

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 14, Nº1 (JAN./JUL. 2022) SEMESTRAL
FORTALEZA-CE

ISSN FÍSICO: 2527-0206
ISSN ELETRÔNICO: 2176-7939



OS LIMITES DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO¹

THE LIMITS OF CONSENSUS JUSTICE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL LEGAL SYSTEM

*André Dantas Oliveira²
Felipe de Sousa Lima Feitosa³*

RESUMO

Considerando o espaço que a justiça consensual vem ganhando, nos últimos anos, perante o processo penal brasileiro, o objetivo deste estudo é analisar os limites da justiça penal negociada no ordenamento jurídico pátrio. Propõe-se, por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, abordar a delimitação imposta pelos direitos e garantias fundamentais, e pelo princípio da oportunidade regrada sob os acordos penais. Conclui-se que a justiça penal consensual deve ser aplicada de forma a resguardar as garantias fundamentais do réu, e a negociação entre as partes deve respeitar os parâmetros legais, para que possa ser considerada legítima e efetiva.

Palavras-chave: Justiça penal consensual. Limites; Direitos e garantias fundamentais; Devido processo legal consensual; Oportunidade regrada.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se observado um avanço significativo dos espaços de consenso na sistemática processual penal brasileira, sobretudo após o advento da Lei n^o 9.099/95, que introduziu no ordenamento jurídico os institutos da Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e Composição Civil dos Danos, os quais romperam com o processo penal clássico baseado no conflito.

1 Data de Recebimento: 03/02/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

2 Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza. – UNIFOR. Fortaleza, Ceará, Brasil. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Paraíso (UNIFAP), Juazeiro do Norte, Ceará. Escrivão da Polícia Civil do Estado do Ceará. E-mail: andre.dantas@fapce.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2263197096954360>. Telefone: (88) 99702-9327. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6359-3531>.

3 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Paraíso (UNIFAP), Juazeiro do Norte, Ceará. Pós-graduando em Direito e Processo Penal pelo Centro Universitário Leão Sampaio (Unileão), Juazeiro do Norte, Ceará. E-mail: felipe.feitosaadvg@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2240196151255885>. Telefone: (88) 99320-1303. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8218-9916>

Alguns anos depois, com o aumento da criminalidade e da complexidade nas relações jurídicas tradicionais, fez-se necessário a introdução, pelo legislador ordinário, de novos mecanismos de negociação penal, com o fito de garantir a efetividade do sistema penal: em 2013, com a Lei nº 12.850 (Lei das Organizações Criminosas), que incrementou a Colaboração Premiada, aplicada no âmbito das organizações criminosas e, mais recentemente, no ano de 2019, a Lei nº 13.964 (Pacote Anticrime), que regulamentou o Acordo de Não Persecução Penal, já anteriormente instituído pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Em razão disso, surgiram posições antagônicas acerca do incremento desses mecanismos de negociação no processo penal pátrio: de um lado, defende-se que a justiça criminal consensual afronta o próprio sistema acusatório, bem como os princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência, da não autoincriminação, dentre outros. Por outro lado, entende-se que os institutos de consenso são necessários para a efetividade do processo penal, vez que garantem maior eficiência na aplicação das normas penais, e o provimento do sistema processual em um cenário em que a morosidade judiciária e a superlotação carcerária já são uma realidade.

Nesse diapasão, surgem inúmeros questionamentos acerca dos limites da negociação no processo penal à luz dos princípios processuais e dos direitos e garantias constitucionais. Essas espécies de discussões se tornaram ainda mais calorosas após a regulamentação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), pois o instituto ampliou, consideravelmente, a extensão de aplicação da justiça consensual no âmbito penal.

Na verdade, o princípio da oportunidade regrada, o devido processo consensual e a autonomia do acusado (desde que dentro dos limites constitucionais) são fatores que impõem limites ao poder de negociar, de modo que não há como se falar em vigência da oportunidade da ação penal, e/ou violação de direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, o objetivo deste artigo é analisar os limites impostos pelos direitos e garantias constitucionais e pelos princípios processuais à justiça penal consensual, demonstrando, assim, o papel dos sujeitos processuais (sobretudo do Ministério Público) na negociação criminal.

No decorrer desta pesquisa, serão abordados os limites da justiça penal consensual, tendo como parâmetro os direitos e garantias fundamentais do acusado, sobretudo o devido processo legal, e o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

2 A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A justiça penal negociada não é uma opção legislativa genuinamente brasileira.

Em verdade, os acordos entre os sujeitos processuais no processo-crime remontam aos países de tradição *common law*, e somente em meados do século XX vieram a se expandir pelos países romano-germânicos, como uma forma de recuperar a credibilidade de seus devastados sistemas criminais, já que, com a Revolução Industrial, as cidades expandiram-se de forma desordenada e, com isso, também, a criminalidade, dando lugar a um acúmulo de casos criminais para repressão e prevenção pelas instâncias de controle social.

