

## INTRODUÇÃO

A necessidade de aperfeiçoamento do processo penal para atender às exigências de uma sociedade mais complexa e diversificada tem sido tema recorrente nas discussões jurídicas e nas críticas enunciadas por outros seguimentos sociais. Espera-se do processo penal que seja, sobretudo, instrumento legítimo e confiável de realização da justiça, meio de concretização de valores constitucionais que se traduzem em direitos e garantias. Daí construções jurídicas como a presunção de inocência, a proibição de tortura, o direito de não se auto-incriminar, a exigência de provas para a condenação, a motivação dos atos decisórios, dentre outras previsões legais imprescindíveis para coibir o arbítrio.

Contudo, a isso é preciso somar-se a crescente cobrança por celeridade, efetividade e simplicidade do processo penal. Há uma percepção disseminada de que os rigores do julgamento de uma infração e os mecanismos concedidos à defesa, muito freqüentemente, tornam o procedimento lento e custoso. Por outro lado, além do tempo necessário para o que seria o desenvolvimento normal do processo, há a lentidão que decorre de pura ineficiência do sistema como um todo. Tais circunstâncias são associadas à impunidade e compreendidas como debilidade dos órgãos jurisdicionais em oferecer resposta tempestiva e adequada.

O sentimento de insatisfação não é privilégio do ordenamento jurídico brasileiro. Pelo contrário, trata-se de problema das mais diversas sociedades industrializadas e ditas pós-modernas, em cujo seio a criminalidade encontrou amplo espaço para se disseminar, reinventar e tornar-se organizada. Fala-se, então, desde as últimas décadas do século passado, em uma crise do processo penal, que seria manifestação da crise da justiça, caracterizada pela dificuldade dos sistemas jurídicos de atenderem às demandas de uma vida social mais dinâmica e mutável.

A morosidade do processo penal, a sobrecarga do aparato judiciário e os desencantos com a abordagem meramente repressiva foram alguns dos fatores que concorreram para o fortalecimento de novos caminhos, representados, principalmente, pelos modos alternativos de resolução de conflitos e pela justiça restaurativa. Afora essas iniciativas, que atuam, em regra, como complemento da justiça estatal, tem-se promovido

também significativas mudanças no próprio processo penal, investindo-se em ritos especializados e em saídas alternativas à persecução que se fundam no princípio da oportunidade.

É nesse contexto de transformações sociais e jurídicas que se insere a justiça consensual penal, tema do presente estudo. No cerne da proposta do consenso está a idéia de ampliar as possibilidades do processo penal com o reforço da autonomia da vontade. Pelos institutos que materializam o referido modelo de justiça, a persecução é encerrada mediante acordos entre a acusação e a defesa, ou seja, a solução resulta da vontade dos sujeitos intervenientes e não de um ato impositivo do órgão julgador após a análise de fatos e provas, como ocorre no processo penal clássico.

Geralmente considerada prática que tem por finalidade precípua assegurar rapidez ao processo, diminuir a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais e obter eficiência a qualquer custo, a justiça consensual envolve discussões que vão muito além da perspectiva meramente utilitarista. Com efeito, o consenso também instiga questionamentos sobre as condições e os limites em que se pode adotar um modelo de processo mais participativo, conciliador, integrador, bem como em que medida esse modelo contribui para a renovação do ordenamento jurídico penal e para a tão proclamada efetividade do processo.

O objetivo dessa pesquisa, portanto, é analisar a justiça consensual no processo penal brasileiro, tendo como marco o clássico embate entre eficiência e garantias, cujo equilíbrio constitui permanente desafio para os processualistas. Indagamos se e de que modo o modelo consensual pátrio – introduzido pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e alterado pela legislação superveniente – concorre para uma maior efetividade da persecução penal e que mudanças legislativas poderiam ser implementadas para o aperfeiçoamento. Adotamos como hipótese de trabalho a idéia de que a justiça consensual, não obstante os riscos de desvirtuamento, representa importante alternativa no sistema penal. Não se trata de substituir o modelo tradicional de processo, mas de diversificar o tratamento processual penal, a partir do reconhecimento de que as infrações também assumem características diferenciadas, o que é ainda mais notório nas sociedades pós-modernas.

O processo penal brasileiro não deve ficar alheio à conjuntura social, aos reclamos por simplicidade, proximidade, linguagem mais acessível, participação ativa

daqueles que são os principais interessados na solução dos conflitos que os envolvem. Obrigatoriedade da ação penal, procedimentos com oportunidade plena de contraditório e defesa são construções fundamentais do nosso ordenamento jurídico-penal, mas não significa que não devam conviver com outras medidas.

Justifica-se a escolha do tema pelo fato de que a justiça consensual ou negociada é matéria que inspira pesquisadores no Brasil e no estrangeiro, tendo em vista a tendência de expansão dos acordos no processo penal. No mais, as controvérsias que lhe são inerentes proporcionam frutífero debate sobre as possibilidades e os limites da justiça criminal nesse novo século. Em razão disso, depreende-se a atualidade e a relevância do objeto de estudo. Observe-se ainda que a pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica, seguindo o método descritivo e analítico. A investigação vincula-se, eminentemente, ao direito processual penal, sem prejuízo, entretanto, de aproximações com ciências afins.

Para esse estudo, partimos de algumas considerações sobre a globalização e a pós-modernidade, como elementos que reforçaram na sociedade contemporânea a diversidade, a pluralidade e a rapidez na identificação de respostas para os desafios que se apresentam. Os avanços tecnológicos, bem como o desenvolvimento inédito dos meios de comunicação de massa geraram novos paradigmas que influenciam os comportamentos dos indivíduos e o rumo das organizações sociais. O direito não se manteve incólume a esse cenário, sendo confrontado com problemas que abrangem a elaboração de normas adaptadas à realidade, a interpretação e ponderação de princípios, a interação mais próxima com outros ramos do saber, a formação dos profissionais encarregados de operar o sistema jurídico. Para além disso, emergem deficiências administrativas e operacionais que tornam o aparato judicial custoso.

No processo penal, especificamente, destacamos a distorção entre o tempo social e o tempo do processo, como fator que aumenta as cobranças por celeridade e eficiência, o que é relevante para a justiça consensual porque envolve um de seus principais anseios, ou seja, a obtenção de uma justiça mais expedita, que otimize recursos materiais e humanos. Enfim, busca-se demonstrar a influência das transformações promovidas pela sociedade global e pós-moderna nos princípios, valores e práticas cultivados pelo direito e pelo processo, enumerando algumas questões daí decorrentes.

Na seqüência, após delimitarmos o conceito de justiça consensual, discutimos os obstáculos inerentes à transposição dos acordos e da autonomia da vontade para o processo penal. Nesse âmbito, inclui-se o debate sobre a renúncia a direitos fundamentais, a verdade consensual, os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade da ação penal, a diminuição dos poderes do magistrado e, por fim, o argumento de que estaria ocorrendo uma espécie de contratualização do processo penal com a inserção dos acordos. Interessa ainda a relação da justiça consensual com os modos alternativos de resolução de conflitos, com a justiça restaurativa e com os mecanismos de simplificação do processo.

No direito estrangeiro, além da referência ao sistema norte-americano, que é paradigmático, acrescentamos alguns comentários sobre Espanha e Alemanha, por terem, na Europa, experiências mais antigas com o consenso. Já os institutos consensuais italianos e portugueses serviram de inspiração para o modelo pátrio e em decorrência disso se justificam. A França, por sua vez, promoveu recentes inovações no Código de Processo Penal, expandido o consenso. Finalmente, procuramos demonstrar os rumos das reformas na América Latina no que pertine ao presente objeto de estudo.

No ordenamento jurídico brasileiro, tratamos dos antecedentes da Lei n. 9.099/95 e dos institutos consensuais nela contidos, elencando as principais controvérsias que os acompanham. Quanto a esse último aspecto, ressaltam-se as críticas doutrinárias remanescentes na transação penal, as quais dizem respeito, sobretudo, à incompatibilidade com as garantias constitucionais, ao risco de privatização do processo e ao caráter coercitivo do acordo. Abordamos, em seguida, a legislação que introduziu alterações no modelo consensual pátrio, a exemplo da Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha. O consenso é analisado ainda no contexto da efetividade do processo penal. No último capítulo, enumeramos alguns problemas práticos do consenso e medidas complementares que poderiam auxiliar o melhor funcionamento dos juizados especiais criminais.

Concluimos a pesquisa no sentido de que o modelo consensual inserido pela Lei n. 9.099/95 representa iniciativa necessária para a efetividade da persecução penal no Brasil. Isso não significa, porém, que inexistam ajustes a serem feitos. Por outro lado, é com base nas possibilidades que o consenso ainda oferece no nosso sistema que sugerimos, ao final, modificações legislativas no regime dos acordos entre acusação e defesa, apontando direções nas quais o consenso pode avançar.

O estudo do consenso no processo penal, portanto, é um estímulo ao aprofundamento das discussões sobre um sistema jurídico adaptado à realidade social e que busque a justa medida na satisfação dos interesses da sociedade, da vítima e do imputado.

## 1. PROCESSO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A expansão da justiça consensual ou negociada, bem como os problemas que lhe são inerentes, insere-se no debate sobre alguns dos principais desafios do processo penal na atualidade. No cerne da questão está a necessidade de que o processo se adapte a um ambiente social mais complexo, sem deixar, porém, de preservar o núcleo de valores essenciais para a concretização de suas finalidades. Novas exigências mobilizam o Direito em seus mais diversos ramos, desafiando estruturas consolidadas, princípios e práticas. Tentar compreender esse cenário demanda uma reflexão acerca da sociedade contemporânea e das transformações que irradiam efeitos no mundo jurídico, tendo como marco a globalização e a pós-modernidade.

### 1.1. Globalização e pós-modernidade

As tentativas de interpretar a configuração atual da sociedade, em regra, fazem referência à globalização, como conceito revelador de uma época caracterizada, dentre outros aspectos, pela rapidez das comunicações, pelo acelerado desenvolvimento tecnológico e pela influência da economia.

O termo globalização expressa um conjunto de mudanças sócio-econômicas, políticas e culturais, mais perceptíveis a partir do final do séc. XX. Vincula-se, estreitamente, à própria globalização do capitalismo, pela qual este modo de produção se expandiu e universalizou.<sup>1</sup> Não se trata de um acontecimento inédito, conforme ressalta José Eduardo Faria, no entanto, a globalização adquiriu contornos bem específicos nas décadas de setenta a noventa do século passado. Dentre eles, destaca-se a reestruturação do sistema financeiro internacional e das empresas, criando mecanismos que possibilitaram o

---

<sup>1</sup> IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 183-187. Conforme destaca o autor, “as forças decisivas, pelas quais se dá a globalização do mundo, instituindo uma configuração histórico-social nova, surpreendente e determinante, são as forças deflagradas com a globalização do capitalismo, processo esse que adquiriu ímpetus excepcionais e avassaladores desde a Segunda Guerra Mundial e mais ainda com a Guerra Fria, entrando em franca expansão até o término desta.” (op. cit., p. 184)

surgimento de transações e troca de informações estratégicas em ritmo que desafia limites de tempo e de espaço.<sup>2</sup>

Na perspectiva econômica, que é a mais significativa nesse fenômeno, a globalização evidenciou-se, sobretudo, pela circulação transnacional do capital em busca dos melhores ambientes para se desenvolver. As empresas também se desterritorializaram, passando a investir em técnicas de produção mais flexíveis e que assegurassem competitividade. Para tanto, foi necessário superar o paradigma rígido de produção, denominado fordista, e adotar um modelo mais adaptado às oscilações dos novos mercados.<sup>3</sup>

Já na esfera da globalização política, assistiu-se à redefinição dos papéis do Estado e à fragilização do conceito de soberania, como poder incontrastável no âmbito de determinado território. Tendo sua atuação cada vez mais interligada à conjuntura internacional, os Estados – ou pelo menos alguns deles – revelaram uma crescente incapacidade de estabelecer políticas autônomas e de longo prazo. A isso se agregou, por conseguinte, a dificuldade de solucionar demandas internas, como a pobreza, a exclusão e a insegurança. Dessa forma, Estado-nação, cidadania, democracia e capacidade representativa de governos e parlamentos foram construções políticas cujos fundamentos se abalaram.

A globalização, portanto, não se restringe à economia. É inegável, contudo, que as mudanças concretizadas nesse setor trouxeram importantes conseqüências, as quais refletem em estilos de vida, hábitos, ideologias, práticas políticas, entre outras esferas da convivência social. É nesse contexto que Octávio Ianni refere-se ao capitalismo nas sociedades globalizadas como um “processo civilizatório”. Vale dizer, mais do que um modo de produção, o capitalismo estabelece formas de agir e pensar que se propagam pelo mundo.<sup>4</sup> Com isso, emergem novas relações e paradigmas que influenciam indivíduos e nações, embora sem homogeneidade.

---

<sup>2</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60-62.

<sup>3</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit., especialmente p. 62-110.

<sup>4</sup> Segundo o autor, “o capitalismo se apresenta como um modo de produção e um processo civilizatório. Além de desenvolver e mundializar as suas forças produtivas e as suas relações de produção, desenvolve e mundializa instituições, padrões e valores socioculturais, formas de agir, sentir, pensar e imaginar.” (op. cit., p. 187)

Nesse universo de transições, cujas causas e efeitos estão profundamente entrelaçados, ganhou espaço ainda a expressão “pós-modernidade”, como parâmetro para análise da sociedade contemporânea. A pós-modernidade designa um período histórico particularizado pela crítica às instituições, valores e padrões erigidos pela modernidade, sem significar, necessariamente, ou pelo menos de imediato, uma superação desta.<sup>5</sup> Decorreu, em parte, dos desencantos gerados pelas promessas não cumpridas da modernidade. Com efeito, o culto da razão, da ciência e do progresso, a busca por homogeneização e disciplina não trouxeram a emancipação esperada nem foram capazes de evitar eventos dramáticos do séc. XX, como o Holocausto e as Grandes Guerras.<sup>6</sup>

Consoante adverte Eduardo C. B. Bittar, não há um marco histórico preciso para indicar o início da era pós-moderna. As décadas de sessenta e setenta, contudo, foram muito representativas do sentimento de insatisfação com o mundo.<sup>7</sup> Inexiste, igualmente, consenso acerca da melhor terminologia a ser empregada para definir essa fase de contradições, transformações e rupturas. Segundo Nicole Aubert, o termo pós-modernidade teria sido utilizado, de início, na arquitetura, expandindo-se, em seguida, para outros setores, como a arte, a música e a sociologia.<sup>8</sup> Entretanto, são de uso freqüente também as expressões hipermodernidade – significando não o fim da era moderna, mas sua “exacerbação” e “radicalização”<sup>9</sup> – “super-modernidade” e “modernidade reflexiva”.<sup>10</sup>

Para Gilles Lipovetsky, a pós-modernidade foi apenas um pequeno período, já ultrapassado, e que deu lugar à sociedade hipermoderna, na qual se destacam os excessos e os extremos. No dizer do filósofo, “hipercapitalismo, hiperclasse, hiperpotência,

---

<sup>5</sup> Eduardo C. B. Bittar realça a pós-modernidade como “um viver *intertemporal*, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores, enfim, entre passado erodido e presente multifário.” (*O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 100, grifo do autor).

<sup>6</sup> BITTAR, Eduardo C. B., op. cit., p. 93-95.

<sup>7</sup> Nas palavras do autor: “a sensação de crise, em amplas magnitudes, e alcançando diversos aspectos da vida no século XX, estava sensivelmente presente nos anos 60, momento em que diversos movimentos globais de protestos e revoltas, caracteristicamente antimodernistas, eclodiam no sentido de identificar novas formas de combater a racionalidade brutalizante da vida sob os paradigmas modernos. Se Habermas aponta os anos 50 e 60 como favoráveis ao surgimento da pós-modernidade, a culminância de grande significação desta inteira efervescência cultural, social e política ocorre em 1968, em todas as partes do mundo com as marcantes manifestações estudantis, preparando-se o terreno para o advento de novas identidades.” (op. cit., p. 98)

<sup>8</sup> Un individu paradoxal. In: AUBERT, Nicole (dir.). *L'individu hypermoderne*. Ramonville Saint-Agne, 2006, p. 14. A obra de Jean-François Lyotard, *A condição pós-moderna* (1979), é tida como o referencial para o início das discussões sobre a pós-modernidade (BITTAR, Eduardo C. B., op. cit., p. 117-123).

<sup>9</sup> AUBERT, Nicole, op. cit., p. 14.

<sup>10</sup> BITTAR, Eduardo C. B., op. cit., p. 96.



hiperterrorismo, hiperindividualismo, hipermercado, hipertexto – o que mais não é *hiper*? O que mais não expõe uma modernidade elevada à potência superlativa?”<sup>11</sup>

Para além das discussões sobre a denominação dessa época, importa salientar que as mudanças sócio-culturais ocorridas a partir do final do séc. XX não podem ser ignoradas quando se busca compreender os comportamentos individuais e coletivos que movem a sociedade contemporânea, bem como o rumo das instituições. Com efeito, se, no plano das relações privadas, acentuaram-se o individualismo, o culto do prazer imediato e a fragilidade dos relacionamentos, na esfera social, ganharam relevo os problemas decorrentes do desemprego estrutural, da marginalização, das desigualdades. Deve-se lembrar ainda a dimensão alcançada pelo consumismo, fator que contribui para que as pessoas sejam valorizadas de acordo com a capacidade de atender a esse ininterrupto apelo e acirra a exclusão social de determinados indivíduos.<sup>12</sup>

Com a pós-modernidade, portanto, incertezas e inconstâncias são elementos bastante presentes na vida social, dada a rapidez e a complexidade das transformações. É elucidativa, assim, a expressão “modernidade líquida”, utilizada por Zygmunt Bauman para indicar a fluidez e a flexibilidade dos novos tempos.<sup>13</sup> Nem tudo, certamente, pode ser atribuído à globalização econômica e à pós-modernidade. Entretanto, os reflexos de tais eventos configuram-se como um permanente desafio à capacidade de adaptação tanto de indivíduos quanto de instituições, gerando, não raro, perplexidades sobre em que direção mudar, o que deve ser mantido ou descartado.

## 1.2. Direito e pós-modernidade

É nesse ambiente que a ciência jurídica, como invenção humana sensível às transformações sócio-culturais, experimenta o confronto entre princípios e práticas

---

<sup>11</sup> Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles (em colaboração com Sébastien Charles). *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. 2ª reimpressão. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 53.

<sup>12</sup> Sobre o consumismo, Zygmunt Bauman observa que a sociedade contemporânea “tem pouca necessidade de mão-de-obra industrial em massa e de exércitos recrutados; em vez disso, precisa engajar seus membros pela condição de consumidores. A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel.” (*Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 88)

<sup>13</sup> *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 7-22.

consolidados e a exigência de atualização, de mutabilidade, para que permaneça cumprindo às finalidades que a justificam.

A modernização do direito representou, para os ordenamentos que a alcançaram, significativo avanço em termos de segurança jurídica, mediante a assunção do poder jurisdicional pelo Estado e a fixação da lei como principal fonte.<sup>14</sup> Foram superados os inconvenientes da fragmentação dos costumes, optando-se por um direito técnico, racional, sistematizado e auto-referente. A identificação do objeto da ciência jurídica, por sua vez, exigiu um esforço no sentido de diferenciá-la dos demais sistemas normativos presentes na sociedade e, com o positivismo, no séc. XIX, firmou-se a pretensão de um direito livre de interferências externas.

Todos estes aspectos foram importantes para o ajustamento da ciência jurídica às aspirações de um determinado momento sócio-político e cultural. O direito contribuiu de modo decisivo para a afirmação de um Estado centralizador e soberano, bem como para a legitimação dos ideais de controle, ordenação e segurança, preponderantes na modernidade e necessários para concretizar o que se entendia por progresso.

Todavia, conceitos e idéias que nortearam o desenvolvimento da ciência jurídica e fundamentaram suas práticas e procedimentos revelaram-se insuficientes para atender às demandas da sociedade contemporânea. Assim, se os modernos buscaram estabilidade e previsibilidade com a norma escrita e as codificações, na sociedade global e pós-moderna a legislação tende a nascer já obsoleta e a se valer de termos menos precisos, o que exige uma atividade interpretativa constante e amplia o âmbito da discricionariedade. Por outro lado, na tentativa de disciplinar as mais diversas e, freqüentemente, inusitadas relações sociais, o Estado opta pela edição de um número excessivo de leis, o que pode comprometer a lógica interna do ordenamento jurídico, em virtude da circunstancialidade que motiva tais iniciativas.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Quanto à delimitação do que seja a modernidade jurídica, João Maurício Adeodato opta por um conceito qualitativo e não apenas temporal. Assim, para o citado autor, “a modernidade representa o equivalente a certo e inusitado grau de complexidade que a organização do direito adquiriu em algumas civilizações”. O direito moderno é aquele que atende a determinadas características, tais como o monopólio do Estado na produção das normas jurídicas, a prevalência das fontes estatais e a auto-referibilidade (*Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 165-175). Se levarmos em conta o aspecto histórico, foi aproximadamente a partir do séc. XVII que o pensamento jurídico ingressou na fase de tecnicização, sistematização e racionalização (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 65-72).

<sup>15</sup> Segundo José Eduardo Faria, a “inflação legislativa”, como fenômeno que se associa à crise do Estado intervencionista, promove uma ordem jurídica em forma de “rede”, caracterizada pela “multiplicidade e

Se, no positivismo normativista kelseniano, as preocupações se voltavam para a validade da norma numa perspectiva formal e hierárquica, na pós-modernidade as atenções focalizam a questão da eficácia, ou seja, da aptidão, substantiva e não apenas formal, das normas jurídicas para cumprirem seu objetivo de servir de instrumento para a resolução dos conflitos inerentes à convivência humana. Analisando esse tema, Eduardo C. B. Bittar pondera que “o real problema do direito neste momento deixa de ser a justificação da ordem pela validade (garantida por uma ciência pura do direito), e passa a ser a possibilidade de produzir efeitos num campo real cada vez mais coalhado de *problemas eficaciais*.”<sup>16</sup>

Cumprir destacar também a crescente influência de outros sistemas e ramos do conhecimento no mundo jurídico, a exemplo da sociologia, da economia e da política, o que afasta a concepção de um direito isolado das demais ciências. Essa relação se intensifica em decorrência da complexidade dos conflitos que emergem na sociedade globalizada e não significa retirar do direito sua autonomia enquanto sistema, mas mantê-lo em interação com elementos advindos do ambiente externo. Sobre essa aproximação do direito com outras ciências, Celso Fernandes Campilongo manifesta-se no sentido de que o sistema jurídico “pode adequar programas, modificar procedimentos e ampliar sua sensibilidade cognitiva. A única coisa que não pode fazer é abandonar sua estratégia específica de operação, fechada no código direito/não direito, pois assim fazendo correria o risco de perder sua especificidade como sistema.”<sup>17</sup>

Além disso, proteção do meio ambiente, conflitos coletivos, relações trabalhistas mais conturbadas, engenharia genética e suas intrincadas repercussões axiológicas, efetividade de direitos, avanços tecnológicos e privacidade dos indivíduos, relações familiares com perfis antes desconhecidos são temas sempre presentes nas discussões sobre as dificuldades que o direito atravessa nessa fase de globalização econômica. Importa considerar, entretanto, que esse quadro de ruptura paradigmática representa possibilidades de renovação e aprimoramento para a ordem jurídica.<sup>18</sup>

---

circularidade de suas regras”, o que substitui a noção de direito como sistema coerente, completo e unitário (*O direito na economia globalizada*, op. cit., p. 122 e 127/128).

<sup>16</sup> Op. cit., p. 186 (grifo do autor).

<sup>17</sup> *Diritto, democrazia e globalizzazione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2002 (reimpressão), p. 66-67 (trad. nossa).

<sup>18</sup> Sobre as mudanças paradigmáticas que ocorrem nas ciências em determinados momentos, José Eduardo Faria comenta que este tipo de crise “eclode quando os paradigmas já não mais conseguem lidar com fatos novos, nem fornecer orientações e estabelecer normas capazes de balizar o trabalho científico.” (*O direito na economia globalizada*, op. cit., p. 50). João Maurício Adeodato, evitando previsões sobre os caminhos pelos

### 1.3. Sistema jurídico-penal e pós-modernidade

Interessa, nessa linha de raciocínio, verificar algumas características que foram incorporadas ao direito penal e processual penal ao longo do desenvolvimento da sociedade globalizada, promovendo mudanças por vezes sutis, mas de profunda relevância para os rumos desses dois ramos da ciência jurídica.

#### 1.3.1. Direito penal

Ao se discorrer sobre o direito penal na sociedade global e pós-moderna, emerge, de logo, o tema referente à hipertrofia desse ramo do direito, ou seja, a expansão excessiva de normas incriminadoras como mecanismo de controle social. O fenômeno, deve-se ressaltar, não é recente. Conforme esclarece Carlo Enrico Paliero, trata-se de tendência que já era objeto de críticas na doutrina alemã pelo menos desde o séc. XIX, estendendo-se por diversos países da Europa Continental. Dentre os fatores que concorreram, em um primeiro momento, para esse cenário, o referido autor menciona o “processo de jurisdicionalização”, com o qual ocorreu a transferência de pequenas infrações ou ilícitos administrativos para a esfera do direito penal. A isso se somou a afirmação rígida do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Posteriormente, outro marco importante para o crescimento legislativo exacerbado foi o advento do Estado social, caracterizado pelo intervencionismo.<sup>19</sup>

Com a globalização esse problema se intensificou. De fato, as interações entre os indivíduos se tornaram mais complexas, potencializando os conflitos. Por outro lado, os avanços tecnológicos facilitaram o surgimento de novos comportamentos lesivos, a exemplo dos delitos praticados por intermédio da rede de computadores. É de se destacar ainda o sentimento generalizado de insegurança, muitas vezes incentivado pelos meios de comunicação de massa, circunstância que acaba estimulando o recurso à proteção do direito penal. Nesse sentido, Jesús-María Silva Sánchez salienta que “em medida crescente,

---

quais o direito pode enveredar, observa que “se a dogmática jurídica e o Estado moderno têm seus dias contados na pós-modernidade ou se haverá uma adaptação crescente aos novos desafios, com maior abertura do direito em função de um acoplamento estrutural mais abrangente, por exemplo, por intermédio de uma jurisdição constitucional cada vez mais embasada em princípios ou de procedimentos alternativos de solução de conflitos, só o futuro dirá.” (op. cit., p. 212)

<sup>19</sup> *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*. Padova: Cedam, 1985, especialmente p. 5-36.

a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta.”<sup>20</sup>

A sensação de insegurança nem sempre é infundada. A sociedade global e pós-moderna é, de fato, considerada como um contexto propício ao aparecimento de novos riscos. Tais ameaças são geradas principalmente pelo desenvolvimento tecnológico e revelam a face negativa e indesejada do progresso. Nas palavras de Marta Rodriguez de Assis Machado, “a própria modernização trouxe conseqüências que estão hoje arriscando as condições básicas de vida alcançadas por via desse mesmo processo.”<sup>21</sup> É o caso das armas nucleares de alto poder destrutivo, da criminalidade organizada transnacional e da devastação ambiental, que se revelam como problemas que afetam toda a humanidade. Por conseguinte, o direito penal assume a função de ser um instrumento para combater esses riscos, o que tem provocado confrontos com a noção de *ultima ratio* e com outros fundamentos do direito penal na sua configuração clássica.<sup>22</sup>

Evidencia-se ainda, no contexto da sociedade globalizada, a necessidade de resguardar determinados bens jurídicos de caráter supra-individual. São ilustrativas as preocupações com a preservação do meio ambiente, as quais têm justificado a elaboração de um conjunto normativo que envolve a intervenção do direito penal, tanto nas legislações nacionais quanto no plano internacional.<sup>23</sup>

O direito penal na fase de globalização não só permanece com a tendência expansionista, acirrando o problema da hipertrofia, como também se transforma em um direito mais preventivo, que incide antes da efetiva lesão ao bem jurídico ou do perigo concreto de que isso aconteça. Tal situação se materializa nos denominados tipos de perigo

---

<sup>20</sup> *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40. Essa busca de segurança especificamente no direito penal, segundo o autor, decorre também da descredibilidade de “outras instâncias de proteção”, a exemplo da ética social, do direito civil e do direito administrativo (op. cit., p. 57-62).

<sup>21</sup> *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 36.

<sup>22</sup> Nesse sentido, Marta Rodriguez de Assis Machado, partindo da teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck, enfatiza que “a transposição da idéia de prevenção aos novos riscos ao sistema penal traz o conflito para o âmbito do funcionamento das suas estruturas e instituições. Em outras palavras, inserido nesse momento de crise da modernidade reflexiva, o direito penal revela-se um dos campos problemáticos de contradições, no qual se contrapõem as novas exigências de controle sobre os fenômenos da sociedade de risco e os princípios tradicionais de atuação do sistema penal.” (op. cit., p. 24)

<sup>23</sup> As agressões ambientais, de fato, revelam-se como uma temática especialmente desafiadora, ensejando discussões sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a expansão dos tipos de perigo abstrato, bem como sobre o espaço que deve ser conferido ao direito administrativo e ao direito penal.

abstrato, cada vez mais frequentes.<sup>24</sup> É comum recorrer-se ainda aos tipos abertos e às normas penais em branco, com prejuízos para o princípio da reserva legal.<sup>25</sup> Por outro lado, são constantes os apelos por um direito penal menos tolerante e pelo reforço da severidade das sanções, o que acarreta todo um debate sobre a perda de garantias constitucionais e as possibilidades de abusos embutidas nas políticas criminais contemporâneas.

Em suma, o direito penal atravessa um momento em que seus valores tradicionais são postos em questionamento diante das exigências de segurança e de controle da sociedade global. Efetivamente a modernização trouxe riscos inusitados e novos bens jurídicos passaram a depender da tutela penal. Vítimas e sujeitos ativos de condutas delituosas também já não se restringem a indivíduos específicos. Por sua vez, as ações do terrorismo e de grupos organizados disseminam a sensação de insegurança. Enfim, são várias as circunstâncias que repercutem sobre o sistema penal.

O papel que o direito penal deve desempenhar nesse contexto ainda gera incertezas, sobretudo no que diz respeito aos limites de sua utilização e à manutenção de seus princípios. O excesso de criminalização fere o princípio da intervenção mínima e banaliza a sanção criminal, sem corresponder necessariamente à obtenção de mais tranquilidade nas relações sociais. Além disso, a hipertrofia é um dos principais elementos causadores da sobrecarga no sistema judiciário. Esse acréscimo no volume de trabalho, por seu turno, incentivou iniciativas como a descriminalização, os modos alternativos de resolução de conflitos e os acordos entre acusação e defesa, ou seja, a justiça negociada.

