modelo consensual, e ainda, é também um problema do qual o modelo conflitivo não está imune.

A crítica acerca da impunidade eventualmente resultante do *plea bargaining* (item “f”) é realmente uma questão complexa a ser enfrentada, a complexidade não se esgota no efeito em si, mas se associa à complexidade da própria conceituação de punição⁵⁴. Esta crítica se estende às ramificações do instituto.

Do mesmo modo que a impunidade está atrelada ao conceito de punição, sobre a “verdade” também se estende o problema teórico. O item “g” que critica a ausência da busca pela verdade real dos fatos e trata como indevido o

⁵³ São muitas as peculiaridades que circundam o órgão acusador (*prosecutor*) norte-americano, detalhes que devem sempre ser considerados para a análise da viabilidade de importação do *plea bargaining* ou modelo próximo, e até mesmo para simplesmente criticar. As principais diferenças se dão na forma como se é investido ao cargo (em regra, por eleição na esfera estadual; e por indicação do Presidente e aprovação do Senado quando em âmbito federal) e a fragilidade do exercício fiscalizatório dos mecanismos oficiais. (LEITE, 2013, p. 75-80).

⁵⁴ O assunto da punição se relaciona à abordagem realizada no capítulo três sobre a Resposta Consensual ao Delito (tópico 3.3).

contentamento com uma verdade consensual, se refere genericamente a utilização do consenso, e deve ser avaliada com a consciência da existência de múltiplas perspectivas sobre a busca processual da verdade, bem como a de que as propriedades da verdade consensual podem ser equivalentes à realidade e há como acautelar sua formação nesta direção.

Inversamente à maioria das críticas elencadas, tanto o item “h” quanto o “i” se relacionam muito estreitamente às características próprias que marcam a órbita jurídica dos EUA. A participação da vítima⁵⁵ e a inexistência de publicidade não são fatores inerentes ao modelo consensual.

O *plea bargaining* tem sobre si críticas que não estão aqui elencadas, porém estas são as principais. Como se pode depreender da discussão sobre o sentido das críticas, boa parte delas se formam a partir das características do ambiente jurídico estadunidense genericamente considerado, e isso reforça a posição de que para a observação da possibilidade de importação deste instituto ou da constituição de algum que o tenha como inspiração é coerente que se adote uma perspectiva de necessária adequação.

É certo que a maioria das considerações negativas sobre o *plea bargaining* são consideravelmente pertinentes, mas convivem com elogios páreos. A doutrina reconhece os diversos benefícios do instituto, que obviamente são atrativos, como se pode extrair ao observar o seu poder de influenciar vários ordenamentos estrangeiros. Continuando nas lições de Flávio Andrade, o compilado das considerações favoráveis ao *plea bargaining* é fornecido pelo autor desta maneira:

- 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;
- d) possibilita a construção de soluções mais justas e legítimas pela via do consenso;
- 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;
- g) aumenta a perspectiva de reabilitação do acusado, já que tem a chance de participar da construção da solução para seu caso;
- h) favorece a reparação mais célere do dano causado ao ofendido; e

⁵⁵ “A vítima não toma parte no *plea bargaining*, embora, em tese, o ministério público deva considerar os interesses desta e da sociedade quando propões os termos do acordo.” (LEITE, 2013, p. 75).

- i) proporciona grande economia de recursos humanos e materiais, bem como maior eficiência da prestação do serviço, diminuindo a impunidade.

Aqui não é interessante realizar a mesma divisão que se fez entre as críticas que são preponderantemente voltadas ao modelo consensual em si e aquelas que estão mais próximas especificamente do ordenamento norte-americano. Com exceção do item “e”, todas estas vantagens atribuídas ao *plea bargaining* se estendem ao modelo penal consensual em sentido amplo. O motivo de se excetuar particularmente a “previsibilidade quando à pena a ser aplicada” é que não são todos os institutos consensuais que interferem na pena, além de se considerar também que há aqueles que afastam a pena completamente.

As críticas, principalmente as vantagens, aqui elencadas estão pontualmente contidas ao longo deste trabalho, fato que pode ser tido como evidência da extensa projeção do *plea bargaining*, já que as considerações sobre o instituto precursor se aplicam quase que integralmente ao contexto consensual como um todo.

Mantem-se, pois, a afirmação do início deste tópico acerca da fundamental importância de se atentar sobre o instituto *plea bargaining*, não só pelo consectário lógico de análise da origem ou influência, mas também para conseguir filtrar as ideias lançadas sobre o Direito Penal Consensual no plano prático, principalmente quando se referirem a um ordenamento distinto do norte-americano.

4.2 Validade e Verdade Consensuais

A validade do consenso e a verdade consensual são o cerne de muitas críticas sobre a via negocial na persecução penal.

Antes de adentrar ao tema, é importante rememorar que são vários os instrumentos de natureza consensual, tendo eles em comum o fato de permitirem que a expressão de vontade das partes e as concessões mútuas direcionem a resolução da questão criminal, resumidamente. O consenso pode se materializar como acordos de colaboração para a obtenção de provas sobre autoria e materialidade em troca de redução de pena ou benefícios processuais na execução; como assunção de culpa para a simplificação do processo e eventual benefício na sanção; ainda como aceitação de cumprir condições para afastar o processo, dentre outras maneiras.

Sobre todas as formas de materialização do consenso no âmbito criminal pairam as questões da validade do consenso e da verdade consensual, este tema

será aqui correlacionado ao consenso em sentido geral, pois é inviável tratar especificamente de cada instituto.

Há o posicionamento doutrinário que argumenta a impossibilidade de um consenso válido, impossibilidade ocasionada pelo interesse natural do cidadão em resistir à acusação e proteger integralmente seus direitos, além desta causa alega-se também a inexistência de meios para verificação da ausência de coação sobre a vontade do acusado e da sua compreensão sobre os aspectos do acordo. Deste modo, no primeiro caso o Estado teria como fundamento para a vedação do método consensual a presunção relativa de que não é vontade do acusado concordar com a imputação ou qualquer proposta do acusador, já que a resistência lhe é inata; e no segundo momento, o Estado estaria impedido de chancelar a derrocada da relatividade que reveste a retrocitada presunção por não haver meios de se comprovar a liberdade e consciência da vontade.

Atrelado à consideração de impossibilidade de haver validade no consenso está o postulado de que a verdade consensual é uma falácia, o que para alguns deriva basicamente dos mesmos elementos que estruturam a crítica quanto à vontade e consciência; aqui prepondera ainda a visão sobre a necessidade de se obter uma verdade processual, pontuando o dever do Estado em esgotar seus esforços para se aproximar ao máximo daquilo que realmente ocorreu no plano fático.

A ideia de necessidade de completude probatória como dever do Estado se insere no rol de questões afetas à justiça das decisões. A “verdade” impulsiona debates não só no campo jurídico, mas especialmente neste é muito importante por se associar a ideia de justiça⁵⁶ que, diga-se de passagem, é outro assunto distante da pacificação conceitual. A estruturação e objetivo do sistema jurisdicional é a aplicação de normas a partir do esclarecimento de fatos. Como o consenso se destina à composição sobre fatos o confronto de versões resta reduzido ou nulo, o que se revela pragmaticamente como Rosimeire Venture Leite⁵⁷ descreveu: “O modelo consensual

⁵⁶ Acerca do tema, segue a contundente observação de Rosimeire: “Afora as discussões de cunho filosófico, o anseio humano pela descoberta da verdade estende-se aos diferentes campos de investigação. Por conseguinte, encontra-se presente também na ciência jurídica, na medida em que se espera, idealmente, que as decisões judiciais sejam uma via de concretização de valores do justo e do verdadeiro. Nesse contexto do Direito, focalizando a persecução penal, constata-se que o processo se desenvolve mediante uma busca permanente de informações relevantes para a compreensão da atividade criminosa que se apura. Trata-se de atuação cognitiva em que é necessário, de certa forma, reconstituir historicamente os fatos, aproximando-se o máximo possível da realidade.” (LEITE, 2013, p. 36).

⁵⁷ LEITE, 2013, p. 39.

contenta-se com uma versão da realidade apresentada por acusação e defesa mediante acordo, limitando em vista disso, a atividade mais elaborada de investigação que caberia aos órgãos da persecução penal.”

Esta crítica é enfrentada pelos apoiadores do modelo consensual com base na insubsistência da verdade processual, ora, os mesmos problemas são enfrentados pelo modelo conflitivo. Mesmo havendo ampla produção probatória e debate processual não é possível afirmar estar-se diante da realidade que compôs os fatos investigados, como brilhante e poeticamente pondera Andrade⁵⁸:

[...] mesmo que se defenda a verdade processual (judicial), produto do confronto entre as partes em juízo, ancorada nos elementos probatórios produzidos, em contraditórios, nos autos, também aí não se alcançará uma verdade ontológica, empírica ou material. Noutras palavras, ainda quando trilhada toda 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 seres humanos.

Além de apontar que o problema da verdade reside também no modelo tradicional, outro fator em defesa do consenso, tanto em relação à verdade quanto à validade, é o controle judicial sobre o acordo, de modo que caberia ao juiz avaliar a relação consensual e, verificando a tentativa de transgredir o sistema por via da subversão da ideia que se tem dos fatos, vetar o acordo⁵⁹. Neste sentido, especificamente tratando dos acordos sobre a sentença⁶⁰:

Nos acordos sobre a sentença, o tribunal mantém intacta esta sua função fiscalizadora. A sua realização tendo como premissa a confissão do arguido não retira do juiz o poder-dever de realizar diligências para a formação do seu convencimento e busca da verdade, pelo contrário, o consenso entre os sujeitos processuais somente será perfeito e admitido nos casos em que o juiz estiver totalmente convencido da liberdade da confissão e, mais importante, ter verificado que o seu conteúdo é credível à luz dos fatos narrados na denúncia.

Acerca da atuação do juiz na avaliação quanto à verdade, é importante destacar a possibilidade de não homologação do acordo quando verificar que a manifestação do acusado “não é assentada em base fática que corrobore

⁵⁸ ANDRADE, 2019, p. 105.

⁵⁹ Neste sentido, “Compete ao juiz funcionar como um verdadeiro árbitro do equilíbrio entre elas, conferindo a regularidade de seus termos frente aos fatos; com a análise dos fatos, pode o juiz negar o acordo quando não for ele suportado pela prova.” (BRANDALISE, 2016, p. 183).

⁶⁰ OLIVEIRA, 2015, p. 148.

suficientemente a assunção de culpa”⁶¹. Isso certamente dependerá das peculiaridades do espaço de consenso, não é crível exigir do arguido por uma contravenção penal, o qual aceita a proposta de transação, elementos que demonstrem autoria e materialidade. Diferentemente do que se observa, por exemplo, no caso de um acordo de colaboração da Lei nº 12.850 de 2013, vez que é aplicado geralmente com vistas à obtenção de conteúdo probatório, portanto, a própria finalidade do acordo pode se associar ao interesse em resguardar a verdade e validade do consenso, de modo que se exija do arguido a comprovação daquilo que por ele é alegado através da demonstração material (que pode ser a entrega de elementos de prova, ou a prestação de informação para obtê-los) como condição para a efetivação da contraprestação devida pelo Estado.

Muito importante é a questão do interesse probatório do Estado com a consecução do acordo, e como pontuado anteriormente, muito complexa também. Quanto à validade, que é cercada principalmente das críticas direcionadas à impossibilidade de garantir a consciência e liberdade componentes da vontade, os crimes de todo grau de potencialidade enfrentam em nível equitativo os mesmos pareceres negativos; já quanto a verdade, versa evidência que os crimes mais graves acarretam maiores dificuldades para a superação dos apontamentos deslegitimadores, do mesmo modo entende Rosimeire⁶²:

“[...]a verdade decorrente do consenso e de um contexto probatório mais reduzido é aceitável quando se pretende solução simples e desburocratizada nos delitos de menor lesividade. Isso porque valores e princípios não se realizam de forma absoluta nem são imutáveis ao longo do tempo e do avanço das sociedades.

Deste modo, é essencial que se vislumbre a relação entre a verdade e o consenso através da perspectiva de ponderação e adequação discorrida no tópico “da resposta ao delito”⁶³, isto porque existem instrumentos consensuais que atingem a atividade instrutória de diferentes formas, e para o seu emprego deve ser considerada o interesse de ambas as partes para a realização do acordo e os aspectos do crime em questão.

⁶¹ ANDRADE, 2019, p. 106.

⁶² LEITE, 2013, p. 40.

⁶³ Subtópico 3.3.

Acerca da exigência de que se agregue elementos de prova às declarações de colaboradores⁶⁴, seja quando esclarecem fatos de autoria própria ou de terceiros, é uma medida que afasta em partes a crítica quanto ao dever do Estado sobre a verdade processual, visto que a colaboração passa a assumir a natureza de meio de prova e, portanto, integra a atividade instrutória. Ter nas informações ou elementos trazidos pelo arguido um meio de prova obtido pela via consensual é do ponto de vista negocial algo totalmente coerente, ora, estabelecer que o acordante anexe à sua declaração um elemento material que a comprove ou reforce é apenas mais um objeto pactuado, e atendê-lo é interessante para ambas as partes; mas ainda assim convive-se com todas as outras opiniões adversas sobre o modelo consensual.

A verdade e a validade consensuais são complementares. O consenso só é válido se verdadeiro, e a validade (vontade livre e consciente) é pautada pela noção de verdade do conteúdo e da forma de manifestação consensual do arguido.

4.2.1 Vontade livre e consciente

Conforme acima comentado, a liberdade e consciência da vontade são elementos de validade do consenso, validade que é atacada pela crítica justamente com arguição de impossibilidade de comprovação da presença destes elementos, e ainda pela consideração de uma forte probabilidade de que não estejam presentes.

A vontade livre e consciente aqui tratada se refere ao sujeito passivo da relação persecutória, o arguido. Tem-se a ideia de que o acusado ou réu tem não apenas o direito de resistir às acusações, mas que esse direito deve prevalecer sobretudo porque o interesse do réu sempre é se esquivar da imputação.