Dessa forma, diversas nações europeias, como, por exemplo, França, Alemanha, Espanha, Portugal e Itália, e também Latino-Americanas, influenciadas pelo sucesso do modelo de consenso advindo essencialmente dos Estados Unidos, passaram a instituir, em seus ordenamentos jurídicos criminais, métodos alternativos de resolução de conflitos. Somente na década de 90, é que surgem, no Brasil, as primeiras manifestações da justiça criminal consensual, as quais representam uma mudança de paradigma no processo penal brasileiro.

Assim, a fim dar cumprimento ao disposto no art. 98 da Constituição Federal de 1988, que aduz acerca da criação, via lei federal, de juizados especiais para tramitação de processos que envolvam causas cíveis de menor complexidade, e crimes de menor potencial ofensivo, permitindo-se, inclusive, a transação, o legislador ordinário instituiu, em 26 de novembro de 1995, a Lei nº 9.099, também chamada de Lei dos Juizados Especiais Estaduais.

Essa lei rompeu com os padrões tradicionais de justiça conflitiva até então existentes, “*instaurando uma nova espécie de jurisdição no processo penal: a jurisdição consensual*” (LIMA, 2020, p. 1543). Para tanto, foram introduzidos, no ordenamento jurídico-penal, os chamados institutos despenalizadores, que são eles: composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo.

Os instrumentos de consenso implementados pela Lei nº 9.099/95 representaram incontestável flexibilização da obrigatoriedade da ação penal, instituindo-se a chamada discricionariedade regrada, em que se permite a celebração de acordo, nos termos e limites da lei, entre Ministério Público e acusado, como forma de se evitar a persecução penal e os estigmas dela decorrentes (GRINOVER *et al*, 2005). Dessa forma, denota-se clarividente a opção do legislador de atribuir maior credibilidade à autonomia da vontade dos sujeitos processuais em detrimento de outros direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico.

Nas palavras de Grinover *et al* (2005, p. 49), estes métodos alternativos de resolução de conflitos penais representam:

[...] a via mais promissora da tão esperada desburocratização da Jus-

tiça criminal (grande parte do movimento forense criminal já foi reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal do delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições [...], a ressocialização do autor dos fatos, sua não-reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.

Já no ano de 2013, com o desenvolvimento da sociedade e das relações jurídicas, bem como o aumento da criminalidade organizada, mormente os crimes de colarinho-branco, surge o instituto da colaboração premiada, por meio da Lei nº 12.850, que se traduz em um aperfeiçoamento das técnicas de investigação no combate ao crime organizado.

Previsto no art. 4º da referida lei, a colaboração premiada consiste em um meio de obtenção de provas, no qual o coautor ou partícipe do fato delituoso no âmbito do crime organizado consente, de forma efetiva e voluntária e em troca de determinado prêmio legal, em confessar a prática do crime e fornecer aos órgãos de persecução penal informações, que auxiliem no alcance a algum dos objetivos previstos na lei (LIMA, 2020).

Para Cordeiro (2020, p. 15), a colaboração premiada surge

[...] como forma de não apenas atuar o próprio acusado na demonstração de sua culpa, mas de também ajudar o Estado na investigação e prova da culpa de outros corréus, de recuperar o produto do crime ou salvar a vítima, de evitar futuros crimes [...] É passar o réu dessa formal condição para a de colaborador da acusação, na proteção da sociedade, em troca de favores de pena.

Esse instrumento tem como finalidade “promover a rápida apuração dos ilícitos e de modo célere a aplicação das punições correspondentes em face de condutas de difícil comprovação” (DIPP, 2015, p. 09). No mesmo sentido, Andrade (2019) assevera que a colaboração premiada constitui ferramenta indispensável no combate mais eficiente ao crime organizado, porquanto as técnicas tradicionais de investigação, por si sós, não são capazes de dismantlar as organizações criminosas existentes na sociedade atual.

No que tange à natureza jurídica da colaboração premiada, há divergência na doutrina. Por um lado, Lima (2020) defende que o instituto consiste em uma técnica especial de investigação, e não deve ser confundida com o acordo de colaboração premiada, o qual possui natureza de negócio jurídico processual. Diferentemente, Andrade (2019), seguindo os preceitos de Vinicius Marçal e Cleber Masson e apoiando-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirma que a colaboração premiada propriamente

dita trata-se de negócio jurídico processual, porquanto se traduz em acordo entre Ministério Público (ou autoridade policial) e colaborador voltado à obtenção de provas.