### **1.3.2. Direito processual penal**

No que diz respeito ao processo penal, verifica-se que na sociedade contemporânea cresce a expectativa em torno do combate à criminalidade. De um lado, têm-se as condutas delitivas de alto grau de violência, como o terrorismo. De outro, os delitos ligados à sonegação de impostos, à corrupção e ao desvio de dinheiro público, que contribuem para o acirramento das mazelas sociais nos países menos desenvolvidos. Trata-

---

<sup>24</sup> Para Winfried Hassemer, “os crimes de perigo abstrato são a forma normal do Direito Penal moderno, em que precisamente não existe uma lesão do bem jurídico, nem este tem de ser concretamente posto em perigo, mas basta que se verifique uma ação abstratamente perigosa.” (Processo penal e direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Trad. Augusto Silva Dias. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20)

<sup>25</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 202.

se de infrações que se enquadram na complexidade do crime organizado e transnacional, tendo como agentes indivíduos que se beneficiam do aparato tecnológico e das facilidades que o mundo globalizado proporciona a alguns. A principal dificuldade, nessa esfera, é encontrar mecanismos processuais que assegurem uma atuação eficiente, sem ferir os marcos do Estado de direito.

Com esses delitos graves, coabita uma criminalidade menos ofensiva, mas que se torna um problema em razão da quantidade. São os pequenos delitos contra o patrimônio, os crimes de trânsito e as agressões originadas de desavenças familiares ou entre vizinhos. O desafio, nessa frente, é evitar que o processamento das infrações acarrete a sobrecarga dos órgãos da justiça, comprometendo um melhor direcionamento dos recursos materiais e humanos.

Espera-se do processo penal que atue como instrumento de proteção da pessoa acusada, preservando valores previstos nas Constituições e nos tratados internacionais. No entanto, deve resguardar também o interesse social na repressão dos delitos e no funcionamento satisfatório da justiça criminal. Recentemente, a isso se agregou a exigência de mais atenção à vítima, ampliando-se as oportunidades de participação e de defesa de seus direitos. O processo penal, portanto, adquire importância cada vez maior. Deixa de ser um mero ramo da ciência jurídica que viabiliza a aplicação do direito penal, para transformar-se em mecanismo que assegura a observância de normas e princípios fundamentais para a concretização substancial da democracia.

Ao tempo em que conquista mais espaço, o processo penal também se torna alvo de cobranças mais insistentes por celeridade e eficiência. Ou seja, critica-se a lentidão do processo e o emaranhado de procedimentos necessários para solucionar as questões que são apresentadas aos órgãos jurisdicionais, o que, por vezes, compromete a eficácia dos resultados. Essas circunstâncias são associadas à impunidade e à inépcia do Estado em agir contra o crime.

Celeridade e eficiência são valores bastante difundidos na atualidade e que orientam a ação de indivíduos e empresas nos mais diversos segmentos, estimulando a busca por resultados rápidos da maneira menos onerosa possível. Nesse contexto de urgência que parece caracterizar a sociedade contemporânea, fala-se de uma redefinição da noção de tempo e de espaço, com significativas conseqüências para as instituições. Como

observa Maria Rosaria Ferrarese, “a sociedade global tem um senso hipertrófico do presente, que redimensiona profundamente seja a relação entre passado e presente, seja a relação entre presente e futuro”<sup>26</sup>Também Gilles Lipovetsky identifica a hipermodernidade como o momento “em que se exerce e se generaliza uma pressão temporal crescente.”<sup>27</sup>

A concepção de tempo, ressalta Didier Cholet, decorre “de uma construção social, de uma representação variável conforme as sociedades.”Em vista disso, o tempo nas sociedades rurais caracterizava-se como sendo um “tempo natural”, tendo como parâmetro as plantações, estações do ano e as necessidades dos rebanhos. Com o desenvolvimento, porém, ocorreu a dissociação entre o tempo social e o tempo natural, ensejando uma diversidade de perspectivas acerca da dimensão temporal nas sociedades.<sup>28</sup>

Sob o ponto de vista econômico, a compressão tempo-espaço presente nas sociedades ocidentais contemporâneas vincula-se a inovações organizacionais, tecnológicas e produtivas utilizadas como estratégia para superar a crise do fordismo-keynesianismo, na década de setenta do século passado. É o que ressalta David Harvey, ao mencionar os mecanismos que possibilitaram a aceleração do ritmo de produção e de circulação de capitais e mercadorias. Com isso, intensificou-se, na mesma medida, o apelo ao consumo, trazendo consigo a exaltação da instantaneidade, da efemeridade e da descartabilidade. Tais conceitos transpuseram a esfera da economia, aplicando-se não só a produtos e serviços, mas, igualmente, a estilos de vida, relacionamentos, valores e idéias.<sup>29</sup>

Contribuição decisiva para esse cenário que enaltece a rapidez foi e continua sendo proporcionada pelos avanços tecnológicos no setor das comunicações, o que viabiliza a interação entre indivíduos nas mais diferentes partes do mundo e a ampla circulação de informações, tudo em velocidade antes inimaginável.

Estreitamente relacionada à celeridade, tem-se a idéia de eficiência. Na dimensão econômica, pode-se dizer que a eficiência constitui fator essencial para garantir

---

<sup>26</sup> *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 12 (trad. nossa).

<sup>27</sup> Op. cit., p. 75.

<sup>28</sup> *La célérité de la procédure en droit processuel*. Paris: LGDJ, 2006, p. 7-8.

<sup>29</sup> *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Trad. Adail Uirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 15. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 257-276. O autor acrescenta que o funcionamento das sociedades que se orientam pela descartabilidade “significa mais do que jogar fora bens produzidos (criando um monumental problema sobre o que fazer com o lixo); significa também ser capaz de atirar fora valores, estilos de vida, relacionamentos estáveis, apego a coisas, edifícios, lugares, pessoas e modos adquiridos de agir e ser.” (op. cit., p. 258)



produtividade, maiores lucros e menor dispêndio de recursos. Trata-se de um requisito de sobrevivência no estágio atual de desenvolvimento do capitalismo, assegurando competitividade e o máximo de retorno financeiro. Tal conceito, entretanto, não se aplica apenas às empresas privadas, exigindo-se também do setor público aperfeiçoamento de gestão para compatibilizar recursos e investimentos.

As pressões por eficiência e celeridade, presentes em diversos setores, manifestam-se no processo penal, com o aprofundamento da distorção entre o tempo do processo e o tempo social. O sentimento de insatisfação em face da lentidão dos mecanismos processuais do Estado não é privilégio de nossa época. No entanto, é algo que tende a assumir um caráter mais desafiador em um ambiente complexo e conturbado como o contemporâneo.

O tempo social é influenciado pelo tempo das empresas, da mídia, dos mercados financeiros. Por outro lado, a dimensão temporal da justiça assume uma valoração que lhe é própria e que prioriza a preservação da segurança jurídica. Nas palavras de José Eduardo Faria, o tempo nos tribunais é “concebido como relação de ordem e autoridade, representada pela possibilidade de esgotamento de todos os recursos e procedimentos numa ação judicial.”<sup>30</sup> O ritmo acelerado da sociedade contemporânea, portanto, confronta-se com o tempo necessário para a atuação dos órgãos jurisdicionais.

O processo nem sempre corresponde aos anseios por celeridade, seja por razões intrínsecas à sua marcha, seja por desajustes em seus mecanismos operacionais. Didier Cholet lembra que as justificativas para um desenvolvimento processual despreendido de limitações temporais vinculam-se, primeiramente, à idéia de que o tempo exerce um papel pacificador no processo. Ou seja, concorre para amenizar as alterações de ânimo que motivam os conflitos. Em segundo lugar, há o argumento de que a perquirição da verdade e a concretização da justiça demandam determinados procedimentos que não podem ser afastados.<sup>31</sup>

A cobrança por eficiência e celeridade do processo penal guarda conexão com o advento de um tipo de sociedade que requer respostas mais prontas aos acontecimentos por parte das instituições. Assim, ao sistema penal cabe encontrar meios eficazes de reagir contra a proliferação de condutas delitivas, o que é apenas um dentre tantos outros

---

<sup>30</sup> Tempo do direito, tempo da economia. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 2, 22 maio 1997.

<sup>31</sup> Op. cit., p. 5-6.

problemas que desestabilizam a vida em comunidade. Se, por um lado, o processo penal não pode ser excessivamente rápido e simplificado, no intuito de atender a exigências externas; por outro, ignorar as mudanças inerentes à evolução social pode significar perda de credibilidade como meio legal de resolução de conflitos, dando cabimento à adoção de outras práticas talvez não tão legítimas e garantistas.

Dessas observações sobre a globalização e a pós-modernidade, depreende-se que o direito como um todo atravessa um momento de renovação. Surgem dificuldades de enquadrar novos fenômenos e necessidades sociais aos conceitos estabelecidos. Instala-se o receio de que as mudanças representem um retrocesso nos valores e princípios que fundamentam o direito e que o individualizam como ciência. A sociedade globalizada e pós-moderna não criou todos os obstáculos que nas últimas décadas têm-se revelado no âmbito da ciência jurídica, do processo e da administração da justiça, mas pode-se dizer que agravou debilidades pré-existentes.

É nessa tentativa de desenvolver abordagens mais adequadas que, no processo penal, especificamente, consolidou-se a idéia de diversificação dos mecanismos de resposta aos comportamentos delitivos. Dentre essas iniciativas insere-se a justiça consensual penal, que tem por objetivo tornar o processo mais célere e efetivo, conforme teremos a oportunidade de analisar adiante.

## 2. JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Analisado o contexto social cuja emergência tem propiciado questões novas e importantes para a ciência jurídica e, em particular, para o processo penal, cumpre focalizar, especificamente, o tema dos acordos entre acusação e defesa na esfera criminal. Muito embora essa prática já se verificasse desde longa data nos países integrantes do sistema *common law*, sua expansão como instrumento de resolução de conflitos e introdução em diversos ordenamentos jurídicos pertencentes ao *civil law* é fenômeno mais recente, característico da segunda metade do séc. XX.

Necessário, então, traçar as particularidades dessas iniciativas que são indicadas, de modo genérico, como justiça consensual, negociada ou contratada, ou, por vezes ainda, como um modelo consensual de resposta aos comportamentos delitivos. A primeira tarefa, nesse sentido, é buscar a delimitação conceitual do objeto de estudo, identificar suas formas de manifestação, os problemas que suscita, bem como diferenciá-lo de outras propostas que também se destacam no âmbito do pluralismo da sociedade contemporânea.

### 2.1. Delimitação conceitual

O termo *consenso*, significando *consentimento* ou *acordo*, relaciona-se, no universo da ciência jurídica, com o direito civil e comercial. Configura-se como um elemento para a formação dos contratos e, portanto, para a assunção de obrigações pelas partes envolvidas. Na teoria contratual, o consenso representa o ponto em comum para o qual interesses opostos convergem, possibilitando a realização do negócio jurídico. Sendo uma noção própria do direito privado, seu uso na esfera criminal, com o intuito de atribuir maior autonomia de vontade à acusação e à defesa no desfecho da persecução, parece, à primeira vista, pouco compatível com os princípios que dominam essa matéria.

No Estado democrático de direito, a imposição de pena pressupõe a existência de um processo justo, paritário, cercado de garantias, em que a produção probatória e o debate entre as partes conduzem ao reconhecimento e à delimitação da culpabilidade, legitimando o exercício do poder punitivo. Acusador e acusado colocam-se em posições antagônicas, apresentando seus argumentos e provas a um terceiro imparcial, que dita a decisão com

base nos dispositivos legais e no livre convencimento. Trata-se de um cenário marcado pelo poder-dever do Estado de punir os infratores do direito penal, mediante a aplicação de normas de natureza pública.

A transposição das idéias de acordo e consenso para o direito processual penal deu origem ao que se denomina, comumente, de *justiça consensual penal* ou *justiça negociada*. Tais expressões, em regra, são tomadas como sinônimos pela doutrina. No entanto, há quem faça distinção conforme estejam ou não presentes atos de negociação efetiva entre os sujeitos participantes. Françoise Tulkens e Michel van de Kerchove, por exemplo, associam o termo *justiça consensual* a um “modelo que concede um lugar mais ou menos importante ao consentimento dos interessados, seja sob a forma positiva de uma aceitação ou sob a forma negativa de uma ausência de recusa.”<sup>32</sup> São os casos em que se requer a manifestação do imputado para a aplicação de penas alternativas, *sursis*, liberdade condicional, dentre outras providências. O modelo de processo seria, então, consensual por submeter determinadas medidas à prévia anuência da pessoa acusada, ao invés de determiná-las unilateralmente.

Por seu turno, a *justiça negociada* designaria, mais propriamente, aquelas situações em que o imputado tem um verdadeiro “poder de discussão” acerca das propostas que lhe são feitas, interferindo no seu conteúdo. É uma forma de participação que confere maior autonomia e permite ir além das alternativas de aceitação ou recusa. Em termos comparativos, a *justiça consensual* se assemelharia a um contrato de adesão, enquanto a *justiça negociada*, a um contrato sinalagmático.<sup>33</sup>

Prescindindo de detalhes terminológicos, Jean Pradel utiliza o vocábulo *consensualismo*, caracterizando-o como “o princípio em virtude do qual órgão acusador e partes privadas, delinqüente ou vítima, acordam excluir a aplicação das regras jurídicas normalmente aplicadas.”<sup>34</sup> Em perspectiva semelhante, Jean-Paul Ekeu afirma que o consensualismo é “um verdadeiro contrato que emerge no procedimento penal para desviar voluntariamente sua trajetória normal.”<sup>35</sup> Stefano Marcolini, adotando a expressão *justiça*

---

<sup>32</sup> La justice penale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Bruxelles, ano 76, mai 1996, p. 448 (trad. nossa).

<sup>33</sup> TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de, op. cit., p. 449.

<sup>34</sup> Le consensualisme en droit pénal comparé. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, número especial, 1984, p. 331 (Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia) (trad. nossa).

<sup>35</sup> *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*. Paris: Cujas, 1993, p. 2 (trad. nossa).

*negociada*, destaca também, na conceituação, a existência de um acordo “cujo conteúdo, embora sendo variável, tem sempre a característica de alterar, em maior ou menor medida, a seqüência normal do procedimento prevista pelo legislador.”<sup>36</sup>

O fenômeno de que nos ocupamos compreende um modelo de processo penal que atribui uma maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos – órgão acusador, imputado e, eventualmente, vítima – de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha um papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento. Para tanto, verificam-se concessões recíprocas, próprias de soluções que se fundam na bilateralidade. Do lado acusador, flexibiliza-se o exercício da persecução penal. Por parte do acusado, renuncia-se às possibilidades asseguradas por um contraditório amplo.<sup>37</sup>

Trata-se, enfim, de um acordo com interferências sobre o processo e o procedimento. A diferença entre consenso e negociação pode ser admitida no sentido de esses termos representarem diferentes graus de autonomia da vontade conferida às partes. A negociação seria a forma mais extrema de solução consensual do processo. A justiça negociada, portanto, a nosso ver, expressa uma das manifestações do consenso no âmbito do processo penal, tendo no *plea bargaining* americano o seu exemplo por excelência. Desse modo, utilizaremos a expressão *justiça consensual penal* em uma acepção ampla, que engloba os acordos nos quais há efetiva negociação entre os sujeitos integrantes do processo, bem como aqueles em que o imputado adere a uma proposta apresentada pelo acusador, ainda que não haja contatos diretos ou contra-propostas.

## 2.2. Características do consenso no processo penal

Os acordos ou negociações entre acusação e defesa na persecução penal abrangem institutos bastante heterogêneos nos ordenamentos jurídicos. Essa diversidade é marcante se considerarmos as modalidades praticadas em países de *civil law* e de *common*

---

<sup>36</sup> *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 5 (trad. nossa). Ainda sobre o conceito, Françoise Tulkens afirma que “positivamente, a justiça negociada parece ter por objeto afastar as regras jurídicas tradicionais”, com o objetivo não de “intervir menos, mas de intervir melhor.” (La justice négociée. In: DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procédures pénales d’Europe*. Paris: PUF, 1995, p. 574, trad. nossa)

<sup>37</sup> Mario Chiavario fala em “renúncia consensual das partes ao pleno exercício do ‘direito ao processo’” (Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, ano 49, n. 2, avril-juin 1997, p. 428, trad. nossa).

*law*, mas é constatável até mesmo dentro desses grandes grupos. Em decorrência disso, é difícil falar-se em um modelo ou paradigma consensual que sintetize todos os elementos componentes de tais iniciativas e que devam necessariamente integrá-las. Ao utilizar-se a expressão “modelo consensual” ou “justiça consensual”, na realidade, faz-se menção a características gerais, que nem sempre estão presentes em determinadas experiências concretas.<sup>38</sup> De qualquer modo, como destaca Françoise Tulkens, as práticas de justiça consensual ou negociada, apesar das variações, integram a mesma filosofia de “negociar a solução do conflito e evitar o processo.”<sup>39</sup>

É fundamental, de início, a distinção entre os modelos seguidos pelos Estados Unidos e pelos países da Europa continental e América Latina. O modelo norte-americano particulariza-se pela liberdade de negociação entre o ministério público e a defesa, com maior possibilidade de barganha sobre o conteúdo dos acordos. Já os institutos consensuais que se propagaram pelos países de *civil law*, embora se inspirem em alguma medida na experiência dos Estados Unidos, contam com restrições legais mais rigorosas resultantes do processo adaptativo do consenso às legislações nacionais.

Com o intuito de delimitar, tanto quanto possível, o consenso no processo penal, o primeiro tópico a ser posto em relevo são os sujeitos que integram o acordo. Quanto a esse aspecto, é essencial a participação do ministério público – que, em regra, é o responsável pela proposta – e do imputado, que presta o seu consentimento, devendo ser assistido pela defesa técnica.<sup>40</sup> A autoridade judicial reserva-se a função de controle da legalidade e das finalidades do processo penal, sem intervir diretamente no que foi acertado entre as partes, o que é uma forma de preservar a imparcialidade.<sup>41</sup> A vítima, por

---

<sup>38</sup> É cabível nesse ponto a mesma ressalva que Antonio García-Pablos de Molina faz em relação ao modelo integrador, que abrange as técnicas de conciliação e reparação: “Qualificar de ‘modelo’ ou ‘paradigma’ estas novas tendências talvez seja um excesso dialético, porque os inumeráveis e pouco homogêneos procedimentos de conciliação, mediação e reparação – devido a suas origens muito plurais, ambigüidade de metas e contraditória instrumentação técnica – não oferecem na atualidade uma imagem unitária e coerente, mas sim uma imagem confusa, *fragmentária*.” (Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. Trad. Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 398, grifo do autor).

<sup>39</sup> La justice négociée, op. cit., p. 559 (trad. nossa).

<sup>40</sup> Cabe ressaltar que o termo “imputado” é utilizado em sentido amplo, correspondendo a toda pessoa sobre a qual recai a acusação de ter cometido um ato delitivo, seja na fase ainda de inquérito policial e de investigações preliminares, seja no curso do processo penal formalmente instaurado.

<sup>41</sup> Mario Chiavario destaca que o magistrado exerce um papel importante neste tipo de procedimento, embora “nenhum sistema jurídico europeu pareça admitir de uma maneira explícita uma participação ativa do juiz na ‘negociação’” (La justice négociée: une problématique à construire. *Archives de Politique Criminelle*, Paris, n. 15, 1993, p. 33).

sua vez, não tem um papel ativo, mas, com frequência, o seu interesse na reparação do dano é resguardado.

Os instrumentos de justiça consensual ou negociada incidem na fase preliminar de investigações ou nos momentos iniciais do processo. A finalidade é evitar a instauração do processo penal ou encerrá-lo antecipadamente com a obtenção de tratamento jurídico mais brando. Quando ocorre antes de ser iniciada a ação penal, o consenso funciona como saída alternativa, sob a forma, geralmente, de arquivamentos condicionados.<sup>42</sup> Nas hipóteses em que o processo criminal já existe, o consenso concorre para suspensões processuais ou julgamentos mais céleres.

O objeto dos acordos abrange a natureza e a quantidade da pena, a forma de execução da sanção aplicada, a qualificação do comportamento delitivo, dentre muitas outras possibilidades. É aqui, com efeito, onde ocorrem as variações mais significativas, pois depende, sobretudo, do espaço de autonomia da vontade que o ordenamento jurídico confere à acusação e à defesa.

No que diz respeito à natureza da sanção penal, há os institutos consensuais que autorizam a fixação de pena privativa de liberdade de curta duração. Em alguns sistemas jurídicos, porém, a solução consensual não acarreta prisão, mas apenas sanções pecuniárias e restritivas de direitos. Por vezes ainda, não se tem especificamente penas, e sim medidas ou prestações que devem ser satisfeitas pelo imputado para que a persecução penal não seja iniciada ou tenha prosseguimento.

As práticas de justiça consensual são especialmente estimuladas na esfera dos delitos que ostentam menor lesividade social, isto é, direcionam-se à pequena e média criminalidade, como acentua Mario Chiavario.<sup>43</sup> Não raro esses institutos são vistos como meio apropriado de enfrentamento da denominada criminalidade de bagatela, que congestiona a máquina judiciária. Formam-se, então, o espaço do conflito, reservado para os delitos graves que exigem atividade probatória complexa, e o espaço do consenso, no qual a solução é passível de ser encontrada mediante a colaboração do órgão acusador e do suposto autor do fato. Tal abordagem prioriza a conciliação, o diálogo e o emprego de

---

<sup>42</sup> São procedimentos, nas palavras de Françoise Tulkens, que têm por objetivo “encontrar uma solução nova entre o abandono da persecução e a persecução”, configurando-se como um “nível intermediário.” (La justice négociée, op. cit., p. 561, trad. nossa)

<sup>43</sup> La justice négociée: une problématique à construire, op. cit., p. 31.

ações menos coercitivas.<sup>44</sup> Contudo, negociações e consenso também se aplicam a crimes graves, como acontece particularmente no modelo norte-americano.

A anuência do imputado em sujeitar-se a uma medida ou pena, seja tal posicionamento decorrente de negociação ou de mera adesão à proposta do ministério público, produz efeitos diversos de acordo com o formato de justiça consensual adotado. Predomina a exigência de reconhecimento de culpa como requisito para que a pessoa acusada obtenha as vantagens processuais advindas do consenso. Excepcionalmente, o acordo prescinde de discussão em torno da culpabilidade.

Como procedimento comum, uma vez dado o consentimento, tem-se o controle jurisdicional, em que se verificam os pressupostos legais, a livre manifestação de vontade do imputado e o suporte probatório mínimo para que seja acolhido o acordo. A autoridade judicial não fica estritamente vinculada ao ajuste entre as partes, podendo rejeitar o pedido. Na seqüência, a decisão é proferida, correspondendo ou não a um decreto condenatório. Característica sempre presente ainda é a premialidade, concedendo-se ao imputado redução de pena, benefícios para o cumprimento da sanção, não pagamento de despesas processuais, dentre outros atrativos.

Tratando-se de modelo processual em que a manifestação de vontade assume posição de especial relevância, é necessário que ao imputado se assegurem os meios de tomar ciência das conseqüências do seu consentimento e de outros caminhos que poderiam ser enveredados no processo. Essa tarefa de esclarecimento cabe, primordialmente, à defesa técnica, mas, também, ao magistrado, como órgão encarregado de zelar pela observância das garantias constitucionais do acusado e pela legalidade do acordo.

A opção de recorrer a institutos consensuais no processo penal é difundida como estratégia da defesa, no sentido de evitar uma condenação mais grave ou as incertezas inerentes ao resultado do processo. Além disso, havendo declaração de culpa, entende-se que o réu não deve aguardar longo tempo pela definição de sua situação jurídica.<sup>45</sup> Da parte

---

<sup>44</sup> Luiz Flávio Gomes acrescenta que o espaço do consenso “está voltado primordialmente para a ressocialização do autor do fato e pode implicar, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, o ‘recoo’ (leia-se: uso voluntariamente limitado) de certos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, tais como o da igualdade de oportunidades, o de presunção de inocência, o da verdade real, o de ampla defesa, contraditório etc.” (Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95: Lei dos juizados especiais criminais. In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, op. cit., p. 443-444).

<sup>45</sup> TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de, op. cit., p. 471.



do sistema criminal, há, sobretudo, o interesse na diminuição da carga de trabalho, afastando-se a fase de produção e análise da prova, que é inevitavelmente morosa. Em alguns ordenamentos, a justiça consensual associa-se também a propósitos de política criminal e não só à busca por celeridade.

Em suma, a justiça consensual penal tem o objetivo de ser um modelo alternativo, menos conflituoso e mais participativo. Os próprios sujeitos interessados são chamados a encontrar a solução. Para tanto, recorre-se a conceitos como informalidade, proximidade, diálogo. Isso não significa que tudo possa ser resolvido pelo consenso, de modo harmônico e puramente racional, pois não é assim que as relações ocorrem na vida em sociedade. A pretensão de uma “consensualidade absoluta” no processo penal ainda é utópica, como observa Manuel da Costa Andrade.<sup>46</sup> Não se trata, portanto, de eliminar o conflito, mas de abrir espaço para a comunicação entre autor, vítima e órgãos responsáveis pela persecução penal.

### **2.3. Principais problemas do consenso no âmbito criminal**

Apesar das vantagens atribuídas ao modelo do consenso – especialmente, a celeridade na resposta jurisdicional, o emprego de técnicas de conciliação, a economia de recursos para os órgãos da justiça – vários obstáculos emergem quando se transpõem para a esfera criminal idéias como acordo, autonomia da vontade e negociação. Os institutos consensuais, sobretudo aqueles que acarretam a aplicação de pena, ensejam fortes discussões quanto à legitimidade constitucional e à compatibilidade com os fins do processo.

Nos ordenamentos jurídicos em que a justiça consensual ou negociada foi introduzida, são recorrentes as divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno de temas como a admissibilidade de acordos no processo penal, as limitações probatórias decorrentes, a desigualdade de posições entre o imputado e o ministério público, os possíveis prejuízos para a busca da verdade e a ausência de efetiva voluntariedade no consentimento. Mesmo no sistema norte-americano, que tem uma estrutura bastante favorável à resolução dos conflitos penais por acordos, a matéria encontra oposições

---

<sup>46</sup> Consenso e oportunidade. In: *Jornadas de direito processual penal: o novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 327-330.

veementes. Passemos, assim, a analisar essas controvérsias, às quais retornaremos, paulatinamente, ao longo do presente estudo.

### 2.3.1. Renúncia a direitos e garantias fundamentais

As dificuldades mais marcantes do consenso no processo penal relacionam-se com os princípios e as garantias constitucionais que se incorporaram à noção de processo legítimo e que foram sedimentados ao longo do tempo para conferir maior dignidade à figura do acusado, protegendo-o contra abusos no exercício do poder punitivo estatal. Nesse sentido, a presunção de inocência, a imposição de pena condicionada à aferição da culpabilidade e à realização de um julgamento, enfim, o direito ao devido processo legal e seus corolários, que são temas frequentemente questionados quando se trata de adotar uma solução consensuada.

Para que haja restrição a direitos fundamentais é exigível, conforme enumera José Joaquim Gomes Canotilho, que a limitação decorra diretamente do texto constitucional (“limites ou restrições constitucionais imediatos”), de uma lei restritiva que tenha amparo expresso na Constituição e observe os parâmetros ali fixados (“limites ou restrições estabelecidos por lei”) ou ainda que haja a necessidade de compatibilizar direitos e garantias constitucionalmente assegurados (“limites imanentes ou limites constitucionais não escritos”).<sup>47</sup> Para Robert Alexy, as restrições a direitos fundamentais são sempre normas constitucionais, classificando-as como restrições “diretamente constitucionais” ou “indiretamente constitucionais”. Neste último caso, há uma autorização constitucional, por cláusula de reserva explícita ou implícita, para que norma inferior estabeleça a restrição.<sup>48</sup>

Afora as hipóteses que se configuram como restrição, na acepção acima mencionada, interessam-nos as situações em que a limitação ao direito fundamental ocorre por vontade do titular do direito protegido. É, mais especificamente, o problema da

---

<sup>47</sup> *Direito constitucional*. 5. ed. (2ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 1992, p. 615-616. Quanto aos “limites imanentes ou constitucionais não escritos” correspondem ao que Jorge Miranda chama de “restrições implícitas”, que, embora devam ser aceitas, exigem um tanto mais de cautela. Nas palavras do autor: “Importa, contudo, considerar, com extremo cuidado, estas restrições para evitar que, a seu pretexto ou a pretexto de visões demasiado subjetivistas ou ideológicas com elas conexas, se vulnere a ordem constitucional dos direitos, liberdades e garantias.” (*Manual de direito constitucional*. 2. ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 1998, t. IV, p. 300)

<sup>48</sup> *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. (castellana). Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 243-257.

renúncia. De início, cabe ressaltar que a renúncia a direitos fundamentais é, por vezes, tratada no contexto das restrições, como o faz José Joaquim Gomes Canotilho, enquadrando-a como um “caso especial de restrição”.<sup>49</sup> Também Jorge Reis Novais refere-se a um conceito mais amplo de restrição, que englobaria a idéia de renúncia.<sup>50</sup>

Conceituando o termo renúncia no âmbito dos direitos fundamentais e das relações que se estabelecem entre o Estado e os cidadãos, Jorge Reis Novais observa a grande variedade de situações que podem ser abrangidas por esse vocábulo e a diversidade de efeitos. Como característica comum, no entanto, destaca o autor que “há sempre a existência prévia de uma posição jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, que, por força da expressão de vontade concordante do seu titular, sofre um enfraquecimento face ao Estado ou a entidades públicas.”<sup>51</sup> Elemento essencial, portanto, é a vontade do indivíduo direcionada para admitir limitações a uma posição jurídica de direito fundamental que lhe é constitucionalmente conferida.

Do tema da renúncia a direitos fundamentais decorrem questões importantes, notadamente sobre a possibilidade e os limites do exercício de tal poder, seja na esfera pública, seja na privada, o que envolve até mesmo o direito à vida, como se verifica nas controvérsias em torno da eutanásia voluntária.

O principal obstáculo para se admitir poder dispositivo sobre direitos fundamentais refere-se à idéia fortemente sedimentada de serem eles inalienáveis e irrenunciáveis. Por outro lado, afirma-se que esses direitos devem ser observados não só em garantia do titular imediato, mas de toda a sociedade, adquirindo, assim, uma dimensão objetiva, que transcende o interesse do indivíduo em particular.

---

<sup>49</sup> Op. cit., p. 633 e ss.

<sup>50</sup> Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. 1, p. 288.

<sup>51</sup> Op. cit., p. 267. O autor diferencia a renúncia de duas figuras afins, ou seja, a perda e o não exercício: “na perda de um direito fundamental verifica-se também um enfraquecimento da posição jurídica individual tutelada por uma norma de direito fundamental, mas, diferentemente do que acontece na renúncia, esse enfraquecimento – na sua causa e na sua medida – é determinado, não já pela vontade concordante do interessado, mas pela ordem jurídica com base na verificação de certos pressupostos de fato. Por sua vez, no mero não exercício verifica-se uma situação distinta: o particular tem uma posição jurídica que a ordem jurídica lhe permite exercer ou não exercer, sendo que ambas as possibilidades podem ser configuradas como modalidades de exercício, em sentido lato, do direito fundamental em causa.” (op. cit., p. 273). Desse modo, na renúncia o titular se vincula juridicamente a não exercer, temporariamente, os poderes, faculdades e direitos que uma determinada posição jurídica de direito fundamental lhe atribui, enquanto na hipótese de não exercício o particular opta por não invocar tais direitos, não havendo, no entanto, um vínculo jurídico que condicione tal comportamento.