Aqui reside a problemática já debatida neste trabalho de que muitos setores da vida comum e científicos padecem do mal da generalização. Normalmente a generalização é fruto de construções sociais primitivas e/ou superficiais, e a ideia de que o infrator sempre resistirá às consequências negativas da infração que cometeu não foge à regra. Neste sentido, uma posição defesa à crítica é a plena

⁶⁴ Tratando da colaboração premiada, Renato Brasileiro traz considerações acerca do que a doutrina tem por “regra da corroboração”, que é a necessidade de que o “colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações (v.g., indicação do produto do crime, de contas bancárias, localização do produto direto ou indireto da infração penal, auxílio para a identificação de números de telefone a serem grampeados ou na realização de interceptação ambiental, etc.)” (LIMA, 2019, p. 828).

possibilidade de que alguém se arrependa, reconheça seu erro e seja beneficiado por isto, ao mesmo tempo em que beneficie o Estado e conseqüentemente a sociedade.

É um fator elencado pela doutrina como capaz de macular a liberdade da vontade do indivíduo a coação exercida pelo órgão ou agente estatal interessado na realização do acordo, que pode agir através de artifícios ardis para conseguir obter o que deseja. Tal interesse pode se pautar, exemplificativamente, na facilitação do serviço acusatório ou na sanha de resolver a todo custo um determinado caso criminal, como leciona Giacomolli e Vinicius Vasconcellos⁶⁵:

Os agentes públicos (Magistrados membros do MP, policiais) concentram todas as suas forças e esperanças na solução preliminar, para encerrar de imediato um caso e começar outro, aumentando quantitativamente a produção, numa perspectiva utilitária do que lhes convém, de fortalecimento político-institucional. Tudo isso sem maiores esforços jurídicos ou científicos, senão unicamente com a arte da argumentação, da persuasão, do poder da linguagem, especialmente dirigida aos acusados mais propensos a dar crédito a quem exerce alguma espécie de poder, inclusive o jurídico ou o institucional. Assim, o MP não necessita lançar mão da argumentação jurídica, nem há necessidade de se esforçar para demonstrar a imputação acusatória.

A resposta para tal objeção é a atuação da defesa técnica e o controle judicial. Pontua-se ainda que, lamentavelmente, o exercício jurisdicional não é impassível da ocorrência de ilegalidades e desmandos, ou seja, certamente eventuais irregularidades na prestação da justiça através da adoção de condutas reprováveis por seus agentes não é um problema exclusivo do Direito Consensual.

Do mesmo modo que o controle judicial deve perquirir a veracidade das alegações do arguido e do acusador, há a possibilidade de visualizar os atributos da vontade daquele agente que se manifesta no sentido do consenso.

A atuação da defesa técnica, naturalmente, é aquela que deve primar pela presença dos atributos de validade do consenso, dentre os vários motivos pelo mais importante que é a própria essência da atividade advocatícia, o defensor é justamente o sujeito processual apto a proteger os interesses daquele a quem assiste, isso preeminente se desdobra em identificar o que é benéfico e o que não é, se há regularidade formal e material ou não e, mais a fundo quanto a regularidade no

⁶⁵ GIACOMOLLI, N. J.; VASCONCELLOS, V. G. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, v. 20, n. 3, p. 1123-1124, set.- dez. 2015.

consenso, se o arguido está garantido em sua liberdade e consciência frente à possibilidade de transigir.

Ainda, há quem reconheça que a possibilidade de irregularidades derivantes da atuação do Estado seja agravada no espaço consensual, mas reconhece que tal situação não pode ser tomada como um impedimento para a utilização dos métodos desta ordem, pois existem meios para prevenir e reprimir os eventuais desajustes institucionais perpetrados em desfavor do arguido. Assim, sob a perspectiva do consenso como propiciador do aumento da possibilidade de irregularidades formais o que deve ocorrer é o aumento dos meios de fiscalização da conduta dos agentes estatais e a ampliação do arcabouço defensivo do arguido.

4.2.2 A questão da (des)igualdade entre as partes

Embora a visão do processo penal como lide, no sentido de pretensão (a do Réu e a do Estado) resistidas, não seja unânime, e inclusive vem sendo fundamentadamente atacada por parte da doutrina⁶⁶, é fato que o Ministério Público enquanto acusador age trajado com o poderio estatal, logo, o exercício da acusação é indissociável da ideia, ainda que superficial, de que o Estado se posiciona fixamente no território acusatório. Veja bem, isto não está sendo mencionado como uma posição científica ou para fins de reforçar uma tendência, mas tão somente para associar a visão popular que se tem sobre a relação da acusação com o Estado e os efeitos sobre o equilíbrio das posições de autor e réu na ação penal.

A posição frágil do polo passivo não é uma novidade no Direito, muito pelo contrário, é visão de primórdios, sedimentada, e a defesa do consenso se funda na mesma resposta que é dada pela sistemática jurídica em sua totalidade, que é a munição da parte mais fraca de instrumentos que a equiparem à parte mais forte. Na seara penal é encetada a equiparação pela concessão de prerrogativas ao réu e a obrigatoriedade da defesa técnica. Andrade⁶⁷, após reconhecer a posição privilegiada

⁶⁶ “A doutrina mais moderna, 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.” (ANDRADE, 2019, p. 30).

⁶⁷ ANDRADE, 2019, p. 107-108.

do *parquet* e o reflexo da disparidade entre as partes, indica a aptidão da atuação da defesa em equilibrar a relação:

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.

[...]

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.

A partir desta consideração, saliente-se a importância da defesa técnica para a consecução dos primores do Estado de Direito e, concomitantemente, à fundamentação em favor do consenso, já que se propõe a equalizar tal distorção no sistema e por conseguinte sanar a problemática relativa à validade consensual. Consigne-se ainda a relevância da ampliação defensiva quanto ao seu momento, consagrada no pensamento de que “na atual etapa de evolução teórica do direito processual penal, é legítima a atuação do advogado para exercer defesa técnica desde a fase investigatória.”⁶⁸

A disparidade entre a defesa e a acusação estritamente no campo consensual suscita questionamento relevantíssimos, como a possibilidade de coação indireta do Ministério Público⁶⁹ nos casos de acordo sobre a sentença, essa possibilidade decorre do poder que a acusação tem de sugerir o *quantum* da punição, deste modo, há quem enxergue com isto o risco de haver uma pressão sobre o acusado através da ameaça de uma pena maior do que a qual razoavelmente seria condenado, ou ainda, no concreto pronunciamento exagerado do *parquet* para atemorizar o arguido, esta última prática é conhecida nos Estados Unidos como *overcharging* e é fundamento das densas críticas ao *plea bargaining*⁷⁰.

⁶⁸ ARTEIRO, 2012, p. 32.

⁶⁹ Ao abordar a crítica quanto à coação, salienta Andrade que tais considerações incidem na verdade sobre o modelo norte-americano, pois, “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 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”, reforçando pontos já insertos neste capítulo. (ANDRADE, 2019, p. 97).

⁷⁰ Tal assunto se enquadra nas críticas ao *plea bargaining*, como ensina Brandalise: “pode haver manipulação da acusação para o acordo (como na *overcharging*, que pode ser vertical, com uma qualificação jurídica do fato a maior do que a praticada ou com inclusão de consequências jurídicas

Para tal posição, o enfrentamento é também contundente, inclusive delimitando a coação e seu alcance, como se pode verificar⁷¹:

“... a coação existe quando forem feitas falsas promessas, falsas afirmações e deturpações com o fito de iludir o arguido. A eventual ameaça de cumprimento de uma sentença mais gravosa, dentro das punições previstas pela lei para aquele crime em concreto, não caracteriza coação ao ponto de invalidar o acordo, justamente porque é uma consequência lícita contra aquela conduta. Entretanto, exigir a renúncia a direitos do acusado como condição para que haja a proposta de acordo caracteriza, aí sim, a coerção.

Outra questão relevante imbricada com a desigualdade entre as partes é a da publicidade. Nos Estados Unidos, geralmente o órgão acusador possui a discricionariedade sobre as provas que produziu, de modo que pode ocultá-las da defesa. Tal método é inconciliável com o sistema penal brasileiro, pois feriria gravemente os princípios da ampla defesa e do contraditório, portanto, a publicidade dos elementos amealhados no processo (claro que com as devidas ressalvas ao interesse da instrução) contribuem para a aproximação equitativa das partes.

A desigualdade entre as partes não se sustenta como fator bastante em si para impedir a utilização do consenso na resolução do conflito penal, pois, como exposto, a imprescindibilidade da defesa técnica, a publicidade processual e a garantia dos direitos fundamentais do arguido são capazes de elevar a condição do sujeito passivo até um nível ponderado para as negociações.

4.3 Direitos Fundamentais

Muito se discute sobre a relação do Direito Consensual com os direitos fundamentais. Todo o conteúdo abordado neste trabalho aponta de algum modo para a existência desta sorte de questões, é o que se pode presumir, por exemplo, da exposição acerca da relação do consenso com o Direito, com a verdade e a comunicação, logo no primeiro momento de exposição concisa; após, é presumível também na tratativa específica do consenso na seara penal quando se aborda os fundamentos e as bases para a aplicação do consenso, bem como a perspectiva de

mais gravosas ao acusado; e/ou horizontal, com a inclusão de tantos fatos quantos possíveis dentro daquilo que vem afirmado na investigação)” (BRANDALISE, 2016, p. 74).

⁷¹ BRANDALISE, 2016, p. 217-218.

resposta ao delito. Todos os aspectos da resolução consensual do conflito criminal envolvem direta ou indiretamente questões de direitos fundamentais⁷².

A própria diferenciação do modelo de jurisdição conflitivo ou clássico daquele constituído pelo consenso revela a conexão do tema com a polémica constitucional. Enquanto o modelo clássico⁷³ exara a rigidez do procedimento, o modelo consensual inspira sua flexibilização.

Há quem entenda que a aplicação dos métodos consensuais deve ser rechaçada por representar necessariamente o prejuízo aos direitos fundamentais do acusado, o que implica no enfraquecimento da posição passiva que já é inferior, e no enfraquecimento geral da gama de direitos negativos da sociedade. Por amostragem⁷⁴:

[...] a barganha e os mecanismos negociais em sentido amplo acarretam inevitáveis violações às democráticas premissas que impõem a necessidade do respeito às regras do devido processo penal como requisito para uma condenação criminal, visto que inviabilizam o exercício da defesa, distorcem os papéis dos atores do campo jurídico-penal, aumentam exponencialmente a possibilidade de condenações de inocentes, acarretam punições ilegítimas pelo exercício do direito ao processo, desvirtuam a presunção de inocência e o contraditório, dentre outras críticas imperativas.

De outro lado, há também quem entenda que a construção de uma solução consensual significa o próprio exercício dos direitos fundamentais. Neste sentido⁷⁵: “A opção por confessar e por não impugnar os fatos (e sua capitulação jurídica) é uma forma de o réu exercer negativamente seu direito de defesa. O importante é que ele assim aja de maneira livre e consciente.”

Neste mesmo sentido, ensina Jorge de Figueiredo Dias que: “a liberdade do homem é uma liberdade que importa decisão, não no sentido de eleição de uma entre diversas possibilidades de ação, mas no de decisão de ele e sobre ele: o homem determina a sua ação através da livre decisão sobre si mesmo”⁷⁶.

⁷² De acordo com a Rosimeire Venture Leite, “O confronto que frequentemente se estabelece entre justiça consensual e garantias processuais guarda em seu contexto o receio de que a pessoa acusada de uma infração penal seja fragilizada perante o poder estatal ...” (LEITE, 2013, p. 204).

⁷³ Em outras palavras: “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 prejuízo ao fim do processo.” (ANDRADE, 2019, p. 34).

⁷⁴ GIACOMOLLI e VASCONCELLOS, 2015, p. 1129-1130.

⁷⁵ ANDRADE, 2019, p. 99.

⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 186.

Ante a parcela que enxerga nos acordos consensuais a renúncia de direitos fundamentais, e, por conseguinte, recomenda ou advoga por sua inaplicabilidade, se erige em favor do Direito Consensual posicionamentos como o de Rosimeire⁷⁷:

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 tornaram 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.

Deste trecho se extrai ao menos três balizas da relação entre consenso penal e direitos fundamentais: i) a (ir)renunciabilidade de direitos fundamentais no campo penal; ii) a contemporaneidade da discussão; iii) a ponderação entre a rigidez do procedimento e a autonomia de vontade do indivíduo.

Quanto a irrenunciabilidade de direitos fundamentais, estritamente considerada, o que se tem observado é sua gradual flexibilização, primordialmente nas outras searas do Direito. Na esfera criminal, é demasiadamente complexo tratar deste tema, principalmente porque essencialmente a autonomia da vontade dos sujeitos particulares não recebe espaço para atuar, por ser o Estado ordinariamente detentor do poder de perseguir e punir, e também porque os acontecimentos criminais são potencialmente causadores dos maiores abalos sociais, dentre outros fatores.

Deste modo, tratar da renunciabilidade de direitos fundamentais na seara penal envolve a proteção do próprio indivíduo diante do extremo poder estatal e de toda a sociedade diante dos reflexos desta flexibilização. Trata-se, portanto, de uma dupla incidência dos efeitos: na esfera privada do indivíduo que tem suas garantias mitigadas; e, na esfera pública, seja pela dimensão social de um processo individualmente considerado, seja pela inauguração da possibilidade de mitigação da garantia de qualquer outro indivíduo que figure na mesma posição.

⁷⁷ LEITE, 2013, p. 32.

Especificamente, o trecho em que a autora remete ao contexto histórico e filosófico se coaduna com a visão de Bobbio⁷⁸ de que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Adotada esta perspectiva a autonomia da vontade pode ser tida como um direito fundamental em ascensão, ao qual, pelas circunstâncias e características da sociedade contemporânea, pode/deve ser atribuído maior valor em eventual ponderação, justamente o que fundamenta os defensores do consenso quando observam de um lado a autonomia da vontade e do outro o exercício de direitos fundamentais relacionados ao trâmite processual.