Nesse contexto, imperioso lembrar a introdução, pelo Pacote Anticrime, do art. 3º-A na Lei das Organizações Criminosas, dispondo que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos” (BRASIL, 2013). Diante disso, inequívoca a consagração da natureza jurídica do acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual.

Usa a lei apropriadamente das expressões acordo, negociação, pois tratativas para a autolimitação ao direito penal e a direitos individuais de não autoincriminação, de defesa e ao devido processo legal acusatório. É efetivamente um negócio jurídico entre o estado e o cidadão criminalmente perseguido. (CORDEIRO, 2020, p. 46).

Seguindo esta nova ordem instaurada no processo penal brasileiro, surgiu, mais recentemente, o chamado acordo de não persecução penal, introduzido no Código de Processo Penal (art. 28-A) pela Lei nº 13.964, de 24 de setembro de 2019, também chamada de Pacote Anticrime.

O instituto já era previsto no art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual era alvo de intensas críticas por parte da doutrina, em que se sustentava, inclusive, a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Alegava-se que legislar sobre Direito Processual é competência privativa da União, conforme estabelecido no art. 22, I, da Constituição Federal, não podendo, portanto, uma resolução versar sobre a matéria. O advento do Pacote Anticrime, todavia, pôs fim a esta discussão, uma vez que regulamentou o acordo no ordenamento jurídico por meio da via legislativa adequada, além de atribuir novos contornos ao instituto.

Em razão da ampliação dos espaços de consensos proporcionada pelo ANPP, que prevê aplicação do instituto para crimes com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, e desde que cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa, Cunha (2020, p. 128) aduz que:

O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inevavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.

A natureza jurídica do instituto tem sido temática de grande controvérsia na doutrina.

Para Lopes Jr (2020), trata-se de um direito subjetivo do acusado, porquanto diante do preenchimento dos requisitos previstos na lei, deve ser-lhe assegurado a benesse. Por outro lado, segundo Lima (2020), não se deve admitir que seja um direito subjetivo do investigado, uma vez que isso traria a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que retiraria a característica essencial da consensualidade. Dessa forma, afirma que o acordo de não persecução penal deve ser considerado como uma discricionariedade ou oportunidade regrada do Ministério Público.

Essas introduções legislativas voltadas para o consenso na área criminal fizeram surgir intensas críticas por parte da filosofia garantista. Alguns doutrinadores, como Aury Lopes Jr (2020), inclusive, acreditam que o modelo de consenso instaurado no ordenamento jurídico brasileiro caminha, desenfreadamente, rumo ao instituto do *plea bargaining* norte-americano, em que as possibilidades de negociação entre promotor e acusado são quase que infinitas, de modo que os espaços de consenso são tidos como ilimitados.

O legislador ordinário brasileiro, no entanto, com respaldo no próprio sistema acusatório e nas finalidades do processo penal, admitiu postura completamente distinta da norte-americana. É o que se observa na própria legislação constitucional e infraconstitucional, que impõem limites aos poderes das partes no procedimento de consenso, conforme se verá a seguir.

3 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO NA NEGOCIAÇÃO PENAL

Inicialmente, é imperioso destacar que a celebração de um acordo penal pressupõe o respeito a determinados limites ao poder de negociar, como forma de assegurar os direitos fundamentais do réu e atender aos fins primordiais da justiça negociada, garantindo, assim, a higidez da barganha.

Os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, especialmente em seu art. 5º, e nos tratados internacionais, são considerados as bases do sistema jurídico brasileiro, vez que instituem a proteção aos direitos e liberdades individuais e os objetivos legais a serem perquiridos pelo Estado, o que proporciona ao ser humano o título de sujeito de direitos.

Esta proteção conferida aos cidadãos, ganha especial notabilidade no âmbito penal, já que, conforme assinala Rosimeire Ventura Leite (2009), insere-se no rol de garantias constitucionais processuais como instrumentos imprescindíveis para limitar o *jus puniendi* estatal e assegurar o pleno exercício do direito à liberdade.

No processo penal tradicional, os direitos e garantias constitucionais, como o direito

a não autoincriminação, ao devido processo legal (que será enfrentado adiante), a presunção de inocência, ao contraditório, a ampla defesa, dentre outros, são tidos como indisponíveis ou irrenunciáveis, além de serem invioláveis. Em outras palavras, isso quer dizer que o réu não poderá dispor desses direitos, pois, como afirma Aury Lopes Jr (2020), há, no pano de fundo do processo criminal, o interesse público na apuração correta e justa da infração penal eventualmente cometida pelo acusado. Assim, essas garantias funcionam como “armadura” contra o arbítrio estatal e indicam o legítimo exercício do poder de punir.