Para Jorge Reis Novais, a admissibilidade, em abstrato, da renúncia a direitos fundamentais decorre do próprio conceito de titularidade. Em outros termos, sendo o indivíduo titular de uma determinada posição jurídica de direito fundamental, cabe-lhe, igualmente, e pelo menos em princípio, o poder de disposição sobre essa condição que lhe é reconhecida, bem como a liberdade de escolher a melhor maneira de exercê-la.<sup>52</sup> Trata-se de manifestação da autodeterminação do indivíduo e de sua autonomia pessoal. Nessa perspectiva, a renúncia seria não só uma restrição, mas também uma forma de exercício do direito fundamental, na qual o titular opta por autorizar uma limitação com o intuito de obter vantagens que de outro modo não alcançaria.<sup>53</sup>

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

Sabe-se que os direitos fundamentais já não se reduzem, exclusivamente, à relação entre o indivíduo e o Estado, ou seja, à dimensão subjetiva característica da fase liberal. Daí evoluiu-se para novas formas de compreensão e de interpretação desses direitos, que sinalizam para a necessidade de adotar perspectivas mais abrangentes. É nesse sentido que se acrescenta uma dimensão objetiva, pela qual os direitos fundamentais funcionam também como “critérios de controle da ação estatal”, a serem aplicados “independentemente de possíveis intervenções e violações de direitos fundamentais de

---

<sup>52</sup> Op. cit., p. 285-291.

<sup>53</sup> O autor caracteriza essa dupla face da renúncia nos seguintes termos: “quando um particular renuncia a uma posição de direitos fundamentais, ou seja, quando se vincula juridicamente perante uma entidade pública a não invocar as pretensões, faculdades ou poderes que decorrem dessa posição, está a ampliar correspondentemente os poderes da entidade pública. Ou seja, trata-se de uma manifestação do seu poder de dispor sobre posições próprias de direitos fundamentais (exercício) que produz um enfraquecimento (restrição) da sua posição protegida de direitos fundamental.” (op. cit., p. 314-315)

determinada pessoa e da conseqüente reclamação por seu titular.”<sup>54</sup> Isso demonstra a variedade de abordagens que os direitos fundamentais comportam, mas não exclui a importância da esfera subjetiva, inerente ao surgimento mesmo desses direitos.<sup>55</sup>

Sem restringir o tema a uma concepção individualista e liberal, com excessiva valorização da autonomia do indivíduo, cumpre destacar, tão-somente, que a noção de indisponibilidade dos direitos fundamentais e o desenvolvimento da dimensão objetiva não devem ser levados ao extremo de subjugar a liberdade do sujeito de direito, instituindo um Estado paternalista que “se arroga a pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio”.<sup>56</sup>

A justiça consensual penal insere-se nessa discussão na medida em que o acordo ou a adesão do acusado à pena traz como conseqüência algumas limitações a direitos e garantias de índole constitucional. Nos institutos mais representativos do modelo do consenso, há uma declaração de vontade por parte do imputado no sentido de submeter-se, de imediato, a uma sanção ou medida de natureza penal, o que, por vezes, acarreta também o reconhecimento da responsabilidade pela conduta delitiva que lhe é atribuída. Em decorrência disso, a pessoa acusada aceita limitações a garantias vinculadas ao contraditório e à ampla defesa estabelecidas para reforçar sua posição frente ao poder punitivo do Estado. Há, portanto, repercussões na presunção de inocência e na formação da prova.

Para além desse aspecto restritivo, a anuência do imputado pode ser vista como manifestação do seu poder de decidir o modo pelo qual prefere exercer as vantagens inerentes à posição de direito fundamental, o que revela, retomando a doutrina de Jorge Reis Novais, a face positiva da renúncia, ou seja, de exercício do direito. Tal manifestação de vontade opera-se no contexto de um acordo ou negociação com o órgão acusador e, teoricamente, oferece para o imputado benefícios que não poderiam ser obtidos caso optasse pelo exercício pleno daqueles direitos ou garantias constitucionalmente

---

<sup>54</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 118-119. Ainda sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consenso e oportunidade*, op. cit., p. 332-333.

<sup>55</sup> Como enfatiza Paulo Bonavides, os direitos fundamentais assumem um “duplo caráter”, ou seja, “[...] conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva [...]” (*Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 588-589)

<sup>56</sup> NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., p. 287-288, fazendo referência aos doutrinadores alemães Sturm, Feinberg e Stern.

assegurados. Em regra, essa consequência mais favorável significa ter a pena reduzida ou evitar os riscos inerentes ao processo, dentre eles, a possibilidade de condenação.

Questiona-se, porém, se é tolerável, no Estado democrático de direito, a concessão ao acusado de poderes dispositivos sobre direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao processo penal. A primeira preocupação volta-se para o risco de fragilização do imputado, desequilibrando a relação com o poder punitivo estatal. Em segundo plano, vislumbra-se o interesse social na efetividade desses direitos.

Os direitos e garantias fundamentais do processo penal têm o objetivo precípuo de proteger a pessoa acusada, diante da ameaça que a persecução penal representa para sua liberdade. A nosso ver, o exercício das faculdades e poderes que tal condição lhe outorga deve deixar margem para escolhas que tenham por base a autonomia pessoal e a liberdade de conduzir a própria vida. Uma esfera que permita ao indivíduo buscar a melhor maneira de reagir ao interesse punitivo do Estado, o que pode envolver a opção por concordar com restrições a determinados direitos e garantias.

É certo que tal poder submete-se a limitações e condicionamentos ditados pela legislação vigente ou pela necessidade de compatibilizar outros bens jurídicos constitucionalmente amparados. Por outro lado, impõe-se a vigilância sobre o modelo consensual para que as limitações aos direitos fundamentais decorram de uma manifestação de vontade livre e consciente dos efeitos que serão produzidos no processo. Para tanto, cumpre reforçar a participação da defesa técnica, fornecer ao imputado os esclarecimentos que o municiem de informações suficientes para tomar decisões, enfim, criar mecanismos que equilibrem, tanto quanto possível, as posições do indivíduo e do Estado.<sup>57</sup> É essencial ainda que o ordenamento jurídico deixe sempre ao imputado e à

---

<sup>57</sup> A questão da voluntariedade da renúncia é um aspecto problemático desse tema, haja vista que o indivíduo pode se sentir pressionado pelas circunstâncias a aceitar limitações a seus direitos fundamentais. Jorge Reis Novais entende que a voluntariedade, embora seja pressuposto da renúncia, “acaba por ser bastante relativizada”. Cita como exemplo a suspensão provisória do processo, prevista no art. 281 do Código de Processo Penal português, em que o imputado concorda em se submeter a determinadas injunções como meio de sobrestar o andamento da persecução penal. Diz ele: “Configura-se, aí, claramente, uma situação de renúncia a direitos fundamentais. Como considerar, então, essa renúncia como genuinamente voluntária quando se sabe que a concordância do argüido só foi obtida porque, em alternativa, ele arriscava a condenação a pena de prisão? Mas, [...] não nos parece que a renúncia em causa seja inválida por razões atinentes ao caráter não ‘voluntário’ da declaração.” (op. cit., p. 306-307) O mesmo pode-se refletir em relação ao indivíduo que, no sistema do *plea bargaining* norte-americano, assume a culpa e aceita a prisão perpétua, em acordo com a acusação, para livrar-se da pena de morte que provavelmente seria aplicada caso preferisse o julgamento pelo júri. São situações em que não há verdadeira voluntariedade, mas sim uma escolha que poderá evitar resultado mais gravoso para o imputado.

defesa outras vias de resistência, de maneira que o acordo não seja, indiretamente, uma imposição. Por fim, devem ser asseguradas determinadas vantagens ao titular do direito, em virtude da restrição suportada.

O confronto entre os acordos no processo penal e os direitos fundamentais tem desdobramentos bastante polêmicos. Entretanto, ao invés de negar ao imputado os benefícios que podem advir de uma solução consensual, retirando-lhe por completo a autonomia da vontade e o poder de disposição, parece mais adequado aprimorar os institutos consensuais, pautando-os pela boa-fé, pela defesa técnica efetiva, pela clareza das conseqüências da manifestação volitiva e por um controle jurisdicional que não seja mera ficção. Além disso, há de se estabelecer critérios legais que tornem a limitação voluntária de direitos fundamentais um instrumento compatível com o Estado de direito e a dignidade da pessoa humana.

### **2.3.2. Verdade consensual**

O papel da verdade no processo penal é outro aspecto que pode ser abordado em matéria de institutos consensuais. Isso porque os acordos penais dispensam, ou reduzem significativamente, a atividade probatória necessária para reconstituir, nos autos do processo, os acontecimentos da realidade fática. Embora, no processo tradicional, essa reconstituição não consiga revelar uma verdade absoluta, tem-se, pelo menos, a verdade que foi possível alcançar por meio das provas colhidas e com base na qual se profere a decisão.

Desvendar o que é a verdade, ou quais requisitos um juízo deve satisfazer para ser tido como verdadeiro, é um dos grandes desafios do conhecimento humano, enfrentado, sobretudo, pela filosofia, que se ocupa do tema na lógica, na teoria do conhecimento e na metafísica. A concepção de verdade é variável conforme a corrente filosófica que se adote e para tanto foram formuladas diversas teorias e critérios.<sup>58</sup>

Segundo Urbano Zilles, no curso do pensamento filosófico buscou-se definir a verdade pelas teorias da correspondência ou adequação, da coerência, do consenso e, por fim, pela corrente pragmática. De acordo com a primeira aceção, que é também a mais

---

<sup>58</sup> ZILLES, Urbano. *Teoria do conhecimento e teoria da ciência*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 128.

antiga, a verdade seria uma correspondência entre a proposição ou juízo e a realidade. Tal pensamento, que remonta a escolas pré-socráticas, foi expresso por Tomás de Aquino na afirmação “*veritas est adaequatio rei et intellectus*”. Já pela teoria da coerência, a verdade decorre da ausência de contradição entre uma proposição e as demais que integram o mesmo sistema. Desse modo, “se uma proposição é verdadeira ou falsa, depende da coerência como se relaciona com outras proposições da mesma teoria”. Quanto à verdade como consenso, atribuída ao filósofo alemão Jürgen Habermas, “uma proposição é verdadeira quando o discurso sobre ela conduz a um consenso fundamentado”, em outros termos, quando quem enuncia a proposição consegue convencer todos os demais participantes acerca da verdade contida no seu juízo. Por último, tem-se a teoria pragmática, pela qual a verdade se identifica com o que é útil e vantajoso para a vida.<sup>59</sup>

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 dos 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 uma atuação cognitiva em que é necessário, de certa forma, reconstituir historicamente os fatos, aproximando-se o máximo possível da realidade.

A descoberta da verdade revela-se como instrumento fundamental para que se realize a justiça, permitindo que a norma seja aplicada com maior grau de acerto ao conflito de interesses que surge entre o Estado e o indivíduo com a prática de um delito. Nesse sentido, Marco Antônio de Barros comenta que “não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade. Esta é elemento essencial da justiça. Ambas complementam-se e formam um todo inseparável, em face do que é intrinsecamente contraditório supor que se possa administrar corretamente uma sem respeitar a outra”.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> ZILLES, Urbano, op. cit., p. 130-138. Ainda sobre essas concepções de verdade, ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 959-960.

<sup>60</sup> BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.



Nem sempre, porém, é possível vislumbrar, com toda inteireza, como os fatos realmente ocorreram no mundo físico e transportar tal conhecimento para os autos do processo, obtendo-se uma atividade cognitiva completa. Para alguns, a revelação da verdade absoluta no processo é uma utopia, algo que jamais pode ser alcançado.<sup>61</sup> É o posicionamento de Luigi Ferrajoli, ao mencionar que “a impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses jurídicas depende do fato de que a verdade ‘certa’, ou ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre um ‘limite ideal’ inatingível”.<sup>62</sup> Desse modo, pelas próprias limitações do processo, dos sujeitos intervenientes e dos meios de prova, a reconstituição fática pode não se fazer perfeitamente, devendo-se ainda agregar a esse rol de obstáculos a complexidade das ações e motivações humanas no cometimento de um crime.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho, as dificuldades do juiz em atingir o conhecimento verdadeiro relacionam-se, primeiramente, com a impossibilidade de fazer uma observação direta dos fatos, os quais não se repetem e só podem ser reconstruídos por meios indiretos. Em segundo lugar, ao juiz cumpre chegar necessariamente a uma conclusão, circunstância que impede uma pesquisa indefinida sobre os acontecimentos. Ademais, é necessário considerar que a atividade do magistrado desde a obtenção até a valoração das provas é regulada por normas que estabelecem limites.<sup>63</sup>

No âmbito do processo, fixou-se a separação entre verdade material e formal, elegendo-se a primeira como critério norteador da persecução. Por conseguinte, o processo penal deveria aproximar-se o máximo possível da verdade, autorizando-se a iniciativa instrutória do magistrado, embora sujeita a restrições. Por outro lado, de acordo com o dogma da verdade formal, associado ao processo civil, não haveria tanta exigência quanto à descoberta da verdade, ficando a atividade probatória mais sob o encargo da iniciativa das partes. Segundo esse princípio, determinados fatos também poderiam deixar de ser provados, caso não fossem objeto de contestação.

---

<sup>61</sup> Jacob Bazarian traz-nos um esclarecimento sobre verdade absoluta e relativa. Absoluta é “uma verdade completa, o reflexo absolutamente exato do objeto, é o conhecimento totalmente idêntico ao seu objeto. A verdade absoluta é válida para todos os homens e para todos os tempos, e por isso, não pode ser refutada no desenvolvimento ulterior do conhecimento.” Já a verdade relativa “é uma verdade incompleta, o reflexo relativamente correto do objeto, passível de complementação ou retificação no futuro, inclusive de refutação. É válida dentro de certos limites.” (*O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 166-167).

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 8. ed. Roma: Laterza, 2004, p. 23.

<sup>63</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44-46.

Atualmente, a vinculação da verdade material ao processo penal e da verdade formal ao processo civil já não é isenta de críticas. Põe-se em questionamento a própria necessidade da distinção para o resultado do processo.<sup>64</sup> A verdade no processo é fruto de um conjunto de procedimentos, envolvendo a reconstrução histórica de fatos, a apresentação de provas e a submissão ao contraditório. Todas essas atividades convergem para uma decisão que, satisfeitos os requisitos legais, cerca-se do valor certeza, tão caro às relações jurídicas. Com isso, atinge-se uma verdade possível, que embora não seja uma reconstituição fática plena, é legítima e aceitável pela observância do devido processo legal e das normas que compõem o sistema jurídico de um país em dado momento histórico. Tem-se, assim, uma verdade processual.<sup>65</sup>

Na justiça penal consensual, não há uma apuração detalhada do fato criminoso e de sua autoria. Informações colhidas na fase de investigações preliminares, em regra, são o suporte para a decisão judicial, juntamente com o acordo. O que se valoriza é a manifestação de vontade aceitando o estabelecimento de uma sanção ou de uma medida, independentemente de discussões acerca do que efetivamente ocorreu. Prevalece o que ficou pactuado entre as partes, cabendo ao juiz verificar os requisitos legais do acordo e elementos mínimos que sustentem a existência do delito e a participação do imputado. Tal procedimento promove uma ruptura com a idéia de que a aplicação de uma sanção penal deve se fundar em provas que traduzam, pelo menos, uma verdade processualmente atingível.<sup>66</sup> Surge, então, a idéia de verdade consensual. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, “ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir

---

<sup>64</sup> BARROS, Marco Antônio de, op. cit., p. 22.

<sup>65</sup> A terminologia quanto a essa verdade, contudo, não é unânime, havendo também o termo “verdade judiciária”, conforme menciona Luiz Francisco Torquato Avolio: “se a verdade é um objetivo a ser alcançado no processo, não se pode mais contrapor a verdade formal à verdade material: no processo existe apenas uma verdade, a verdade judiciária, que é aquela que emerge de um procedimento desenvolvido em contraditório, e baseado necessariamente em critérios de admissibilidade e exclusão de provas.” (*Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41).

<sup>66</sup> Analisando os acordos processuais penais no contexto do sistema continental europeu, mais especificamente no ordenamento jurídico alemão, Bernd Schünemann denuncia a incompatibilidade dessas práticas com “a verdade material e o dever judicial de esclarecimento dos fatos, pois os acordos, precisamente por sua utilidade prática, ou seja, de encurtar o processo, resultam necessariamente conflitivos com tais princípios fundamentais.” (*¿Crisis del procedimiento penal? ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?* In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Trad. Silvina Bacigalupo e Lourdes Baza. Madrid: Tecnos, 2002, p. 296).

também a verdade *consensuada*.”<sup>67</sup> Xavier Pin, por sua vez, refere-se a “uma verdade mais subjetiva”.<sup>68</sup>

O modelo consensual 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. Tanto a realidade afirmada pelas partes na justiça consensual, quanto aquela decorrente de apuração no processo tradicional são passíveis de não guardar correspondência com o que efetivamente aconteceu. Contudo, a justiça consensual, por admitir um procedimento de busca da verdade menos rigoroso, acaba tornando-se alvo de controvérsias. De fato, o problema da verdade é bastante evidente no *plea bargaining*, em que o indivíduo pode ter praticado um delito e ser condenado por outro, em virtude de negociação com o ministério público sobre o teor da acusação.<sup>69</sup> Mas se aplica também, com gradações diversas, aos demais modelos de consenso.

Cabe, em suma, indagar se essa verdade consensual é tolerável no processo que tenha como marco o Estado democrático de direito. A nosso ver, a verdade decorrente do consenso e de um contexto probatório mais reduzido é aceitável quando se pretende uma 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. No entanto, nas infrações graves, a verdade consensual oferece maiores riscos de prejuízo para os fins do processo. Recomendável, portanto, que, nessas hipóteses, o sistema jurídico viabilize mecanismos de conferir mais transparência aos acordos e de aperfeiçoar o arcabouço probatório dentro da idéia de celeridade que orienta o modelo do consenso.

### 2.3.3. Obrigatoriedade e oportunidade da ação penal

No que diz respeito ao poder punitivo e à ação penal, o consenso acarreta questionamentos nos países que adotam o princípio da obrigatoriedade do exercício da

---

<sup>67</sup> *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 50 (grifo dos autores).

<sup>68</sup> “Quanto à descoberta da verdade, constitui sempre o objetivo essencial, mas os meios para chegar a ela mudaram: o *imperium* se retraiu e os jurisdicionados adquiriram, em certa medida, um verdadeiro poder de dirigir ou modelar o procedimento, em busca de uma verdade mais subjetiva.” (La privatisation du procès pénal, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 2, avril/juin 2002, p. 247, trad. nossa).

<sup>69</sup> Trata-se do *charge bargaining*, ao qual retornaremos no tópico sobre direito estrangeiro.

ação. O problema surge porque o Estado tem não só o poder, mas também o dever de punir aqueles que desrespeitam as normas penais. Por conseguinte, se determinado comportamento não é digno de repressão criminal, o caminho mais lógico seria o de retirá-lo do rol de infrações desta natureza, descriminalizando totalmente ou transferindo para outras esferas de repressão. A partir do momento em que o sistema jurídico opta por criminalizar uma conduta, seria inadequado fazer concessões em torno da persecução penal, pois essa postura poderia trazer prejuízos para o interesse social na punição dos infratores.

É preciso observar, porém, que a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal já vem ocorrendo há várias décadas, mediante a introdução, nos países de *civil law*, de mecanismos alternativos que concretizam a idéia de oportunidade na persecução penal. Tal iniciativa encontra-se profundamente vinculada à explosão da chamada criminalidade de bagatela, para as quais o processo penal tradicional se revela um instrumento muito pesado e pouco proveitoso. Ademais, o processamento de todas essas pequenas infrações seria inviável para os ordenamentos jurídicos.

Desse modo, a obrigatoriedade da ação penal pode coexistir com critérios de oportunidade que permitam saídas alternativas ao processo, consensuais ou não, sem que isso signifique perda de legitimidade do sistema jurídico-penal. É necessário, contudo, que o ministério público atue dentro das limitações ditadas pela legalidade, com mecanismos de controle da discricionariedade que lhe é conferida, a fim de que não haja excessos nem violação do princípio da igualdade na condução dos casos criminais.

#### **2.3.4. Diminuição dos poderes do magistrado**

Uma outra objeção levantada contra o consenso no processo penal é a diminuição dos poderes do magistrado, uma vez que se concede mais autonomia às partes para chegar à solução que põe fim ao conflito de interesses entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*. As atividades tipicamente atribuídas ao julgador de conhecer os fatos, analisar provas e formar um convencimento ficariam, assim, bastante reduzidas. Em contrapartida, haveria a ampliação dos poderes do ministério público, com a faculdade de escolher limites concretos de pena e de manter discussões diretas com a defesa, como ocorre em alguns ordenamentos jurídicos. Essa tarefa conferida ao acusador público, por sua vez, tem como

conseqüência a necessidade de estabelecer formas de controle legal e ético que norteiem a realização dos acordos.<sup>70</sup>

A introdução ou expansão do consenso efetivamente acarretou mudança nos papéis antes desempenhados pelo magistrado e pelo órgão acusador. No processo tradicional, o juiz assume uma posição central, enquanto no modelo do consenso acusação e defesa passam a ter um espaço mais amplo de atuação, conforme o grau de autonomia da vontade que lhes seja concedido. São as partes que concorrem diretamente para o desfecho da persecução penal e, via de regra, o magistrado não pode ignorar o acordo formulado entre elas e proferir sentença de maneira diversa.<sup>71</sup> Isso pode parecer um retraimento preocupante da função jurisdicional.

Na realidade, constata-se que, no modelo consensual, os poderes do magistrado são exercidos de modo diferenciado. Para além da atribuição de dizer o direito de forma impositiva, agrega-se ao juiz a missão de incentivar o acordo, a participação e a proximidade entre os sujeitos envolvidos no conflito. Cumpre ressaltar que o magistrado permanece com uma atuação de notória relevância na análise da legalidade dos acordos, evitando negociações que sejam danosas para os propósitos da prestação jurisdicional. Cabe-lhe também verificar se estão presentes elementos probatórios suficientes da existência do fato delituoso e do envolvimento do imputado, o que representa uma análise probatória ainda que mínima. Por outro lado, em determinados modelos de justiça consensual, não obstante o acordo, o juiz competente pode condenar ou absolver.

Portanto, embora se possa falar em diminuição das atividades do magistrado, a adoção do consenso não representa, necessariamente, redução dos poderes ou da importância da autoridade judicial. É imprescindível, para tanto, que o controle jurisdicional seja efetivo e não apenas uma formalidade que leve à acomodação de aceitar qualquer ajuste realizado entre acusação e defesa. Ao magistrado reserva-se, acima de tudo, o dever de resguardar a pessoa acusada e proteger os interesses da justiça, atitude que, no mais, é decisiva para a legitimidade e a segurança da justiça consensual.

---

<sup>70</sup> Nesse sentido, observa Mario Chiavario que os procedimentos alternativos de resolução dos conflitos implicam um aumento dos poderes e das responsabilidades do ministério público (*Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal*, op. cit., p. 429).

<sup>71</sup> Mais especificamente, o magistrado não pode fixar uma pena superior àquela que foi pactuada.

### 2.3.5. Contratualização do processo penal

A ampliação do espaço conferido à vontade das partes no processo penal com a possibilidade de realizar acordos e alterar o rumo da persecução é também incluída como um problema do modelo consensual, na medida em que representaria uma tendência de contratualização do processo. Por essa perspectiva, o consenso seria uma forma de intervenção de interesses privados na solução do conflito entre *jus puniendi* e *jus libertatis*, matéria de ordem pública e submetida a regras que deveriam ser indisponíveis.

De fato, tem-se mencionado a existência de um movimento de progressiva *contratualização* da justiça. Isto é, utilizam-se, cada vez mais, acordos de vontades para resolver determinados conflitos, ora substituindo a jurisdição estatal, ora servindo-lhe de complemento. Segundo Pascal Ancel, o termo contratualização, embora um tanto fluido, refere-se à influência dos contratos ou das convenções “em setores da vida social que eram tradicionalmente considerados como fora do livre jogo das vontades privadas”.<sup>72</sup> Desse modo, ao invés de esperar sempre pela decisão de um terceiro escolhido pelo poder público, as partes são incentivadas a participar mais ativamente do desfecho da controvérsia que as envolve.<sup>73</sup>

A denominada contratualização da justiça, com esse significado amplo, manifesta-se pela expansão dos meios alternativos de resolução dos conflitos, como a arbitragem, a mediação e a conciliação. Tais mecanismos conferem às partes a liberdade de estabelecer cláusulas que satisfaçam melhor suas necessidades, tendo a vantagem de reduzir custos e de conduzir a um resultado mais rápido.<sup>74</sup>

No âmbito criminal, o fenômeno da contratualização é representado pelos acordos entre ministério público e imputado com vistas a eliminar o processo ou concluí-lo antecipadamente. Nesse rol inserem-se os institutos consensuais que atuam como saídas alternativas ao processo, bem como os procedimentos especiais que pressupõem negociação ou adesão da pessoa acusada à proposta do acusador.

---

<sup>72</sup> Verbete “Contractualisation”. In: CADIET, Loïc (dir.). *Dictionnaire de la justice*. Paris: PUF, 2004, p. 231.

<sup>73</sup> ANCEL, Pascal, op. cit., p. 231.

<sup>74</sup> Sobre os meios alternativos como manifestação da contratualização da justiça, ANCEL, Pascal, op. cit., p. 231- 235.

Uma outra terminologia, “privatização do processo penal”, é usada por Xavier Pin, porém com significado mais abrangente do que contratualização. Com efeito, para o citado autor, a privatização engloba não só a maior relevância atribuída à vontade individual mediante a formulação de acordos, mas também a ingerência de interesses privados no seio do processo penal, a exemplo da participação da vítima e da preocupação em assegurar-lhe a reparação dos danos.<sup>75</sup>

Restringindo-nos aos acordos, a aproximação com os contratos ocorre porque, nos institutos consensuais ou negociados, também é possível identificar-se a mesma dinâmica que particulariza a formação dos pactos cíveis. Em outras palavras, nos acordos penais há proposta, aceitação, concessões recíprocas e, eventualmente, até discussões sobre os termos do ajuste, como se verifica no *plea bargaining*. Mesmo nos casos em que o acusado tem a oportunidade apenas de aceitar ou recusar a proposta, sem intervir no seu conteúdo, é perceptível alguma semelhança com o contrato de adesão, em que as cláusulas são fixadas unilateralmente. Em síntese, os acordos no processo penal remetem à idéia de encontro de vontades, tão presente nas relações contratuais.

Seguindo esse raciocínio, Philippe Laurent qualifica a composição penal – instituto consensual francês – como um verdadeiro contrato de adesão. Ele lembra que o fato de um ajuste decorrer ou não de negociação não interfere necessariamente na natureza contratual, uma vez que os contratos de adesão também são contratos. Assim, a composição penal francesa é traduzida pelo autor como “uma faculdade reconhecida às partes de contratar em matéria de ordem pública, sob a reserva de submeter o acordo à homologação judicial.”<sup>76</sup>

Para Jean Pradel, essa liberdade das partes de alterar o curso da persecução mediante acordos motiva a indagação sobre o próprio cabimento do consenso no processo penal. Nesse sentido, o referido autor pergunta-se “como é possível imaginar que vontades privadas, em acordo com autoridades públicas e talvez mesmo por sugestão delas, possam paralisar a atuação das regras penais, isto é, de regras pertencentes a uma disciplina que é, por excelência, de ordem pública”.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> La privatisation du procès pénal, op. cit., p. 246. O autor observa que “a privatização do processo penal não significa o retorno à justiça privada dos tempos passados, mas apenas que a justiça estatal concede mais espaço aos atores privados e à defesa de seus interesses.” (op. cit., p. 247, trad. nossa)

<sup>76</sup> *Contrat et droit pénal*. Lille: Atelier National de Reproduction des Thèses, 2001, p. 377-378 (trad. nossa). Sobre a composição penal francesa, cf. o capítulo sobre direito estrangeiro, infra.

<sup>77</sup> Le consensualisme en droit pénal comparé, op. cit., p. 331 (trad. nossa).

Por intermédio dos acordos, o processo penal – ramo do direito intrinsecamente vinculado a decisões impostas por um terceiro – está, efetivamente, concedendo mais liberdade às partes, o que representa mudança relevante na forma de atuação da justiça criminal. Ameniza-se o caráter repressivo e unilateral dos mecanismos de resposta aos comportamentos infracionais. Ao mesmo tempo, o direito contratual tem evoluído para o estabelecimento de algumas restrições à autonomia da vontade. De fato, os excessos na liberdade contratual ensejaram a adoção de normas jurídicas que tiveram por objetivo proteger a parte mais frágil e corrigir situações de desigualdade.<sup>78</sup> Portanto, se o individualismo dos contratos foi temperado com limitações à autonomia da vontade, a justiça penal tradicional teve o seu lado impositivo reduzido pela atribuição de efeitos jurídicos mais significativos ao consenso.

Essas mudanças no âmbito criminal refletem um recuo na esfera repressiva do processo penal, como também as transformações que se operaram na clássica divisão entre direito público e privado. Ao invés da separação rígida, antes prevalente, o que se observa na atualidade são fronteiras menos precisas entre os dois ramos. É o que ressalta Françoise Tulkens ao comentar que “o modelo de direito penal como intervenção autoritária e unilateral de defesa de valores sociais cede progressivamente lugar a um modelo civil de gestão contraditória de interesses pessoais.”<sup>79</sup>

#### **2.4. Causas da expansão do consenso no processo penal**

Freqüentemente associa-se a difusão dos institutos consensuais ao que se convencionou chamar de “crise do processo penal”. Esta se traduz, basicamente, pelas dificuldades dos órgãos jurisdicionais de evitar a morosidade e lidar com o volume crescente de processos. A consequência é a perda de credibilidade do sistema penal e o sentimento de que o interesse social na punição daqueles que infringem as leis não está sendo satisfeito.

---

<sup>78</sup> No Brasil, pode-se mencionar o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), estabelecendo, por exemplo, um rol de cláusulas abusivas que limitam o conteúdo dos contratos e, por conseguinte, a autonomia da vontade. Destaca-se também a idéia de função social dos contratos, prevista expressamente no Código Civil de 2002.

<sup>79</sup> La justice négociée, op. cit., p. 558 (trad. nossa). Da mesma forma, Xavier Pin vê na privatização do processo penal uma “flutuação da fronteira entre o público e o privado.” (op. cit., p. 245, trad. nossa)



A crise da justiça e as reclamações referentes à lentidão do processo não são, certamente, um fenômeno novo. No entanto, a emergência de uma sociedade mais complexa, industrializada e globalizada, trouxe repercussões para o processo penal e para a administração da justiça, revelando deficiências de atuação, formalidades e burocracias incompatíveis com as exigências do contexto atual, que aponta para a necessidade de soluções rápidas e eficientes.

Afora esses obstáculos operacionais, a própria estrutura tradicional do processo criminal, com amplos mecanismos de defesa e busca da verdade mediante a produção probatória, também passou a ser tida como um entrave para o funcionamento do sistema, sobretudo com o avanço da pequena criminalidade. Diante desse cenário, houve a aproximação do processo penal com as vias conciliativas, introduzindo-se institutos fundados no consenso para concluir os procedimentos com mais diligência.