No que tange à contemporaneidade do debate acerca da irrenunciabilidade de direitos na seara penal, erigem-se as observações quanto à evolução social e especialmente do próprio sistema. O mundo globalizado perpetrou facilidades para o controle da proteção dos indivíduos através da facilidade dos meios de comunicação e conseqüente disseminação de conhecimento e informação. Se outrora a probabilidade de uma arbitrariedade estatal vir à tona era ínfima, atualmente o quadro é inverso, exata situação se imprime sobre o conhecimento do indivíduo acerca dos direitos e garantias que detém.

Outra característica da fase hodierna que propicia a ideia de flexibilização dos direitos fundamentais é a relação entre o Estado e o povo. Não há atualmente a mistificação da relação de poder, e as características próprias do mundo pós-moderno elevaram a posição do cidadão conferindo-lhe ferramentas eficazes de exercício da cidadania, o que engloba meios de participação no exercício do poder público e meios de defender-se da atuação deste poder contra si.

A respeito da última baliza, a rigidez do procedimento criminal deriva diretamente da premissa de irrenunciabilidade de direitos fundamentais no processo penal, com já referenciado, tal característica se fundamenta nas especificidades da própria natureza dos bens jurídicos tutelados por este ramo jurídico, pelos efeitos disseminados pela conduta e resultado criminosos na sociedade e pela legitimação do uso da força punitiva do Estado contra o cidadão infrator, além de outros aspectos

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

fundantes. A rigidez do procedimento e seus fundamentos, no âmbito de discussão sobre a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, encontram como obstáculo a autonomia da vontade.

A irrenunciabilidade dos direitos fundamentais é fruto da concepção de um fundamento absoluto de tais direitos, e sobre este pensamento recai as ressalvas de Norberto Bobbio⁷⁹:

Dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos é também um pretexto para defender posições conservadoras.

Este excelso pensamento se amolda com precisão cirúrgica ao debate travado sobre a possibilidade de renúncia do exercício de determinados direitos para a consecução de acordos penais. A recordação histórica que Bobbio suscita perfaz um mesmo enredo encarado nos dias atuais, na medida em que a utilização dos mecanismos consensuais acarreta benefícios ao cidadão arguido. Na última parte também se vislumbra compatibilidade com o cenário de hoje: nem todos que detém posicionamento contrário ao Direito Consensual Penal são conservadores ou se manifestam com argumentos unicamente deste viés, mas boa parte deles sim.

Saliente-se que a renunciabilidade aqui debatida se refere ao exercício dos direitos e garantias processuais do arguido, é imperioso ter sempre presente a distinção “entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos”⁸⁰, conforme leciona Canotilho.

A importância de considerar a vontade do indivíduo na persecução penal é suscitada como fator essencial do modelo consensual, como elementar da necessária ponderação frente à mitigação dos princípios fundamentais informadores do processo e à rigidez procedimental.

⁷⁹ BOBBIO, 1992, p. 22.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 461-462.

Pensa-se que o desígnio do Estado em legitimar o exercício de seu poder, as questões de política criminal e os outros motivos que impõe a irrenunciabilidade, não podem se sobrepôr de maneira absoluta, principalmente por se tratar de uma vida, uma pessoa que está vivendo uma situação concreta e que quer o melhor pra si, certamente de forma mais intensa e verdadeira que o Estado, ainda que este querer recaia sobre a aceitação de cumprir determinadas condições sem a observação de todas as etapas e “garantias” que o modelo atual disponibiliza.

4.3.1 Ampla defesa

A ampla defesa é um dos direitos fundamentais mais festejados no Estado Democrático, é uma garantia constituída por muitas outras. Ter ampla defesa significa ter o direito de ciência sobre as acusações formuladas contra si e os elementos que as compõem, ciência sobre quem as está imputando ou realizando atos relacionados; o direito de responder às acusações pessoalmente e com auxílio técnico, e que esta manifestação tenha em tese o mesmo potencial das declarações acusatórias porque são destinadas a um juiz imparcial e competente; o direito de que o procedimento seja a expressão de uma norma emanada da lei, assim como a decisão, e que tal decisão seja proferida dentro de um tempo razoável; significa também, poder manifestar discordância sobre a decisão e tentar alterá-la num reexame se o duplo grau for uma regra do sistema como o é no Brasil.

A ampla defesa está intimamente relacionada ao princípio do contraditório⁸¹, pois é um dos meios pelo qual ela se manifesta. Está também relacionado ao princípio da igualdade, como já introduzido em tópico próprio, isso porque, como ensina R. Brasileiro⁸²:

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio do *favor rei*.

⁸¹ “... ampla defesa guarda forte relação com o contraditório, que deve nortear as relações entre acusação e defesa, de forma que seja efetivamente realizada a possibilidade de que a parte adversa venha a contrariar (ou não, conforme o direito que deseja exercer) os argumentos expostos pela outra.” (BRANDALISE, 2016, p. 212).

⁸² LIMA, 2019, p. 57.

Por ser corolário da igualdade, do contraditório, da defesa técnica e efetiva, da autodefesa, da publicidade, etc., o princípio da ampla defesa é tomado por parte dos favoráveis ao modelo penal consensual, não como empecilho, mas sim como viabilizador do consenso no processo penal. Ora, o consenso não afasta a ampla defesa, pelo contrário, precisa que seus atributos estejam presentes para que a formação e resultados consensuais sejam possíveis e válidos.

Como já explanado, o consenso válido é aquele composto pela vontade livre e consciente das partes, e havendo consenso válido é possível a verdade consensual; a igualdade entre as partes, a publicidade e a defesa técnica formam a estrutura sobre a qual é possível construir o consenso.

Alguns de posicionamento contrário ao modelo consensual trazem a produção probatória como elemento da ampla defesa, considerando a necessidade de aprofundada busca e exame de elementos que compõe os indícios dos fatos *sob judice* para que uma conclusão punitiva possa ser imposta pelo Estado. Trata-se, pragmaticamente, da já abordada questão da busca da verdade. De fato, existem instrumentos processuais que afastam completamente a produção probatória, e todos eles afetam de algum modo este quesito, porém, o entendimento de ilegalidade do método negocial por este motivo não é uma visão absoluta, há vezes que sustentam a conciliação de ampla defesa e ausência ou diminuição da produção probatória⁸³, basicamente por vislumbrar: a legalidade da prevalência da autonomia da vontade no exercício de ponderação; a existência de validade e verdade consensuais; e a regularidade da previsão legal.

Outra questão ligada à ampla defesa é a renunciabilidade do direito de acesso ao segundo grau de jurisdição ou revisão criminal, ou ainda, simplesmente do direito de recorrer. O *plea bargaining* permite a cláusula de não recorribilidade da decisão criminal como parte do acordo, obviamente este ponto é alvo de fortes críticas, e, realmente, esta aparenta ser uma questão de invalidade do acordo, pois não se

⁸³ No Brasil, apesar de não haver previsão legal para renúncia à produção de provas no caso de confissão, se uma alteração legislativa vier introduzir não encontrará nenhuma limitação legal. Em primeiro lugar porque não configura restrição de direito fundamental, já que consiste em discricionariedade do réu escolher confessar ou não. Depois porque, na prática, na atual redação do Código de Processo Penal brasileiro, em última instância, cabe ao réu escolher se produzirá ou não prova em seu favor, pois, na hipótese de não arrolar testemunha no momento oportuno ou requerer qualquer outra diligência ao longo da instrução, pode, sem que isso configure qualquer irregularidade, renunciar a toda possibilidade de prova a ele disponibilizada. Além disso, ao final, poderá confessar os fatos, também sem impedimento legal. (OLIVEIRA, 2015, p. 150).

limita a diminuir ou flexibilizar a ampla defesa, mas a impede completamente, portanto⁸⁴:

Deve-se ter presente que a eventual subtração de exame pelo duplo grau de jurisdição pode fomentar um cumprimento indevido do dever de investigação acerca da viabilidade e credibilidade da confissão e os reflexos quanto à culpabilidade e à pena. A eventual exigência de renúncia afrontaria o Estado Democrático de Direito.

Além da exigência de se manter a recorribilidade da decisão consensual para assegurar a validade do acordo, é importante salientar que a via conflitiva sempre deve ser uma alternativa ao acusado, isto compõe justamente a ideia de voluntariedade e liberdade para a realização do consenso, e deve ser dada a ciência sobre esta possibilidade ao arguido, o que compõe a inteligibilidade necessária para a validação do acordo e que é integrante da ampla defesa.

A ampla defesa, portanto, é um princípio que mantém relação direta com o Direito Consensual Penal, esta relação emana tanto da crítica que afirma a incompatibilidade entre eles, quanto do posicionamento dos que advogam em favor do modelo consensual, ora rebatendo a referida incompatibilidade, ora explicitando o respeito à ampla defesa e aos seus desdobramentos como essencial para a viabilidade e validade do consenso como meio de resposta ao conflito penal.

4.3.2 Presunção de inocência e vedação à autoincriminação

A presunção de inocência, do mesmo modo que a ampla defesa, é uma garantia do arguido; também reflete na esfera privada daqueles que têm sobre si a força estatal ou se veem na iminência de a ter, assim como na esfera pública através do reflexo social; e, tanto as críticas positivas quanto as negativas observam e utilizam este princípio em suas fundamentações.

O princípio da presunção de inocência é também conhecido como presunção de não culpabilidade, e pode ser observado por duas vertentes⁸⁵: o ônus da acusação e a proteção do acusado. No que toca o primeiro, tem-se que incumbe à acusação provar o fato e demonstrar a culpa do acusado, e não ao acusado provar sua inocência, além de nos casos de dúvida dever ser beneficiado com a preservação

⁸⁴ BRANDALISE, 2016, p. 209.

⁸⁵ LIMA, 2019, p. 45-48.

do seu status de inocente. Na proteção ao acusado exige-se um comportamento negativo por parte do Estado, uma abstenção de agir como se o acusado culpado fosse, de modo a impor o respeito integral aos direitos daquele cidadão.

A vedação à autoincriminação é uma garantia vinculada à presunção de não culpabilidade, pois resguarda o direito do acusado de não contribuir com o esclarecimento dos fatos e/ou de não produzir provas contra si; ora, se o Estado deve presumir que o acusado é inocente, como exigir dele que colabore com a demonstração do oposto? Seria completamente contraditório.

São englobados⁸⁶ pelo princípio da vedação a autoincriminação o direito ao silêncio; o de não ser constrangido a confessar; a inexigibilidade de dizer a verdade; o direito de não se comportar de modo que possa lhe incriminar; e o direito de não produzir qualquer prova incriminadora ou invasiva.

Justamente visando a manutenção do império destes direitos que o consenso se pauta pelos critérios de validade que expurgam qualquer forma de coação, e que deve figurar alternativamente ao lado do modelo conflitivo. Basicamente, quem opta seguir pela via consensual ou conflitiva é o próprio acusado, e manter estas opções em sua esfera de deliberação é justamente a ampliação dos seus meios de defender-se. Neste sentido⁸⁷:

Agora, nada impede que o imputado confesse e opte por uma via processual simplificada e consensual, renunciando 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 (*right to evidence*). Não estará ele renunciando à titularidade desses direitos constitucionais, mas deles dispondendo 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.

Dentre os muitos instrumentos de consenso, aqueles que envolvem a exigência de assunção de culpa e a aplicação imediata da pena são mais especificamente atingidos pela crítica que se mune da presunção de inocência e da vedação à autoincriminação para tentar deslegitimar o modelo consensual, justamente pela questão da (ir)renunciabilidade de tais direitos. Como contido do trecho retrocitado, e já detalhado no tópico da ampla defesa, sobre os princípios aqui debatidos cabem com precisão as mesmas considerações.

⁸⁶ LIMA, 2019, p. 75-81.

⁸⁷ ANDRADE, 2019, p. 232.

Dentro da esfera de projeção do devido processo legal, tais direitos devem ser efetivados, isso implica na insuficiência de assegurar teoricamente que os acusados não sejam forçados à autoincriminação e/ou que seja mantida sua não culpabilidade, é imperioso que tenham ciência destes direitos, daí a importância de esclarecer desde o início a existência e eficácia deles; imperioso também que qualquer possibilidade de interferência nestes direitos (que é, exemplificativamente, o caso da oferta de um benefício em detrimento do exercício de parcela destes direitos, ou da antecipação da pena) seja prevista em Lei; bem como é imprescindível que enfrente o controle judicial. Explanando acerca da opção do arguido em exercer o meio de defesa que lhe aprouver, mesmo que isso signifique a dispensa de lançar mão das garantias que o sistema lhe oferece, assevera Rodrigo Brandalise⁸⁸ que:

Está-se a pregar o próprio exercício de um direito por parte do acusado, mesmo que não haja a aplicação do modelo de conflito, na medida em que acaba por apresentar uma aproximação com as necessidades de legitimação. Para tanto, necessita da previsão legal, além do controle judicial e, obviamente, da adequada aquiescência do acusado, que sempre terá mantidas as garantias jurídicas se assim desejar. O consenso é uma defesa do arguido. Afinal, o princípio do *in dubio pro reo* demonstra que o processo penal decide sobre uma determinada tese acusatória, que traz consigo uma suspeita, apresentada a partir das indicações probatórias, e que admite sua não comprovação. Assim, nada obsta que a verdade processualmente válida advenha de um consenso que se passe no interior de um processo.

É de fato imprescindível que vigore num Estado Democrático a presunção de inocência e a vedação à autoincriminação, assim como a ampla defesa. São de igual modo importantíssimos outros direitos e garantias fundamentais que não foram aqui abordados diretamente devido à limitação natural deste trabalho e à intenção de não se desviar do objeto da pesquisa, significando que, embora todas as normas fundamentais tenham uma ligação com o modelo consensual, as que aqui foram elencadas se apresentam com preponderante frequência no debate referente ao consenso criminal, e de certa forma refletem nas demais.