Na justiça consensual, contudo, esse panorama é radicalmente modificado, uma vez que não há conflito entre Ministério Público e acusado, mas tão somente a aplicação antecipada de condições acordada pelas partes, com o devido controle judicial, com o fito de evitar o processo, o que, para parcela da doutrina, especialmente aquela adepta ao Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, representa latente violação aos preceitos processuais constitucionais.

Para Lopes Jr (2020, p. 1240), um dos maiores defensores da teoria garantista no direito penal brasileiro:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. [...] Se não atentarmos para essas questões, ela pode se transformar em uma perigosa medida alternativa ao processo, sepultando as diversas garantias obtidas ao longo de séculos de injustiças.

Neste mesmo diapasão, Grinover *et al* (2005) elucida que os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 representam a valorização da autonomia da vontade do indivíduo em detrimento dos direitos e garantias fundamentais, ao passo que indaga até que ponto o acusado pode consentir com o recuo da proteção atribuída pelo texto constitucional.

Em sentido diametralmente oposto, Fischer Dias (1999, p. 26) entende que:

...parece um paradoxo, ou mesmo contra-senso, afirmar que o incremento da autonomia de vontade, ou seja, da ampliação da liberdade do Autor do Fato resulte em recuo, ou diminuição de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição. Ao contrário, presume-se que o aumento da liberdade (autonomia da vontade) re-

sulta, quase sempre, em melhores condições para o exercício desses direitos fundamentais citados.

O referido autor assinala, ainda, que a existência de coação para que seja aceito o acordo é o que viola as garantias fundamentais, já que, neste caso, estar-se-ia afastando a finalidade precípua da lei.

Noutra linha, ressalta-se que a dignidade da pessoa humana, como macro princípio e direito fundamental norteador do Estado Democrático de Direito, é tido como um dos fundamentos legitimadores da justiça consensual. Noutras palavras, significa dizer que a solução pactuada tem respaldo na dignidade humana em virtude de se impedir um sofrimento desnecessário para o acusado, de modo a evitar os estigmas e a frustração que decorrem do processo. (ANDRADE, 2019).

Dessa forma, Andrade (2019) afirma, ainda, que a renúncia ou exercício negativo de determinados direitos fundamentais pelo acusado equivale, muitas das vezes, ao próprio exercício deles, principalmente, quando esta renúncia traz mais vantagens do que desvantagens ao imputado. Assim, obrigar o acusado a passar por todos os trâmites do processo clássico importaria na supressão do seu direito constitucional de obter-se uma solução mais rápida e, pôr fim, ao constrangimento e frustração da ação penal perante a sociedade.

Assim sendo,

[...] 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. (LEITE, 2009, p. 39).

No que tange aos direitos e garantias constitucionais em espécie, apesar da afirmação, por alguns doutrinadores, como Aury Lopes Jr e Luigi Ferrajoli, de que os acordos penais afrontam o postulado do *nemo tenetur se detegere*, Marllon Sousa (2021, p. 226) entende que, “se o suspeito ou réu estiver voluntariamente disposto a aceitar um acordo com a acusação, esta é uma manifestação eficaz do direito de defesa como uma alternativa para resolver o caso de maneira mais célere do que o habitual[...]”, de modo que não haveria violação a garantia supracitada.

Da mesma forma, Andrade (2019), afirma que o que se garante é a vedação à autoincriminação forçada, de tal maneira que, optando o acusado por declarar-se culpado, mediante o devido aconselhamento técnico, nada pode impedir que ele o faça. Seria,

pois, uma maneira de exercer negativamente o seu direito à não autoincriminação. Urge assinalar que é uníssono na doutrina que a confissão em sede de negociação não poderá servir como prova em caso de frustração do acordo e futura ação penal, demonstrando a função limitadora de tal garantia em relação as consequências de instrumentos consensuais baseados na assunção da culpa.

Além disso, também não há desrespeito à presunção de inocência. Isso porque, conforme Sousa (2021), não há sequer condenação ou registro de maus antecedentes, seja na transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, de modo que o acusado continuará a ser considerado como réu primário. Para Ventura Leite (2009), a aceitação de um acordo visa justamente a evitar as desvantagens de eventual condenação. Sendo assim, no caso da transação penal, por exemplo, a autora afirma que, como não há reconhecimento de fatos nem admissão de conduta, a opção do acusado pelo consenso não poderá, em nenhum momento processual ou extraprocessual, produzir efeitos sobre o postulado da presunção inocência.

Em relação aos direitos ao contraditório e a ampla defesa, em todos acordos os penais existentes no ordenamento pátrio, é obrigatória e indispensável a presença da defesa técnica nos atos de negociação com o *Parquet*. Em razão disso, Grinover *et al* (2005) afirma que essa necessidade da presença do advogado ao lado do acusado representa a preocupação do legislador com a preservação dos direitos e garantias fundamentais. Assim, havendo aceitação do acordo, tal ato representaria nada mais que o próprio exercício da ampla defesa, prevista no art. 5º, LV, da CF, já que entendida, de maneira implícita, como a melhor estratégia defensiva.