Não foram apenas questões internas à justiça e ao processo penal que motivaram o recurso ao consenso. Ao lado do entusiasmo com os instrumentos consensuais e negociados na persecução penal, ocorreu ainda o resgate de um conjunto de meios alternativos de resolução dos conflitos, enfatizando as idéias de simplicidade, celeridade e participação. Tais iniciativas revelaram, em parte, a insuficiência do modelo estatal de enfrentamento das controvérsias e a busca por novos paradigmas que atendessem ao pluralismo da sociedade.

Para Stefano Marcolini, a expansão do consenso penal é fruto de uma dupla crise. A primeira é a excessiva normatização, que gera uma espécie de “esquizofrenia legislativa”. A segunda é uma crise da própria jurisdição, que acarreta a perda de autoridade do poder jurisdicional e a intervenção crescente de outros atores na resolução dos conflitos.<sup>80</sup> Do mesmo modo, Françoise Tulkens ressalta que diversos fatores se conjugaram para incentivar a utilização de institutos consensuais ou negociados na persecução penal. No plano social, verificou-se o apelo a “novas formas de organização e de gestão”, motivado pela crise do Estado Providência. No âmbito jurídico, operou-se a passagem de um direito imposto para um direito negociado, em que prevalecem modos de intervenção “mais suaves, informais e menos custosos”. Já na esfera do direito penal, ocorreu a ênfase nas idéias de “descriminalização, despenalização, desjudiciarização e

---

<sup>80</sup> Op. cit., p. 9-13.

diversão” como iniciativas passíveis de combater a incapacidade do sistema penal de lidar com o aumento da demanda.<sup>81</sup>

Pode-se afirmar que as dificuldades do processo penal inserem-se no contexto maior da fragilização do Estado, cujo poder de regulação da vida social foi diminuído por várias circunstâncias vinculadas ao surgimento da sociedade global. Os instrumentos convencionais do aparato estatal para realizar a justiça passaram a concorrer com outras formas de resolução de conflitos. Assim, na esfera civil, o emprego da conciliação, da arbitragem e da mediação como mecanismos menos onerosos e mais céleres do que as vias judiciais. No processo penal, a opção pelos acordos, seguindo a mesma idéia de ampliar a autonomia de vontade dos interessados na resposta aos comportamentos infracionais.

Por fim, deve-se destacar o principal atrativo do modelo consensual, que é, justamente, sua capacidade de aliviar a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais, possibilitando a aplicação de penas e medidas com considerável economia de tempo para todos os sujeitos envolvidos.

## **2.5. Justiça consensual e modos alternativos de resolução dos conflitos**

As tentativas de reformar a justiça e amenizar os obstáculos acima enunciados envolvem iniciativas como a ampliação do número de tribunais e de juízes, o aperfeiçoamento da gestão de recursos, os investimentos em inovações tecnológicas, bem como a adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.<sup>82</sup> Nessa última frente, enquadram-se a arbitragem, a conciliação e a mediação, como práticas que visam excluir ou complementar a atividade das instâncias judiciais. A finalidade principal dessas alternativas é obter mais rapidez na solução dos conflitos, mais flexibilidade, além de reduzir custos.

O tema exige, de logo, esclarecimentos acerca da conceituação. De fato, Jean-Baptiste Racine adverte para a fluidez da expressão “modos alternativos de resolução de conflitos”, que é normalmente indicada pela sigla MARCs e conhecida também por

---

<sup>81</sup> La justice négociée, op. cit., p. 554-557. Acrescenta a autora que a justiça negociada seria mais um instrumento para o sistema penal enfrentar desafios como a pequena delinquência urbana, o sentimento de insegurança e a necessidade de assegurar os interesses da vítima. (op. cit., p. 557)

<sup>82</sup> PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Por caminhos da (s) reforma (s) da justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 25.

*Alternative Dispute Resolution* ou ADR, na versão norte-americana. No intuito de delimitar essas iniciativas, o referido autor traça algumas características marcantes. A primeira delas é o fato de a solução do litígio ser alcançada mediante a participação das pessoas envolvidas, o que põe em relevo o papel do consenso e da negociação. Em segundo plano, tem-se a independência em relação aos órgãos judiciários, o que se infere da própria utilização do termo “alternativo”, que expressa uma justiça realizada fora do Poder Judiciário. Por conseguinte, “trata-se de uma alternativa à justiça estatal, ao juiz instituído pelo Estado para dizer o direito”. Nesse ponto, porém, é preciso ressaltar que a independência não é plena, podendo haver influência estatal e controle por parte do juiz, ainda que *a posteriori*.<sup>83</sup>

De qualquer forma, a relação entre os modos alternativos e o aparato estatal é ponto controvertido e de frágil delimitação.<sup>84</sup> Uma das principais dificuldades decorre da pluralidade de práticas que estão incluídas nesse movimento. Se tomarmos, por exemplo, a conciliação e a mediação, principais modalidades de meios alternativos, veremos que podem assumir feições bastante variadas, ora mais formais, como ocorre nas mediações e conciliações judiciais, ora informais, como as mediações comunitárias.<sup>85</sup> Na realidade, os meios alternativos são mecanismos utilizados para evitar o Poder Judiciário, mas acabaram sendo inseridos no âmbito dos processos judiciais para assegurar uma solução adaptada e menos conflituosa. Essa proximidade revela ainda a importância de que os modos alternativos sejam vistos como instrumentos passíveis de conviver com a justiça estatal, complementando-a.

Conciliação e mediação fundam-se, essencialmente, em uma base negocial. As pessoas envolvidas nesse tipo de procedimento são auxiliadas por um terceiro para chegar à composição amigável de suas diferenças.<sup>86</sup> Esse terceiro funciona como um facilitador

---

<sup>83</sup> *Les modes alternatifs de resolution des conflits: approche générale et spéciale*. Disponível em: <<http://www.gip-recherche-justice.fr/>>. Acesso em: 15 fev. 2008, p. 2. O termo *Alternative Dispute Resolution* remete à denominação utilizada pelos norte-americanos, enquanto na doutrina francesa prefere-se a terminologia *modes alternatifs de règlement des litiges* (MARL) ou *modes alternatifs de règlement des conflits* (MARC).

<sup>84</sup> A própria expressão “alternativa à justiça” contém significados diferentes, podendo designar modos extrajudiciais de resolução dos conflitos ou técnicas informais que se desenvolvem dentro do processo judicial, conforme esclarece Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (Verbete “Alternativo”. In: ARNAUD, André-Jean et. al. (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2 ed. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 13).

<sup>85</sup> BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. Verbete “alternativo”, op. cit., p. 13-14.

<sup>86</sup> Note-se que, na conciliação, pode ou não haver a intervenção de um terceiro.

das discussões, sem desempenhar papel decisório.<sup>87</sup> Já na arbitragem, as partes convencionam delegar a solução do conflito para um árbitro, cuja decisão tem caráter vinculante. Trata-se, portanto, de um meio alternativo bastante semelhante ao processo desenvolvido perante os órgãos judiciais.

O movimento *Alternative Dispute Resolution* (ADR) originou-se nos Estados Unidos, entre as décadas de sessenta e setenta, período em que as atenções se voltaram para formas de resolução dos conflitos que tinham por base a comunidade e não apenas o aparato estatal de realização da justiça.<sup>88</sup> Por sua vez, no contexto europeu, o marco decisivo para a adesão aos modos alternativos foi a atuação do Conselho da Europa, mediante recomendações e resoluções que inspiraram os ordenamentos jurídicos nacionais. Assim, o desenvolvimento dos modos alternativos tem sido enfatizado para ampliar o acesso à justiça e solucionar, de maneira menos burocrática, os conflitos que emergem nas relações comerciais entre os diversos países.<sup>89</sup>

Os argumentos favoráveis aos modos alternativos destacam as vantagens de obter uma solução que melhor atenda à vontade das partes, bem como a economia de tempo e, possivelmente, de custos. Importante ressaltar que as críticas apontam, sobretudo, o risco de prejuízos para a parte mais frágil, que estaria sem a cobertura das garantias do procedimento judicial. Loïc Cadiet, enumerando os principais receios em relação aos MARCs, observa que “escapando à instituição judiciária, a solução dos litígios escapa também às garantias do justo processo: a solução amigável dos litígios não é necessariamente mais justa do que a solução judiciária.”<sup>90</sup> Uma das formas de superar essa dificuldade seria a transposição de alguns princípios do justo processo para o procedimento utilizado nos meios alternativos, tais como a lealdade entre as partes, a igualdade de armas

---

<sup>87</sup> Embora esse terceiro seja, em regra, um particular, quando a mediação ou a conciliação ocorrem no âmbito de um processo judicial, o juiz ou o ministério público podem assumir essa função de auxiliar as partes na obtenção de um acordo.

<sup>88</sup> PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo, op. cit., p. 32. Os autores comentam ainda que “esta foi uma década dominada pelo renascer do interesse pela vida em comunidade e pela respectiva justiça comunitária; pelo reconhecimento da insuficiência dos mecanismos tradicionais para dar resposta aos novos desafios de uma sociedade de consumo; pela desvalorização do conceito profissional de justiça em detrimento da autocomposição.” (op. cit., p. 32)

<sup>89</sup> CHEVALIER, Pierre ; THUAU, Marielle. Les MARL: perspectives et enjeux européens. In : CHEVALIER, Pierre ; DESDEVISES, Yvon ; MILBURN, Philip (dir.). *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice*. Paris: La Documentation Française, 2003, p. 37-44.

<sup>90</sup> Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit. In: CHEVALIER, Pierre ; DESDEVISES, Yvon ; MILBURN, Philip. (dir.), op. cit., p. 256. Embora mencione essas objeções aos modos alternativos, o autor entende que talvez seja o momento de investir na “utilidade que eles podem apresentar entre os mecanismos de resolução das diferenças”, superando eventuais motivos de temor (op. cit., p. 257, trad. nossa).

e as exigências de imparcialidade e de neutralidade do terceiro que intervenha na composição do conflito.<sup>91</sup>

O âmbito de atuação dos modos alternativos é bastante amplo. A expansão maior deu-se na esfera civil, especialmente nas relações empresariais, comerciais e de consumo. Mas seu desenvolvimento também se verificou no direito trabalhista e nos conflitos familiares e de menores, setores nos quais o interesse público é mais presente. A justiça criminal não ficou alheia a esse movimento. Nessa esfera, destaca-se a mediação penal, que, no ordenamento jurídico francês, por exemplo, é prevista como um procedimento alternativo anterior à propositura da ação penal e cujo objetivo é, eminentemente, a reparação dos danos sofridos pela vítima.<sup>92</sup>

Os meios alternativos surgiram de um movimento que abrange iniciativas de setores privados e da sociedade, no sentido de estabelecer outros caminhos de composição dos litígios inerentes às relações cotidianas. O recurso à conciliação, à mediação e à arbitragem como técnicas de tratamento de conflitos está longe de ser uma novidade. O que ocorreu no final do séc. XX foi um retorno a essas práticas, uma redescoberta voltada para atender a propósitos variados.

Para Jean-Baptiste Racine, o fenômeno da expansão dos modos alternativos, mais do que uma tentativa de superar a crise da justiça, representou “uma mutação profunda do sistema jurídico contemporâneo”. Tais transformações seriam caracterizadas pela transição de um direito impositivo, rígido, com regras ditadas pelo Estado, para um direito negociado, que seguiria a tendência de contratualização das formas de resolução dos conflitos.<sup>93</sup>Loïc Cadiet pondera, no entanto, que essa contratualização expressa nos modos alternativos não deve ser vista como uma “re-feudalização” ou “privatização”, mas sim como uma ampliação das possibilidades de resposta aos conflitos.<sup>94</sup>

Ainda nessa perspectiva, tem-se analisado a ênfase nos modos alternativos como uma manifestação do surgimento de novas formas de regulação social, questão que é muito mais abrangente do que as dificuldades do sistema judiciário na sociedade

---

<sup>91</sup> CADIET, Loïc. *Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit*, op. cit., p. 260-261. Além disso, há as garantias próprias dos modos alternativos, que seriam a confidencialidade e o consentimento das pessoas envolvidas (op. cit., p. 262).

<sup>92</sup> Sobre a mediação penal francesa retornaremos no capítulo sobre as experiências estrangeiras com a justiça consensual, infra.

<sup>93</sup> Op. cit., p. 6.

<sup>94</sup> *Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit*, op. cit., p. 263.

contemporânea.<sup>95</sup> Com efeito, no Estado Providência intensificou-se o uso das normas jurídicas como instrumento de regulação das mais diversas relações sociais, provocando um processo de “jurisdicização” ou de “juridificação”. O excesso de intervencionismo, aliado à conjuntura de uma sociedade cada vez mais complexa, concorreu para que a resolução dos conflitos se concentrasse no Poder Judiciário, causando o aumento da demanda por prestação jurisdicional. Esse reforço do papel dos órgãos judiciais na solução das diferenças representaria um processo de “judicialização”.<sup>96</sup>

A expansão dos modos alternativos indicou uma crise dessa forma estatal de gerir os conflitos sociais, demonstrando a necessidade de diversificar os mecanismos de resposta e de promover uma reaproximação com a sociedade. Em vista disso, os modos alternativos estão inseridos no movimento de “desjurisdicização”, pelo qual se opera um recuo do direito enquanto modo de regulação social. Enquadram-se ainda na tendência à “desjudicialização”, que tem por objetivo evitar, na medida do possível, o tratamento de determinados conflitos pelos órgãos judiciais.<sup>97</sup> Entretanto, como observa Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, os modos alternativos não devem ser analisados em oposição a outros modelos de tratamento das diferenças, “mas como uma evolução de nossas sociedades para uma maior pluralidade e também complexidade das formas de regulação social.”<sup>98</sup>

Se analisarmos o modelo consensual penal, em comparação com os modos alternativos, podemos entender que a expansão dos acordos processuais penais indica o avanço dessa justiça negociada dentro do processo penal, não para excluir a presença do Estado, mas para diversificar as respostas aos comportamentos delitivos.

<sup>95</sup> CADIET, Loïc. Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit, op. cit., p. 258.

<sup>96</sup> Nesse sentido, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, para quem a “infiltração do Estado em todos os domínios da vida social é acompanhada também de uma juridicização crescente das relações sociais, com o corolário da judicialização dos modos de regulamentação dos conflitos.” (La médiation: du droit imposé au droit négocié? In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (dir.). *Droit négocié, droit imposé?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 422). A “jurisdicização” pode ser definida como a “extensão do direito e dos processos jurídicos a um número crescente de campos da vida econômica e social” (FRIEDMAN, Lawrence M. Verbete “Jurisdicização”. In: ARNAUD, André-Jean et. al. (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*, op. cit., p. 437). Já o termo “judicialização” tem o sentido etimológico de “tornar jurídico ou submeter ao judiciário” (Verbetes “Judicialização”. In: ARNAUD, André-Jean et. al. (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*, op. cit., p. 432).

<sup>97</sup> Byung-Hyun Sohn refere-se à “desjurisdicização” como “a forma mais global de recuo da regulação jurídica”, podendo manter conexão com fenômenos mais específicos como a despenalização e a descriminalização, uma vez que “a redução da pena aplicável a certos fatos ou a supressão de uma incriminação se inscreve, certamente, nas vias de uma redução da intervenção do direito.” (*Le processus de dépenalisation en droit pénal contemporain*. Lille: Atelier National de Reproduction des Thèses, 2005, p. 6).

<sup>98</sup> La médiation: du droit imposé au droit négocié?, op. cit., p. 424.

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 a previsão de soluções menos conflituosas, que favoreçam a participação e o diálogo. É, em síntese, a idéia de pluralidade acima ressaltada, fazendo coexistirem, em seus respectivos âmbitos, uma justiça formal, rígida, e um modelo consensual.

Conciliação e mediação, como instrumentos representativos dos modos alternativos, passam a ser técnicas utilizadas também no seio do processo, com o objetivo de abreviá-lo, de aliviar a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais e de reparar os prejuízos suportados pela vítima. Evidencia-se, assim, o retraimento da participação do Estado mesmo no domínio interno do processo penal, dando lugar, ainda que de maneira reduzida e controlada, a uma atuação mais ampla das partes na satisfação de seus interesses.

## **2.6. Justiça consensual e justiça restaurativa**

A inserção dos acordos no processo penal não é iniciativa isolada para atenuar o caráter impositivo da justiça retributiva. Diálogo, participação, integração, abordagem menos repressiva são idéias que se enquadram plenamente na justiça consensual penal e também na denominada justiça restaurativa.

Embora haja dificuldades de estabelecer um conceito preciso de justiça restaurativa, é possível identificar alguns elementos que a particularizam como um modelo de resposta aos comportamentos infracionais. Trata-se de uma forma de resolução de conflitos que procura sanar as conseqüências do delito mediante a participação do autor do fato, da vítima e de representantes da comunidade, estimulando a restauração das relações sociais e afetivas. Parte do pressuposto de que a conduta nociva para a convivência social tem repercussões não só jurídicas, mas também nos relacionamentos. O objetivo, desse modo, é estimular atitudes que reparem o dano ocorrido e restabeleçam os vínculos.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Antonio García-Pablos de Molina, abordando as formas de reação social ao delito, insere a justiça restaurativa no que denomina de “modelo integrador”, ou seja, o paradigma pelo qual se busca “contemplar os interesses, expectativas e exigências de todas as partes implicadas no problema criminal, com harmonia e

Vários aspectos concorreram para a adoção de iniciativas que integram o modelo restaurativo. Robert Cario menciona a crise do sistema penal moderno, o desenvolvimento da vitimologia na década de cinquenta, bem como a redescoberta de mecanismos de resolução dos conflitos tradicionalmente utilizados por grupos sociais na América do Norte, Nova Zelândia e África.<sup>100</sup> Assim, a justiça restaurativa se inspira em práticas vivenciadas por outras culturas que muito antes já se voltavam para as idéias de restauração e reintegração na comunidade.<sup>101</sup> O que se tem com a concepção atual de justiça restaurativa é um retorno a meios não coercitivos de tratamento de determinadas infrações, movimento cujo marco remonta ao final dos anos setenta do século passado.<sup>102</sup>

Pelo modelo restaurativo, a conduta lesiva traz prejuízos para o autor do fato, a vítima e a comunidade, representando uma situação de desequilíbrio e não apenas uma ofensa ao Estado. Diz-se, então, que “o crime perde a conotação publicista de ofensa a um bem jurídico e volta a ser um ‘conflito’ que opõe duas ou mais partes dentro de uma comunidade.”<sup>103</sup> Nesse sentido, o tratamento é direcionado para as necessidades específicas de cada um desses atores e promove uma distribuição de responsabilidades.

No que diz respeito ao agente, incentiva-se o reconhecimento do mal causado e a reparação dos prejuízos advindos do seu comportamento. Para tanto, é necessário que o autor do fato reflita sobre o ato praticado e se disponha a adotar uma nova postura. Quanto à vítima, há uma preocupação com as conseqüências psicológicas do delito, com os transtornos gerados pela vitimização, enfim, com o sofrimento que lhe foi imposto. Já em relação à comunidade, busca-se reintegrar ofensor e ofendido, sem os estigmas decorrentes da situação problemática que se estabeleceu entre eles, restaurando-se o equilíbrio na vida social.

Vê-se que os propósitos da justiça restaurativa são bastante amplos e complexos, pois sua abordagem não se restringe à perspectiva unilateral do autor do fato ou da vítima. Em razão disso, há uma variedade maior de interesses a serem considerados. A tentativa é

---

ponderação.” (Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. Trad. Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, op. cit., p. 398).

<sup>100</sup> *Justice restaurative: principes et promesses*. Paris: L’Harmattan, 2005, p. 10-25. Grazia Mannozi também destaca a contribuição da antropologia, da vitimologia e do abolicionismo penal para o contexto teórico que orientou a construção do modelo restaurativo (*La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 29-39).

<sup>101</sup> Para Robert Cario, as raízes da justiça restaurativa remontam “à história pluri-cultural da humanidade” (op. cit., p. 68).

<sup>102</sup> MANNOZZI, Grazia, op. cit., p. 29.

<sup>103</sup> MANNOZZI, Grazia, op. cit., p. 27 (trad. nossa).



de obter uma compreensão tão global quanto possível do comportamento delitivo que perturbou a paz social e, a partir daí, adotar as medidas cabíveis para sanar os prejuízos.

A proposta restaurativa é nitidamente diversa do modelo retributivo de justiça penal. Em primeiro lugar, porque na justiça restaurativa as pessoas envolvidas no ato lesivo desempenham papel ativo na busca de uma solução que satisfaça a todos, enquanto na justiça penal tradicional essa tarefa é delegada a um terceiro. Em segundo plano, o que se focaliza na justiça restaurativa é a reparação e não a repressão. Por consequência, tem-se como finalidade solucionar o problema e não apenas identificar e punir os culpados.

Nem sempre o recurso à justiça restaurativa representa uma substituição da via jurisdicional. É possível que o procedimento alternativo atue paralelamente ao processo criminal, buscando a reparação extrajudicial, a reinserção social do acusado e o desenvolvimento de uma relação mais positiva entre autor do fato e vítima, sobretudo quando estes têm vínculos familiares. Para Francisco Amado Ferreira é conveniente que haja uma relação de complementaridade entre os dois sistemas. Dessa forma, “se, em sede geral devem coexistir como mecanismos de prevenção e administração de conflitos, no caso concreto, nada impede que eles funcionem em simultâneo e em satisfação dos interesses públicos e privados suscitados por uma mesma ofensa.”<sup>104</sup>

Importante observar também que as medidas restaurativas não têm sido reservadas apenas a delitos de pequena gravidade. De fato, admite-se a adoção de tais práticas mesmo nos casos mais graves.<sup>105</sup>

As práticas de justiça restaurativa utilizam-se da mediação e da conciliação, como procedimentos que tornam possível a proximidade e o diálogo. Robert Cario adverte que não há “modelo ideal” de justiça restaurativa. Pelo contrário, as iniciativas devem adaptar-se ao contexto de cada sociedade.<sup>106</sup> Algumas características gerais, no entanto, podem ser elencadas, tais como a participação voluntária, a integração e o consenso. Necessário ainda que se assegure posição de igualdade entre as diversas pessoas que interagem nesse processo, ou seja, autor do fato, vítima, parentes e representantes da comunidade, de

---

<sup>104</sup> *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 40. Também Grazia Mannozi ressalta o caráter paralelo e alternativo da justiça restaurativa, uma vez que coexiste com o processo formal, mas apresenta características bem diversas da proposta do modelo tradicional de processo (op. cit., p. 32).

<sup>105</sup> CARIO, Robert, op. cit., p. 67.

<sup>106</sup> Op. cit., p. 67.

acordo com o tipo de prática restaurativa que se adote. Para a obtenção do acordo, tem-se ainda a ajuda de profissional que atua como mediador ou facilitador.<sup>107</sup>

Em termos de experiências concretas de justiça restaurativa, dentre as principais modalidades estão os programas de mediação entre autor do fato e vítima (*victim-offender mediation* ou *victim-offender reconciliation programs*), que têm por objetivo promover o encontro entre ofensor e ofendido, proporcionando um momento de discussão sobre o conflito, a exposição dos diferentes pontos de vista e o entendimento sobre a forma de reparação. O primeiro caso de mediação entre vítima e ofensor ocorreu no Canadá em 1974, tendo posteriormente se estendido para Estados Unidos e Europa.<sup>108</sup> A mediação é o instrumento pelo qual esse processo se desenvolve, havendo, portanto, a intervenção de um terceiro. Em regra, realizam-se vários encontros, sob a orientação do mediador ou facilitador, sempre tendo em vista a solução do conflito, a reparação e a reconciliação entre as partes.<sup>109</sup>

Outra iniciativa importante promove o diálogo não só entre o ofensor e o ofendido, mas também entre os respectivos parentes e até membros da comunidade cuja participação seja relevante para o processo de resolução do conflito e de restabelecimento da paz social. Trata-se das conferências de grupo familiar (*family group conferences*), que Grazia Mannozi descreve como “forma ampliada” da mediação vítima-ofensor, podendo reunir até trinta pessoas.<sup>110</sup> Por esse procedimento, a família e a comunidade desempenham papel bastante ativo, o que facilita a reintegração social do autor do fato e evita a estigmatização.

Cumpram ainda destacar os grupos denominados *sentencing circles*, pelos quais conselhos comunitários participam da fixação da pena do infrator, em conjunto com as autoridades estatais vinculadas ao sistema penal. Os *circles* são técnicas utilizadas principalmente no Canadá e na Nova Zelândia, como “um *forum* de discussão para definir a medida da pena com o consenso da comunidade.”<sup>111</sup>

A Nova Zelândia é tida como pioneira na utilização de práticas de justiça restaurativa, aplicando-as, inicialmente, no âmbito da infância e juventude e com a

---

<sup>107</sup> CARIO, Robert, op. cit., p. 69.

<sup>108</sup> CARIO, Robert, op. cit., p. 77.

<sup>109</sup> MANNOZZI, Grazia, op. cit., p. 134-139.

<sup>110</sup> Op. cit., p. 151.

<sup>111</sup> MANNOZZI, Grazia, op. cit., p. 157.

finalidade de preservar as tradições da comunidade aborígene Maori. Destacou-se, nesse sentido, a edição do *Children, Young Persons and Their Families Act*, em 1989, que atribuiu mais responsabilidades à família no tratamento dos jovens infratores, com ênfase na idéia das *family group conferences*.<sup>112</sup> Embora, atualmente, a justiça restaurativa esteja disseminada por vários ordenamentos jurídicos, Francisco Amado Ferreira afirma que “na Europa Continental, os programas e mecanismos restaurativos têm conhecido um menor desenvolvimento do que nos países de origem anglo-saxônica.”<sup>113</sup>

Com efeito, há diferenças significativas entre os dois grupos de países. Se no sistema *common law* prevalecem os instrumentos restaurativos de base comunitária, como os *sentencing circles* e as *family group conferences*, na Europa continental as manifestações desse modelo de justiça se restringem, particularmente, à mediação penal.<sup>114</sup> Assim, pelo que se observa, o foco dos ordenamentos europeus tem sido a mediação entre autor do fato e vítima, com projetos iniciais no âmbito da infância e juventude, mas que depois acabam se estendendo para outros segmentos do direito criminal, inclusive com alterações legislativas.<sup>115</sup>

Seguindo essa linha, conforme noticia Leonardo Sica, na Alemanha, os programas restaurativos foram implementados no início da década de oitenta, com iniciativas de mediação vítima-ofensor, tanto na justiça juvenil quanto no direito penal comum. Na Itália, os avanços se deram nos anos noventa, também nos conflitos envolvendo menores.<sup>116</sup> Na França, a mediação entre autor do fato e vítima é uma das providências que o ministério público pode adotar como alternativa à ação penal, tendo sido introduzida, legalmente, em 1993.<sup>117</sup> Na Bélgica, destaca-se a Lei de Organização do

---

<sup>112</sup> SICA, Leonardo. *Mediação penal e justiça restaurativa*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 93-96.

<sup>113</sup> Op. cit., p. 50. Segundo o autor, “poder-se-á explicar esse fato, em primeiro lugar, porque o sistema de regulação legal-judiciária européia já por si confere aos particulares (ou seja: pessoas exteriores ao aparelho da justiça) uma menor possibilidade de intervirem no processo e de influenciarem, conformarem ou controlarem as decisões judiciárias que os afetam. Em segundo, as sociedades européias apresentam-se mais débeis e menos autônomas, atribuindo maior preponderância ao papel do Estado. Por fim, as sociedades européias não receberam a influência de subculturas indígenas ou tradicionais, tal como sucedeu em muitos dos países de origem anglo-saxônica (v.g., o Canadá, os EUA, a Austrália e a Nova Zelândia).” (op. cit., p. 50)

<sup>114</sup> MANNOZZI, Grazia, op. cit., p. 198-199.

<sup>115</sup> Segundo Leonardo Sica, “o campo mais profícuo e possivelmente originário da mediação penal é a justiça de menores. Todos os países que a adotaram iniciaram por esta área, na qual a mediação vem se desenvolvendo com mais força e não encontra os mesmos óbices que há na justiça penal comum.” (*Mediação penal e justiça restaurativa*, op. cit., p. 96)

<sup>116</sup> *Mediação penal e justiça restaurativa*, op. cit., p. 96-102.

<sup>117</sup> Pela Lei n. 93-2, de 4 de janeiro de 1993.

Processo de Mediação Penal, de 1994, que inseriu esse instituto no Código de Processo Penal, direcionando-o para as infrações cometidas por adultos e às quais não se deva aplicar pena de prisão superior a dois anos.<sup>118</sup>

Ainda no ordenamento belga, há informações sobre programas de mediação para menores, desenvolvidos desde 1987, mediação reparadora (1993), mediação policial (1996) e mediação no âmbito prisional (2000). Neste último caso, Leo Van Garsse esclarece que “a possibilidade proporcionada às partes de comunicarem entre si diz normalmente respeito a crimes mais graves, nos quais se inclui violação e homicídio, e normalmente tem um caráter muito profundo e quase terapêutico.”<sup>119</sup>

Também Portugal, recentemente, disciplinou o regime de mediação penal pela Lei n. 21, de 12 de junho de 2007, em caráter experimental e sob o acompanhamento do Ministério da Justiça. O processo de mediação deve ser concluído no prazo de três meses, prorrogável por mais dois, e uma das exigências é que a infração não seja punida com pena em abstrato superior a cinco anos.<sup>120</sup> A regulamentação portuguesa veio atender à Decisão-Quadro da União Européia, de 15 de março de 2001, que estabeleceu o prazo de até março de 2006 para os Estados-Membros adotarem tal medida. É de se notar, porém, que a Recomendação R (99) 19, do Conselho da Europa, já fixava as diretrizes para a criação de

---

<sup>118</sup> AERTSEN, Ivo. O desenvolvimento da justiça reparadora orientada para a vítima: a problemática e a experiência belga. Ministério da Justiça de Portugal, Direção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), *Newsletter*, maio 2004, p. 19. Disponível em: <www.dgae.mj.pt>. Acesso em: 30 out. 2008.

<sup>119</sup> A mediação no âmbito da justiça penal? Algumas reflexões baseadas na experiência. Ministério da Justiça de Portugal, Direção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), *Newsletter*, maio 2004, p. 12. Disponível em: <www.dgae.mj.pt>. Acesso em: 30 out. 2008.