Justamente pelo primor aos direitos fundamentais é que o modelo consensual busca se acautelar para operar na seara criminal, em consonância com

⁸⁸ BRANDALISE, 2016, p. 218.

todo o sistema de garantias do arguido⁸⁹. Para tanto, tem-se construído pensamentos como o de Rosimeire Venture Leite⁹⁰ ao abordar a transação penal:

Ao invés de uma abordagem permanentemente comparativa de dois mecanismos de funcionamento da justiça que têm estruturas diferenciadas, revela-se mais proveitoso assegurar que a transação penal efetive as garantias da melhor forma possível, tendo como parâmetros a dignidade da pessoa humana, os fins da justiça, os interesses da sociedade e da pessoa acusada. Excluir as soluções consensuais do ordenamento jurídico pátrio por entender que a persecução penal não comporta essa esfera de autonomia da vontade, representa prejuízo considerável para o desenvolvimento de alternativas processuais e para a diversificação dos caminhos que podem ser adotados na resolução do conflito entre *jus puniendi* e *jus libertatis*.

Pensamentos que inspiram a oportunização de um meio de resolver o conflito criminal que supra as aspirações atuais da sociedade e do próprio sistema persecutório, respeitando ao mesmo tempo os vetores republicanos e a dignidade das pessoas, pautando-se pelo poder da autonomia da vontade, da atuação apta e técnica tanto da defesa como da acusação e do magistrado, da fidelidade das partes para com o ordenamento e entre si, e por todos os benefícios acarretados pelo exercício do método consensual.

⁸⁹ Em conformidade como o que ensina Rafael Oliveira: "... a implementação de mecanismos de consenso no processo penal deve seguir essa orientação e desburocratizar a relação entre os sujeitos processuais sem afetar as garantias fundamentais, até porque estas constituem as barreiras necessárias para a manutenção da horizontalidade do diálogo..." (OLIVEIRA, 2013, p. 120).

⁹⁰ LEITE, 2013, p. 212.

5 OS INSTRUMENTOS NEGOCIAIS JÁ CONTIDOS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

A adoção de métodos negociais para resolução de conflitos criminais é um fenômeno global. Tanto no sistema jurídico anglo-saxônico como no romano-germânico têm sido implementados espaços de consenso, no Brasil não é diferente, e ao longo deste trabalho foram comentados os institutos do ordenamento pátrio que possuem viés negocial.

Alguns mecanismos negociais estão presentes no ordenamento e são utilizados há bastante tempo, no entanto, raramente sua característica consensual é destacada, e, quando surgem debates sobre a possibilidade de novos instrumentos de mesma natureza, ou quando se observa aqueles de ordenamentos estrangeiros, várias críticas são tecidas sem os considerar.

A legislação brasileira traz em seu bojo ferramentas diferentes de consenso, vez insertas especificamente sobre determinado tipo penal, outra sobre conjuntos de infrações delimitados por características comuns apontadas pela Lei; vez contidas dentro do tipo incriminador, outra com disciplina autônoma.

As ferramentas de maior destaque dentre as de cunho negocial são aquelas contidas na Lei dos Juizados Especiais, Lei n° 9.099 de 1995, a composição dos danos, a transação penal, e a suspensão condicional do processo; bem como, aquela contida na Lei n° 12.850 de 2013, Acordo de Colaboração Premiada. São muitas as normas de aspiração consensual, e, embora todas sejam dignas de detida análise, o presente se ateu às mais proeminentes, as retrocitadas.

5.1 Lei dos Juizados Especiais

Em 26 de setembro de 1995 entrou em vigor a Lei n° 9.099, dispondo sobre os Juizados Cíveis e Criminais, em obediência ao mandamento constitucional⁹¹:

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;

⁹¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

A Lei em comento é resultado do Projeto de Lei nº 1.480, apresentado por Michel Temer, em 23 de fevereiro de 1989, à época em exercício de seu mandato como Deputado Federal. O projeto seguiu o trâmite legal respectivo e em 1995, com ressalva ao veto parcial, foi transformado em Lei.

A Lei nº 9.099 de 1995 gerou grandes palcos de discussões, e não poderia ser diferente, pois trouxe diversas inovações expressivas, cite-se a alteração no duplo grau de jurisdição, a implementação de fatores à competência jurisdicional e a questão da (in)dispensabilidade do relatório nas decisões, além de criar os mecanismos de consenso que serão explanados.

O terceiro capítulo – Capítulo III – da referida Lei é o que aqui interessa, pois trata dos Juizados Especiais Criminais. É composto por trinta e dois artigos, do 60 ao 92, organizados em seis seções: Da Competência e dos Atos Processuais; Da Fase Preliminar; Do Procedimento Sumaríssimo; Da Execução; Das Despesas Processuais; e Disposições Finais. A partir deste ponto, será considerado unicamente a parte que dispõe sobre a esfera criminal nos Juizados Especiais, por integrar o objeto em análise.

O sistema dos Juizados Especiais é governado por princípios, ou, no termo do Art. 62, critérios, são eles: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além dos princípios gerais que norteiam a persecução penal. Tais critérios refletem os objetivos da Lei, que também dispõe expressamente sobre quais são, primeiro a reparação dos danos sofridos pela vítima, seguido da aplicação de pena não privativa de liberdade. Observando os princípios e objetivos, pode se inferir a atenção dispensada pelo legislador à temas complexos, envolvendo criminologia e política criminal.

Ainda sobre princípios, porém em outra perspectiva, quanto aos princípios próprios que regem a atuação do sujeito processual acusatório na ação penal pública, o Ministério Público, a Lei dos Juizados Especiais guarda íntima relação com o princípio da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade, pois no que se refere à Obrigatoriedade, nos crimes de ação pública que são de competência do Juizado Especial, ocorre sua substituição pelo princípio da Discricionariedade Regrada, isto porque a incidência da transação, implica no impedimento do início da ação, desde que preenchidos os requisitos legais. Já em relação ao princípio da Indisponibilidade,

a relação se dá em razão da aplicação da suspensão condicional do processo, que o mitiga por força da extinção de punibilidade, no caso de ter o beneficiário cumprido o período de prova sem revogação, ou seja “aceita a proposta, a ação será suspensa, não mais havendo a indisponibilidade antes existente”, como descreve Victor Gonçalves⁹².

A regulamentação dos Juizados Especiais Criminais surge como uma resposta aos anseios sociais; aos fatores para a implementação do Direito Consensual de que trata este trabalho em seu capítulo três. Algumas dificuldades do sistema brasileiro agridem princípios fundamentais, especialmente a duração razoável do processo; a situação caótica de desrespeito à tais normas pode gerar a impressão de que a intenção do legislador em trazer normas como as da Lei n° 9.099 de 1995 é tão somente uma tentativa de solucionar o problema da ineficiência estatal, e, embora seja uma das intenções, não é só, nem a preponderante. Indiscutível a importância revolucionária desta Lei, e palpando as considerações da época⁹³ já se encontra correlação com o viés consensual, como exemplo a seguinte:

Trouxe a lei n. 9.099/95 quatro grandes inovações para o Direito Processual Penal pátrio e, todas elas, constituem medidas despenalizadoras fundadas no consenso, ora dependendo da vontade do infrator e do acusador para que sejam aplicadas (transação penal e suspensão condicional do processo), ora da vontade da vítima (representação nos crimes de lesão corporal culposa e lesão leve) ou da vontade do autor do fato e da vítima (composição dos danos civis).

Ao lado da patente necessidade de solucionar as falhas do sistema há outros fatores; a sociedade tem se desenvolvido com extrema fluidez, a velocidade de informação e a evolução tecnológica contribuem para a potencialização das capacidades do ser humano. Dentre essa capacidade reside a de enfrentar os conflitos com disposição ao consenso, e aptidão a solucioná-los de modo que se obtenha o máximo de satisfação com mínimo ônus; outra capacidade impulsionada com as características dos avanços contemporâneos é a de perceber as falhas nos serviços prestados pelo Estado e de solicitar reparação. Acerca dos contornos deste fator, com muita clareza observou Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁹⁴:

⁹² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Aspectos do Processo Penal à Luz da Lei n. 9.099/95**. 5. Ed. São Paulo: Paloma, 2002, p. 13.

⁹³ SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 47.

⁹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Cíveis e Criminais: Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 456.

Hoje a sociedade é menos retórica e mais objetivista na procura de algumas soluções. Um dia virão – e já estão à porta os mais adiantados – reclamar sobre a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito atual, sobre sua responsabilidade e sobre suas possibilidades, sobre falta de respostas, ou de respostas adequadas, e um corte cada vez mais profundo se fará nas fontes de legitimidade do Direito Penal.

Há que se ter uma resposta a dar às exigências de uma sociedade pluralista, aberta e tolerante como a que foi tomada como ponto de partida pelo legislador dos Juizados Especiais e na atual Constituição brasileira – gostem ou não alguns poucos. E a consequência direta desse modelo social é o processo de encaminhamento de explicação racional aos pontos fundamentais do Direito Penal.

Além de encarar os meios consensuais como reflexo da mencionada potencialização, numa análise multidisciplinar do ambiente criminológico é possível encontrar respostas diferentes para entender o caos no sistema, que não diretamente o congestionamento processual, a maioria já bradada pela doutrina, e que se complementam com as soluções abarcadas no dispositivo em exposição. Dentre os apontamentos para hipotéticas motrizes da crise, fique destacado o descrédito do cidadão para com a força estatal, relacionado à demora em punir⁹⁵, e o descompasso entre a repressão penal e a repressão social das condutas. Para resolver a primeira questão lançou-se mão do viés célere e simplificado dos Juizados; neste mesmo sentido, no segundo ponto é salutar considerar a flexibilização da estrutura estatal em reverência à individualização dos casos concretos com a expansão da integração das partes e a possibilidade de melhor adequação dos elementos do delito à responsabilização. Os métodos resolutivos consensuais se desenvolvem através de mecanismos propostos pela Lei dos Juizados Especiais, sendo explanados a seguir.

5.1.1 Composição de danos

A composição dos danos é uma das ferramentas que mais expressam o caráter negocial da Lei dos Juizados Especiais. Este instituto representa uma ruptura no modelo de interação entre as esferas criminal e cível.

⁹⁵ A ideia de rapidez na aplicação da pena como elemento indissociável do objetivo de punir não é recente, Beccaria em sua célebre obra frisou tal entendimento, substancialmente ao dizer que “uma punição imediata é mais útil, pois quanto menor o intervalo de tempo entre a punição e o crime, mais fortes e mais duradouras serão as associações de ideias entre crime e castigo, de modo que sejam considerados um como causa e o outro como uma inevitável e necessária consequência.” (BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 61).

Se trata de um meio de negociação entre o sujeito ativo e o sujeito passivo de determinadas infrações penais, que ocorre no âmbito criminal e é presidida por uma autoridade competente, onde opcionalmente o autor se dispõe a reparar o dano e a vítima a aceitar a reparação, e, em caso positivo, deverá ser homologada pelo Juiz, gerando, em regra, o efeito de impedir que a ação penal seja deflagrada.

A composição dos danos se relaciona à eficácia da reparação do dano causado à vítima pela prática delituosa e também do dano causado à sociedade na medida que alcança efeitos de prevenção geral e especial positivas; que configura uma resposta adequada e célere; e que evita o custo do processo.

A chance concedida ao infrator consiste na possibilidade de dupla recompensa, quiçá tripla, a uma de poder ver sua ação corrigida, e sentir-se satisfeito com isso, a duas de afastar os transtornos de ter contra si um processo e todos os efeitos de uma hipotética condenação. Além do fator mental de satisfação com a oportunidade de reparação, outro de mesma natureza, é a intensidade do arrependimento, relacionada ao maior contato com as consequências da conduta, pois o procedimento se dá por um canal mais estreito e simples de contato com a vítima, o autor é exposto à realidade do que causou e para quem causou.

Os arts. 72 ao 75 dispõem sobre o instituto, abarcando o momento do acordo, os sujeitos que compõe a audiência, quem preside a conciliação, a função do juiz, a forma legal, e os efeitos da composição e da não composição, nesta sequência.

De início, cumpre salientar a incidência do instituto, a composição se restringe às contravenções (sem exceção) e aos crimes de menor potencial ofensivo, aqueles com pena máxima cominada não superior a 2 (dois) anos⁹⁶ ou multa.

O momento para a composição dos danos é a audiência preliminar, onde deverão estar presentes o representante do Ministério Público, o autor e a vítima junto de seus respectivos advogados e o Juiz. A capacidade da vítima e o desimpedimento dos sujeitos devem ser observados, regularmente. Quanto aos sujeitos, há ainda a possibilidade de participação de conciliador,⁹⁷ que, sob a orientação do juiz conduzirá a conciliação.

⁹⁶ A Lei dos Juizados Especiais Federais alterou a quantidade atribuída na definição de crimes de menor potencial ofensivo, a Lei inicialmente estabelecia o *quantum* de 1 (um) ano de pena máxima cominada, derogada pela *novatio legis*, Lei n° 10.259 de 2001, que alterou para 2 (dois) anos.

⁹⁷ Segundo art. 73, parágrafo único, da Lei n° 9.099 de 1995, os auxiliares da Justiça serão aqueles selecionados conforme a lei local, excluídos aqueles que exercem funções na administração da Justiça Criminal.

A audiência preliminar segue na direção de cumprir os objetivos da Lei, a reparação dos danos suportados pela vítima e o afastamento da aplicação de pena privativa de liberdade; no caso da reparação, especificamente, os dois objetivos são um alvo. É função do juiz ou do conciliador criar um ambiente propício à composição, que deverá fruir da vontade livre de ambas as partes, vez que direito subjetivo de cada uma, como ensina Nereu José Giacomolli⁹⁸:

Tanto o autor do fato quanto o prejudicado não têm a obrigação de aceitar a composição dos danos. Está na esfera de disponibilidade própria do interessado a assunção do dever de indenizar ou não, bem como o de aceitar ou não o quantum oferecido pelo autor do fato.