Nessa mesma ordem de ideias, Marllon Sousa (2021, p. 211) aduz que “o direito de defesa não será renunciado porque os acordos somente serão aceitos se os réus avaliarem as provas e discutirem com os advogados, identificando se a barganha é a melhor escolha para a sua situação”.

De toda sorte, os direitos e garantias fundamentais devem ser sempre preservados pelos sujeitos processuais, de modo a não tornar a justiça penal consensual um caminho de incertezas para o acusado. Muito pelo contrário. Deve angariar os objetivos traçados pelo próprio sistema penal, respeitando as garantias constitucionais, e tornando legítima a opção por acordos de encerramento antecipado do processo.

4 LIMITAÇÃO PROCEDIMENTAL: O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSENSUAL

Previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIX, o devido processo legal é uma garantia fundamental de toda e qualquer pessoa que venha a ser perseguida pela

justiça pública em razão do cometimento de uma infração penal. Isso quer dizer que o Estado, como detentor do monopólio do poder de punir, só poderá privar o acusado de sua liberdade ou restringi-lo de determinados direitos por meio de um procedimento formal previamente instituído na legislação penal, na qual se garanta o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O devido processo legal é uma característica essencial do Estado Democrático de Direito, haja vista que é ele quem dita as regras do jogo e demarca os limites de atuação de cada um dos sujeitos processuais, o que garante a eficácia e atribui legitimidade ao processo penal, além de prevenir as arbitrariedades estatais.

Em apertada síntese, o devido processo penal ocorre da seguinte maneira: o parquet, lastreado nos elementos de informação colhidos na fase investigativa, exerce o poder-dever de acusar, através do oferecimento da denúncia. Logo após, o acusado exerce o seu direito ao contraditório e a ampla defesa, sendo, que logo em seguida, inicia-se a fase instrutória, ou seja, de produção de provas. Por fim, e depois dos debates finais, o magistrado analisa as provas produzidas no processo e profere a sentença com a devida motivação. Assim, é possível afirmar que, no modelo tradicional de justiça conflitiva, o devido processo é marcado pela oposição entre o Ministério Público e o réu.

O advento da justiça negociada, contudo, rompeu com esse “padrão” e instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o que a doutrina tem chamado de devido processo legal consensual, já que tal modelo é pautado em um procedimento que busca o consenso entre acusação e defesa.

Segundo Grinover *et al* (2005), o sistema jurídico-penal brasileiro subdivide-se nos subsistemas clássico e consensual. No primeiro, aduzem que vigora o devido processo penal clássico, já que se cuida das infrações de grande potencial ofensivo e centra-se na aplicação da pena de prisão. O segundo, no entanto, inaugurado com o surgimento dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 (transação penal, suspensão condicional do processo e composição civil dos danos), segue o que denominam de “novo devido processo legal (consensual)”, cuidando das infrações penais de médio e menor potencial ofensivo e da aplicação de penas alternativas à prisão.

O devido processo consensual, para Cunha (2020, p. 299):

[...] é a cláusula de conteúdo complexo e aberto que qualifica como devido o procedimento estruturado de modo a incentivar práticas leais de consenso para atender aos anseios político-criminais de aumento da celeridade e efetividade da justiça criminal, ao mesmo tempo que preserva a autonomia e liberdade das partes.

Desse modo, parte da doutrina sustenta que não há se falar em violação ao princípio constitucional do devido processo legal. Muito pelo contrário. Na verdade, trata-se da adoção e regulamentação de um procedimento mais simplificado baseado no consenso, em que se busca dirimir os conflitos penais menos complexos e acelerar a resposta Estatal a estes comportamentos delituosos.

Nesse sentido,

[...] quando a Constituição de 1988 estabeleceu que nenhum réu pode ser condenado ou considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, seguindo as regras de um julgamento justo, isso não excluiu o poder discricionário dos legisladores de criar procedimentos criminais de acordo com os parâmetros constitucionais. Portanto, a barganha processual não significa necessariamente uma quebra da cláusula do devido processo legal [...]. (SOUSA, 2021, p. 206).

Neste mesmo diapasão, Ventura Leite (2009) assinala que a substituição da instauração do processo clássico por um procedimento mais simples, que atenda as exigências constitucionais e seja efetivamente submetido aos mecanismos de controle, não viola o princípio *nulla poena sine iudicio*. A autora afirma, ainda, que a transação penal, por se aplicar as infrações penais que merecem um tratamento diferenciado, adota um procedimento que assegura os direitos e garantias fundamentais dos acusados de forma diversa do que ocorre no processo tradicional, de modo que não há violação ao devido processo legal.