<sup>120</sup> De acordo com o art. 2º da referida Lei: “1 – A mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular. 2 – A mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o patrimônio. 3 – Independentemente da natureza do crime, a mediação em processo penal não pode ter lugar nos seguintes casos: a) O tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos; b) Se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual; c) Se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência; d) O ofendido seja menor de 16 anos; e) Seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo.” Sobre a mediação penal portuguesa, o colóquio realizado em 29 de junho de 2004 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto já debatia a necessidade de implantação de um projeto de mediação entre vítima e ofensor (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DE PORTUGAL. *A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 5-6). Em documento mais recente, Maria Clara Albino e Carla Marques trazem comentários sobre as discussões que se estabeleceram em torno do Anteprojeto de Lei de Mediação Penal, que, atualmente, corresponde à Lei n. 21/2007 (Justiça restaurativa e mediação penal: os primeiros passos no ordenamento jurídico-penal português. Ministério da Justiça de Portugal, Direção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), *Newsletter*, mar. 2007. Disponível em: <www.dgae.mj.pt>. Acesso em: 30 out. 2008.

normas sobre mediação penal e representa um dos principais documentos supranacionais sobre a matéria.<sup>121</sup>

Já na América Latina, segundo Leonardo Sica, a mediação e a conciliação ainda são pouco utilizadas na esfera criminal.<sup>122</sup> Em termos de legislação, porém, destaca-se a Colômbia, que inseriu um capítulo sobre justiça restaurativa no atual Código de Processo Penal (Lei n. 906, de 31 de agosto de 2004).<sup>123</sup> Assim, como procedimentos restaurativos naquele país têm-se a conciliação pré-processual e a mediação. A conciliação é aplicável obrigatoriamente nos delitos que dependem da iniciativa do ofendido como condição de procedibilidade da ação penal.<sup>124</sup> A mediação, por sua vez, tem como finalidade a “reparação, restituição ou ressarcimento dos prejuízos causados”, a “realização ou abstenção de determinada conduta”, a “prestação de serviços à comunidade”, bem como um “pedido de desculpas ou perdão”.<sup>125</sup>

O modelo restaurativo, portanto, avança como mais um recurso posto à disposição da justiça criminal. Comparando a proposta restaurativa com a justiça consensual penal, percebe-se que há alguns aspectos em comum, notadamente no que se refere à posição de maior destaque conferida à vítima e à participação das pessoas envolvidas na infração. Em ambos os casos, buscam-se mecanismos punitivos menos estigmatizantes e que favoreçam a reintegração social do infrator. Entretanto, os acordos que se realizam no curso da persecução penal têm propósitos bem mais restritos do que as práticas restaurativas. Com efeito, na justiça consensual, mesmo conferindo-se espaço importante ao diálogo, o foco ainda é o tratamento jurídico do ato considerado delituoso. Nesse sentido, nem sempre há uma atenção efetiva à repercussão do comportamento infracional nos relacionamentos, nos sentimentos e nos vínculos sociais de autor do fato e

---

<sup>121</sup> A Decisão-Quadro da União Européia (n. 2001/220/JAI) dispõe sobre o estatuto da vítima no processo penal, enquanto a Recomendação R (99) 19, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, trata especificamente da mediação penal. Discorrendo sobre as dificuldades práticas de legislar sobre mediação penal no contexto europeu, LAUWAERT, Katrien. Quadro legal da mediação vítima-agressor na Europa continental. Ministério da Justiça de Portugal, Direção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), *Newsletter*, dez. 2003. Disponível em: <www.dgae.mj.pt>. Acesso em: 30 out. 2008.

<sup>122</sup> *Mediação penal e justiça restaurativa*, op. cit., p. 113.

<sup>123</sup> Pelo art. 518, Código de Processo Penal colombiano: “Entender-se-á por programa de justiça restaurativa todo processo no qual a vítima e o imputado, acusado ou sentenciado participam conjuntamente de forma ativa na resolução de questões derivadas do delito em busca de um resultado restaurativo, com ou sem a participação de um facilitador. Entende-se por resultado restaurativo, o acordo voltado para atender as necessidades e responsabilidades individuais e coletivas das partes e a obter a reintegração da vítima e do infrator à comunidade em busca da reparação, da restituição e do serviço à comunidade.”

<sup>124</sup> A conciliação pré-processual está disciplinada no art. 522, Código de Processo Penal.

<sup>125</sup> Art. 523, Código de Processo Penal.

vítima. Pode-se dizer, por conseguinte, que a justiça consensual ostenta objetivos menos ambiciosos que o modelo restaurativo, sendo menor também o seu caráter pedagógico.

## **2.7. Consenso, celeridade e formas de simplificação do processo**

Conforme ressaltamos, as tentativas de superar a lentidão da justiça e as deficiências na prestação jurisdicional comportam iniciativas diversas. De um lado, busca-se melhorar o próprio ordenamento jurídico, investindo-se em qualidade, gestão administrativa e aperfeiçoando-se as regras procedimentais. De outro, reforçam-se meios alternativos de resolução de conflitos, com o objetivo de evitar que algumas demandas ingressem no sistema judicial, já sobrecarregado.

É nesse contexto de intensificação das preocupações em torno da celeridade processual que ganham destaque os institutos consensuais penais e os instrumentos voltados para a desburocratização e a simplificação do processo. Celeridade, simplificação e justiça consensual são temas bastante interligados, mas que não se confundem. Em regra, a simplificação de procedimentos e a introdução de acordos que visam a concluir o processo antecipadamente são ferramentas postas à disposição de uma justiça mais expedita. No entanto, celeridade e simplificação são idéias mais abrangentes, que se manifestam por técnicas variadas, exigindo ou não o consenso.

A utilização dos acordos entre acusação e defesa como forma de aceleração e simplificação da resposta jurisdicional pode ocorrer antes da instauração formal do processo ou no curso deste. No primeiro caso, têm-se as denominadas saídas alternativas à persecução penal que concretizam o princípio da oportunidade. Jean Pradel as caracteriza como arquivamentos condicionados ao cumprimento de determinadas prestações pela pessoa suspeita de ter cometido a infração.<sup>126</sup> É o caso da composição penal francesa, em que, uma vez satisfeitas as obrigações estipuladas, ocorre a extinção da ação penal.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> La célérité de la procédure pénale en droit comparé. *Revue Internationale de Droit Penal*, Toulouse, v. 66, 3º e 4º trimestres 1995, p. 328.

<sup>127</sup> A mediação e a composição penal francesas estão disciplinadas, respectivamente, no art. 41-1, al. 5, e 41-2, do Código de Processo Penal, e serão analisadas mais adiante, no capítulo referente às experiências de direito comparado.

Enquadra-se ainda nessa moldura, o arquivamento condicionado alemão, previsto no §153, da Ordenação Processual Penal.<sup>128</sup>

Já no curso do processo, o consenso atua no âmbito dos procedimentos especiais que suprimem ou abreviam fases do rito ordinário, com vistas a obter um julgamento no menor espaço de tempo possível. Incorpora-se, portanto, à idéia de diversificação e adequação dos procedimentos, aumentando as alternativas dentro do sistema penal, como ressalta Antonio Scarance Fernandes.<sup>129</sup> Elemento fundamental para o desenvolvimento desses ritos é a admissão de culpa pelo imputado ou, pelo menos, sua concordância em submeter-se a uma sanção, o que diminui consideravelmente a tarefa de produção e análise probatória.

É essa a lógica presente no procedimento sumaríssimo português, na *conformidad* espanhola, no *patteggiamento* italiano, no *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* francês e nos diversos procedimentos abreviados inseridos nas legislações processuais penais latino-americanas.<sup>130</sup> Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o reconhecimento negociado da culpa – *guilty plea* decorrente de *plea bargaining* – é fator que concorre particularmente para que grande número de processos seja solucionado com rapidez e possibilite o funcionamento do sistema penal, aliviando a máquina judiciária.

Entretanto, vários outros procedimentos movidos pela idéia de celeridade prescindem do consenso como requisito, aplicando-se, geralmente, nas situações em que há flagrante delito, confissão e provas evidentes. Assim, pode-se apontar, em Portugal, o processo sumário e o procedimento abreviado, enquanto na Itália destacam-se o juízo

---

<sup>128</sup> Afora essas modalidades de arquivamento condicionado, têm-se também os arquivamentos puro e simples, que independem do consenso do imputado. Exemplificando, podemos apontar o *classment sans suite* na França (arts. 40 e 40-1, CPP) e o arquivamento em caso de dispensa de pena português quando exercido antes de instaurada a ação penal (art. 280, al. 1, CPP).

<sup>129</sup> Para o autor, os ordenamentos jurídicos sempre procuraram formas de adequar os procedimentos à gravidade dos delitos. No entanto, “a novidade, nos dias atuais, para os países do sistema da *civil law*, está no fato de que, agora, pretende-se uma adequação mais profunda mediante o aumento do leque de procedimentos e de alternativas de solução diferenciada. A intenção, claramente percebida nas reformas operadas, é de reservar os procedimentos ordinários, mais amplos e mais garantistas, para a solução do menor número de casos, destinando-os somente à solução de processos por crimes de maior gravidade ou marcados por maior complexidade. Surge, nesse contexto, como critério novo e relevante para a simplificação dos procedimentos, a solução mediante consenso entre as partes.” (*Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 55)

<sup>130</sup> Todos esses institutos são abordados no capítulo de direito comparado.

diretíssimo (*giudizio direttissimo*), o juízo imediato (*giudizio immediato*) e o procedimento por decreto (*procedimento per decreto*).<sup>131</sup>

Para além dos ritos especiais, a celeridade é obtida também pela simplificação de atos processuais e desburocratização das regras que disciplinam recursos e nulidades.<sup>132</sup> Com isso, evita-se o duplo grau de jurisdição com finalidade meramente procrastinatória, bem como a arguição de vícios processuais de menor importância. O procedimento sumaríssimo dos juizados especiais criminais da legislação brasileira exemplifica a opção por essa via.<sup>133</sup>

Diminuir os entraves à celeridade e à simplificação processuais é desafio permanente nos ordenamentos jurídicos, exigindo mudanças legislativas, criação de novos ritos e melhorias na administração da justiça como um todo. Os acordos e as soluções consensuais, portanto, juntam-se a múltiplas medidas utilizadas para alcançar tal propósito, promovendo notória abreviação do caminho para se chegar à resposta jurisdicional.

## 2.8. Fundamentos criminológicos e político-criminais da justiça consensual

Apesar de os acordos no processo penal serem mais frequentemente vinculados à finalidade de descongestionamento da justiça e de obtenção de resultados em breve espaço de tempo, é preciso considerar também os objetivos de política criminal que podem ser observados em algumas experiências da justiça consensual ou negociada.

A política criminal compreende o conjunto de estratégias voltadas para o combate à criminalidade de acordo com as necessidades de um determinado contexto social e político, podendo servir de orientação para mudanças legislativas.<sup>134</sup> Integra o cenário mais amplo das diversas políticas públicas que o Estado deve estabelecer para organizar e

<sup>131</sup> Processo sumário e procedimento abreviado (respectivamente, arts. 381-391 e arts. 391-A – 391-F, CPP português); juízo diretíssimo, juízo imediato e procedimento por decreto (respectivamente, arts. 449-452; arts. 453-458; e arts. 459-464, CPP italiano). Com uma ampla abordagem sobre as alternativas procedimentais simplificadoras, com análise do direito comparado e do Brasil, SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, op. cit., especialmente p. 179 e seguintes.

<sup>132</sup> PRADEL, Jean. La célérité de la procédure pénale en droit comparé, op. cit., p. 335-336.

<sup>133</sup> Arts. 77-83, Lei n. 9.099/95.

<sup>134</sup> Mireille Delmas-Marty afirma que a política criminal pode ser compreendida como “o conjunto de processos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”. Essa perspectiva, segundo a autora, seria mais abrangente do que o conceito clássico de Feuerbach, que caracterizou a política criminal como o “conjunto de processos repressivos pelos quais o Estado reage contra o crime”. (*Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris: PUF, 1992, p. 13 e 44, trad. nossa) (grifos da autora).



direcionar a vida em sociedade, conforme ressalta Maurício Zanoide de Moraes.<sup>135</sup> Para tanto, vale-se de estudos científicos provenientes, sobretudo, da criminologia, viabilizando ações concretas e contínuas de enfrentamento do crime.

A criminologia, por sua vez, é ciência que tem como objeto de estudo o delito, o infrator, a vítima e os mecanismos de controle social das condutas delitivas.<sup>136</sup> Para Antonio García-Pablos de Molina, enquanto a criminologia colhe informações empíricas sobre o delito, a política criminal transforma esses dados em programas científicos que podem tornar-se normas obrigatórias mediante a incorporação ao direito penal. A política criminal seria, então, “a ponte entre a experiência empírica e as decisões normativas.”<sup>137</sup>

Não obstante a independência de cada ramo das ciências criminais, evidencia-se a relação entre política criminal e processo penal, pelo menos quando se opta por uma visão multidisciplinar do delito e de suas conseqüências. De fato, alterações na legislação processual penal são influenciadas por tendências político-criminais preponderantes em dado momento histórico. Nesse sentido, Fernando Fernandes defende que “resguardada a sua tradicional função de garantia, o processo penal não deve ser obstáculo à obtenção das proposições de política criminal perseguidas pelo *Sistema Jurídico-Penal*.”<sup>138</sup> Da mesma forma, Alberto M. Binder entende haver uma “co-responsabilidade ou *cooperatividade* do processo penal na formulação e na configuração da política criminal do Estado.”<sup>139</sup>

Se por um lado processo penal e política criminal estão interconectados, é certo também que essa aproximação comporta algumas ressalvas. O ordenamento jurídico de um Estado democrático de direito deve zelar pelo fortalecimento do processo penal como

<sup>135</sup> Política criminal, Constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006, p. 410-416.

<sup>136</sup> Segundo a definição de Antonio García-Pablos de Molina, a criminologia é a “ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social –, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.” (Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. Trad. Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, op. cit., p. 28).

<sup>137</sup> Op. cit., p. 124. Sérgio Salomão Shecaira entende que a política criminal, diferentemente do direito penal e da criminologia, “é uma disciplina que não tem um método próprio e que está disseminada pelos diversos poderes da União, bem como pelas diferentes esferas de atuação do próprio Estado.” (*Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41)

<sup>138</sup> *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 829 (grifo do autor).

<sup>139</sup> *Justicia penal y Estado de derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 62 (grifo do autor).

conjunto de garantias postas à disposição da pessoa acusada e da sociedade como todo. Por consequência, é necessário ter suficiente cautela para não incorporar políticas criminais que fragilizem esse arcabouço e que visem à satisfação apenas de uma minoria. Mesmo políticas criminais fundadas em bases científicas não estão isentas de interferências ideológicas que posteriormente se revelem danosas. No mais, em Estados que ainda não conseguem se orientar por políticas públicas legítimas e permanentes, há sempre o risco de que as inovações legislativas sejam movidas por pressões sociais momentâneas e não por verdadeira estratégia de tratamento das condutas infracionais.<sup>140</sup>

Em suma, as descobertas da criminologia e da política criminal em regra são úteis ao processo penal, concorrendo para uma melhor percepção do fenômeno delitivo, bem como para a identificação da resposta jurisdicional mais adequada. A integração entre essas diversas disciplinas é, portanto, necessária para o funcionamento coerente do sistema penal. Contudo, as mudanças na legislação processual não de ser precedidas de avaliação crítica a fim de que não se comprometam as conquistas já adquiridas.

Feitas essas considerações, cumpre reiterar que a proposta da justiça consensual não é completamente desprovida de substrato político-criminal e criminológico, podendo ser utilizada como parte de um programa maior de prevenção e repressão de determinadas modalidades de delitos. No plano criminológico, algumas idéias que integram o modelo consensual – a exemplo da flexibilização das formas de resposta ao delito e da criação de meios para evitar a estigmatização social decorrente dos mecanismos tradicionais de punição – são encontradas no movimento denominado *labelling approach*, que se originou nos Estados Unidos na década de sessenta.<sup>141</sup>

Com o *labelling approach*, o foco de questionamento passou a ser o sistema de controle social, expondo-se as consequências estigmatizantes da intervenção estatal nos comportamentos considerados desviantes. Por essa corrente, o indivíduo que pratica uma conduta contrária à norma penal recebe um rótulo que o acompanha e que gera um conjunto de expectativas sociais desfavoráveis. A resposta pelos mecanismos tradicionais de persecução, o processo penal inclusive, submete o agente a uma série de “cerimônias

---

<sup>140</sup> É o problema da denominada “legislação de emergência”, que resulta de uma atuação circunstancial dos poderes públicos e traz como consequência a perda de legitimidade do sistema jurídico-penal. Sobre o tema, referindo-se especificamente ao Brasil, MORAES, Maurício Zanoide de, op. cit., p. 418-423.

<sup>141</sup> Também conhecida como “teoria da rotulação social ou etiquetagem” e “teoria interacionista ou da reação social”, consoante esclarece Sérgio Salomão Shecaira (*Criminologia*, op. cit., p. 288).

degradantes” que ferem a auto-estima. Por conseguinte, cria-se um círculo de interações e reações que propicia o desenvolvimento de carreiras na criminalidade. Para romper com essa dinâmica seria necessário recorrer a mecanismos informais de resolução de conflitos fora do aparato formal e institucionalizado (*diversion*), bem como investir em medidas alternativas à pena de prisão.<sup>142</sup>

Com a *diversion*, especificamente, os institutos consensuais comungam a característica de serem procedimentos menos formais e ritualizados de tratamento das condutas delitivas, evitando o desgaste próprio da submissão aos atos do processo. Convém apenas notar que no contexto da *diversion* propugna-se também a exclusão das instâncias formais de controle, devolvendo-se o conflito para a sociedade e seus sujeitos intervenientes. Não é este exatamente o caso do consenso no processo penal. No entanto, nada obsta que as iniciativas consensuais sejam entendidas como meios de diversificação dentro do próprio sistema criminal, como o faz Fernando Fernandes.<sup>143</sup>

Além de apresentar afinidades com as teorias acima mencionadas, a expansão dos institutos consensuais penais insere-se, igualmente, no movimento de revalorização da vítima no processo, que ganhou força a partir dos estudos de vitimologia e de seu reconhecimento como ciência autônoma. Com isso, a reparação do dano e as conseqüências emocionais e sociais do delito para a pessoa ofendida tornaram-se problemas relevantes, incentivando a adoção de iniciativas de caráter protetivo. Seguindo essa linha, os institutos consensuais, normalmente, comportam medidas que resguardam os interesses da vítima e que buscam sanar os prejuízos de maneira mais célere.

Afora essas principais vertentes criminológicas, o modelo consensual orienta-se pela tendência de agrupamento das infrações conforme sua gravidade, no intuito de estabelecer tratamentos penais e processuais diferenciados. Tem-se, assim, a separação do espaço do consenso e do conflito, de que já tratamos. Na esfera do consenso, seria cabível não só os instrumentos consensuais de terminação ou afastamento do processo como também a aplicação de penas e medidas alternativas.

---

<sup>142</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, op. cit., p. 271-310.

<sup>143</sup> O autor observa que o termo *diversão* abriga tanto as hipóteses mais radicais, “em que o conflito é resolvido fora do sistema formal de aplicação da justiça”, como “os casos em que, no âmbito mesmo dos aparelhos formais de controle, o conflito sofre um ‘desvio’ ou diversificação.” (op. cit., p. 134)

A justiça consensual abrange ainda as idéias de proximidade e de participação como mecanismos que visam a diminuir o caráter repressivo da reação tradicional ao delito. Por outro lado, a decisão obtida mediante o consenso, em tese, seria mais facilmente executada e produziria melhores resultados do que a solução imposta, uma vez que conta com a adesão da pessoa que irá cumpri-la. Os acordos processuais penais representariam também a preocupação em afastar a estigmatização do processo, que dificulta a reintegração social do agente e promove a vitimização secundária do ofendido. Outro aspecto importante é a necessidade de impedir as penas privativas de liberdade de curta duração, que são extremamente nocivas por colocarem indivíduos sem maior periculosidade em contato com as distorções do sistema carcerário.

Desse modo, pode-se afirmar que a justiça consensual penal mantém vínculos com objetivos criminológicos e de política criminal que têm sido incentivados nas últimas décadas e que estimulam a intervenção mínima do direito penal, a descriminalização, a despenalização, a descarcerização e a criação de respostas menos repressivas ao delito.

É fundamental ressaltar, porém, que as orientações criminológicas e político-criminais do consenso em cada ordenamento jurídico são bastante variáveis, até porque as manifestações concretas da justiça consensual caracterizam-se pela ampla heterogeneidade. Só um estudo particularizado dos institutos consensuais em cada sistema jurídico possibilitaria delimitar as fontes de inspiração e os paradigmas que serviram de arcabouço.<sup>144</sup>

Apenas a título de exemplo, pode-se mencionar que em países como Brasil e Portugal é mais fácil identificar raízes criminológicas e norteamentos de política criminal nos respectivos modelos consensuais. De fato, nesses sistemas há uma preocupação notória em delimitar o espaço do consenso e da participação como estratégia de combate à pequena criminalidade. Verifica-se ainda a orientação no sentido de afastar a pena privativa de liberdade e de promover uma intervenção estatal mais branda.<sup>145</sup> Já nos

---

<sup>144</sup> Em vista disso, as referências constantes nesse tópico ao “modelo consensual” levam em conta elementos característicos gerais que, em regra, estão presentes nas experiências concretas de justiça penal consensual, não representando, portanto, um parâmetro aplicável a todos os ordenamentos jurídicos. Valem aqui as observações já feitas no tópico “Características do consenso no processo penal”, supra.

<sup>145</sup> A *diversion* e, por conseqüência, o *labelling approach* são apontados por Manuel da Costa Andrade como fundamentos dos institutos consensuais portugueses. Para o autor, “tanto a *Suspensão provisória do processo* como o *Processo sumaríssimo* mediatizam, cada uma a seu modo, soluções político-criminais inspiradas pela idéia de *diversão*. Trata-se, com efeito, num e noutro caso, de institucionalizar uma reação contrafática à frustração do comportamento desviante evitando-se, num caso, a condenação e, em ambos, a audiência de

Estados Unidos, há maiores obstáculos para se vislumbrar qual seria a política criminal do *plea bargaining*, uma vez que esta prática é particularmente direcionada para assegurar a viabilidade do funcionamento da justiça. Além disso, a discricionariedade do ministério público e as diferentes formas de atuação de seus representantes permite a realização de acordos para atender a uma gama muito diversificada de interesses e motivações.<sup>146</sup>

---

juízo, reconhecidamente a ‘cerimônia degradante’ (GARFINKEL) mais amplificadora das seqüelas da estigmatização.” (Consenso e oportunidade, op. cit., p. 321-322, grifo do autor) No Brasil, Sérgio Salomão Shecaira analisa a influência do *labelling* na legislação, incluindo a Lei n. 9.099/95, que disciplina os institutos consensuais deste sistema jurídico (*Criminologia*, op. cit., p. 318-326).

<sup>146</sup> Nicolás Rodríguez García comenta essa dificuldade de “encontrar uma política criminal coerente e uniforme” no *plea bargaining*, haja vista a possibilidade de serem utilizados critérios de persecução diversos para condutas delitivas similares não só em diferentes jurisdições, como também dentro de um mesmo Estado (*La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997, p. 113). Desse modo, vê-se que também no âmbito criminológico e político-criminal há diferenças marcantes entre as práticas de justiça consensual ou negociada nos países de *civil law* e de *common law*.

### **3. JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA**

Muito embora o direito esteja profundamente vinculado à sociedade na qual se desenvolve, o estudo de ordenamentos jurídicos estrangeiros é instrumento útil para oferecer uma perspectiva das dificuldades inerentes à modificação de um sistema jurídico. Com essa abordagem, tem-se a oportunidade de analisar soluções já implantadas e resultados práticos obtidos, aprendendo, na medida do possível, com as experiências alheias. Deve-se notar ainda que as sociedades atingidas pela globalização tendem a apresentar alguns problemas semelhantes, o que também favorece o interesse pelas iniciativas adotadas em outros países.

Não é demasiado ressaltar, contudo, o risco de proceder-se a uma mera importação de institutos estrangeiros sem levar em conta as particularidades de cada contexto sócio-econômico, cultural, político e normativo. Em se tratando do modelo consensual, essa preocupação é especialmente relevante, uma vez que a realização de acordos no processo penal, com maior espaço para a autonomia de vontade, é prática característica do direito norte-americano, mas que se tem propagado para Europa e América Latina, com entusiasmos e críticas.

É com essa cautela, pois, que trazemos algumas considerações sobre a justiça consensual penal no direito estrangeiro, destacando as formas pelas quais o consenso se manifesta, posições doutrinárias, relação entre princípio da oportunidade e da obrigatoriedade, legislação e lugar reservado à vítima. Abordamos, assim, os acordos processuais penais nos Estados Unidos, uma vez que o *plea bargaining* tem servido de protótipo para as diversas versões de justiça consensual; na Europa, pela influência no modelo brasileiro, sobretudo, das reformas realizadas na Itália e em Portugal; e na América Latina, por representar o contexto sócio-político e cultural mais próximo do nosso.

#### **3.1. Justiça negociada nos Estados Unidos**

O sistema penal norte-americano insere-se no que a doutrina tradicionalmente nomeia como “processo penal de partes” (*adversary system*), caracterizado pela autonomia das partes, as quais se encarregam de providenciar o material probatório necessário para

formar o convencimento do órgão julgador. Difere, portanto, do modelo continental europeu, cujas raízes derivam do sistema inquisitório, em que o juiz assume um papel fundamental na busca da verdade.<sup>147</sup> É nesse cenário do *adversary system* que as declarações de culpa adquirem especial relevo como instrumento apto a afastar os debates inerentes ao julgamento.

De fato, no processo penal norte-americano, a declaração de culpabilidade mediante acordo entre acusação e defesa é tida como essencial para o funcionamento do sistema. Segundo a doutrina notícia, aproximadamente noventa por cento dos casos revolvem-se por esse procedimento, de modo que a solução negociada tornou-se a regra.<sup>148</sup> Várias teorias procuram demonstrar os fatores que levaram à redução dos julgamentos pelo júri e à expansão do *plea bargaining* no ordenamento jurídico norte-americano por volta do final do séc. XIX e início do séc. XX, mais acentuadamente a partir de 1920. Nesse sentido, apontam-se a pressão exercida pelo aumento dos casos criminais a serem julgados, a maior complexidade que o júri foi adquirindo com o passar do tempo, as mudanças institucionais na polícia e no órgão correspondente ao ministério público, além de circunstâncias externas de ordem sócio-econômica.<sup>149</sup>

Quanto a esse último aspecto, Vittorio Fanchiotti destaca a industrialização e o crescimento da população urbana como causas importantes para o avanço do *plea bargaining* nas últimas décadas do séc. XIX, nos Estados Unidos. Tais fenômenos acabaram concorrendo para o surgimento de outros problemas, como a necessidade de adequar a estrutura judiciária à nova demanda e a intensificação da produção legislativa, com a introdução de um maior número de figuras delitivas.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> Conforme esclarece Bernd Schünemann, “neste chamado *adversary system* a forma de levar a cabo a prova depende das partes, que se encarregam de apresentar as testemunhas e tomar-lhes declaração; a supervisão corre a cargo do juiz profissional (*bench*), mas este não participa pessoalmente na decisão sobre a culpabilidade e, no caso de uma condenação pelo júri (*verdict*), deve fixar finalmente a pena (*sentence*).” (¿Crisis del procedimiento penal? ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?, op. cit., p. 288-290) (trad. nossa). Françoise Tulkens, por sua vez, observa que não obstante se classifique, normalmente, “os direitos continentais europeus no sistema inquisitório e os direitos dos países da Common Law no sistema acusatório, atualmente as fronteiras se confundem.” *La procédure pénale: grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procès pénal et droits de l’homme: vers une conscience européenne*. Paris: PUF, 1992, p. 38.

<sup>148</sup> Sobre dados estatísticos, GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*, op. cit., p. 109-118.

<sup>149</sup> Enumerando essas teorias, SMITH, Bruce P. *Plea bargaining and the eclipse of the jury*, *Annual Review of Law and Social Science*, Palo Alto, v. 1, dec. 2005, p. 133-136. Disponível em: <<http://arjournals.annualreviews.org>>. Acesso em: 9 mar. 2007.

<sup>150</sup> OrIGINI e sviluppo della ‘giustizia contrattata’ nell’ordinamento statunitense. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 27, ano XXVII, 1984, p. 69-73.

John H. Langbein, por sua vez, enfatiza as transformações ocorridas no *jury trial* anglo-americano na segunda metade do séc. XVIII. Observa o autor que esse rito era bastante célere, sobretudo, pela não intervenção de advogados e pela menor complexidade das regras de produção probatória. Posteriormente, no entanto, os julgamentos pelo júri se tornaram mais lentos, estimulando o recurso a soluções como o *plea bargaining*.<sup>151</sup>

Define-se o *plea bargaining* como uma ampla possibilidade de negociação entre a parte acusadora e a defesa, em que determinadas concessões são feitas com o objetivo de obter do imputado uma declaração de culpa (*guilty plea*) ou de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).<sup>152</sup> Com isso, a pessoa acusada renuncia ao direito de ser julgada por um júri imparcial, como é assegurado constitucionalmente. Tais declarações são feitas na presença do juiz, durante audiência inicial (*arraignment*), em que o imputado é chamado a se manifestar sobre como se pronuncia diante das acusações.<sup>153</sup>

A declaração de culpa (*guilty plea*) pode ocorrer sem negociação, entretanto, normalmente está associada ao *plea bargaining*. Assim, o reconhecimento da responsabilidade, em regra, é a contrapartida para se obter vantagens processuais.<sup>154</sup> Já a declaração de *nolo contendere* é menos usual e admitida apenas em alguns Estados. 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.<sup>155</sup>

Do acordo participam o órgão acusador (*prosecutor*) e o advogado do imputado, em negociações diretas ou não, cabendo ao juiz estabelecer a pena. A intervenção do magistrado nas discussões que levam ao acordo é vista com reservas, sendo permitida

<sup>151</sup> Comprendiendo la breve historia del *plea bargaining*. Trad. (castellana) Lorena Iraizoz, *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2001, p. 59-64.

<sup>152</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19. O autor define o *plea bargaining* como “a negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).” (op. cit., p. 20).

<sup>153</sup> FANCHIOTTI, Vittorio. Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (org.). *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 280.

<sup>154</sup> Segundo Vittorio Fanchiotti, predomina a opinião pela qual “a esfera do *guilty plea* e do *plea bargaining* são, grosso modo, coincidentes.” (Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*, op. cit., p. 281)

<sup>155</sup> Sobre o *nolo contendere*, Luis Alfredo de Diego Díez observa que “de aplicação bem mais esporádica e limitada, requer a autorização do Tribunal e a anuência da acusação; e sua única vantagem consiste em que não pode servir de prova em ulterior instância sobre a responsabilidade civil: a vítima da infração não poderá invocá-lo como prova do fato danoso para efeitos civis.” (*Justicia criminal consensuada: algunos modelos del derecho comparado em los EE.UU., Itália y Portugal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 40)



expressamente apenas em algumas jurisdições estaduais, a exemplo de Illinois, Vermont e Carolina do Norte.<sup>156</sup> Um dos principais obstáculos a essa iniciativa é a possibilidade de o imputado sentir-se coagido pela postura do juiz, além dos riscos para a imparcialidade do julgador, caso as negociações não logrem êxito.<sup>157</sup> O aspecto positivo é que uma participação ativa do magistrado poderia trazer mais transparência para os acordos.<sup>158</sup>

A negociação que conduz à *guilty plea* pode ter como objeto a imputação (*charge bargaining*) ou a pena (*sentence bargaining*). No primeiro caso, em troca da declaração de culpa, o *prosecutor* concorda em formalizar a acusação por um delito menos grave ou mesmo excluir da persecução algum crime, quando se trata de duas ou mais condutas delitivas. No segundo, o órgão acusador aceita recomendar ao juiz uma sentença mais benevolente (*sentence recommendation*). Note-se, porém, que, não obstante estas sejam as formas mais usuais de *plea bargaining*, outros tipos de acordos também acontecem. Pode-se acertar, por exemplo, que o imputado cumprirá a pena em determinado estabelecimento para ter acesso a programas de tratamento.<sup>159</sup>

Um dos aspectos determinantes para o funcionamento do sistema é a ampla discricionariedade do *prosecutor* quanto ao exercício da ação penal, o que lhe dá respaldo para os mais diversos tipos de negociações. O ministério público norte-americano, na realidade, ostenta um componente político marcante, tanto na investidura quanto na atuação profissional. O ingresso na carreira, nas jurisdições estaduais (*state's attorney*), dá-se, em regra, por eleição, enquanto no âmbito federal (*United States attorney*) o procedimento envolve indicação do Presidente, seguida de confirmação pelo Senado.<sup>160</sup> Por conseguinte, a opinião pública, a imagem perante o eleitorado e os meios de comunicação

---

<sup>156</sup> DALEY, Richard M. *Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattito*. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (org.). *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, op. cit., p. 163.