Entabulado o acordo entre as partes, o juiz deve verificar os pressupostos legais e a manifestação volitiva das partes, e assim que homologado, automaticamente o direito do autor em provocar o órgão acusador via queixa (ação penal privada) ou representação (ação penal pública condicionada) é fulminado. Nestes moldes, com a realização do acordo o Ministério Público fica impedido de oferecer a denúncia, trata-se de uma hipótese de renúncia tácita, excluindo a punibilidade do agente. O autor se encontra livre de responder a um processo crime⁹⁹ e, conseqüentemente, todos os efeitos daí decorrentes; além de resolver de imediato a questão cível, já que o acordo homologado constitui título executivo.

Em se tratando de ação penal pública incondicionada, a situação é mais complexa, pois o exercício acusatório pelo Ministério Público não está vinculado à vontade do ofendido, e isso reflete diretamente no efeito da composição, do modo que descreve o mesmo autor¹⁰⁰:

Não veda, expressamente, a possibilidade do acordo civil na ação penal pública incondicionada, O que o regramento estabelece são os efeitos do acordo civil (art. 74, parágrafo único). A composição civil na ação processual penal pública incondicionada não obstaculiza o exercício do *ius persecuendi in judicio* pelo Ministério Público, em face da titularidade da ação penal, podendo ser utilizada como causa especial de diminuição de pena (art. 16 do CP).

⁹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 100.

⁹⁹ Do mesmo modo, impede-se a vítima de ingressar em juízo pretendendo reparação em razão dos mesmos fatos. Vide GIACOMOLLI, 2009, p. 105.

¹⁰⁰ GIACOMOLLI, 2009, p. 100.

Neste sentido, são também as palavras do Professor Victor Gonçalves¹⁰¹:

Ora, pela Lei 9.099/95, a reparação do dano (na ação penal pública condicionada à representação e na ação privada) tem efeito mais drástico, ou seja, gera a própria extinção da punibilidade, sendo, portanto, incompatível com o mencionado art. 16 do CP. Ressalte-se, também, que esse art. 16 continua sendo aplicável às infrações de menor potencial ofensivo que sejam de ação pública incondicionada, uma vez que, em reação a elas, a reparação do dano não provoca a extinção da punibilidade.

O legislador também se ateu ao caso de não ser atingido o acordo entre as partes. Caso autor e vítima não convençionem pela composição dos danos civis, o direito de representação segue nas mãos da vítima, que poderá exercê-lo ainda na própria audiência, oralmente (depois reduzido a termo), ou, sem prejuízo, até findar o prazo decadencial de seis meses, contado da ciência sobre a autoria do delito. No mesmo momento, a Lei estabelece uma espécie de degrau negocial, parte-se para um outro meio consensual de resolução do conflito, a transação.

5.1.2 Transação penal

A transação, como indica breve prelúdio no tópico da composição, é um segundo degrau da dinâmica negocial do Juizado Especial Criminal. Nos casos em que não ocorre a composição dos danos civis e a parte passiva decide representar, quando se trata de crime de ação penal pública condicionada, ou ainda, quando diante de um crime de ação penal pública incondicionada, ocorrendo ou não a composição, poderá ocorrer a transação. Há ainda a possibilidade de transação na ação penal privada, que, embora não expressa na lei, é admitida¹⁰².

O instituto é delineado pelo artigo 76 da Lei n° 9.099 de 1995, que se preocupa em difundir a peculiaridades, já que se pode extrair os aspectos gerais do instituto anterior e da própria sistemática do Juizado Especial. A transação ocorre geralmente na audiência preliminar,¹⁰³ e tem como partes o suposto autor do fato,

¹⁰¹ GONÇALVES, 2002, p. 18.

¹⁰² “Ainda, como a Lei 9.099/1995 não mencionou a possibilidade de haver transação penal em ação penal privada, consolidou-se o entendimento de que é admissível, uma vez que, do contrário, haveria clara ofensa à isonomia, impedindo-se que o instituto alcançasse autores de infrações leves sujeitas à ação privada.” (ANDRADE, 2019, p. 168).

¹⁰³ Enunciado n° 114 do FONAJE: “a transação penal poderá ser proposta até o final da instrução processual”.

acompanhado de seu advogado,¹⁰⁴ e o Ministério Público. A transação não se resume conceitualmente em um instituto, mas é a própria proposta, o Ministério Público propõe uma transação, uma oportunidade ao acusado transigir e transpor a propositura de uma demanda criminal e suas consequências, optando pelo cumprimento imediato de pena restritiva de direitos ou multa, em troca da não oferta de denúncia. Na precisa definição de Sérgio Turra Sobrane¹⁰⁵:

[...] a transação penal pode ser definida como o ato jurídico através do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais, e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada.

Pode-se considerar a transação uma técnica de defesa, o suposto autor do fato opta por aceitar ou não o cumprimento imediato de pena restritiva de direito ou multa, é algo inserto em sua esfera subjetiva. Além de uma técnica de defesa, pode ser tido ainda como um direito daquele a quem se imputa a autoria, pois preenchidos os requisitos deve ser proposta a transação. O fato de a proposta de transação ser uma obrigação pode, à primeira vista, parecer contraditória, porém, não o é, em verdade o órgão acusador ocupa uma posição num espaço de consenso porque assim determinou a Lei, e lhe é resguardado o poder de ponderar na situação concreta, o que não anula ou diminui o caráter negocial, pelo contrário, reforça a pretensão consensual por parte do Estado¹⁰⁶.

A transação mitiga o princípio da Obrigatoriedade que recai sobre os representantes do Ministério Público, resguardada sob o manto da previsão legal, e o substitui pelo princípio da Discricionariedade Regrada. Se diz discricionário porque o próprio MP verifica se não é o caso de arquivamento e decide oferecer a transação, ou seja, mesmo com elementos de autoria e materialidade, em ações públicas, a denúncia não é realizada, claramente há aqui o afastamento da obrigatoriedade.

¹⁰⁴ Enunciado criminal n° 09 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”.

¹⁰⁵ SOBRANE, Sérgio Turra, 2001, p. 75.

¹⁰⁶ “Presentes os requisitos legais, o Ministério Público deverá deduzir a pretensão alternativa, propondo a aplicação de multa ou de pena restritiva de direitos. Não sendo possível, deduz uma pretensão acusatória comum. Após, na próxima audiência, o acusador poderá deixar de sustentar a pretensão alternativa, modificando a espécie e os efeitos, conforme determina a lei. Satisfeitos os pressupostos legais, o oferecimento de uma ou de outra pretensão não está na esfera de disponibilidade subjetiva do acusador, mas se constitui numa obrigação legal”. (GIACOMOLLI, 2009, p. 121).

Quanto ao termo “regrada”, por sua vez, significa que existem limitações legais para a proposta de transação, e que devem ser observadas, sob pena de nulidade; tais limitações são as trazidas pelos incisos do §2º do artigo 76, da seguinte maneira:

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

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.

Diferentemente do que acontece na composição, que pode ser celebrada sem limitações, salvo aquelas relacionadas ao próprio delito, aqui há maior rigidez, refletida através dos requisitos estabelecidos. O legislador foi muito claro na dicção dos supratranscritos incisos; deles se extrai que a transação não poderá ser proposta se o autor tiver sobre si o trânsito em julgado de uma condenação à pena privativa de liberdade, se dentro de cinco anos tiver sido beneficiário da transação, e, se pelos motivos anunciados não se verificar a necessidade e suficiência da aplicação do instituto.

Proposta e aceita a transação entra em cena a figura do magistrado, em sua competência para homologação do acordo. O juiz verificará os pressupostos legais¹⁰⁷. O acordo deve ser homologado antes do cumprimento da pena alternativa, caso contrário configura constrangimento ilegal. Ressalte-se que a transação não implica em confissão, portanto, a homologação não tem o condão de declarar culpa,¹⁰⁸ isso seria uma aberração jurídica, que feriria frontalmente princípios fundamentais, pois, como ensina Giacomolli¹⁰⁹, a sentença homologatória é “uma medida criminal *sui generis*, advinda de um processo dialógico, sem contraditório, sem acusação

¹⁰⁷ “diante da transação, o juiz não poderá acrescentar outros fatos, alterar a qualificação jurídica ou a espécie de pena aceita, pois resultam do consenso entre as partes. Sua função é a de admitir ou não a transação criminal.” GIACOMOLLI, 2009, p. 140.

¹⁰⁸ Há vozes na doutrina no sentido de inconstitucionalidade da transação penal, quando posto ao lado de noções relacionadas a culpabilidade; uma destas: “A aplicação da sanção penal - pouco importando se trate de pena restritiva de direitos ou pecuniária, isto é, de pena diversa da privativa de liberdade – não pode se dar, segundo nossa disciplina constitucional, sem apoio na culpabilidade do agente, que funcionará simultaneamente como seu fundamento e sua medida. Deve-se rechaçar a possibilidade de que norma inferior (Lei n. 9.099/95) se contraponha ao texto fundamental, pretendendo autorizar a aplicação de pena sem as indispensáveis verificações e comprovação prévias da culpa penal”. (GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira; 2003 p. 128).

¹⁰⁹ GIACOMOLLI, 2009, p. 138.

formal e sem dilação probatória”. Caso não seja homologado o acordo, o juiz determina que se prossiga o processo, que não impede a tramitação pelo rito sumaríssimo.

Da transação decorre o efeito de antecipação do fim do processo, bem como o de impedir a deflagração de ação penal pelos mesmos fatos. A transação não gera antecedentes criminais nem reincidência, mas é registrada para fins de eventualmente impedir que o indivíduo seja beneficiado novamente, nos termos do art. 76, §4º. A eficácia da homologação da transação penal é tema que gerou posições conflitantes na doutrina, e é muito importante por incidir diretamente na situação de descumprimento do acordo; atualmente prevalece o entendimento de que não faz coisa julgada material, e, portanto, o Ministério Público, ante o descumprimento, poderia dar andamento à persecução, requisitando instauração de inquérito policial ou oferecendo a denúncia¹¹⁰.

5.1.3 Suspensão condicional do processo

Prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, a suspensão condicional do processo é instituto que segue os contornos do que foi dito até aqui sobre o consenso como característica dos institutos trazidos por esta Lei, porém é substancialmente diferente dos demais no que concerne à incidência e regulamentação.

A Lei dos Juizados Especiais tratou da suspensão condicional do processo na seção das Disposições Finais (Seção V), apartado da composição dos danos e da transação; a suspensão é de fato, não só na organização do diploma, distante dos dois. A primeira diferença crucial já se apresenta no início do texto, quando estabelece quais são as infrações suscetíveis de suspensão processual; enquanto os dois institutos já vistos abrangem as infrações penais de menor potencial ofensivo, o que é orgânico do Juizado Especial Criminal, a suspensão incide sobre crimes onde a pena mínima cominada é igual ou inferior a um ano, independentemente de previsão pela Lei comentada. A discrepância segue também

¹¹⁰ Como amostra deste entendimento: “[...] a sentença que homologa a transação penal possui natureza homologatória, produzindo apenas os efeitos de coisa julgada formal, tendo, como corolário do descumprimento da pena transacionada pelo autor do fato, a retomada do processo, cabendo, por consequência, ao Ministério Público promover a ação penal”. (SYLLA, Antonio Roberto. **Transação Penal: Natureza Jurídica e Pressupostos**. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 230).

na direção de ser a suspensão mais expansiva, capaz de atingir áreas alheias aos outros institutos, assim¹¹¹:

[...] o campo de abrangência da suspensão consensual do processo é mais amplo do que o da transação penal, aplicando-se tanto as infrações com rito comum quanto com rito especial, inclusive perante as Justiças Federal, Militar e Eleitoral.

A dinâmica procedimental tem início com a oferta da denúncia pelo Ministério Público, momento em que, preenchidos os requisitos, deverá ser proposta a suspensão do processo;¹¹² a partir de então o acusado, junto de seu defensor, analisará se aceita tal proposta ou não, e em caso afirmativo enfrentará um período de dois a quatro anos cumprindo obrigações específicas, sob pena de revogação do benefício, para que, chegando ao fim do período determinado sem revogação, tenha extinta sua punibilidade.

A letra da Lei não abarca o querelante como legitimado a propor a suspensão condicional do processo, excluindo assim a incidência do instituto sobre os crimes de ação penal privada, porém, salutar o entendimento expansivo¹¹³ da norma, como se pode conferir:

A doutrina, naqueles primeiros momentos de vigência da lei, enveredou-se, quase que unanimemente, pela via da inadmissibilidade. Bem refletido o assunto, no entanto, impõe-se destacar que a transação processual (suspensão do processo) não possui a mesma natureza do perdão (que afeta imediatamente o *ius puniendi*) nem da perempção (que é sanção processual ao querelante inerte, moroso). Havendo proposta e aceitação da suspensão do processo não se pode dizer que o querelante está sendo desidioso. Está agindo. Está fazendo uma opção pela incidência de uma resposta estatal alternativa, agora permitida, mas que é também resposta estatal ao delito. Isso não é inércia. Muito menos indulgência (perdão). Nem sequer abandono da lide.
[...]
Se o querelante pode o mais, que é perdoar, é evidente que também pode o menos (optar pela solução alternativa do litígio).

¹¹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino... [et al.]. **Juizado Especial Criminal: Aspectos Práticos da Lei nº 9.099/95**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 93.

¹¹² Enunciado nº 696 da Súmula do STF: "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".

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al.]. **Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 259.