Noutro pórtico, o devido processo consensual, recentemente ampliado pela Lei nº 13.964/19, reproduz muito mais do que o cumprimento do mandamento contido no art. 98 da Constituição Federal. Na verdade, representa uma maneira de delimitar a negociação no campo penal. Isso porque os poderes do Ministério Público e os direitos do acusado, bem como a função do magistrado, estão previamente delineados e devem ser seguidos à risca, sob pena de não homologação do acordo pelo juiz.

Note-se, por exemplo, que todo o procedimento de celebração do Acordo de Não Persecução Penal está satisfatoriamente instituído no art. 28-A do Código de Processo Penal, de modo a não haver espaço para interpretações ambíguas. Para tanto, nas infrações penais em que é possível a aplicação do instituto, o Ministério Público e o acusado, juntamente a seu defensor, transacionam acerca das condições a serem cumpridas para evitar o início do processo e, logo após, submetem o acordo ao judiciário para homologação. O juiz, a seu turno, designa audiência em que deverá verificar a consciência e

voluntariedade na aceitação do acordo pelo imputado. Somente depois destes trâmites legais é que o magistrado homologará (ou não) a avença.

Dessa forma, o procedimento, além de impor limites ao consenso entre as partes, garante o respeito ao devido processo legal e evita possíveis excessos por parte do órgão acusador, já que os termos do acordo devem guardar relação com a proporcionalidade e razoabilidade, conforme pode se observar do disposto no art. 28-A, inciso V, do Código de Processo de Penal.

Ainda segundo Cunha (2020), o devido processo consensual, mormente no Acordo de Não Persecução Penal, orienta-se, predominantemente, pelos princípios da autonomia e da boa-fé. Para o autor, a autonomia se revela quando da possibilidade do acusado optar, de maneira livre, consciente e tecnicamente instruída pelo seu defensor, por um procedimento que atenda da melhor forma possível aos seus interesses, ao passo que, para o Ministério Público, a autonomia está relacionada a discricionariedade regrada, de modo que todas as suas decisões, principalmente no caso de recusa em oferecer o acordo, devem ser plenamente justificadas, além de que devem atender aos requisitos de suficiência, necessidade e adequação das medidas a serem tomadas.

Já no que concerne ao princípio da boa-fé, o autor assinala que, em virtude da cooperação entre as partes para se evitar o processo, o Ministério público tem o dever legal de prestar todas as informações necessárias à celebração do acordo, inclusive acerca de suas consequências, enquanto o acusado deverá agir de modo leal e transparente e evitar comportamentos contraditórios. Assim, de acordo com a boa-fé, espera-se que ambas as partes adotem comportamentos que não excedam os limites estipulados no negócio jurídico e busquem alcançar o objetivo comum.

Diante disso, denota-se que os procedimentos de negociação adotados pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro trazem à tona um devido processo norteado pelas vias de consenso, que, baseado, principalmente, na autonomia das partes e na efetividade do sistema criminal, funciona como meio legal para delimitar o poder negocial e, conseqüentemente, evitar o declínio dos espaços consensuais.

5 A DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

É consabido que, no sistema processual penal brasileiro, vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual significa que, estando presentes as condições e pressupostos e a justa causa para o ajuizamento da ação, o Ministério Público, por ser o titular da ação penal, tem o poder-dever de intentá-la, já que o devido processo legal é a única forma do Estado exercer o *jus puniendi*.

No entanto, o cenário de legalidade da ação penal não é absoluto, de modo que exis-

tem hipóteses legais em que o princípio da obrigatoriedade cede lugar ao princípio da oportunidade regulada, mormente naquelas em que se busca a resolução do caso criminal por meio do consenso.

Os primeiros resquícios do princípio da oportunidade regradada no ordenamento jurídico brasileiro remontam do ano de 1995, quando da edição da Lei nº 9.099. À época, emergiram intensas discussões acerca da possível violação ao princípio da obrigatoriedade, haja vista que, em determinadas hipóteses, o *parquet* não seria mais obrigado a intentar a ação penal, podendo dela dispor e optar pelas vias alternativas de resolução do conflito penal (transação penal e suspensão condicional do processo).

Esse entendimento, todavia, não vingou, uma vez que o Ministério Público, segundo comenta Grinover *et al* (2005), continuaria vinculado ao princípio da obrigatoriedade, sendo que teria uma pequena margem de discricionariedade no oferecimento da proposta ao acusado, quando, observando os critérios legais, poderia versar sobre a pena alternativa mais adequada ao caso, devendo sempre agir dentro dos parâmetros legais.