<sup>157</sup> O juiz pode ameaçar o imputado de aplicar pena mais grave caso não haja declaração de culpa, conforme menciona Richard M. Daley (op. cit., p. 165), ou ainda adotar uma postura prejudicial à presunção de inocência (NASHERI, Hedieh. *Betrayal of due process: a comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada*. Lanham: University Press of America, 1998, p. 38).

<sup>158</sup> DALEY, Richard M., op. cit., p. 167.

<sup>159</sup> Sobre alguns desses objetos de acordo, BOND, James E. *Plea bargaining and guilty pleas*. New York: Clark Boardman, 1975, p. 19-21, e FANCHIOTTI, Vittorio, Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*, op. cit., p. 281-282.

<sup>160</sup> HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 160-162; RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 104-106; FANCHIOTTI, Vittorio, Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*, op. cit., p. 276.

são fatores que influenciam as ações do acusador, podendo até mesmo estabelecer limites à realização de determinados acordos.<sup>161</sup>

Para além da forma de investidura, a discricionariedade é favorecida pela autonomia conferida ao ministério público, principalmente na esfera estadual. Com efeito, muito embora haja mecanismos oficiais de fiscalização e de direcionamento, nem sempre são exercidos na prática. Conforme ressalta Vincenzo Vigoriti, “é o próprio sistema que não se presta a um controle centralizado e burocrático da atividade de repressão aos crimes.”<sup>162</sup>Todas essas características, portanto, particularizam o ministério público norte-americano e concorrem para a manutenção de soluções negociadas nos moldes do *plea bargaining*.

Uma das principais razões para a permanência do instituto é, sem dúvida, a economia de tempo e de recursos que esse procedimento acarreta para o sistema penal, reduzindo a carga de trabalho de advogados, juízes e acusação.

A motivação da defesa é obter algum benefício quanto à punição a ser fixada na sentença. Não se descarta também, quando se trata de advogado particular, a possibilidade de interferência de interesses pessoais, ou seja, uma preocupação voltada apenas para a idéia de concluir mais rapidamente a causa e receber o pagamento correspondente. Do mesmo modo, o acusado pode não dispor de recursos suficientes para arcar com as despesas de um julgamento e, assim, preferir logo o acordo. Em se tratando de defensores públicos, por vezes, a tendência a recorrer à negociação decorre do excesso de trabalho.<sup>163</sup>

Já para o órgão acusador interessa assegurar a condenação com o máximo de economia de tempo, sobretudo em casos em que as possibilidades de absolvição são maiores. Privilegia-se a certeza da punição, eliminando os riscos inerentes à submissão do caso a julgamento. No mais, a condução equivocada de uma demanda pelo acusador pode trazer-lhe repercussões de ordem política, prejudicando a carreira.

---

<sup>161</sup> Hedieh Nasheri lembra que, eventualmente, “negociações para encorajar a declaração de culpabilidade por uma ofensa menor pode ser inibida em virtude da notoriedade pública que o caso tenha recebido.” (op. cit., p. 27) (trad. nossa)

<sup>162</sup> Pubblico ministero e discrezionalità dell’azione penale negli Stati Uniti d’America, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XXI, fasc. 4, ott./dic. 1978, p. 854.

<sup>163</sup> FANCHIOTTI, Vittorio. Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*, op. cit., p. 284; NASHERI, Hedieh, op. cit., p. 29.

Em troca das concessões, o imputado renuncia a direitos assegurados na Constituição, como os de submeter-se ao julgamento pelo júri, de confrontar as testemunhas apresentadas pela parte adversa, além do privilégio contra a auto-incriminação.

São várias as críticas levantadas contra a justiça negociada americana. De um modo geral, afirma-se que o sistema favorece os mais diversos tipos de pressões para que haja o consenso. Denuncia-se com frequência a desigualdade de armas entre o *prosecutor* e a defesa, uma vez que esta nem sempre tem conhecimento das provas da acusação, ficando em desvantagem para a realização do acordo. Pedro Soares de Albergaria comenta, quanto a isso, que “optar entre o julgamento e a declaração de culpa é, em boa medida, um exercício de adivinhação, um exercício de tática processual que, amiúde, influi mais sobre o desfecho do processo do que a verdade dos fatos e do que fatores penológicos.”<sup>164</sup>

Outras objeções voltam-se para a postura adotada pelo ministério público. Alega-se que o órgão acusador tende a oferecer maiores concessões nos casos em que a absolvição é mais provável, tendo em vista a dificuldade de produzir as provas necessárias para a condenação. Haveria também a prática de atribuir condutas delitivas mais graves com o objetivo de forçar a negociação.<sup>165</sup> Acrescente-se ainda o interesse do ministério público em demonstrar eficiência no combate ao crime perante o seu eleitorado. De fato, Vittorio Fanchiotti ressalta que a opção pelo *plea bargaining* permite ao *prosecutor* “apresentar-se como um bom administrador da justiça, capaz de obter alto percentual de condenações”.<sup>166</sup> Essas condenações, entretanto, nem sempre são exatamente pelos delitos praticados, o que entra em contradição com a idéia de busca da verdade.

Por outro lado, tem-se o risco de que pessoas inocentes declarem-se culpadas e sejam condenadas tão-somente pelo receio de submeter-se ao júri e obter uma pena muito grave. Ou seja, a confissão seria forçada por circunstâncias, perdendo, assim, o caráter da voluntariedade. Tal situação é ainda mais preocupante no caso de acusados que recebem assistência técnica de menor qualidade.

Afirma-se, nesse contexto, que o *plea bargaining* é uma prática que favorece o tratamento desigual entre os acusados, pois aqueles que se declaram culpados recebem

---

<sup>164</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de, op. cit., p. 116.

<sup>165</sup> NASHERI, Hedieh, op. cit., p. 29.

<sup>166</sup> Origni e sviluppo della ‘giustizia contrattata’ nell’ordinamento statunitense, op. cit., p. 84.

sanções mais brandas, enquanto os que decidem exercer o direito constitucional de ser julgado por um júri imparcial são punidos com penas mais severas. Essa disparidade de tratamento punitivo foi objeto de estudo realizado por Nancy J. King et. al., em que ficou demonstrado serem as sentenças fundadas em *guilty plea* favoráveis aos acusados, enquanto as decorrentes de julgamento pelo júri impõem sanções mais elevadas, mesmo quando se consideram as mesmas infrações.<sup>167</sup>

Some-se a isso a fragilidade do controle judicial sobre os acordos. Nesse sentido, Hedieh Nasheri observa que, geralmente, o juiz dispõe de poucas informações sobre o caso, o que o impede de tomar conhecimentos acerca de eventuais pressões para que o imputado se declare culpado.<sup>168</sup>

A favor do instituto, o principal argumento é o de que a extinção da *plea bargaining*, ou mesmo a redução do número de demandas solucionadas pelo acordo, levaria o sistema criminal americano ao colapso, pela impossibilidade de submeter todos os casos penais a julgamento. Trata-se, portanto, de um instrumento que favorece a administração eficiente da justiça. Por outro lado, por ser uma prática profundamente arraigada, é possível que não deixasse de existir mesmo diante de proibições ou restrições legais.

Richard M. Daley, embora reconheça a existência de abusos, defende que o *plea bargaining* não é um mal em si. “A valoração do instituto” – afirma – “depende exclusivamente do modo pelo qual se realiza na prática judiciária. Se conduzida corretamente, a negociação pode realmente contribuir para definir um processo de maneira satisfatória seja para os interesses da coletividade, representada pelo órgão da acusação, seja para os da defesa.”<sup>169</sup> Também Jeff Brown reconhece que o *plea bargaining* pode “corromper os princípios do processo penal”, mas sustenta que uma regulamentação mais adequada solucionaria o problema, sem necessidade de abandonar o instituto.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> When process affects punishment: differences in sentences after guilty plea, bench trial, and jury trial in five guide lines states, *Columbia Law Review*, New York, v. 105, 2005, p. 975-978. O estudo foi realizado nos estados de Kansas, Maryland, Minnesota, Pensilvânia e Washington.

<sup>168</sup> Op. cit., p. 25. No mesmo sentido, o comentário de João Gualberto Garcez Ramos: “Teoricamente, o juiz deve exercer um controle sobre a barganha, e verificar se ela atende a requisitos mínimos de ética processual. Na prática, ao que parece, o pedido de barganha é inteiramente dominado pelas partes.” (op. cit., p. 188)

<sup>169</sup> Op. cit., p. 152 (trad. nossa).

<sup>170</sup> Meriti e limiti del patteggiamento. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (org.). *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, op. cit., p. 143.

De qualquer modo, a Suprema Corte Americana afirmou a constitucionalidade do *plea bargaining* e mostrou-se favorável à prática, o que representou um passo fundamental para a disseminação do instituto, apesar das objeções doutrinárias. Alguns exemplos clássicos de manifestação daquela Corte são os casos *Brady v. United States* (1970), em que o réu alegou ter feito o acordo por receio de ser condenado à morte, na hipótese de optar pelo julgamento pelo júri; *North Carolina v. Alford* (1970), em que o acusado reiterava sua inocência, não obstante a declaração de culpa negociada; e *Santobello v. New York* (1971), na qual os benefícios do *plea bargaining* para o sistema penal foram enaltecidos.<sup>171</sup>

O caso *Alford* é particularmente representativo das contradições que podem ser geradas pelos acordos negociados no sistema norte-americano. Com efeito, nesse julgamento, o imputado, Henry Alford, alegou que era inocente e só concordava em declarar-se culpado pelo crime proposto pelo ministério público em virtude do receio de ser condenado à pena de morte se fosse a júri. A partir de então, passou-se a designar de *Alford pleas* as situações em que o acusado aceita o acordo com o órgão acusador, mas sob o protesto de inocência, circunstância que coloca em questionamento, sobretudo, a liberdade de consentimento nessa modalidade de solução processual.<sup>172</sup>

Dessas observações sobre o *plea bargaining*, cabe ressaltar que o instituto consolidou-se e expandiu-se, pelo menos em parte, pela necessidade de assegurar o funcionamento dos órgãos encarregados de realizar a justiça penal. A configuração do ministério público concorre para que haja um ambiente propício aos acordos e a própria dinâmica das negociações tornam o modelo norte-americano bastante diferenciado. Trata-se, contudo, de um sistema que tem sido criticado, dentre outras razões, pelo grau de autonomia de vontade que confere aos sujeitos processuais, pelas pressões que incidem na realização dos acordos e pelos prejuízos à busca da verdade.

---

<sup>171</sup> BOND, James E., op. cit., p. 34-38; ALBERGARIA, Pedro Soares, op. cit., p. 46-48.

<sup>172</sup> O efeito de uma *Alford plea* é o mesmo de uma *guilty plea*, ou seja, há condenação como se o réu tivesse se declarado culpado sem qualquer ressalva. Não se confunde, porém, com a declaração de *nolo contendere*, pois, nesta, o imputado apenas opta por não contestar os fatos. Sobre a *Alford plea* e as críticas à decisão da Suprema Corte norte-americana que a legitimou (*North Carolina v. Alford*, 400 U. S. 25 – 1970), cf. ALBERGARIA, Pedro Soares, op. cit., p. 88-96.

### 3.2. Reformas européias em direção ao consenso

A adoção de procedimentos especiais que abrigam, em maior ou menor medida, soluções consensuadas no processo foi um fenômeno que se verificou na Europa continental, especialmente, a partir da década de oitenta do século passado, no intuito de superar as deficiências do sistema penal, sobretudo a lentidão dos processos. O reconhecimento do desempenho insatisfatório da justiça penal propiciou, em alguns ordenamentos jurídicos europeus, uma aproximação com o sistema processual anglo-saxão, no que diz respeito às vantagens das declarações de culpabilidade e aos acordos sobre a pena ou a imputação.

Com efeito, uma das linhas norteadoras das reformas, conforme acentua Françoise Tulkens, consistiu na introdução de meios de simplificação e aceleração dos procedimentos, estabelecendo o procedimento comum para delitos mais graves e procedimentos simplificados, fundados no consenso, para a pequena criminalidade.<sup>173</sup> Para isso houve uma contribuição marcante da Recomendação R (87) 18, de 17 de setembro de 1987, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que estabeleceu orientações para a simplificação da justiça criminal. Expressa esse documento a preocupação com a duração excessiva dos procedimentos penais, sugerindo a adoção de ritos simplificados para fazer frente à criminalidade de massa.

A propagação na Europa continental de institutos inspirados no *plea bargaining*, trouxe, de logo, preocupações voltadas para a diferença entre os dois sistemas – *civil law* e *common law*. Além disso, promoveu uma reflexão sobre os riscos dessa importação para os valores já consolidados do processo penal, notadamente diante das críticas ao modelo norte-americano que sinalizavam as controvérsias inerentes à prática dos acordos penais. Nesse sentido, Bernd Schünemann defendeu que o *plea bargaining*, longe de ser a solução para as dificuldades do sistema penal europeu, tornou-se, na realidade, o fator desencadeador da crise, “uma crise vital para a estrutura de um Estado de Direito liberal e uma crise de sobrevivência, que não pode ser captada, ou não quer sê-lo, pelos profissionais que atuam no processo”.<sup>174</sup> Também Vittorio Fanchiotti alertava para o

---

<sup>173</sup> La procédure pénale: grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux, op. cit., p. 44.

<sup>174</sup> ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?, op. cit., p. 293.

perigo de se criar “um quadro homogêneo, um tipo de sistema ‘universal’ de administração da justiça, dotado em todos os lugares das mesmas virtudes e dos mesmos defeitos.”<sup>175</sup>

Cabe notar, porém, que, não obstante a influência norte-americana seja clara, os institutos de justiça consensual ou negociada da Europa continental apresentam diferenças consideráveis em relação ao *plea bargaining*, sobretudo, pela menor autonomia da vontade das partes e pela necessidade de conviver com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Esse é um aspecto observado por Máximo Langer. O autor, ao questionar a tese da “americanização”, destaca que os institutos consensuais europeus não só diferem do modelo americano, como também divergem entre si, o que, em vez de homogeneidade, acarreta diversidade dentro do sistema *civil law*.<sup>176</sup>

Nesse contexto, passamos a abordar, de maneira um tanto mais detida, os institutos que se fundamentam no consenso ou na negociação reconhecidos na legislação processual penal alemã, italiana, portuguesa, espanhola e francesa, e que foram introduzidos ou reforçados por intermédio das reformas que ocorreram nas últimas décadas.

### 3.2.1. Alemanha

Relata Bernd Schünemann que as discussões acerca de uma “crise” do processo penal alemão datam do início dos anos setenta, motivando a ampliação legal do princípio da oportunidade e, por fim, a adesão a acordos informais para solucionar os processos. A justiça consensual, porém, é uma prática que “se manteve durante muitos anos encerrada em torres de silêncio e que recentemente nos últimos anos surgiu à luz da opinião pública.”<sup>177</sup>

O processo penal alemão, fundado no princípio da legalidade da persecução, acolheu, paulatinamente, importantes institutos que tiveram por base o princípio da

<sup>175</sup> Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*, op. cit., p. 273.

<sup>176</sup> Nas palavras do autor: “the potential influence of American plea bargaining on civil law jurisdictions may not be that civil law systems will gradually resemble the American legal system, but rather that they may begin to differ among themselves in aspects on which, until very recently, they have been relatively homogeneous. In other words, the paradoxical effect of American influence on the criminal procedures of the civil law tradition may not be Americanization, but rather fragmentation and divergence within the civil law.”(From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, 2004, p. 4).

<sup>177</sup> Op. cit., p. 291 (trad. nossa).

oportunidade (*Opportunitätsprinzip*), criando uma regulamentação específica que acabou por inspirar reformas em outros países.<sup>178</sup> Em parte, a motivação para tanto decorreu do aumento da chamada “criminalidade de bagatela”, de modo que a discricionariedade no exercício da ação penal representou uma solução de caráter processual para as dificuldades decorrentes desse fenômeno que atingiu a Europa, sobretudo, a partir da Primeira Guerra.<sup>179</sup> A introdução do princípio da oportunidade ocorreu em 1924 para “enfrentar a primeira grande explosão de criminalidade de massa, no auge da crise econômica pós-bélica”.<sup>180</sup> Várias modificações ocorreram nas décadas posteriores, no intuito de expandir sua incidência, especialmente as promovidas pela reforma de 1975, que utilizou as formas de arquivamento como estratégia para o tratamento dos pequenos delitos contra o patrimônio.<sup>181</sup>

Não obstante a permanência do princípio da legalidade como regra, a discricionariedade do ministério público no exercício da ação penal manifesta-se em diversas modalidades de arquivamento da persecução previstas nos §§153 e 154 da Ordenação Processual Penal (*Strafprozessordnung – StPO*). Uma das hipóteses, por exemplo, ocorre quando a culpa é de pouca relevância e inexistente interesse público na persecução (§153, 1). Nesse caso, sendo a iniciativa do órgão acusador, é necessária a anuência do tribunal competente, não se estabelecendo qualquer condição para o imputado. Se a ação já tiver sido interposta, o arquivamento cabe ao tribunal, embora a concordância do ministério público seja exigível. Pode-se arquivar a persecução ainda por razões de Estado (§153d) ou por arrependimento ativo do autor, em casos que envolvem a segurança nacional (§153e), dentre outras modalidades.<sup>182</sup>

A doutrina aponta o §153a – inserido pela reforma da década de setenta – como o dispositivo que melhor representa a justiça consensual no ordenamento processual alemão. Trata-se da possibilidade de arquivamento provisório da persecução mediante o cumprimento de algumas condições pelo imputado durante o prazo estabelecido. As exigências abrangem reparação do dano, pagamento de quantia em benefício de instituição

---

<sup>178</sup> DEU, Teresa Armenta. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991, p. 30-31.

<sup>179</sup> DEU, Teresa Armenta, op. cit., p. 23 e 29-31.

<sup>180</sup> PALIERO, Carlo Enrico. *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, op. cit., p. 473 (trad. nossa).

<sup>181</sup> PALIERO, Carlo Enrico, op. cit., p. 334. Sobre a evolução histórica do princípio da oportunidade na Alemanha, DEU, Teresa Armenta, op. cit., p. 51-58.

<sup>182</sup> ENCINAS, Emilio Eiranova (coord.). *Código procesal penal alemán – StPO*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 289-294.



de interesse comum ou ao Estado, cumprimento de prestações de interesse comum e de deveres alimentícios. A satisfação das obrigações impede a persecução do delito.<sup>183</sup>

O caráter consensual concretiza-se pelo requisito de que haja a anuência do tribunal competente e do imputado, na hipótese em que a iniciativa é do ministério público. Se já iniciada a ação, o arquivamento compete ao tribunal, ao qual cabe estabelecer as condições, exigindo-se, igualmente, a concordância do órgão acusador e do imputado. Vários atores interagem, portanto, nessa forma de “disposição multilateral do procedimento”, conforme classifica Rodolphe Juy-Birmann.<sup>184</sup>

Trazendo uma perspectiva prática sobre o §153a, Konstanze Jarvers afirma que essa espécie de arquivamento é bastante utilizada na pequena criminalidade, mas também, com muita frequência, “nos casos de média gravidade, e, em particular contra a comum criminalidade econômica, mediante a imposição de obrigações pecuniárias.”<sup>185</sup> Ellen Schlüchter, igualmente, destaca essa ampliação do espaço de incidência do §153a, que passou dos delitos de bagatela para os de média gravidade.<sup>186</sup>

As críticas doutrinárias, não têm incomodado o legislador, conforme comenta, dentre outros, Kurt Madlener.<sup>187</sup> Um dos argumentos contrários ao consenso se refere ao fato de que as “obrigações e prescrições têm um caráter sancionatório informal e que ao imputado deveria ser garantida uma tutela maior contra a aplicação injustificada das sanções”.<sup>188</sup> Outra objeção diz respeito à amplitude dos poderes conferidos ao ministério público.<sup>189</sup>

Para além das hipóteses legais de exercício da oportunidade, acordos informais mais próximos de negociações propriamente ditas se consolidaram na prática e ocorrem à margem de uma disciplina normativa. Com efeito, no âmbito das tendências contemporâneas, Heike Jung inclui a expansão das “soluções negociadas” no processo

<sup>183</sup> ENCINAS, Emilio Eiranova (coord.), op. cit., p. 290. Para uma visão esquemática das formas de arquivamento, JUY-BIRMANN, Rodolphe. Le système allemand. In : DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procédures pénales d'Europe*, op. cit., p. 123.

<sup>184</sup> Op. cit., p. 116-117.

<sup>185</sup> Profili generali del diritto processuale penale tedesco. Trad. (italiana) Stefania Filice. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XLVI, fasc. 3, luglio/sett. 2003, p. 942.

<sup>186</sup> *Compendio di procedura penale tedesca*. 2. ed. Trad. Stefano Giuliani. Padova: Cedam, 1998, p. 129.

<sup>187</sup> Celeridad y eficacia en el proceso penal alemán. In: ARÚS, Francisco Bueno et. al. (dir.). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 847.

<sup>188</sup> JARVERS, Konstanze, op. cit., p. 942.

<sup>189</sup> SCHLÜCHTER, Ellen, op. cit., p. 129.

penal, acrescentando que o *plea bargaining* tem sido praticado não obstante as críticas acadêmicas, o que coloca em discussão questões relacionadas à credibilidade e à transparência do funcionamento da justiça.<sup>190</sup> A regulamentação desses acordos, com parâmetros que os enquadrem no Estado de direito, é tema presente nas propostas de reforma.<sup>191</sup>

### 3.2.2. Espanha

No processo penal espanhol, o consenso se manifesta mediante a “*conformidad*”. Não obstante seja um instituto antigo, sua expansão, ao longo de sucessivas reformas, vincula-se diretamente à chamada crise de administração da justiça, à semelhança de outros países europeus.<sup>192</sup> No que diz respeito à delimitação conceitual, Nicolás Rodríguez García caracteriza a conformidade como uma declaração de vontade em que o imputado, com a intervenção da defesa, aceita submeter-se à mais grave das sanções requeridas pela acusação, o que se insere no princípio da oportunidade e implica a aceleração do procedimento.<sup>193</sup>

Pela conformidade, o acusado e a defesa consideram desnecessário o prosseguimento do juízo, concordando com a pena solicitada pelo acusador, o que autoriza, se preenchidos os demais requisitos, o pronunciamento de sentença nos termos da qualificação que ficou acertada. Ressalte-se que a conformidade no direito espanhol apresenta uma regulamentação bastante diversificada, fruto das tentativas de aperfeiçoamento nos últimos anos e da busca por mecanismos que promovam a aceleração do processo. O resultado disso é a dificuldade demonstrada pela doutrina de identificar, por

---

<sup>190</sup> Le procès pénal en République Fédérale d'Allemagne. In: DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procès pénal et droits de l'homme*, op. cit., p. 114. Silvia Barona Vilar também comenta que na prática, muitas vezes, as formas regulamentadas de acordo são tomadas apenas como um “ponto de partida” para se obter resultados “que vão além do que realmente é permitido” (*La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 160).

<sup>191</sup> Bernd Schünemann comenta acerca de proposta de reforma apresentada pelo governo alemão em 2001 em que a necessidade de estabelecer uma disciplina legal para os acordos no processo penal foi discutida (*La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 99-109). Heike Jung, por sua vez, noticia que alguns parâmetros também estão presentes na jurisprudência (op. cit., p. 114).

<sup>192</sup> Sobre a evolução histórica da conformidade, VILAR, Silvia Barona. *La conformidad en el proceso penal*, op. cit., p. 239-252.

<sup>193</sup> *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997, p. 89-97. Utilizamos, no presente texto, o termo imputado em sentido amplo, ressaltando, porém, que, na legislação espanhola, os conceitos de imputado, processado e acusado são, tecnicamente, distintos e definem a situação jurídica do sujeito passivo de acordo com o momento processual.

exemplo, a natureza jurídica do instituto e de harmonizá-lo com os princípios que orientam o processo penal.

Pode-se dizer, contudo, que a conformidade, em suas diferentes manifestações, representa um ato dispositivo do acusado e da defesa, pelo qual se renuncia à instrução probatória e suas garantias. Os principais efeitos são o encerramento do processo sem maiores trâmites e a imposição de uma pena, mediante sentença que produz todos os efeitos da coisa julgada. Considerando algumas peculiaridades quanto aos requisitos, passamos a examiná-los tendo como critério o tipo de procedimento no qual a conformidade se apresenta.

### **3.2.2.1. Procedimento ordinário**

No procedimento ordinário para delitos graves, permite-se a conformidade nos escritos da defesa, nos termos do art. 655, da Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), ocasião em que se pode manifestar a concordância com a pena solicitada, ou com a mais grave das penas, caso haja pluralidade de acusações.<sup>194</sup> Com base nisso, profere-se a sentença, cuja sanção imposta não pode superar a pretendida pelo órgão acusador.<sup>195</sup> Ainda neste mesmo rito, sendo que no início do juízo oral, antes, portanto, da produção probatória, tem o réu nova oportunidade de conformar-se quando o magistrado lhe pergunta sobre se reconhece a responsabilidade pelo delito que lhe é atribuído, consoante dispõe o art. 688, LECrim. Há, desse modo, dois momentos processuais para a incidência do instituto dentro do rito ordinário.

Sendo um instituto fundado na manifestação de vontade, imprescindível o caráter da dupla garantia, ou seja, que haja a anuência tanto do acusado quanto da defesa. Assim, prossegue-se o juízo diante de eventual divergência entre eles. Nesse sentido, o art. 694, LECrim, pelo qual, ainda que se verifique a conformidade por parte do acusado, “o

---

<sup>194</sup> Note-se que, no processo penal espanhol, podem funcionar como partes acusadoras o Ministério Fiscal (delitos públicos ou semi-públicos), o acusador particular (delitos públicos, como ofendido), o acusador popular (delitos públicos, mesmo que não diretamente ofendido), o acusador privado (crimes de natureza privada) e o ator civil (delitos de qualquer natureza, para o exercício da pretensão civil) (ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 49). Assim, havendo mais de uma acusação, a conformidade deve ter como objeto a mais grave das qualificações deduzidas.

<sup>195</sup> Caso a pena deva ser maior, devido à qualificação do delito, determina-se o prosseguimento do juízo (art. 655, LECrim).

presidente do tribunal perguntará ao defensor se considera necessária a continuação do juízo oral”, lavrando-se a sentença de conformidade apenas no caso de resposta negativa.<sup>196</sup> Quanto ao imputado, deverá se pronunciar de forma indubitosa sobre a conformidade (art. 693, LECrim), de maneira que o silêncio importa o prosseguimento do juízo (art. 698, LECrim).<sup>197</sup> Entende-se que não se trata de uma confissão propriamente dita, embora o art. 688 utilize esse termo.<sup>198</sup>

Nas conformidades dos arts. 655 e 688 não há negociação ou acordo, mas adesão, do acusado e da defesa, ao conteúdo da peça acusatória, o que deve se fazer de modo absoluto, personalíssimo, voluntário, formal, vinculante e com declaração expressa do defensor e do imputado. Tem-se, então, um ato unilateral da defesa, sem intervenção do ministério público ou dos demais acusadores. É o que observa Marien Aguilera Morales, ao dizer que “a acusação não intervém diretamente no ato da conformidade, mais sim indiretamente, fixando o objeto sobre o qual ela recai”.<sup>199</sup>

A manifestação de vontade do acusado pode abranger a responsabilidade civil e criminal, ou apenas esta<sup>200</sup>, surgindo daí a classificação em conformidade plena e limitada, respectivamente. A conformidade com a pretensão civil implica a aceitação do acusado quanto à descrição fática dos acontecimentos e à qualificação jurídica, consoante destaca Amaya Arnaiz Serrano.<sup>201</sup> Acrescente-se, com Maria Dolores Fernández Fustes, a possibilidade de o réu negar sua condição de responsável civil ou, admitindo-a, discordar do valor indenizatório pretendido.<sup>202</sup> De qualquer modo, o efeito da conformidade limitada é o prosseguimento do juízo penal para que se apure tão-somente a responsabilidade civil (arts. 655 e 695, LECrim), havendo, assim, uma prorrogação da competência.

<sup>196</sup> Há ainda referências expressas à manifestação do advogado nos arts. 655, 696 e 697, LECrim.

<sup>197</sup> Sendo várias as imputações, o acusado será indagado sobre cada uma delas (art. 690, LECrim). Havendo pluralidade de réus, também serão perguntados individualmente, mas a conformidade deve ser de todos para que produza seus efeitos, exceto se a divergência for apenas quanto à responsabilidade civil, caso em que prossegue o juízo para determinação desta (arts. 691 e 655).

<sup>198</sup> ASECIO MELLADO, José María, op. cit., p. 251.

<sup>199</sup> *El principio de consenso: la conformidad en el proceso penal español*. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 88-89.

<sup>200</sup> A pretensão civil pode ser deduzida junto com a penal nos atos postulatorios da acusação, chamados de “escritos de qualificação provisória”, no procedimento ordinário, e de “escritos de acusação”, no procedimento abreviado, de acordo com o art. 650, LECrim. Assim, a parte acusadora indicará, se for o caso, o valor indenizatório pleiteado e o responsável civil pelos danos decorrentes da infração (FERNÁNDEZ FUSTES, Maria Dolores. *La intervención de la víctima en el proceso penal: especial referencia a la acción civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 283-287).

<sup>201</sup> *Las partes civiles en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 162.

<sup>202</sup> Op. cit., p. 370.

Se o responsável civil for terceira pessoa,<sup>203</sup> será também chamado a se pronunciar. Caso não compareça ou apresente alguma oposição, o procedimento continua para apurar a responsabilidade civil. Entretanto, se comparecer, mas se recusar a responder as perguntas da autoridade judicial, haverá uma presunção de veracidade dos fatos (arts. 692 e 700, LECrim).

No que diz respeito ao âmbito de aplicação da conformidade dos arts. 655 e 688, há entendimento no sentido de que só é permitida em delitos cuja pena não exceda três anos de prisão, enquanto para outra corrente doutrinária incide sobre delitos com pena de até seis anos de privação de liberdade, em harmonia com o limite que se prevê para a conformidade no procedimento abreviado.<sup>204</sup> De qualquer modo, a conformidade do rito ordinário já não teria muita utilidade, pela dificuldade de ocorrer na prática. Silvia Barona Vilar lembra ainda que a própria natureza do instituto não o recomenda para delitos graves, o que poderia gerar uma crise pela falta de cumprimento do poder punitivo estatal.<sup>205</sup> Considerando, no entanto, que a regulamentação ainda é mantida na LECrim, é possível falar-se em seu caráter suplementar em relação à conformidade disciplinada pelo procedimento abreviado.<sup>206</sup>

### 3.2.2.2. Procedimento abreviado

O rito abreviado foi introduzido pela Lei Orgânica n. 7, de 28 de dezembro de 1988, com o objetivo de unificar os procedimentos relativos aos delitos menos graves, diante dos problemas causados pela diversidade de procedimentos acrescidos à LECrim.<sup>207</sup> Insere-se no movimento por maior celeridade e eficiência da justiça penal, idéia que se renovou com a reforma promovida pela Lei n. 38, de 24 de outubro de 2002.