As condições para a realização do acordo de suspensão do processo também são singulares. A Lei dos Juizados Especiais estabelece como requisitos para suspensão a inexistência de processo criminal tramitando contra o acusado e que inexista condenação criminal¹¹⁴, e vai além, remete os jurisdicionados ao Código Penal, aplicando à suspensão condicional do processo os requisitos da suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal), quais sejam: a não reincidência em crime doloso; a avaliação sobre a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias; que não seja indicada ou cabível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aqui o Ministério Público exerce seu *múnus* acusatório, e o juiz ocupa uma posição mais ativa. A denúncia é ofertada e o juiz verifica sua admissibilidade; em aceitando a denúncia, e diante do acordo sobre a proposta de suspensão, o juiz submeterá o acusado ao período de prova, com as condições de reparar o dano (salvo impossibilidade), de não frequentar alguns lugares específicos, de não se ausentar da comarca onde reside sem autorização judicial, de comparecer mensalmente em juízo para informar e justificar suas atividades, e outras condições que o juiz entender necessárias e adequadas ao fato e à condição pessoal do acusado.

Para garantir a contrapartida da negociação criminal, qual seja, a extinção de punibilidade e os efeitos daí decorrentes, o acusado deverá cumprir as condições impostas durante todo o período estipulado. De acordo com letra da Lei, haverá revogação da suspensão no caso de ser o acusado processado por outro crime no curso ou prazo, ou de não reparar o dano, injustificadamente. Na situação de descumprimento das condições, ou de condenação por contravenção penal, fica a critério do juiz a revogação.

A questão de um novo processo crime ser causa de revogação da suspensão é intrigante aos olhos doutrinários sob o aspecto da constitucionalidade. Há parcela¹¹⁵ que entende pela incompatibilidade com a norma fundamental:

¹¹⁴ Sobre a condição de inexistência de condenação paira fortes e coerentes críticas na doutrina, como a seguinte: “De se notar que a lei adotou aparentemente o sistema da perpetuidade. Em casos concretos. Em casos concretos, essa aparente inflexibilidade pode gerar injustiças flagrantes, a ponto talvez de justificar alguma suavização. Suponha-se alguém que fora condenado há trinta ou quarenta anos por um crime culposo e agora se envolve em outro da mesma natureza. A mácula pretérita acompanhará o sujeito *ad aeternum*? Pensamos que não. Aplicando-se analogicamente o art. 64, I, do CP, cremos que se deva respeitar o limite de cinco anos, consoante o sistema da temporariedade”. (GRINOVER, 1999, p. 282).

¹¹⁵ GRINOVER, 1999, p. 324.

Enquanto o processo está em andamento, o acusado é presumido inocente. E quem é presumido inocente não pode ser tratado como um condenado. Onde está escrito processado, portanto, deve ser lido condenado irrecorrivelmente, isto é, revoga-se obrigatoriamente a suspensão do processo se o acusado vier a ser condenado irrecorrivelmente por outro crime.

E, doutra feita, quem afirme a consonância, como ensina Flávio Andrade¹¹⁶:

[...] prevalece na doutrina a compreensão de que não ter outro processo em andamento é um requisito processual licitamente 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. Ainda nesse sentido é a jurisprudência do STF.

Se a proposta de suspensão condicional do processo não for aceita, seja pelo acusado, ou pelo juiz (sempre de forma fundamentada) o processo prosseguirá normalmente.

5.2 Lei das Organizações Criminosas

Em 23 de maio de 2006 foi apresentado o Projeto de Lei de nº 150/06, pela então Senadora Serys Slhessarenko, vindo na Câmara a se transformar em Projeto de Lei nº 6.578/09, que sofreu alterações foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado por Dilma Rousseff, à época Presidente da República, convertendo-se na Lei nº 12.850 de 2013, a Lei das Organizações Criminosas.

Não foi nenhuma novidade um instrumento legislativo de combate ao crime organizado, no ordenamento brasileiro já havia contida a Lei nº 9.034/95 dedicada ao mesmo contexto criminológico, ab-rogada pelo conjunto normativo em comento. No entanto, a Nova Lei das Organizações Criminosas trouxe novos contornos não só a sua aplicação sobre os delitos que alcança, mas ao Processo Penal como um todo, principalmente no que se relaciona ao Direito Negocial.

O alcance da Lei nº 12.850 de 2013 se restringe aos delitos cometidos por Organizações Criminosas, que segundo a letra do próprio diploma, em seu artigo 1º, §1º, significa:

¹¹⁶ ANDRADE, 2019, p. 175.

Art. 1º [...]

§1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A Organização Criminosa é, vulgarmente, uma empresa cuja atividade desempenhada é o crime, que subsiste economicamente por conta dos proveitos de atividades ilícitas e é formada por delinquentes que se empenham em praticar crimes de forma organizada, com divisão de tarefas e alocações hierárquicas; respeitando, é claro, os requisitos objetivos expressos no texto legal, como a quantidade de integrantes e de pena cominada às infrações a que se destinam e cometem. Em que pese seja este um conceito simplista, basta, especialmente pelo motivo que destaca Mendroni¹¹⁷:

[...] não se pode definir organizações criminosas através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas como sugerido. Isso porque não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois ela, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alterar suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade –, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente.

Os principais institutos destacados pela referida Lei são: a Colaboração Premiada; a Ação Controlada; e a Infiltração, por policiais, em atividade de investigação.¹¹⁸ Todos contidos nos incisos do artigo 3º, e, portanto, dispostos como meios de obtenção da prova. Cada um dos retrocitados institutos possuem seção própria, sendo a primeira dedicada a Colaboração Premiada, contendo os artigos 4º até o 7º; seguida da segunda seção, que dispõe sobre a Ação Controlada, com os artigos do 8º e 9º; e, por fim, a terceira seção, da Infiltração de agentes, que reúne os artigos do 10 ao 14.

A colaboração premiada é o instituto mais polêmico da Lei nº 12.850 de 2013, justamente porque suscita todas as questões relacionadas ao Direito Negocial.

¹¹⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. – 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9.

¹¹⁸ Tais institutos estão citados nos seguintes incisos: I; III; VII; respectivamente, do artigo 3º da Lei nº 12.850 de 2013.

Trata-se de um instrumento de consenso, logo relativamente inovador, além de atrair atenção por este motivo, outro é estar inserto numa Lei que se destina a crimes de grande proporção, grande em todos os sentidos, tanto em termos de organização, como o próprio título sugere, quanto no aspecto econômico. Lamentavelmente, no Brasil, outro aspecto de grandeza a que se relaciona os crimes cometidos por Organizações Criminosas, é o de posição social, com a instalação dos esquemas de corrupção na classe política.

Além de implementar os instrumentos ditos pela Lei como meios de obtenção de prova, a Lei cuida de conceituar Organização Criminosa e de traçar procedimentos para o enfrentamento estatal, e surge, assim como a Lei dos Juizados Especiais, como uma tentativa de saciar os anseios sociais, que derivam do desenvolvimento expressivo da complexidade da criminalidade, e em manifestação da necessária atualização legislativa, para bem acompanhar as alterações sociais. É neste contexto, de evolução criminal e avanço legislativo, que se insere o mecanismo consensual tratado a seguir.

5.2.1 Acordo de colaboração premiada

A Colaboração Premiada é uma forma de negociação entre o Estado e o autor de um fato delituoso para a resolução de conflitos criminais. A relação negocial se expressa pela previsão de um acordo em Lei, entre Estado e autor, que se empenham numa transação, de um lado, o Estado, flexibilizando seu poder de punir tendo em vista a obtenção de informações aptas a instruir a atividade probatória, do outro, o infrator, dispondo de parte do seu direito constitucional de não-autoincriminação.

O instituto envolve questões polêmicas, por tocar em assuntos constitucionais e pelo ambiente em que se situa, como já apontado, a Lei de Organizações Criminosas atinge a alta criminalidade, um grupo de pessoas infratoras sob um emaranhado de aparatos tecnológicos e financeiros somando esforços para subverter a ordem e prejudicar a sociedade.

A Lei nº 12.850 de 2013 trouxe o instituto de forma bem ampla quanto ao momento e aos benefícios. O acordo pode acontecer em qualquer momento da persecução, inclusive após a sentença. As partes podem convencionar e requerer ao juiz como resultado da colaboração: o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois

terços) da pena privativa de liberdade, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, e, quando o acordo se der após à sentença, a lei prevê a possibilidade de redução da pena até a metade e, alternativamente, a progressão de regime mesmo que ausentes os requisitos objetivos.

Sobre o perdão judicial, a Lei dispõe que o Ministério Público a qualquer tempo, ou a autoridade policial nos autos do inquérito policial, podem requerer sua concessão, tendo em vista a relevância da colaboração. Se reunidas as condições legais que permitem a concessão dos supra. benefícios, somadas ao fato de não ser o colaborador líder da Organização, e ser ele o primeiro a prestar efetiva colaboração, o Ministério Público poderá não oferecer a denúncia, o que se relaciona à mitigação do princípio da Obrigatoriedade, já mencionado na tratativa da Lei dos Juizados Especiais.

Participam do acordo o Ministério Público, como negociador ou como *custos legis*; o delegado de polícia,¹¹⁹ sob a manifestação do *Parquet*, e o colaborador, sempre acompanhado de seu defensor.

Em contrapartida às benesses dispostas na Lei, o colaborador deve agir efetiva e voluntariamente, que significa agir por vontade própria e que essa ação produza resultados reais, úteis. Conforme preceitua o próprio texto normativo, a colaboração deve implicar na identificação de coautores ou partícipes e das infrações praticadas; trazer ao conhecimento das autoridades a forma de funcionamento da Organização, a divisão de tarefas e a hierarquia; deve servir para prevenir as infrações que decorrem da Organização; ser capaz de recuperar, mesmo que parcialmente, os produtos ou proveitos das infrações; ou permitir a localização de vítima com a integridade física preservada; resultados que podem advir isolada ou cumulativamente.

Além de trazer como requisitos a ação voluntária e eficaz do colaborador e os resultados da colaboração, em qualquer caso deverá ser considerada ainda a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, segundo artigo 4º, §1º.

O acordo deve ser reduzido a termo e conter:

¹¹⁹ ADIn 5.508 - Delegados de polícia podem realizar acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial.

Art. 6º [...]

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.

O termo é remetido ao juiz para homologação, onde se verificará a regularidade, a legalidade e a voluntariedade. A distribuição do pedido de homologação ocorre sigilosamente, justamente para assegurar a eficiência das investigações. Ao defensor, munido de autorização judicial, é assegurado o acesso aos elementos referentes ao direito de defesa do representado, com ressalvas àqueles de diligência em curso.

Embora pareça controverso a última palavra pertencer ao sujeito que não participou da negociação, a medida é necessária para a verificação de elementos intrínsecos, subjetivos, que a própria lei traz como requisitos, além disso, cabe salientar que neste momento não está encerrada a atividade argumentativa, cumpre à defesa, como parte no diálogo processual, seguir pleiteando pela demonstração do cumprimento daquilo que cabia ao colaborador.

A Lei confere ao colaborador uma série de prerrogativas, como ter suas informações pessoais preservadas, ser conduzido e eventualmente cumprir pena separadamente dos corréus, além de usufruir das medidas de proteção específicas.

O colaborador, em seus depoimentos, estará renunciando seu direito ao silêncio e se sujeitando ao compromisso de dizer a verdade, sob pena de incorrer no tipo previsto pela mesma Lei:

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Em última análise, verificada sua irregularidade, fundamentadamente o acordo pode ser rescindido, situação em que as provas autoincriminatórias colhidas por meio da colaboração não poderão ser utilizadas exclusivamente em desfavor do colaborador, conforme disposto no artigo 4º, §10.

6 SISTEMA PERSECUTÓRIO BRASILEIRO

A persecução criminal no Brasil é direcionada pelos vetores constitucionais de garantia ao cidadão quanto a proteção dos seus direitos fundamentais; e persegue o objetivo da realização de um procedimento justo e alcance de um resultado qualificado pelo mesmo adjetivo (não olvidadas as considerações ao derredor da “justiça”)¹²⁰.

O modelo adotado pelo sistema de jurisdição criminal no país é o acusatório, um modelo que estabelece primordialmente o respeito à condição de dignidade humana do acusado e a vedação às arbitrariedades estatais através da divisão das competências dos sujeitos processuais institucionais (defesa, acusação e julgamento); da publicidade dos atos processuais; da igualdade de condições para defesa e acusação; da preservação da equidistância de ambas as partes em relação à autoridade julgadora; e, da regra de produção da prova em juízo sob a égide do contraditório e da ampla defesa.

A ação criminal aqui se inicia por iniciativa ou do Ministério Público ou por iniciativa do ofendido (ou seu representante legal), a depender da legitimidade estabelecida pelo legislador para cada tipo penal, geralmente a iniciativa pertence ao órgão ministerial, até porque a ação penal pública se estabelece para os crimes de maior complexidade que são a maioria justamente pelas características da seara criminal. Tem-se, desta forma, crimes de ação privada e crimes de ação pública, os primeiros destinados aos crimes menos complexos onde compete exclusivamente ao querelante instar a deflagração do processo, podendo ele agir da mesma forma quando a iniciativa competir ao promotor de justiça e este quedar-se em inércia (ação penal privada subsidiária da pública); os segundos levados à juízo pelo agente do Ministério Público, independentemente ou com a necessária manifestação requisitória ou autorizadora do sujeito diretamente atingido pelo delito ou seu representante (ação penal pública incondicionada e condicionada à representação do ofendido, respectivamente).

A intenção do acusador, seja ele o particular representado por quem detenha capacidade postulatória, seja o Ministério Público por meio do promotor de justiça, é levar ao conhecimento judicial os elementos que compõe a justa causa para

¹²⁰ Discutido no capítulo 2 – Do Consenso no Direito, especialmente no tópico 2.1 - Modelos de Justiça.

que se inicie o procedimento em busca do esclarecimento do(s) fato(s) ilícito(s) e da responsabilização de seu(s) autor(es). À autoridade judicial cabe verificar a existência da justa causa e iniciar ou não o processo, no caso de entender pela procedência acusatória, cita o denunciado, que se torna a partir de então réu e deve figurar em juízo resguardado pela atuação de quem detém capacidade técnica e postulatória, e completa-se assim a tríade processual – acusação, defesa e juiz – que, como já apontado, impõe para cada um de seus sujeitos competências bem definidas e distintas, materializando o pressuposto do modelo acusatório.