Em verdade, a partir da edição da Lei nº 9.099/95, observa-se a opção do legislador ordinário por consagrar, em determinados hipóteses, a oportunidade regradada em detrimento da relativização do princípio da obrigatoriedade, sem que isso viesse a ferir os princípios inerentes ao processo penal.

Tecendo comentários sobre a transação penal, o professor Aury Lopes Jr. (2020, p. 1196) elucida que o instituto

[...] conduziu a uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, pois permite certa ponderação por parte do Ministério Público. Não se trata de plena consagração dos princípios de oportunidade e conveniência na ação penal de iniciativa pública. Muito longe disso. É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério Público ofertar a transação penal [...].

Nesse sentido, é de rigor ressaltar que a oportunidade regradada, como o próprio nome sugere, funciona como um limitador ao poder de negociar do Ministério Público, já que, apesar de poder dispor da ação penal em determinados casos, eventual celebração de acordo com o acusado somente poderia versar sobre as penas ou condições a serem cumpridas e apenas em determinados delitos, a depender do instituto utilizado.

Noutras palavras, significa dizer que a análise de conveniência e oportunidade do *parquet* deveria ocorrer observando-se milimetricamente os ditames legais, de modo que tanto a defesa como o judiciário funcionariam como fiscais do respeito ao princípio da discricionariedade regulada.

A propósito, Flávio da Silva Andrade (2019, p. 111) assevera:

Com limites legais e controle do magistrado e da defesa, a atuação do promotor fica restringida às divisas da norma, circunscrita aos parâmetros definidos pelo legislador, não se podendo dizer que, discricionariamente, sem balizas normativas, define os casos sujeitos a pena pactuada, bem assim a extensão desta.

Assim, pode-se dizer que não se trata da adoção da oportunidade pura, pois no modelo brasileiro de barganha inexistente “liberdade discricionária e pragmática para negociação, tal como no modelo norte-americano da *plea bargain*. Países que acolhem o princípio da oportunidade não investigam a totalidade dos crimes e se restringem ao que o Estado considera importante (MASSI, 2020, p. 271)”, o que não é o caso do sistema de consenso penal brasileiro, em que todo e qualquer fato tido como infração penal deve ser apurado pelos órgãos de persecução penal.

No mesmo norte, Ventura Leite (2009) aduz que o sistema de justiça criminal não possui condições de processar todos os crimes que ocorrem na sociedade, e como forma de evitar uma seletividade na persecução das infrações penais, buscou-se a adoção de uma política criminal baseada em um procedimento mais simplificado para delitos em que a instauração do processo judicial demonstra ser medida excessiva.

Dessa forma, pode-se dizer que

A adoção do princípio da oportunidade, pois, funda-se na necessidade de o sistema jurídico penal ser mais seletivo e estratégico frente à criminalidade, de acordo com critérios e valores predominantes em determinado momento histórico e social, assim como ocorre na escolha de procedimentos mais adequados [...] (LEITE, 2009, p. 217).

Imperioso ressaltar que, segundo Andrade (2019), um modelo de consensualidade em que se atribui ampla discricionabilidade ao membro do Ministério Público, como no caso do *plea bargain*, não é desejável, vez que acarreta inúmeras distorções ao sistema de justiça penal. Por outro lado, o autor afirma que a expansão ou introdução de mecanismos de consenso deve ocorrer de forma a obedecer aos limites legais e aos critérios de razoabilidade, como meio de alcançar o necessário equilíbrio entre garantismo e utilitarismo.

Pressões indevidas para confessar e aceitar acordos não ocorrerão no Brasil porque a acusação terá apenas um tipo de acordo a ofere-

cer: a punição mínima para o delito. Essa limitação na discricção da promotoria aniquila o poder de exercer pressão sobre os réus para aceitarem acordos. (SOUSA, 2021, p. 209).

O professor Afrânio da Silva Jardim (2016), por sua vez, critica fervorosamente a adoção do princípio da oportunidade, ainda que regrada, no ordenamento jurídico brasileiro. Para ele, o princípio da obrigatoriedade não deveria comportar exceções, pois isto colocaria o promotor como titular exclusivo da aplicação (ou não) da lei penal. Além disso, afirma que o princípio da oportunidade é antidemocrático, de modo que o legislador pátrio não poderia continuar tentando “imitar” o modelo de justiça penal norte-americano, onde a cultura e o sistema jurídico são completamente distintos. Assim, sugere que, para conter o avanço da adoção do juízo de conveniência e oportunidade da ação penal pelo *parquet*, a discricionariedade do promotor deveria restringir-se aos delitos de menor potencial ofensivo e para as infrações em que seria cabível a suspensão condicional do processo.