<sup>203</sup> Responsável civil, em regra, é o autor da infração penal, sendo que é igualmente admitida a responsabilidade civil direta ou subsidiária de terceiros, nos termos dos arts. 116.1, 118, 120 e 121, Código Penal (AGUILERA MORALES, Marien. *El principio de consenso: la conformidad en el proceso penal español*, op. cit. p. 274-275).

<sup>204</sup> A primeira corrente entende que esse limite deve ser interpretado de acordo com a Disposição Transitória 11ª do Código Penal, pela qual a prisão menor (correspondente à prisão correccional de que tratam os arts. 655 e 688, LECrim) foi substituída por prisão de seis meses a três anos. Dessa opinião é VILAR, Silvia Barona. *Seguridad, celeridad y justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 208. Já a segunda corrente defende que a mudança na legislação penal não alterou a LECrim, de modo que o limite da conformidade seria de seis anos para todos os procedimentos. Nesse sentido, ASENSIO MELLADO, José María, op. cit., p. 253-254.

<sup>205</sup> *Seguridad, celeridad y justicia penal*, op. cit., p. 208.

<sup>206</sup> SENDRA, Vicente Gimeno et. al. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Colex, 1999, p. 598.

<sup>207</sup> MUERZA ESPARZA, Julio J. *El proceso penal abreviado*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 15-18. O procedimento abreviado aplica-se a delitos punidos com pena privativa de liberdade não superior a nove anos (art. 757).

Nesse procedimento, a conformidade está prevista nos arts. 784.3 e 787.1. Pelo art. 784.3, que corresponde a uma fase intermediária do rito, pode a defesa em seus escritos conformar-se com a acusação. No entanto, autoriza-se também a conformidade em qualquer outro momento, desde que antes da realização do juízo oral. Nesse caso, a anuência é manifesta não mais nos escritos da defesa, mas em uma peça conjunta assinada pelos interessados, ou seja, acusação, imputado e defesa.

Quanto ao art. 787.1, a conformidade é prestada logo antes do início da prova, exigindo anuência em relação à pena de maior gravidade, embora se possa, igualmente, oferecer uma peça conjunta. O juiz analisa se a qualificação jurídica está correta e se a pena é adequada. Caso o magistrado entenda que há incorreção nesse aspecto, dará à parte que formulou a acusação mais grave oportunidade de retificar ou não seu escrito. O acusado é sempre ouvido para aferir-se se prestou a conformidade livremente e compreendeu as conseqüências de sua manifestação de vontade. Qualquer que seja o momento processual, a conformidade limita-se a delitos cuja pena não exceda seis anos de privação de liberdade, consoante estabelece o art. 787.1, levando-se em conta a sanção concretamente proposta pelo órgão acusador.<sup>208</sup>

A conformidade pode ocorrer por iniciativa da defesa ou por um acordo entre as partes, como acentua Francisco José Sospedra Navas.<sup>209</sup> O espaço para discussões entre acusação e defesa aproxima o instituto de uma negociação, diferentemente do que se verificava na conformidade do procedimento ordinário, que era um ato unilateral de adesão à pena. Nesse sentido, José María Asencio Mellado comenta que “a própria Lei parece autorizar ou, pelo menos, favorecer no procedimento abreviado uma certa negociação”.<sup>210</sup>

Ainda no procedimento abreviado, prevê-se um instituto denominado na doutrina de “reconhecimento dos fatos”, que também funciona como mecanismo de aceleração e simplificação do rito. O reconhecimento dos fatos está disciplinado no art. 779.1, 5ª, LECrim, sendo aplicável apenas quando a pena estiver nos limites fixados no art. 801, ou seja, pena privativa de liberdade não superior a três anos. É passível de concretizar-se na

---

<sup>208</sup> SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*. Madrid: Civitas, 2004, p. 34. Silvia Barona Vilar critica esse limite, afirmando que “a conformidade com penas de até seis anos de prisão está desvirtuando a essência de um instituto que, como a conformidade, só tem sentido concebê-lo referido à delinqüência menor.” (*Seguridad, celeridad y justicia penal*, op. cit., p. 226, trad. nossa)

<sup>209</sup> Op. cit., p. 33.

<sup>210</sup> *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 250.

fase de diligências prévias, que corresponde ao momento inicial da persecução em que são colhidas informações sobre a conduta delitiva e seu presumível autor.<sup>211</sup> Desse modo, o reconhecimento dos fatos é uma oportunidade de solução consensuada que ocorre antes das conformidades acima analisadas.

Assim, se, ainda nessa etapa de investigações, o imputado, perante a autoridade judicial, reconhecer os fatos, assistido por seu defensor, o juiz convoca o ministério público e as demais partes acusadoras eventualmente existentes para se pronunciarem sobre se formulam escrito de acusação de acordo com a manifestação do imputado. Sendo apresentado tal escrito, o procedimento altera-se, seguindo o rito dos juízos rápidos.

Para Silvia Barona Vilar, o reconhecimento não se confunde com a conformidade. Um diz respeito à admissão do fato delituoso, o outro, à aceitação da pena. Em comum, há o consentimento do imputado.<sup>212</sup> A natureza jurídica do instituto, porém, é controvertida e já o era desde a redação original, como noticia Nicolás Rodríguez García.<sup>213</sup> Remanescem, no mais, algumas dificuldades de interpretação, decorrentes, sobretudo, de imprecisões terminológicas do legislador.<sup>214</sup> Para além das controvérsias, depreende-se que um dos principais efeitos do reconhecimento dos fatos é a mudança no procedimento, o que promoveria economia processual e mais celeridade.

### 3.2.2.3. Juízos rápidos

Outra conformidade é prevista no procedimento dos juízos rápidos<sup>215</sup>, art. 801, LECrim. Ocorre na fase preparatória do juízo oral, em delitos com pena privativa de liberdade não superior a três anos, pena de multa de qualquer quantia ou pena de outra natureza cuja duração não exceda a dez anos. Considera-se, para esse primeiro parâmetro,

<sup>211</sup> CHAMARRO, Ismael Moreno. *El proceso penal: Ley de Enjuiciamiento Criminal comentada*. Barcelona: Deusto, 2005, p. 774.

<sup>212</sup> *Seguridad, celeridad y justicia penal*, op. cit., p. 218.

<sup>213</sup> *El consenso en el proceso penal español*, op. cit., p. 219-223. O reconhecimento dos fatos foi introduzido juntamente com o procedimento abreviado (LO 7/1988, de 28 de dezembro), tendo também sofrido alterações pela reforma promovida pela Lei 38/2002, de 24 de outubro (PITA, Maria Paula Díaz. *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputado en el procedimiento abreviado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 172-173).

<sup>214</sup> Para uma perspectiva sobre esses problemas práticos, PITA, Maria Paula Díaz, op. cit., p. 176-198.

<sup>215</sup> O “procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos” aplica-se a infrações com pena privativa de liberdade não superior a cinco anos, ou punidas com quaisquer outras penas, únicas, conjuntas ou alternativas, cuja duração não ultrapasse dez anos, devendo-se atender ainda a outros vários requisitos enumerados pelo art. 795, LECrim, dentre eles tratar-se de delitos flagrantes e de instrução presumivelmente simples.

a sanção em abstrato. Necessário também que, “tratando-se de pena privativa de liberdade, a pena solicitada ou a soma das penas solicitadas não supere, reduzida em um terço, os dois anos de prisão” (art. 801, 2º-3º). Nesse caso, o referencial é a sanção em concreto proposta pelo acusador.

Satisfeitos os requisitos, a sentença é proferida reduzindo a pena solicitada em um terço, mesmo que isso implique uma sanção inferior aos limites mínimos do Código Penal. Na hipótese de as partes informarem desde logo que não têm pretensão de recorrer, a decisão produz de logo seus efeitos.

#### **3.2.2.4. Procedimento do júri**

Por fim, no procedimento perante os jurados, a conformidade das partes é estabelecida como uma das possíveis causas de dissolução antecipada do júri, de acordo com o disposto no art. 50, da Lei Orgânica n. 5, de 22 de maio 1995. Esta conformidade é permitida quando a pena acordada não excede seis anos de privação de liberdade, isolada ou cumulativamente com multa ou privação de direitos. O magistrado-presidente exerce importante controle, pois, não obstante a concordância das partes, o juízo prosseguirá, caso aquela autoridade entenda não haver provas suficientes da existência do fato ou da autoria.

#### **3.2.3. Itália**

O Código de Processo Penal italiano de 1988, que substituiu o denominado Código Rocco de 1930, disciplinou cinco procedimentos especiais voltados para assegurar a celeridade e a simplificação do processo. Trata-se do *giudizio abbreviato* (arts. 438-443), da *applicazione della pena su richiesta delle parti* ou *patteggiamento* (arts. 444-448), do *giudizio direttissimo* (arts. 449-452), do *giudizio immediato* (arts. 453-458) e do *procedimento per decreto* (arts. 459-464). Embora com pressupostos e finalidades bastante diferenciados, esses institutos caracterizam-se pela “função de economia processual” e demonstram a inviabilidade de adotar o rito ordinário a todos os casos que precisam ser solucionados pela justiça.<sup>216</sup> Com efeito, os procedimentos especiais são assim

---

<sup>216</sup> ZAPPALÀ, E. I procedimenti speciali. In: SIRACUSANO, D. et. al. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2004, v. 2, p. 233).



considerados porque promovem alterações no rito ordinário com o intuito de concluir a persecução penal antecipadamente.

Nesse sentido, o *giudizio direttissimo* e o *giudizio immediato* suprimem a audiência preliminar e permitem que se ingresse, de logo, na *fase dibattimentale*, em que se desenvolve a instrução probatória e se resolve o mérito, sob o crivo do contraditório.<sup>217</sup> Já nos demais procedimentos (*giudizio abbreviato*, *applicazione della pena su richiesta delle parti* e *procedimento per decreto*), o objetivo é evitar que o processo chegue ao confronto probatório, buscando-se uma definição ainda na fase inicial.<sup>218</sup>

É no contexto desses ritos especiais que se inserem os acordos de vontades entre imputado e órgão acusador no sistema processual penal italiano, manifestando-se, mais especificamente, no *giudizio abbreviato* e na *applicazione della pena su richiesta delle parti*.<sup>219</sup> De fato, desde o final dos anos setenta, em meio às discussões sobre a reforma do processo penal e à necessidade de criar ritos alternativos para lidar com o problema da morosidade, verificou-se o interesse pelos mecanismos consensuais norte-americanos, os quais conseguiam solucionar grande parte dos conflitos sem recorrer ao juízo oral.<sup>220</sup>

Sobre essa influência da legislação estrangeira, Francesco Zacchè observa que “apesar de filtrados pelos parâmetros da nossa tradição jurídica, o *patteggiamento* e o juízo abreviado são o resultado das reflexões amadurecidas em torno do *plea bargaining* norte-americano e do instituto inglês do *summary trial*.”<sup>221</sup> As adaptações, realmente, foram imprescindíveis, uma vez que a atuação do ministério público no ordenamento italiano é pautada pelo princípio da obrigatoriedade no exercício da ação penal.<sup>222</sup>

---

<sup>217</sup> A audiência preliminar (*udienza preliminare*) é uma fase do procedimento em que o ministério público expõe as provas colhidas durante as investigações preliminares (*indagini preliminari*) e solicita que o caso seja submetido aos debates, cabendo ao imputado apresentar sua defesa. O juiz (*giudice della udienza preliminare* - GUP) exerce o controle sobre questões processuais e emite decisão, que pode ou não determinar a remessa para a *fase dibattimentale*. No *giudizio direttissimo* e no *giudizio immediato*, entende-se que essa etapa processual da audiência preliminar é desnecessária, seja porque as provas são evidentes (*giudizio immediato*), seja porque houve confissão ou flagrante delito (*giudizio direttissimo*).

<sup>218</sup> ZAPPALÀ, E., op. cit., p. 235-236, fazendo a distinção entre os procedimentos de *deflazione dibattimentale* e os de *anticipazione del dibattimento*.

<sup>219</sup> Quanto ao juízo abreviado, há ressalvas sobre a incidência do acordo de vontades, em razão de reformas posteriores, conforme veremos adiante.

<sup>220</sup> ZACCHÈ, Francesco. *Il giudizio abbreviato*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 5-9.

<sup>221</sup> Op. cit., p. 8.

<sup>222</sup> A obrigatoriedade da ação penal pelo ministério público fundamenta-se no art. 112, da Constituição, e no art. 50, do Código de Processo Penal.

Os acordos entre ministério público e imputado foram introduzidos com a Lei n. 689, de 1981, sendo reforçados pelo Código de Processo Penal de 1988, mediante as disposições referentes ao juízo abreviado e ao *patteggiamento*. De notar-se que o art. 111 da Constituição, após as alterações produzidas pela Lei Constitucional n. 2, de 23 de novembro de 1999, prevê expressamente que “o consenso do imputado” pode afastar o contraditório na formação da prova.<sup>223</sup> Com isso, permite-se que informações colhidas pelo ministério público na fase investigativa adquiram valor de prova, para os fins dos procedimentos especiais que envolvem a terminação do processo mediante a anuência do imputado.<sup>224</sup>

### 3.2.3.1. Juízo abreviado (*giudizio abbreviato*)

A codificação processual penal de 1988 previa o acordo de vontades entre o ministério público e o imputado nos procedimentos do juízo abreviado (*giudizio abbreviato*) e da aplicação da pena a pedido das partes (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), conforme já ressaltado. Em razão dos diferentes conteúdos, que abrangiam, respectivamente, o procedimento e a sanção penal, esses ajustes também foram denominados de *patteggiamento sul rito* e *patteggiamento sulla pena*.

Na configuração original do juízo abreviado, o imputado solicitava ao juiz, oralmente ou por escrito, a adoção do rito simplificado, exigindo-se a manifestação favorável do ministério público. Era necessário ainda que o juiz pudesse decidir com base nas informações até então apuradas (*allo stato degli atti*), o que significava ter como parâmetro o resultado das investigações iniciais conduzidas pelo órgão acusador. Atendidos tais pressupostos, suprimia-se a fase do juízo oral e antecipava-se a solução do processo, beneficiando-se o imputado com uma sanção mais leve.

A convergência de vontades da pessoa acusada e do acusador público erigia-se, portanto, como requisito relevante para a admissão do procedimento. Como destaca Francesco Zacchè, “do ponto de vista estrutural, o juízo abreviado foi concebido nos moldes de um acordo, por força do qual o imputado, com o consenso do ministério

---

<sup>223</sup> Segundo o art. 111 da Constituição da República Italiana: “[...] La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita [...]”

<sup>224</sup> Discorrendo sobre a questão, com referência ao juízo abreviado, ZACCHÈ, Francesco, op. cit., p. 67-68.

público, pedia a antecipação da decisão na audiência preliminar.”<sup>225</sup> Em razão disso, surgia um “negócio jurídico bilateral de direito público”, consoante observa Silvana Giambruno.<sup>226</sup>

O juízo abreviado foi, efetivamente, uma novidade introduzida pelo Código de Processo Penal de 1988 e desde os primeiros momentos gerou as mais diversas controvérsias acerca de sua legitimidade constitucional. Para além das críticas doutrinárias, houve sucessivas intervenções da Corte Constitucional, as quais concorreram para alterar, de maneira significativa, as feições do procedimento. Uma das primeiras dificuldades foi estabelecer mecanismos de controle da decisão do ministério público quando este discordava da adoção do rito. Com as sentenças n. 66, de 8 de fevereiro de 1990, n. 183, de 12 de abril de 1990, e n. 81, de 15 de fevereiro de 1991, determinou-se que o acusador público deveria motivar sua manifestação contrária, podendo ainda o juiz aplicar a redução de pena caso entendesse que a recusa era injustificada.<sup>227</sup> Em seguida foi a vez de permitir a reapreciação do pronunciamento judicial que não acolhia o rito mesmo diante do acordo entre as partes, o que ocorreu com a sentença n. 23, de 31 de janeiro 1992.<sup>228</sup>

Em síntese, mediante a fixação dessas formas de controle das recusas tanto do ministério público quanto do magistrado, o juízo abreviado foi perdendo cada vez mais sua estrutura de acordo e se transformando em um direito do imputado a obter a redução da pena.<sup>229</sup> Por fim, após as várias decisões jurisprudenciais e declarações de inconstitucionalidade, sobreveio importante reforma legislativa no final da década de noventa, com as Leis n. 479, de 16 de dezembro de 1999 (Lei *Carotti*), n. 144, de 5 de junho de 2000, e n. 4, de 19 de janeiro de 2001.<sup>230</sup>

A partir da nova disciplina legal tornou-se irrelevante a concordância do ministério público. O imputado faz a opção pelo rito, dirigindo o pedido ao juiz, sem intervenção do órgão acusador. O procedimento depende, portanto, apenas da manifestação de vontade da pessoa acusada. Admitiu-se, por outro lado, que o imputado condicionasse

---

<sup>225</sup> Op. cit., p. 17 (trad. nossa).

<sup>226</sup> *Il giudizio abbreviato*. Padova: Cedam, 1997, p. 71.

<sup>227</sup> ZACCHÈ, Francesco, op. cit., p. 25-27; LEO, Guglielmo. *Giudizio abbreviato*. In: LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto (dir.). *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Milão: Giuffrè, 2003, v. VI (procedimenti speciali), p. 19-21.

<sup>228</sup> ZACCHÈ, Francesco, op. cit., p. 27; LEO, Guglielmo, op. cit., p. 21.

<sup>229</sup> ZACCHÈ, Francesco, op. cit., p. 26. Para uma análise mais detida acerca da evolução jurisprudencial do *giudizio abbreviato*, GIAMBRUNO, Silvana, op. cit., p. 78 -167.

<sup>230</sup> LEO, Guglielmo, op. cit., p. 31.

sua escolha à produção de provas complementares às que foram colhidas na fase de investigação preliminar. Inseriu-se, com isso, a possibilidade de *integrazione probatória*, que já era objeto de discussões anteriores. Nesse caso, tem-se o denominado juízo abreviado condicionado (*giudizio abbreviato condizionato*), em contraposição ao rito simples ou ordinário (*giudizio abbreviato ordinario*), em que não há o pedido de formação de novas provas.<sup>231</sup>

No *giudizio abbreviato* simples, o juiz é obrigado a adotar o rito diante do pedido do imputado, não havendo espaço para avaliação discricionária.<sup>232</sup> Assim, surge um verdadeiro direito de ser julgado conforme o rito especial e de obter a redução de pena correspondente.<sup>233</sup> Na hipótese de o magistrado entender que não é possível definir o processo com os elementos probatórios existentes, pode determinar, de ofício, a suplementação necessária para proferir a decisão, aplicando-se o art. 441.5, do Código de Processo Penal. Já no juízo abreviado condicionado, cabe à autoridade judicial avaliar se a prova requerida é “necessária aos fins da decisão e compatível com a finalidade de economia processual do procedimento”, nos termos do art. 438.5, CPP, podendo, então, rejeitar o pedido se tais critérios não forem satisfeitos.<sup>234</sup>

Independentemente da modalidade de juízo abreviado, a principal vantagem para o imputado é que, havendo condenação, a pena aplicada em concreto, após todos os cálculos cabíveis, será diminuída de um terço, o que representa um estímulo para a renúncia à realização do juízo oral. O objetivo de beneficiar o imputado também se revela pela introdução do *giudizio abbreviato condizionato*, que reduziu as restrições ao contraditório do modelo anterior, bem como pela limitação dos poderes discricionários do ministério público e do magistrado na admissibilidade do rito.

<sup>231</sup> GRILLI, Luigi. *Corso di procedura penale*. Padova: Cedam, 2005, p. 402-403.

<sup>232</sup> ZAPPALÀ, E., op. cit., p. 242.

<sup>233</sup> Consoante dispõe a Sentença n. 44711, de 27 de outubro de 2004, “risulta chiaro l’intento del legislatore della riforma di svincolare la richiesta dell’imputato sia dal parere del Pubblico Ministero che da qualsiasi apprezzamento discrezionale del giudice, secondo una prospettiva di ‘ordinarietà’ del giudizio abbreviato: qualora presenti la richiesta ‘semplice’, l’imputato ha il diritto di essere giudicato mediante il rito abbreviato, così da usufruire, in caso de condanna, della riduzione di pena prevista dall’art. 442.2 c.p.p.” (*Corte Suprema di Cassazione, sezioni unite penali*)

<sup>234</sup> Sobre as diversas objeções que surgiram acerca da impossibilidade de o juiz rejeitar o pedido, salvo na hipótese de juízo abreviado condicionado, a Corte Constitucional se manifestou na Sentença n. 115, de 9 de maio de 2001, entendendo serem improcedentes.

Na moldura vigente, o juízo abreviado continua sendo um instrumento de simplificação e celeridade, orientado pela idéia de economia processual.<sup>235</sup> Entretanto, já não se caracteriza como uma negociação ou acordo sobre o rito do processo<sup>236</sup>, sendo uma manifestação de vontade unilateral do imputado, que opta pelo procedimento quando tem interesse na redução da pena propiciada. Desse modo, pode-se afirmar que, no ordenamento jurídico italiano, a justiça consensual manifestava-se, mais propriamente, pelo *patteggiamento*, que passamos a analisar adiante.

### 3.2.3.2. Aplicação da pena a pedido das partes (*patteggiamento*)

Configura-se o procedimento de *applicazione della pena su richiesta delle parti* ou *patteggiamento* como um acordo que se realiza entre ministério público e imputado acerca da pena a ser infligida no caso concreto, com incidência de controle jurisdicional. Inspirado em um tipo de ajuste anteriormente previsto na Lei n. 689, de 21 de novembro de 1981, o *patteggiamento* foi remodelado no Código de Processo Penal de 1988, arts. 444-448, e submetido a alterações mais recentes com a Lei n. 134, de 12 de junho de 2003.

#### a) Antecedentes do *patteggiamento*: Lei n. 689, de 24 de novembro de 1981

Ao contrário do juízo abreviado, o procedimento especial ora em exame não é, exatamente, uma novidade no sistema italiano. A Lei n. 689, de 24 de novembro de 1981, de “Modificação ao Sistema Penal”, já havia introduzido o instituto denominado “aplicação de sanções substitutivas a pedido do imputado” (*applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*), que permitia a realização de acordo entre o órgão acusador e a pessoa acusada. O procedimento era disciplinado nos arts. 77-85, da referida lei, e em razão de pressupor a manifestação de vontade do imputado e do ministério público, também recebia, à época, o nome de *patteggiamento*.

A Lei n. 689/81 foi uma resposta legislativa ao problema das infrações punidas com pena privativa de liberdade de curta duração, as quais reclamavam um tratamento

<sup>235</sup> Conforme observa a Corte Constitucional, “anche se viene richiesta o disposta una integrazione probatoria, il minor dispendio di tempo e di energie processuali rispetto al procedimento ordinario continua dunque ad essere un carattere essenziale del giudizio abbreviato.” (Sentença n. 115, de 9 de maio de 2001)

<sup>236</sup> Nesse sentido, MARCOLINI, Stefano. *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, op. cit., p. 91.

processual diferenciado, sobretudo após a Constituição de 1948.<sup>237</sup> Assim, para evitar a prisão nos delitos de pouca gravidade, foram previstas três sanções substitutivas, elencadas no art. 53, como sendo a semi-detenção, a liberdade controlada e a pena pecuniária. Tais medidas ampliavam as alternativas do sistema jurídico para as infrações penais leves, atendendo a objetivos de política-criminal.

Por outro lado, a Lei n. 689/81 também se destacou por regulamentar as infrações administrativas, reduzindo, por conseqüência, a intervenção do direito penal. Com isso, o legislador seguiu a tendência de despenalização, adotada por vários países europeus naquele momento como estratégia para melhorar o funcionamento dos órgãos jurisdicionais.<sup>238</sup>

Foi no capítulo referente às sanções substitutivas das penas de prisão breves (*Sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*) que se inseriu a possibilidade de aplicação dessas sanções a pedido do imputado. Pela configuração legal do “velho *patteggiamento*” – como prefere identificá-lo a doutrina atual – o processo poderia ser definido antecipadamente mediante a aplicação de liberdade controlada ou pena pecuniária, desde que houvesse o pedido do imputado e o parecer favorável do ministério público. Era necessário ainda que o autor da infração não tivesse sido condenado antes a pena de prisão nem recebido o mesmo benefício.<sup>239</sup>

Satisfeitos esses requisitos, o juiz realizava uma operação hipotética, imaginando “qual seria a pena cabível se o imputado fosse culpado do crime objeto da imputação”, para, em seguida, verificar se era possível a opção por uma sanção substitutiva de liberdade controlada ou pena pecuniária.<sup>240</sup> Acolhendo o pedido, o magistrado fixava a sanção e declarava, de logo, extinta a infração penal. A sentença era registrada apenas para evitar

<sup>237</sup> Traçando um estudo sobre a Lei n. 689/81, no contexto das dificuldades geradas pelas penas de prisão breve, ZINZIO, Valentina. *Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: profili applicativi e politico-criminali*. Disponível em: <<http://www.tesionline.com>>. Acesso em: 3 ago. 2008.

<sup>238</sup> Sobre o caráter despenalizador da Lei n. 689/81, ao recorrer à via administrativa, SOHN, Byung-Hyun, op. cit., p. 200-203 e 87-88.

<sup>239</sup> Pelo art. 77, Lei n. 689/81, tem-se uma perspectiva dos pressupostos e efeitos do instituto: “Nel corso dell’istruzione e fino a quando non sono compiute per la prima volta le formalità di apertura del dibattimento, il giudice, quando ritiene, in seguito all’esame degli atti e agli accertamenti eventualmente disposti, che sussistono elementi per applicare per il reato per cui procede la sanzione sostitutiva della libertà controllata o della pena pecuniária può disporre con sentenza, su richiesta dell’imputato e con il parere favorevole del pubblico ministero, l’applicazione della sanzione sostitutiva, con esclusione di ogni pena accessoria e misura di sicurezza, ad eccezione della confisca ni casi previsti dal secondo comma dell’art. 240 del codice penale.”

<sup>240</sup> MUSSO, Rosanna Gambini. *Il “plea bargaining” tra common law e civil law*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 130.

que o imputado recorresse ao procedimento por mais de uma vez, não acarretando reincidência. O ato decisório não produzia efeitos na esfera civil nem impunha penas acessórias. Se o imputado deixasse de cumprir a sanção determinada, cometeria, com tal conduta, uma infração punida com reclusão de seis meses a três anos.<sup>241</sup>

Em regra, a doutrina considera como muito distante a relação do *patteggiamento* da Lei n. 689/81 com o *plea bargaining* norte-americano. Para Rosanna Gambini Musso, o velho *patteggiamento* não se enquadrava propriamente como um instituto de justiça negociada, uma vez que não tinha como foco a declaração de culpabilidade nem dava ensejo a uma verdadeira transação entre os sujeitos intervenientes.<sup>242</sup> Acerca desse tema da assunção de culpa pelo acusado, no entanto, havia entendimento no sentido de que o pedido de aplicação de pena substitutiva trazia implicitamente uma admissão de responsabilidade.<sup>243</sup>

O *patteggiamento* tornou-se alvo de acirrados questionamentos, tanto em decorrência das omissões legais quanto do confronto com os princípios norteadores do processo penal italiano. Três problemas estavam diretamente relacionados, quais sejam: a natureza jurídica das sanções substitutivas, a natureza da sentença que as aplicava, bem como a necessidade ou não de definir a culpabilidade do imputado. Assim, por um lado, argumentava-se que o reconhecimento do caráter penal das sanções substitutivas conduzia, inevitavelmente, à admissão da natureza condenatória da sentença. No entanto, para condenar era exigível que se procedesse antes ao accertamento da responsabilidade e a lei nada esclarecia sobre isso. Já em perspectiva diversa, cogitava-se serem ditas sanções meramente administrativas, estabelecidas por uma sentença de “não dever proceder” em virtude da extinção do crime.<sup>244</sup>

Motivo de críticas também era a previsão de que o parecer negativo do ministério público impediria a opção pela sanção substitutiva, vinculando o ato decisório do magistrado. A principal objeção levantada nesse aspecto era de que tal circunstância promovia desigualdades de tratamento entre o órgão acusador e o imputado, trazendo

<sup>241</sup> Não havia, portanto, conversão, mas delito autônomo (PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1988, p. 580).

<sup>242</sup> Il “*plea bargaining*” *tra common law e civil law*, op. cit., p. 119-120.

<sup>243</sup> PISAPIA, Gian Domenico, op. cit., p. 580.

<sup>244</sup> LOZZI, Gilberto. L’applicazione della pena su richiesta delle parti, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XXXII, genn./mar. 1989, p. 32-34. O autor destaca ainda a Sentença n. 148, de 24 de maio de 1984, em que a Corte Constitucional sustentou a natureza penal das sanções substitutivas e o caráter condenatório da sentença (op. cit., p. 34).

prejuízos para o direito de defesa, uma vez que o acusado não dispunha de meios para se contrapor ao entendimento do ministério público. Além disso, seria uma forma de estabelecer limitações ao princípio da independência do magistrado.<sup>245</sup>

O velho *patteggiamento*, portanto, representou uma tentativa de acelerar a conclusão do processo, mediante a manifestação de vontade do imputado e do ministério público, sem que configurasse uma verdadeira negociação. Por ser uma novidade, acabou dando ensejo a algumas dificuldades de interpretação e de harmonização com as demais normas processuais penais, situação que a Corte Constitucional procurou contornar com suas intervenções. Com o Código de Processo Penal de 1988 o *patteggiamento* recebeu nova moldagem, distanciando-se do instituto disciplinado pela legislação de 1981.<sup>246</sup>

## **b) Características**

O *patteggiamento* é considerado um instituto de justiça consensual, que antecipa a decisão de mérito, sem as dilações próprias do amplo debate que se instaura na fase do juízo oral. As mudanças promovidas em 1988 ampliaram a esfera de incidência do acordo, tornando a iniciativa mais flexível, aumentando o elenco de sanções que podem ser propostas e abrangendo também infrações de média gravidade. Por outro lado, buscou-se aperfeiçoar a disciplina legal, de modo a superar os problemas interpretativos do instituto anterior.

Para adotar o procedimento, é necessário que haja o pedido conjunto do ministério público e do imputado, ou a solicitação individual de uma das partes com a anuência da outra. Devem concorrer, portanto, as duas manifestações de vontade. O momento processual para tanto vai desde a fase das investigações preliminares, quando nem ação penal se tem ainda, até a declaração de abertura do juízo oral. Conseqüentemente, pode haver o acordo mesmo antes de a acusação ser formalizada pelo

---

<sup>245</sup> LOZZI, Gilberto, L'applicazione della pena su richiesta delle parti, op. cit., p. 35-37. A Corte Constitucional pronunciou-se sobre essas questões na Sentença n. 120, de 30 de abril de 1984, afastando a tese de ilegitimidade constitucional (LOZZI, Gilberto, op. cit., p. 37-40; PISAPIA, Gian Domenico, op. cit., p. 578).