Todo o trâmite processual deve ser respeitador das regras e princípios do ordenamento, tanto quando possuírem caráter constitucional, quanto quando existentes tão somente no plano infraconstitucional, sob pena de nulidade (relativa ou absoluta), o que inclui a compatibilidade com as diretrizes do modelo acusatório e se depreende do próprio significado de Estado Democrático de Direito e da obediência ao princípio Republicano.

O Direito Penal Consensual para que vigore no Brasil deve respeitar à dinâmica processual e constitucional. Os principais instrumentos de consenso insertos no ordenamento pátrio enfrentaram valorações sobre sua compatibilidade e constitucionalidade, encetadas principalmente pela doutrina, e ainda enfrentam; consectário lógico que qualquer outro instrumento que pretenda adentrar e exercer-se no sistema persecutório, bem como a ampliação dos já constantes, enfrentarão as mesmas celeumas. Tal conclusão se constrói não apenas por estabelecer uma comparação entre o que ocorreu sobre os instrumentos já existentes e o que pode ocorrer com eventuais ampliações ou implementações de métodos consensuais, mas por já ser uma realidade as propostas de expansão dos espaços de consenso no Brasil, e já estarem sendo discutidos os aspectos abordados ao longo desta pesquisa em relação à estas hipóteses.

Ao perscrutar os institutos advindos da Lei dos Juizados Especiais Criminais e o Acordo de Colaboração da Lei das Organizações Criminosas, foram apontadas as relações do caráter negocial de cada um deles com a natureza e particularidades do sistema. Está contida na proposta do presente a efetivação do mesmo raciocínio, mas desta vez sobre as principais propostas atuais de inserção ou ampliação do consenso no ordenamento, e a prospecção dos espaços consensuais brasileiros, em outras palavras: a análise da tendência de expansão destes espaços

com base nos acontecimentos fáticos e em todas as considerações teóricas que foram expostas ao longo de todos os capítulos anteriores.

6.1 Constitucionalidade e Compatibilidade

Os informes normativos (incluindo-se e com maior evidência os principiológicos) da Constituição Federal de 1988 constituem o principal documento de soberania do Estado e de defesa dos cidadãos. Considerando o tema deste trabalho, incide com magnífica precisão o conteúdo expresso pela carta constitucional em seu artigo 5º, incisos: LIV – Devido Processo Legal; LV – Contraditório e Ampla Defesa; e LVII – Presunção de Inocência/Não Culpabilidade.

Todo e qualquer modelo de jurisdição está sujeito a verificação de constitucionalidade e compatibilidade com o sistema normativo vigente. O modelo de jurisdição penal consensual, como já apontado, suscita intensas discussões. No Brasil há instrumento processual para simplificar o procedimento através do consenso do acusado que aceita cumprir imediatamente pena não privativa de liberdade para não ser denunciado, a transação penal; há também o meio pelo qual depois de oferecida a denúncia o processo fica suspenso por conta do acordo com o réu que aceita cumprir determinadas condições, a suspensão condicional do processo; e ainda a possibilidade de ser beneficiado com a diminuição no *quantum* da pena, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e até com o perdão judicial, isto desde que consinta em colaborar com as investigações e realmente o faça, o tão em voga acordo de colaboração premiada. Todos institutos já comentados no capítulo quinto.

As críticas quanto a inaplicabilidade dos meios consensuais por violação dos princípios do devido processo, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência que foram elencadas, de maneira generalizada, no capítulo quarto se aplicam aos meios de consenso contidos no ordenamento, assim como as considerações que refutam tais argumentos.

A ideia de que o processo deve ser constituído com a realização de todos os procedimentos, rigidamente, com a defesa atuando voraz contra as acusações, é expedida pela crítica como a face do princípio do devido processo legal, o que é rebatido pela constatação da amplitude do referido princípio, de modo que esta seria apenas uma interpretação dele, e diga-se de passagem uma interpretação muitas

vezes prejudicial ao réu, pois estaria ele impedido de auferir as vantagens decorrentes de eventual acordo. O mesmo ocorre quando se fala em transigir na condição de exigência de uma confissão, pensamento de parte da doutrina é de que o Réu estaria sendo violado em seu direito de vedação à autoincriminação e até mesmo ao contraditório, enquanto outra parte, em lado oposto, postula pela inexistência de uma exigência de confissão em sentido estrito, o que há na realidade é uma proposta, o réu aceita se lhe convir, ninguém exige coisa alguma, e vai além, invoca a proteção da autonomia de vontade do arguido, ao passo que considera para tanto a renunciabilidade do exercício de direitos fundamentais possível; alguns entendendo até mesmo o afastamento voluntário da proteção fundamental como um verdadeiro exercício negativo de seus direitos.

Os instrumentos que levam à efeito o cumprimento antecipado da pena também são cercados de críticas, principalmente pela inviabilização da ampla defesa e aniquilamento do contraditório, o que, como já abordado, é tratado pela parte doutrinária que defende o modelo consensual como uma verdadeira ampliação dos meios defensivos, e a regularidade em optar por não contraditar a acusação, desde que se verifique a validade da manifestação de vontade, com a presença da consciência e liberdade em decidir, bem como das precauções legais para garantir que estejam presentes, que é o caso da indispensabilidade da defesa técnica, a impossibilidade de renunciar o direito de recorrer, e a necessária homologação do juiz que inclui a análise sobre a validade do consenso e legalidade do acordo.

A compatibilidade vai além das formalidades delineadas pela Lei, é imprescindível que se observe o funcionamento do organismo institucional de jurisdição, com vistas essencialmente à interação dos sujeitos.

O ideal no modelo consensual é que os sujeitos se portem como acordantes, em mesma posição e condições, no momento de se manifestarem e transigirem, desconstruindo a polarização do conflito gerado pelo evento criminal, de modo a possibilitar propostas e concessões mútuas pautadas pela liberdade e consciência de ambas as partes, contudo, sem que se extinga a separação entre sujeito ativo e passivo, para que seja possível a constatação dos desequilíbrios fáticos e sua regularização, bem como para que surtam efeitos psicológicos no arguido por meio de sua compreensão de que lhe está sendo dada uma chance, de que ele está sendo útil ao processo, e de ser tratado como uma pessoa e não um objeto (no que tange à observância de sua vontade e aptidão dela em surtir efeitos práticos).

No Brasil, onde se concebe o modelo acusatório, o Ministério Público é por excelência o *dominus litis*, o órgão ministerial tem outras funções que não acusar, e mesmo quando figura no polo ativo de uma demanda este não deve ser seu “objetivo cego”; atuando como acusador o promotor de justiça não abre mão da função de zelar, como a denominação do cargo diz, pela promoção da justiça, logo, a preocupação do agente é sempre verificar a constância das condições da ação penal no caso concreto e o preenchimento dos pressupostos processuais, por isto possui as prerrogativas de não denunciar. No que tange à principiologia que rege o exercício da função ministerial, questão muito importante relacionada ao consenso é a dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, já mencionados no capítulo quinto, tais princípios são invocados pela crítica ora como empecilhos aos instrumentos consensuais nos quais se tem disposição da ação penal ou o compromisso de não a provocá-la, ora como fatores não impeditivos pelo entendimento da renunciabilidade e da avaliação dos elementos de necessidade, utilidade e adequação para ação.

Quanto ao sujeito passivo, retome-se toda a ideia construída ao longo dos tópicos abordados anteriormente acerca da proteção que lhe deve ser conferida, o resguardo de seus direitos, que para aqueles favoráveis ao Direito Consensual Penal inclui a autonomia de vontade e liberdade. Além da necessária invocação e respeito aos direitos do arguido, é bom ter sempre presente que sua posição é natural e institucionalmente desfavorecida, portanto, há que se primar pelos instrumentos de equilíbrio. Neste sentido, é imprescindível que o acusado figure no espaço de consenso acompanhado de defesa técnica, isto inclusive na fase pré-processual, da mesma forma pensa Rodrigo Brandalise ao destacar que “...as conversações devem ser feitas entre o Ministério Público e a defesa, com esta representada pelo defensor constituído (não deve ser feita a negociação diretamente com o réu, salvo se ele estiver em representação própria.”¹²¹ E também a ampliação legal dos poderes do defensor, na mesma toada da disposição do Estatuto do Advogado¹²² que estabeleceu a nulidade no caso de ser o advogado impedido de acompanhar o interrogatório em sede de investigações.

¹²¹ BRANDALISE, 2016, p. 219.

¹²² Artigo 7º, inciso XXI da Lei nº 8.906 de 1994 – “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração”. (BRASIL, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 14 out. 2019).

Por fim, a figura imparcial do processo penal acusatório, o juiz. O papel do magistrado no modelo consensual é o de garantidor do cumprimento dos ditames legais e da realização da justiça, para tanto, a autoridade judicial se reveste do poder de fiscalizar e homologar o acordo, cabendo a ele “funcionar como um verdadeiro árbitro do equilíbrio”¹²³ na relação processual. A atuação do juiz deve ser a última etapa do acordo processual, e sua atuação não pode se afastar das características que imperam no modelo tradicional de jurisdição, exemplo: caso o juiz não concorde com os termos da acusação, não pode alterá-la, devendo remetê-la ao Procurador-Geral.

A regularidade na atuação dos sujeitos processuais, com ênfase naqueles que agem em nome do poder público, pautada nas regras que hoje vigoram no sistema brasileiro, são compatíveis com o modelo consensual. E ainda, considerando o posicionamento de possibilidade de renúncia por parte do arguido sobre o exercício de direitos fundamentais em seu próprio favor como expressão da ampla defesa, firma-se a compatibilidade do Direito Consensual Penal.

6.3 Prospecção

Os instrumentos já existentes no ordenamento são restritos aos resultados de simplificação do procedimento, de premiações pela colaboração, e de afastamento da persecução; todos estão limitados pela rigidez constitucional brasileira e pelo funcionamento institucional dos órgãos de controle formal e instâncias de poder. Com a experiência que se tem no país atualmente, é possível visualizar a viabilidade do Direito Consensual Penal no ordenamento brasileiro, retomando o conteúdo abordado logo acima.

Crentes da compatibilidade do modelo negocial no sistema, há algum tempo interessados no tema vêm reconhecendo a presença de fatores que instigam a ampliação da justiça negociada, e não deixam de se expressar¹²⁴:

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 consensual pactuada, expandindo-se as zonas de consensualidade mediante a adoção de instrumentos que contemplem a admissão de culpa. Houve significativo aumento da população

¹²³ BRANDALISE, 2016, p. 182-189.

¹²⁴ ANDRADE, 2019, p. 210.

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.

Os projetos de Lei que se destinam à reforma do Código de Processo Penal (PL n° 156 de 2009)¹²⁵ e ao Código Penal (PL n° 236 de 2012)¹²⁶, são, nas palavras de Giacomolli e Vasconcellos¹²⁷ a expressão da “cristalina tendência internacional, que se faz presente também em âmbito brasileiro” quando se referem à expansão dos espaços de consenso.

A alteração sobre o Código de Processo Penal visada sobre o artigo 28-A do já mencionado Projeto de Lei n° 882 de 2019, pretende trazer para o sistema a possibilidade do acordo de não persecução, o que consistiria na formação consensual entre o acusado e o Ministério Público no sentido de o primeiro aceitar cumprir determinadas condições para que não seja oferecida a denúncia. O projeto estabelece os parâmetros de necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, não ser hipótese de arquivamento, ter o agente confessado, não haver violência ou grave ameaça, e pena máxima não superior à 4 (quatro) anos, cumulada com algumas condições: reparação do dano; renúncia dos proveitos do crime; prestação de serviços à comunidade; prestação pecuniária; ou outra condição indicada pelo Ministério Público.

Esta situação não soa inovadora aos ouvidos dos operadores do direito nacional, é que a não persecução vem sendo pactuada pela previsão da resolução n° 181 de 2017 (artigo 18) do Conselho Nacional do Ministério Público. O principal sentido da proposta é na verdade a regularização do que já ocorre na prática. O procedimento do Ministério Público em firmar acordos de não persecução sem a expressa previsão legal (legislação competente) é completamente criticada¹²⁸, inclusive figura como objeto de ações de inconstitucionalidade, e à vista de todas as considerações que aqui foram estendidas faz jus às repreensões e ações.

¹²⁵ PL n° 156 de 2009/PL n° 8.045 de 2010. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 14 out. 2019.

¹²⁶ PL n° 236 de 2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1567533730788&disposition=inline>. Acesso em: 14 out. 2019.

¹²⁷ GIACOMOLLI e VASCONCELLOS, 2015, p. 1112.

¹²⁸ “... na ânsia de inovar (e talvez já não suportando mais aguardar uma solução pela via legislativa), o CNMP usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o assunto e também ignorou que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser implementada pela via legislativa.” (ANDRADE, 2019, p. 267).

Como toda questão que envolve a adoção ou ampliação do modelo consensual criminal, as alterações que instituem novas possibilidades de consenso no Direito pátrio dividem a opinião dos operadores jurídicos.

Ao comentar o anteprojeto da Lei “Anticrime”, Nestor Távora e Rosmar R. Alencar¹²⁹ tomam a ampliação dos espaços de consenso partindo da ideia de que:

A previsão, generalizante, é inteiramente inconstitucional, em compasso com o que avivamos. A introdução desse mecanismo significa grande desastre em nosso sistema. Somos, portanto, filiados a corrente que entende que não deve haver acordo de não propositura de denúncia entre Ministério Público e acusado, eis que a ação penal é imperativa.