De todo modo, é cediço que o princípio da oportunidade regrada não se confunde com a oportunidade pura que vigora no sistema jurídico-penal norte americano. Na verdade, a discricionariedade limitada do Ministério Público representa o caminho inverso do *plea bargain*, já que impõe limites ao poder de negociação entre promotor e acusado, como forma de evitar distorções no sistema acusatório, além de assegurar a autonomia da vontade das partes, desde que dentro dos critérios estabelecidos em lei.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar, de maneira mais aprofundada, os limites à justiça penal negociada na sistemática processual brasileira, visto a necessidade de se compreender os fundamentos e as divergências doutrinárias acerca da justiça consensual no âmbito criminal.

Pelo exposto no decorrer deste estudo, percebe-se que a justiça penal negociada, apesar de ser tendência crescente no ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser entendida como espécie de “terra sem lei”, em que tudo é permitido, não há limites para as negociações entre o Ministério Público e o acusado. Muito pelo contrário. O consenso penal detém limites legais que não podem ser ultrapassados. As margens de discricção estão expressamente delimitadas. As possibilidades de barganha são pré-definidas pela legislação penal, de modo a garantir a higidez da negociação e afastar possíveis arbítrios por parte do órgão acusador.

Apesar disso, não se pode perder de vista algumas críticas da doutrina, como, por

exemplo, a preocupação com uma aproximação futura desse modelo de consenso com aquele adotado nos Estados Unidos. Em que pese aos acordos penais brasileiros não se confundam com *plea bargaining*, ambos os sistemas possuem o mesmo pano de fundo: uma política criminal voltada para minimização dos custos e maximização da resposta estatal aos delitos de menor gravidade. Dessa forma, é necessário que se esteja sempre atento as modificações legislativas que possam levar a uma aproximação conceitual que vá além desses limites, já que este não é um extremo desejável para o direito penal e processual penal brasileiro.

Em linhas gerais, pode-se concluir que as críticas direcionadas à justiça penal consensual no sentido de que a mesma fere o sistema acusatório e os direitos fundamentais do acusado não devem prevalecer, já que um dos fundamentos legitimadores da justiça consensual é o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, e o objetivo precípua dos mecanismos de consenso é o encerramento antecipado dos processos que cuidam de delitos que, em razão de sua natureza, merecem tratamento diferenciado, o que gera vantagens para o sistema de justiça criminal e também para o próprio acusado.

Portanto, os limites da justiça penal negociada brasileira, relacionam-se com o respeito às garantias constitucionais do acusado, mormente o devido processo legal, e na autonomia da vontade das partes, bem como na discricionariedade regulada do Ministério Público, já que os atos de negociação não podem extrapolar os limites impostos pela legislação penal e a discricionariedade que possui o membro do Órgão Ministerial está predisposta na lei, de modo a não dar lugar a oportunidade pura que vige no direito penal estadunidense.

THE LIMITS OF CONSENSUS JUSTICE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

Considering the space that consensual justice has been gaining, in recent years, in the Brazilian criminal process, the objective of this study is to analyze the limits of criminal justice negotiated in the national legal system. It is proposed, through the deductive method and through bibliographic research, to approach the delimitation imposed by the fundamental rights and guarantees and by the principle of opportunity ruled under the penal agreements. It is concluded that consensual criminal justice must be applied in order to protect the fundamental guarantees of the defendant and the negotiation between the parties must respect the legal parameters, so that it can be considered legitimate and effective.

Keywords: Consensual criminal justice. Limits. Fundamental rights and guarantees. Due to consensual legal process. Ruled opportunity.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios**. Salvador; Ed. JusPodivm. 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 mai. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 mai. 2021.
- 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 [...]**. Diário Oficial da União, Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.
- CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2020.
- CUNHA, Vitor Souza. O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Volume 7. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINAL.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.
- DIAS, João Luís Fischer. Devido Processo Legal Consensual nos Juizados Especiais Criminais. **Revista dos Juizados Especiais**, v. 3, n. 7, p. 25-32, 1999. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35236>. Acesso em: 06 ago. 2021.
- DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília: IDP, 2015. E-book. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1744/1/A_Dela%c3%a7%c3%a3o_ou_Colabora%c3%a7%c3%a3o_Premiada.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Um debate atual: os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade do exercício da ação penal pública**. Propostas para disciplinar a disci-

cionariedade do ministério público, caso seja adotado o princípio da oportunidade. 2016. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/um-debate-atual-os-principios-da-obrigatoriedade-e-da-oportunidade-do-exercicio-da-acao-penal-publica-propostas-para-disciplinar-a-discrecionalidade-do-ministerio-publico-caso-seja-adotado-o-principio-da-oportunidade-por-afranio-silva-jardim-1508758527>. Acesso em: 11 out. 2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 267 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

MASSI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul** – Ano 11, n. 26, p. 264-293, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/2>. Acesso em: 28 set. 2021.

SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**. São Paulo; Ed. JusPodivm: 2021.