Outra medida consensual proposta no projeto do Novo Código de Processo Penal é a do rito abreviado – denominado sumário – a partir da confissão do acusado, em seu artigo 283, prevendo a possibilidade de que o réu ao confessar seja beneficiado com a redução de até 1/3 (um terço) da pena ou sua aplicação no mínimo legal, que será aplicada imediatamente, aplicável aos crimes onde a sanção máxima não excede 8 (oito) anos. Tal medida se amolda perfeitamente às considerações tecidas no capítulo quarto sobre a deficiência do sistema em não disponibilizar o consenso aos crimes de média potencialidade e restringir em excesso para os graves.¹³⁰

Sobre esta medida, não surpreendentemente, há também manifestações adversas, como os já debatidos argumentos de violação do devido processo¹³¹, do contraditório e da produção probatória. Em outra perspectiva, tal instrumento é observado não apenas como uma tendência nacional, mas, ao contrário do pensamento apontado no início do parágrafo, é concebido como algo benéfico, inclusive necessário, a exemplo deste olhar¹³²:

É preciso ficar claro que a proposta de rito abreviado em questão, 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 do *plea bargaining*), não

¹²⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Comentários ao Anteprojeto de Lei Anticrime**. Salvador: JusPodivm. 2019, p. 43.

¹³⁰ Neste sentido: “Afora os casos de colaboração premiada e de acordo de leniência, na legislação nacional não há espaço de consenso o que toca a delitos um pouco mais graves em vista do patamar das penas abstratamente cominadas.” (ANDRADE, 2019, p. 208).

¹³¹ Contrapondo tal pensamento: “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.” (ANDRADE, 2019, p. 231).

¹³² ANDRADE, 2019, p. 235.

havendo aqui margem para a 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”.

Ainda, mesmo dentre os apoiadores do modelo consensual, existem críticas sobre o conteúdo no referido instrumento legal, neste sentido, expõe Brandalise que o procedimento sumário como está disciplinado:

Será, com toda tranquilidade, aceito por aqueles que analisam o processo como uma fonte de benefícios ao acusado (só admite penas mínimas e incidência de causa de diminuição de pena), mas será um tormento para todos os demais que pensam nas ideias de que o processo reflete um equilíbrio entre a liberdade do réu e o interesse social violado.

O Projeto do Código de Processo abarca também as medidas já previstas na Lei nº 9.099 de 1995 prevendo em seus artigos 299 ao 302 a composição civil dos danos, no 303 a transação penal e no 266 a suspensão condicional do processo. Tais meios consensuais tiveram sua essência mantida, porém, o legislador se preocupou em sanar alguns problemas importantes¹³³ que são apresentados pela Lei do Juizados Especiais como, exemplificativamente, a solução ante a recusa do Ministério Público em propor o acordo, a natureza da sentença homologatória do acordo, e a situação da ação penal privada.

O Retrocitado projeto de reforma do Código Penal originalmente também trazia estampado em seus artigos 104 ao 106 medidas consensuais, a “barganha” e a colaboração com a justiça, esta última muito próxima ao acordo de colaboração premiada da Lei das Organizações Criminosas, definindo a necessidade de verificação dos resultados úteis, do acompanhamento de outros elementos probatórios, e um rol de medidas a serem aplicadas pelo juiz, tratando-se, segundo Brandalise de uma “forma de colaboração processual propriamente”¹³⁴.

Todas estas propostas de implementação e ampliação dos espaços consensuais evidenciam a tendência de expansão do modelo consensual no Brasil. Embora haja críticas negativas pertinentes às propostas de alteração, elas se mantêm dentro da categoria que foi observada ao longo de todo este trabalho, argumentos que só subsistem a partir da certeza de irrenunciabilidade de direitos fundamentais, e

¹³³ LEITE, 2013, p. 193-201.

¹³⁴ BRANDALISE, 2016, p. 161.

alegações fundadas no desconhecimento ou rejeição da possibilidade de formação válida do consenso e sua verificação; como já identificado, críticas insuficientes para afastar completamente a viabilidade de aplicação do modelo negocial e/ou declarar sua incompatibilidade com o sistema normativo brasileiro, embora guardem a extrema importância para aperfeiçoar e direcionar o Direito Consensual Penal.

Assim como a Lei nº 9.099 de 1995 representou um marco de inserção do consenso na esfera penal pátria, o momento atual, em que tramitam os projetos dos Novos Códigos Penal e Processual Penal (incluindo as demais propostas de alterações legislativas nestes campos) perfaz um novo capítulo da história do consenso criminal no país, sua expansão.

9 CONCLUSÃO

A análise do Direito Consensual Penal detida nesta pesquisa reuniu elementos para propiciar a concepção conceitual do tema, bem como para a verificação teórica das divergentes abordagens que recaem sobre ele; além de se empenharem na formação de uma estrutura sólida destinada a suportar prognósticos acerca da ampliação dos espaços consensuais no Brasil.

A demonstração da relação do Direito Consensual com a Teoria Comunicativa de Habermas traduz o enfrentamento das ideias deslegitimadoras do modelo consensual que se relacionam ao fator de validade do consenso, assim, de início demonstrou-se a possibilidade de uma verdade consensual válida através do respeito aos pressupostos de sinceridade, inteligibilidade, verdade e correção normativa empregados na construção do diálogo negocial.

O consenso flui da comunicação isto significa que é algo próprio da natureza humana, o crime como fenômeno social é enfrentado de várias formas que são desenvolvidas pela própria ação humana em consonância com o desenvolvimento social, o consenso é viabilizado pela comunicação, posto que uma parte só pode propor e conhecer a proposta da outra através da externalização de seus pensamentos. Daí a importância de atentar-se para a qualidade da comunicação entre os sujeitos relacionados ao crime, tanto vítima, quanto investigação, acusação, defesa e acusado. O diálogo entre os sujeitos de um acordo pode construir uma solução igualmente satisfatória para ambos, mesmo que isso implique em concessões mútuas. Na persecução penal todos os envolvidos estão de algum modo interessados e agindo em prol de seu interesse, e o processo é em tese e deve ser de fato um local essencialmente de diálogo, portanto, a resolução consensual exala adequação para figurar como caminho para a solução do litígio penal.

Além de à primeira vista a via consensual parecer adequada à proposta de direcionar a solução criminal, existem fatores externos para a sua adoção como uma via alternativa. Como demonstrado, o sistema penal de forma generalizada enfrenta grandes problemas, o crime é por sua natureza uma fonte de demandas de soluções sociais e um fenômeno gerador de graves crises mundo à fora. A hierarquização na tratativa do delito, com a monopolização estatal do *jus persecuendi* e *puniendi* alterou significativamente a forma como as pessoas enxergam o sistema de justiça, e também a forma de agir do Estado, passou-se a ter a noção de extrema

necessidade de imprimir na sociedade a ideia de que as leis e a ação estatal são a fiel expressão da justiça, e estas intenções devem estar presentes no consciente dos cidadãos para que não se esqueçam de que algumas matérias provenientes do Estado são ficção.

Ainda sobre os fatores externos, a globalização é o marco principal das recentes e profundas alterações sociais, a evolução dos meios de comunicação e transporte que imprimiram na sociedade a característica de imediatidade, e o aumento na variedade e acúmulo dos bens materiais juntamente com o surgimento de novos bens jurídicos, fizeram aumentar a exigência por celeridade nas respostas e aumentar sobremaneira a demanda criminal, respectivamente, ou seja, a globalização trouxe à tona efeitos inconciliáveis, conflitantes entre si, de modo que algumas teorias surgiram para postular soluções, dentre elas se destacaram, em polos opostos e extremos, de um lado a teoria crítica em sua vertente abolicionista e do outro as políticas de tolerância zero e outras medidas derivantes das teorias neoliberais. O embate destes posicionamentos e os efeitos de cada um deles considerados isoladamente causaram à esfera jurídica uma grave crise que se irradia até os dias atuais.

A criminalização em massa de condutas insignificantes ocasionadoras de um direito penal simbólico; a desordem hierárquica dos tipos penais pela desconsideração da correlação de proporcionalidade entre condutas e penas; a insuficiência de recursos por parte do Estado para dar conta da quantidade de processos-crime; à negligência na tratativa do delito e delinquente de modo individualizado; o descaso com a situação da vítima; o descrédito na atuação dos órgãos públicos e nas leis, dentre outros reflexos das alterações sociais relacionadas à globalização indicam a necessidade de se aprimorar o sistema criminal, são fatores que fundamentam a necessidade de se empenhar em responder aos anseios sociais, o que inclui a adoção e implementação de propostas como a do Direito Penal Consensual.

Como visto, os fundamentos para o consenso no processo penal são os espaços a serem preenchidos ou reparados, gerados por fatores sociais ou problemas do próprio sistema. Além da observação quanto aos fundamentos receptivos ao modelo consensual, foi imperioso investigar as bases consensuais, que são as características do objeto – Direito Penal Consensual – que fazem crer que ele é adequado para preencher ou reparar os ditos espaços que se apresentam com

carências. Deste modo, o modelo consensual se mostra portador das características adequadas para tornar o processo mais célere e eficiente; reduzir o encarceramento; aumentar as chances de esclarecimento de fatos criminosos; auxiliar na desestruturação de organizações criminosas; primar pela situação do ofendido; respeitar a autonomia de vontade do arguido; ampliar as possibilidades defensivas; possibilitar um processo mais maleável em vista da individualização das condutas; e todos os resultados provenientes, principalmente a reestruturação do tecido social por meio da primazia do caráter preventivo positivo (geral e especial) da pena e resgate da confiança dos cidadão no modelo concentrado de tratamento dos ilícitos penais.

Em que pese a existência de fundamentos para a aplicação do consenso na seara penal, e a correspondência de suas bases com as aptidões necessárias para suprir as demandas atuais, todos os elementos e instrumentos que pretendem se inserir no campo da *ultima ratio* do Direito enfrentam questões delicadíssimas, o que foi explanado pela tratativa das “principais críticas acerca da implementação e ampliação dos espaços de consenso no direito penal”. A proposta de utilização de um novo caminho para o desfecho de uma questão criminal entre o cidadão e o Estado traz consigo imprescindíveis aspectos para serem avaliados; o caminho consensual, particularmente, se relaciona com a busca da verdade; com a validade da manifestação de vontade das partes (principalmente do arguido) e a verificação de sua liberdade e consciência; e, sobretudo, com os direitos fundamentais que revestem o Estado Democrático de Direito, questões que o Direito Consensual Penal consegue responder positiva e satisfatoriamente.

O Brasil já conta com uma gama de instrumentos consensuais penais e são eminentes as propostas de ampliação e implementação de mecanismos de mesmo viés, o que dá azo ao debate sobre o consenso em observância não apenas aos seus aspectos gerais, mas também de modo particularizado, como a verificação de compatibilidade dos métodos com o sistema jurídico em sentido amplo (considerando sua face pragmática) e, principalmente, a verificação de constitucionalidade. Além de compor a estrutura que possibilita a verificação personalizada do consenso em relação ao ordenamento pátrio, as propostas concretas de ampliação dos espaços consensuais permitem a consideração como indicativas de uma tendência nacional.

Em atenção à problematização erigida no pré-projeto desta pesquisa, ao longo deste trabalho foram tratadas as questões de compatibilidade do Direito Penal

Negocial com o sistema jurídico vigente; de fundamento para a implementação ou ampliação da “barganha” e as principais críticas que se tecem ao seu redor; questões acerca da existência de uma origem e tendências para este meio de enfrentamento estatal dos problemas mais graves de uma sociedade; e, por fim, dos possíveis efeitos dos métodos de Justiça Negocial no sistema penal brasileiro.

Como resultado extraído da observação realizada sobre o Direito Penal Negocial, observação esta que foi dedicadamente registrada neste trabalho, prevaleceu como exclusivamente verdadeira uma das hipóteses elaboradas no roteiro prévio do estudo, a hipótese de que a implementação da Justiça Negocial no sistema processual penal brasileiro é passível de compatibilização com os vetores fundamentais do ordenamento pátrio, devendo, para tanto, ser cercada de cautelas constitucionais e contar com estruturas legalmente delimitadas, construídas com base no aprofundamento de questões interligadas, de modo a expurgar as imprecisões e perigos apontados pela crítica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva, **Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios**. Salvador: JusPodivm, 2018.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **Agir comunicativo na investigação criminal**. 2012. 117 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual Norte do Paraná, Jacarezinho, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 25 maio. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.687**, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 25 maio. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099** de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário oficial da república do Brasil, Brasília, DF, de 27 de setembro de 1995.

BRASIL. **Lei nº 12.850** de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário oficial da república do Brasil, Brasília, DF, de 3 de agosto de 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 156 de 2009/ nº 8.045 de 2010.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181 de 2017.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 236 de 2012.** Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1567533730788&disposition=inline>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 882 de 2019.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 15 out. 2019.

CAMPOS, M. L. Teorias da pena: funções e legitimação do direito de punir estatal. **Diritto & Diritti**, Itália, set. 2011. Disponível em: <https://www.diritto.it/teorias-da-pena-funcoes-e-legitimacao-do-direito-de-punir-estatal/>. Acesso em: 25 set. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Cíveis e Criminais: Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista novos Estudos Jurídicos** -

Eletrônica, v. 20, n. 3, set.- dez. 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 14 out. 2019.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Aspectos do Processo Penal à Luz da Lei n. 9.099/95**. 5. Ed. São Paulo: Paloma, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Trad. de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget. 1991.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual e Efetividade no Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único – 7. ed.** red., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. – 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; Vaggione Luiz Fernando. **Juizado Especial Criminal: Aspectos Práticos da Lei n° 9.099/95**. São Paulo: Atlas, 1996.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito – 27. ed.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SYLLA, Antonio Roberto. **Transação Penal: Natureza Jurídica e Pressupostos**. São Paulo: Editora Método, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Comentários ao Anteprojeto de Lei Anticrime: tripartido em três projetos de Lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional**. Salvador: JusPodivm. 2019. *E-book*.

VIANA, Eduardo. **Criminologia – 7. ed. rev., atual. e ampl.** Salvador: JusPodivm, 2019.