<sup>246</sup> Ressaltando a diferença entre o *patteggiamento* da Lei n. 689/81 e o atual, ZAPPALÀ, E., op. cit., p. 249, e ERBANI, Stefano. Applicazione della pena su richiesta della parti. In: LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto (dir.), op. cit., p. 298-299. Note-se que, apesar de o instituto da Lei n. 689/81 ter sido superado pelo *patteggiamento* do CPP vigente, seu estudo ainda é relevante para a doutrina brasileira, uma vez que a transação penal teve como uma de suas inspirações aquela primeira experiência italiana.



ministério público.<sup>247</sup> Autoriza-se ainda que o pedido seja vinculado à concessão de suspensão condicional da pena.

As partes firmam um consenso sobre a modalidade e a quantidade de pena a incidir no caso concreto, de maneira que a escolha do rito especial represente uma vantagem em relação ao procedimento ordinário. O pedido pode referir-se à aplicação de uma sanção substitutiva, ou seja, liberdade controlada, semi-detenção ou pena pecuniária, conforme rol do art. 53 da Lei n. 689/1981, que permanece vigente nesse aspecto. No entanto, autoriza-se também a opção por uma pena pecuniária, diminuída em um terço. Por fim, o ajuste é cabível ainda quando se trata de pena privativa de liberdade, desde que esta, computadas todas as circunstâncias, causas de diminuição e a redução premial de até um terço, não supere o limite objetivo que o Código de Processo Penal estabelece.

No que diz respeito a esse limite, a Lei n. 134, de 12 de junho de 2003, trouxe inovações importantes. Com efeito, na versão original, de 1988, o *patteggiamento* era admitido apenas quando se tivesse a perspectiva de aplicar uma pena de privação de liberdade não superior a dois anos, isso depois de consideradas as circunstâncias e feita a redução de um terço. Com a reforma de 2003, o instituto foi ampliado. Atualmente, o acordo também é possível na hipótese de se vislumbrar o cabimento de uma pena de prisão de até cinco anos, efetuados os cálculos e a diminuição já mencionadas.

Tem-se entendido que a nova regulamentação não excluiu a forma anterior de *patteggiamento*. Pelo contrário, introduziu uma outra possibilidade de acordo, de maneira que coexistem desde então duas espécies de *patteggiamento*, aquele com pena de prisão de até dois anos (*patteggiamento* simples) e o que permite pena privativa de liberdade não superior cinco anos (*patteggiamento* ampliado).<sup>248</sup> Para verificar se o acordo atende a esse requisito, as partes fixam a pena base para a infração e, em seguida, em cima do cálculo definitivo, fazem incidir a diminuição de um terço. Se, após esse cálculo a sanção se mantiver dentro dos limites de cinco ou de dois anos, o rito é em tese admissível, embora ainda dependa de posterior análise judicial.<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup> Uma possibilidade que Luigi Grilli classifica como anômala, uma vez que as partes dispõem sobre a pena quando nem ação penal existe ainda (op. cit., p. 413).

<sup>248</sup> GRILLI, Luigi, op. cit., p. 414. Ainda sobre a introdução dessa nova modalidade de *patteggiamento* e as alterações promovidas pela Lei n. 134/2003, DEDDA, Enrico Di. *Il consenso delle parti nel processo penale: i riti alternativi al dibattimento dopo la legge 12.6.2003 n. 134*. Padova: Cedam, 2003.

<sup>249</sup> GRILLI, Luigi, op. cit., p. 414.

Em comum, as duas modalidades de *patteggiamento* são consensuais e acarretam a redução da pena em no máximo um terço, como mecanismo de estimular a renúncia ao juízo oral. Contudo, o *patteggiamento* ampliado, por envolver infrações de maior gravidade, tem requisitos objetivos e subjetivos mais exigentes do que a forma simples. Assim, alguns crimes enumerados pelo legislador são excluídos desse tipo de acordo, bem como os indivíduos tidos como delinquentes habituais, profissionais, por tendência e reincidentes.<sup>250</sup> Já o *patteggiamento* simples, voltado para delitos mais leves, tem benefícios que lhe são exclusivos, quais sejam, livra o imputado do pagamento das despesas processuais, da aplicação de pena acessória e de medida de segurança.<sup>251</sup>

Para além da análise das condições de admissibilidade referidas, em sede de controle jurisdicional, o magistrado verifica se as partes procederam a uma correta qualificação jurídica dos fatos, se observaram as circunstâncias cabíveis e se a sanção acordada é congruente com a situação em exame.<sup>252</sup> Caso entenda que a pena projetada pelas partes não é adequada ou que há erro no enquadramento jurídico da conduta delitiva, deve rejeitar o pedido, sendo-lhe vedado aplicar sanção diversa da que foi especificada na proposta ou alterar a imputação. De qualquer modo, mesmo não tendo poderes para modificar o acordo, a atuação do magistrado é preservada e não se restringe a uma mera ratificação da vontade dos sujeitos intervenientes.<sup>253</sup>

Por outro lado, é de notar que toda essa atividade de apreciação do mérito é realizada com base nas informações que constam no processo e que foram obtidas nas investigações do ministério público, não havendo espaço para produção de novas provas. Nesse sentido, evidenciam-se as limitações que o *patteggiamento* traz para o direito de se defender provando, o que se tenta compensar com o tratamento sancionatório mais favorável.

---

<sup>250</sup> Para Luigi Grilli, a exclusão justifica-se porque “a gravidade do crime ou a particular capacidade de delinquir do imputado são obstáculos a um rito que não oferece maior certeza sobre a responsabilidade do imputado [...] e que atribui uma diminuição de pena que o acusado deve merecer pela gravidade não excessiva da infração ou por sua vida pregressa.” (op. cit., p. 415) (trad. livre)

<sup>251</sup> Exceção feita ao confisco, previsto no art. 240, al. 2, Código Penal.

<sup>252</sup> A necessidade de o juiz apreciar a adequação da pena solicitada pelas partes foi reconhecida, inicialmente, pela Sentença n. 313, de 2 de julho de 1990, proferida pela Corte Constitucional. Em seguida, a Lei n. 479, de 16 de dezembro de 1999, incluiu expressamente essa exigência no art. 444, do Código de Processo Penal (ERBANI, Stefano, op. cit., p. 316).

<sup>253</sup> O pedido também é integralmente rejeitado quando as partes vinculam a proposta à suspensão condicional da pena e o juiz não concorda com a concessão do benefício.

Atendidas todas as exigências legais, e diante do consenso das partes, o juiz acolhe o pedido, proferindo, de imediato, sentença em que aplica a sanção pactuada. Antes, porém, verifica se não é o caso de absolver o imputado ou de declarar extinto o feito por alguma causa que seja passível de constatação no estado em que se encontra o processo.<sup>254</sup> Descartadas essas possibilidades, sendo o acordo procedente, o ato decisório é equiparável a uma sentença de condenação, por disposição legal expressa.

Embora o *patteggiamento* dependa do consenso das partes, a pessoa apontada como autora da infração, ao ter a iniciativa isolada de seguir o procedimento, não fica completamente à mercê da vontade do órgão ministerial. A primeira garantia nesse sentido é estabelecida pelo art. 446, alínea 6, Código de Processo Penal, ao determinar que “o ministério público, no caso de dissenso, deve enunciar as razões”. Permite-se ainda que, em determinadas circunstâncias, o imputado reitere o pedido perante o magistrado.<sup>255</sup> No mais, é também possível que o juiz aplique a sanção proposta pelo acusado mesmo diante da recusa do titular da ação penal, desde que entenda que a oposição é infundada. Nessa hipótese, o magistrado só se pronunciará após a conclusão dos debates, ocasião em que terá os elementos probatórios suficientes para averiguar se a pena era, de fato, apropriada e a discordância do ministério público, injustificada.<sup>256</sup>

Assim, o dissenso do acusador público obsta a conclusão antecipada do processo e a prolação imediata da sentença, uma vez que remete o feito para a fase dos debates. Produz efeitos negativos, portanto, apenas na esfera procedimental. Contudo, não impede que o juiz, em seguida ao encerramento do júízo oral, aplique a sanção proposta desde o início pelo imputado, com todos os benefícios inerentes. Isso se justifica, ressalta Valentina Bonini, pelo fato de o *patteggiamento* ser considerado também “uma modalidade de exercício do direito de defesa e, enquanto tal, irreprimível arbitrariamente pelo ministério

---

<sup>254</sup> Trata-se das hipóteses enumeradas no art. 129, do CPP, ou seja: o fato não subsiste, o imputado não o cometeu, o fato não constitui crime ou não é previsto na lei como crime, o delito está extinto ou falta alguma condição de procedibilidade. Identificando qualquer dessas circunstâncias, o juiz deve declará-la de ofício em qualquer estado ou grau do processo.

<sup>255</sup> Se, por exemplo, o interessado fez o pedido ainda no curso das investigações preliminares e houve a recusa do ministério público, a proposta pode ser renovada posteriormente, tendo como limite máximo o momento anterior à declaração de abertura do júízo oral. Nos termos do art. 448, al. 1, CPP: “[...] Nel caso di dissenso da parte del pubblico ministero o di rigetto della richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari, l'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, pronuncia immediatamente sentenza.”

<sup>256</sup> Sobre o dissenso do ministério público, ERBANI, Stefano, op. cit., p. 527-537.

público.”<sup>257</sup> Em contrapartida, assegura-se ao acusador a faculdade de recorrer de tal decisão.

Já se a rejeição foi por parte do juiz, que optou pelo indeferimento do pedido, a aplicação da pena solicitada pode ser concretizada pelo magistrado de segundo grau, em sede de recurso. Em síntese, vê-se que o legislador disponibilizou remédios legais para o imputado reagir aos entendimentos que contrariam seus interesses, seja quando a recusa é do ministério público ou da autoridade judicial. A idéia é que o *patteggiamento* envolve benefícios concretos para o suposto autor do fato, devendo-se evitar obstáculos injustificados. Disso infere-se que, excepcionalmente, as vantagens do rito especial incidem mesmo que inexista um real acordo entre as partes, sendo necessário para tanto que a oposição do ministério público seja tida como infundada.

### c) Questões controversas

O *patteggiamento* disciplinado pela codificação processual penal não superou as divergências em torno da natureza jurídica da sentença que aplica a pena a pedido das partes e, por conseguinte, não obteve consenso quanto à necessidade ou não de pronunciamento acerca da responsabilidade do imputado. A dificuldade de chegar a uma solução nessas matérias já estava presente desde o instituto regulado pela Lei n. 689/81, conforme visto. Pelo art. 445, al. 1, Código de Processo Penal, a sentença de *patteggiamento* é equiparada a uma condenação, salvo disposições legais em sentido contrário. No entanto, isso não é suficiente para afastar as dissonâncias interpretativas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Um dos aspectos a serem observados é que a sentença de *patteggiamento* afasta alguns dos efeitos próprios de um decreto condenatório, a exemplo do pagamento das custas processuais e da não imposição de penas acessórias.<sup>258</sup> Em razão disso, entendimentos jurisprudenciais acolheram a tese de que a sentença continha uma definição da responsabilidade e produzia todos os efeitos de uma condenação, exceto aqueles que o legislador preferiu excluir. Em sentido oposto, outra corrente sustentava que a atividade

---

<sup>257</sup> Imputato e pubblico ministero nella scelta del rito ‘patteggiato’, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XL, genn./mar. 1997, p. 1187.

<sup>258</sup> Isso quando a pena pactuada não supera os dois anos de privação de liberdade, nos termos do art. 445, CPP.

valorativa do magistrado não abrangia um juízo sobre a culpa, mas apenas uma análise da proporcionalidade da sanção pleiteada, da qualificação jurídica dos fatos e dos demais pressupostos. Há segmentos ainda que vêm na sentença apenas uma manifestação sobre o acordo realizado entre as partes, sem representar uma condenação. Por fim, há quem qualifique a decisão como sendo uma sentença atípica, que não se enquadra nas modalidades previstas no ordenamento jurídico.<sup>259</sup>

No cerne da matéria está o problema de harmonizar o referido pronunciamento judicial com o princípio da presunção de inocência e com a necessidade de que a aplicação da pena tenha como pressuposto a discussão da culpabilidade do suposto agente, ainda que de maneira simplificada.<sup>260</sup> Em razão disso, a constitucionalidade do procedimento especial foi por diversas vezes questionada, gerando posicionamentos divergentes também no âmbito da Corte Constitucional.

Em síntese, a disciplina legal do *patteggiamento* não traz uma exigência explícita quanto à assunção de responsabilidade por parte do imputado ao apresentar o pedido de aplicação de pena. Também não menciona se o magistrado deve proceder a uma valoração sobre o tema, restringindo-se a determinar a apreciação da correta qualificação jurídica do fato, das circunstâncias indicadas pelas partes e da proporcionalidade da pena requerida. A tendência, consoante observa Luigi Grilli, é de prevalecer a tese pela qual não há admissão de culpabilidade e tampouco acerto de mérito na sentença que aplica a sanção acordada.<sup>261</sup>

### 3.2.4. Portugal

A legislação processual penal portuguesa passou por importante reforma com o advento do Código de 1987 (Decreto-Lei n. 78, de 17 de fevereiro).<sup>262</sup> A nova codificação foi influenciada pela experiência de outros países europeus, bem como pela atuação do

---

<sup>259</sup> Para uma análise detalhada das múltiplas correntes e as respectivas decisões jurisprudenciais, ERBANI, Stefano, op. cit., p. 407-417; DEDDA, Enrico Di. *Il consenso delle parti nel processo penale*. Padova: Cedam, 2002, p. 137-140; FORTE, Cristina. *Patteggiamento e sospensione condizionale della pena, L'Indice Penale*, Padova, ano IV, n. 1, genn./apr. 2001, p. 277-282.

<sup>260</sup> Gilbero Lozzi sustenta ser imprescindível a definição da responsabilidade do imputado na sentença de *patteggiamento*, a fim de preservar a inviolabilidade da liberdade pessoal, a presunção de inocência e o dever de motivar as decisões judiciais, previstos, respectivamente, nos arts. 13, 27 e 111 da Constituição Italiana (Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XLV, ott./dic. 2002, p. 1166-1181).

<sup>261</sup> Op. cit., p. 421.

<sup>262</sup> O atual Código de Processo Penal português (Decreto-Lei n. 78/1987) em vigor desde 1º de janeiro de 1988, substituiu o Código de 1929 (Decreto-Lei n. 16.489, de 15 de fevereiro).

Conselho da Europa, conforme esclarece a Exposição de Motivos.<sup>263</sup> Incorporando tendências de política criminal, foram adotadas soluções que se fundam na justiça consensual e no princípio da oportunidade, enfatizando-se a distinção entre a pequena e a grave criminalidade. O tratamento diferenciado dessas modalidades de condutas delitivas justifica-se por se tratarem de “duas realidades claramente distintas quanto à sua explicação criminológica, ao grau de danosidade social e ao alarme coletivo que provocam.”<sup>264</sup> É assim que também se estabeleceu uma abordagem específica para o “espaço de consenso”, voltado para a pequena criminalidade, em contraposição ao “espaço de conflito”, reservado para os crimes graves.<sup>265</sup>

A suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo são os institutos que materializam o modelo de justiça consensual no ordenamento jurídico lusitano.<sup>266</sup> Nas palavras de Manuel da Costa Andrade, “eles dão, com efeito, corpo à versão portuguesa de institutos homólogos que nas duas últimas décadas se têm multiplicado na generalidade dos países, todos empenhados em alargar e diversificar a panóplia de respostas ao desafio específico da pequena criminalidade.”<sup>267</sup>

Recentemente, concretizaram-se novas e significativas alterações na codificação processual penal portuguesa com a Lei n. 48, de 29 de agosto de 2007, que entrou em vigor em 15 de setembro de 2007.<sup>268</sup> Além das modificações no regime da prisão preventiva, das escutas telefônicas e do segredo de justiça, bem como o incremento de medidas de

<sup>263</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de processo penal anotado e comentado*. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 16-17.

<sup>264</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. In: GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. op. cit., p. 20-21).

<sup>265</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. In: GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, op. cit., p. 21. José de Souto de Moura observa que o espaço do consenso incentiva “a reconciliação entre o imputado e a sociedade por uma via de pacificação que pode até mesmo eliminar a reação criminal.” (Le procès pénal au Portugal. In: DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procès pénal et droits de l’homme*, op. cit., p. 95, trad. nossa)

<sup>266</sup> Quanto ao “processo sumário”, regulado pelos arts. 381-391, CPP, e aplicado a determinados casos de flagrante delito, embora seja um procedimento especial igualmente voltado para a celeridade e simplificação, não contém elementos que o integrem no âmbito da justiça consensual. É esse também o entendimento de Manuel da Costa Andrade (Consenso e oportunidade, op. cit., p. 319, nota de rodapé n. 1). O mesmo se diga em relação ao “processo abreviado” (arts. 391-A – 391-F), introduzido no CPP português pela Lei n. 59, de 25 de agosto de 1998, para promover um julgamento acelerado dos delitos em que haja “provas simples e evidentes” do crime e da autoria, atendidos ainda os requisitos quanto à natureza e ao limite em abstrato da pena.

<sup>267</sup> Op. cit., p. 320.

<sup>268</sup> A reforma foi promovida pelo Ministério da Justiça de Portugal, por intermédio da Unidade de Missão para Reforma Penal, que elaborou anteprojeto com alterações que abrangiam 181 artigos do Código de Processo. Notas sobre os principais pontos da reforma estão disponíveis em <http://www.gam.mj.pt>, podendo-se consultar ainda PEREIRA, Rui. *Perspectivas de reforma do processo penal*. In: CRUZ, Branca Martins da (coord.). *Crise da justiça: reflexões e contributos do processo penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2007, p. 11-21.

aceleração processual, também houve repercussão na disciplina dos institutos que se fundamentam no consenso.

### 3.2.4.1. Processo sumaríssimo

O consenso é acolhido no chamado “processo sumaríssimo”, procedimento especial destinado à pequena criminalidade e previsto nos arts. 392-398, do Código de Processo Penal. Conforme consta na Exposição de Motivos, trata-se de “forma especial de processo destinado ao controle da pequena criminalidade em termos de eficácia e celeridade”.<sup>269</sup> Inicialmente, aplicava-se a delitos com pena abstrata de seis meses de prisão. Com as modificações introduzidas pela Lei n. 59, de 25 de agosto de 1998, o limite foi ampliado para abranger crimes cuja pena privativa de liberdade não excedesse a três anos ou punidos com pena de multa.<sup>270</sup> Alargando ainda mais a esfera do consenso, a Lei n. 48/2007 passou a admitir o processo sumaríssimo nos crimes punidos com pena de prisão de até cinco anos.<sup>271</sup>

A iniciativa de requerer a adoção deste rito é do ministério público, “quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade”. A partir da Lei n. 48/2007, tornou-se possível ao imputado solicitar ao órgão acusador a opção pelo referido procedimento, de modo que o ministério público pode escolher o rito por iniciativa própria ou por provocação do argüido. O momento para tanto é logo após o encerramento do inquérito. No requerimento, o órgão acusador apresenta uma proposta de sanção concreta a ser aplicada e justifica as razões pelas quais considera não ser cabível pena de prisão. O juiz analisa o pedido, podendo rejeitá-lo nas hipóteses legais previstas, caso em que reenvia o feito para o rito cabível.<sup>272</sup> Não o fazendo, determina a notificação do imputado para se manifestar, no prazo de quinze dias, cientificando também o defensor.

---

<sup>269</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. In: GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. op. cit., p. 21.

<sup>270</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de processo penal anotado e comentado*, op. cit., p. 779.

<sup>271</sup> Pela configuração atual, portanto: “Em caso de crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou só com pena de multa, o Ministério Público, por iniciativa do argüido ou depois de o ter ouvido e quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas de liberdade, requer ao tribunal que a aplicação tenha lugar em processo sumaríssimo.” (art. 392.1, CPP)

<sup>272</sup> O juiz pode rejeitar o pedido: “quando for legalmente inadmissível o procedimento”; “quando o requerimento for manifestamente infundado”; e “quando entender que a sanção proposta é manifestamente insusceptível de realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.” (art. 395, n. 1). Nesta

Caso o imputado se oponha à proposta do órgão acusador, o processo prosseguirá, seguindo, porém, o rito apropriado. Havendo o consenso, o juiz aplica, por despacho, a sanção acordada. Tem-se, com isso, uma decisão com valor de sentença condenatória e irrecorrível. Note-se ainda que a adoção do procedimento também depende da anuência do assistente, se houver acusação particular.

Vê-se que no processo sumaríssimo não há negociações nem contato direto entre acusação e defesa. O magistrado além de exercer o controle da legalidade também providencia para que o imputado e a defesa tomem conhecimento da proposta. A aceitação corresponde a uma adesão ao conteúdo do pedido ministerial. De qualquer forma, destaca-se, no procedimento, a importância da participação e da vontade do imputado, decisiva para a incidência do processo sumaríssimo, havendo liberdade de escolha e acompanhamento por defensor. Tem-se, assim, um processo que, pelo consenso, “simplifica e desformaliza o caminho para uma decisão sobre a culpa e sobre a fixação da pena”, como sintetiza António Henriques Gaspar.<sup>273</sup>

Sobre a diminuição de direitos processuais em prol de uma maior celeridade, Manuel Lopes Maia Gonçalves defende que sempre haverá a possibilidade de obtê-los por outras alternativas disponibilizadas pelo sistema. Assim, a acusação pode optar por outro rito, ao argüido igualmente se faculta a via do processo comum e, por fim, o juiz também não está vinculado à sanção proposta pelo órgão acusador, estando livre para formar o seu convencimento.<sup>274</sup>

Note-se que o processo sumaríssimo não admite a intervenção de partes civis, o que exclui a participação da vítima nessa forma de procedimento especial, devendo a pretensão indenizatória ser requerida separadamente.

Estudo realizado pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, em 2002, apontava para uma baixa utilização do processo sumaríssimo, de apenas 0,7%, o que frustrava as expectativas anunciadas no preâmbulo do Código de 1987, quanto à utilidade desse instrumento para desafogar os tribunais dos processos referentes à pequena

---

última hipótese, ao invés de indeferir o pedido e remeter o processo para outro rito, o juiz pode fixar sanção diferente da que consta na proposta, desde que haja a concordância do ministério público e do imputado.

<sup>273</sup> Processos especiais. In: *Jornadas de direito processual penal: o novo Código de Processo Penal*, op. cit., p. 373.

<sup>274</sup> Op. cit., p. 781.



criminalidade.<sup>275</sup> A reforma introduzida pela Lei n. 48/2007 não trouxe alterações significativas no procedimento. Pode-se destacar como sendo de maior relevo o aumento do limite máximo de pena de três para cinco anos, o que, talvez, revigore o instituto e sane as limitações apontadas pelo estudo acima referido.<sup>276</sup> Uma análise estatística inicial, porém, demonstra que a aplicação do rito sumaríssimo ainda continua pequena mesmo após as recentes mudanças legislativas.<sup>277</sup>

### 3.2.4.2. Suspensão provisória do processo

O modelo consensual é representado também pela suspensão provisória do processo, prevista nos arts. 281 e 282, do Código de Processo Penal. Por esse instituto, o ministério público propõe o sobrestamento do processo nos crimes punidos com pena de prisão igual ou inferior a cinco anos ou com pena não privativa de liberdade, mediante o cumprimento de algumas condições pelo imputado, denominadas “injunções e regras de conduta”. Tais condições assemelham-se, em parte, às fixadas para a suspensão da execução da pena, estabelecidas no art. 51, Código Penal, o que ressalta o interesse de economia processual. Com efeito, esclarece Manuel Lopes Maia Gonçalves que a suspensão provisória do processo funciona como “uma antecipação do tratamento jurídico criminal, que dispensa uma atividade processual que poderia vir a ter custos elevados, nos casos em que, presumivelmente, seria aplicada na sentença suspensão da execução da pena.”<sup>278</sup>

Antes da Lei n. 48/2007, a adoção da medida exigia que o argüido não tivesse antecedentes criminais, que a culpa fosse diminuta, que não fosse cabível medida de segurança de internamento e que o cumprimento das injunções e regras de conduta se

---

<sup>275</sup> ALMEIDA, Jorge et. al. *As reformas processuais e a criminalidade na década de 90*, p. 104. Disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio\\_9.html](http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_9.html)>. Acesso em: 20 jan. 2008. O estudo conclui ainda que “[...] apesar das formas legais, na prática assume visibilidade pouco significativa a distinção no tratamento processual entre a pequena e a média criminalidade, por um lado, e a criminalidade mais grave, por outro. A tendência judiciária é, ainda, a de tratar, de forma uniforme, os diversos tipos de crimes, não recorrendo aos expedientes processuais mais céleres, mais desburocratizados e consensuais já previstos na ordem jurídica [...]” (op. cit., p. 110).

<sup>276</sup> A necessidade dessa ampliação para cinco anos já havia sido sugerida em outro estudo desenvolvido pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa em 2005 (SANTOS, Boaventura de Sousa (dir.). *Para uma agenda da reforma da Justiça*, p. 25. Disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio\\_agendareforma.html](http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_agendareforma.html)>. Acesso em: 20 jan. 2008).

<sup>277</sup> FERNANDO, Paula et. al. *Monitorização da reforma penal: primeiro relatório semestral*, 2008, p.71-72. Disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/pdf/monitorizacao\\_reforma\\_penal.pdf](http://opj.ces.uc.pt/pdf/monitorizacao_reforma_penal.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2008.

<sup>278</sup> Op. cit., p. 566.

revelasse suficiente para os fins de prevenção. Os principais obstáculos para a maior incidência da suspensão estavam justamente nos requisitos da culpa diminuta e de que o imputado não apresentasse antecedentes criminais.<sup>279</sup> A reforma de 2007 foi sensível a esses aspectos. Quanto à vida pregressa do argüido, estabeleceu que a suspensão é cabível desde que não haja suspensão provisória ou condenação anteriores por crime da mesma natureza. Já a culpa diminuta foi substituída pela “ausência de grau elevado de culpa.”

A proposta do órgão acusador exige a anuência do argüido e do assistente, se houver, como um de seus pressupostos, o que revela o caráter consensual, embora não negociado. A partir da Lei n. 48/2007, o acusador público pode propor a suspensão de ofício ou a requerimento do imputado ou do assistente. Durante o período da suspensão, que, em regra, é de até dois anos, o imputado cumpre as condições acordadas e fica sobrestada a prescrição. Em se tratando, porém, de crime de violência doméstica ou que viole a liberdade e a autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado, a suspensão, se aplicada, pode se estender por até cinco anos. Note-se que não há previsão de limite temporal mínimo para a suspensão do processo. Satisfeitas todas as exigências, o procedimento é arquivado, não podendo ser reaberto. Do contrário, o processo segue seu curso.

Importante destacar que, na suspensão provisória, os interesses da vítima são preservados. Dentre as condutas a serem cumpridas pelo argüido estão a de “indenizar o lesado” e lhe dar “satisfação moral adequada”, o que demonstra que a reparação não se restringe apenas aos prejuízos materiais.<sup>280</sup>

O processo penal português, portanto, classificado como sendo “acusatório mitigado pelo princípio da investigação”<sup>281</sup>, faz concessões aos instrumentos de oportunidade na ação penal, bem como ao consenso como resposta a pequena e média

---

<sup>279</sup> Conforme apontava o estudo do Observatório Permanente (*As reformas processuais e a criminalidade na década de 90*, op. cit., p. 134).

<sup>280</sup> São ainda previstas as seguintes condições no art. 281.2: “entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia ou efetuar prestação de serviço de interesse público; residir em determinado lugar; freqüentar certos programas ou atividades; não exercer determinadas profissões, não freqüentar certos meios ou lugares; não residir em certos lugares ou regiões; não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; não freqüentar certas associações ou participar em determinadas reuniões; não ter em seu poder determinados objetos capazes de facilitar a prática de outro crime; qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso.” Trata-se de instituto de especial aproximação com a suspensão condicional do processo do ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 89, Lei n. 9.099/95.

<sup>281</sup> PEREIRA, Rui, op. cit., p. 11.

criminalidade.<sup>282</sup> Os mecanismos consensuais não encerram, propriamente, negociações ou maiores contatos entre o ministério público e o imputado, mas seguem a mesma idéia de valorizar o acordo de vontades para chegar à solução do processo. Não obstante a celeridade e a diminuição da carga de trabalho sejam objetivos da suspensão provisória e do processo sumaríssimo, há também fundamentos de política criminal, sobretudo no que se refere ao propósito de evitar os efeitos estigmatizantes do processo e da privação de liberdade.<sup>283</sup> É de se notar ainda que a reforma introduzida em 2007, apesar de não ter resultado em modificações expressivas nos institutos em tela, promoveu aperfeiçoamentos e uma discreta ampliação do modelo consensual.

### 3.2.5. França

As mudanças ocorridas na justiça penal francesa nas últimas décadas também estão impregnadas das idéias de simplificação, aperfeiçoamento do processo, mecanismos alternativos à persecução penal e proteção da vítima, incluindo-se nesse rol a adoção de institutos consensuais. Consoante esclarece Tatiana Cymbalista, a utilização de saídas alternativas ao processo penal no sistema francês ocorreu gradualmente, com práticas fundadas no princípio da oportunidade, que foram se desenvolvendo antes mesmo de existir tratamento legal específico. Só a partir de 1970 começaram a surgir as primeiras legislações que previam expressamente medidas dessa natureza, a exemplo da injunção terapêutica, criada pela Lei n. 70-1320, de 31 de dezembro daquele ano.<sup>284</sup>

No que diz respeito a iniciativas vinculadas ao consenso, merece relevo, de início, a Lei 99-515, de 23 de junho de 1999, voltada para o propósito de “reforçar a eficácia do procedimento penal” e que introduziu o instituto da composição penal no Código de

---

<sup>282</sup> Sobre o princípio da oportunidade e suas formas de manifestação no sistema português, TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000, especialmente p. 40-46.

<sup>283</sup> Analisando especificamente os fins político-criminais da suspensão provisória, Fernando Torrão comenta o objetivo de “diminuir o contato do argüido com o dessocializador sistema formal de justiça”, o que representa uma prevenção especial positiva (Suspensão provisória do processo: justiça penal negociada? In: CRUZ, Branca Martins da (coord.). *Crise da justiça: reflexões e contributos do processo penal*, op. cit., p. 24.

<sup>284</sup> *Poursuites et alternatives aux poursuites en droit pénal comparé (droit français, droit bresilien)*. Tese de Doutorado. Université Panthéon-Assas (Paris II), 2005, p. 57-58. A autora ressalva, porém, que a injunção terapêutica foge dessa regra pela qual o surgimento de uma lei apenas consolida práticas alternativas preexistentes. Isso porque o referido instituto direcionava-se para os usuários de substâncias entorpecentes e esse comportamento, quando abrangia apenas o usuário individual, só passou a ser previsto como infração penal com a Lei n. 70-1320, acima mencionada (op. cit., p. 59).

Processo. Na seqüência, tem-se a Lei n. 2002-1138, de 9 de setembro de 2002, conhecida como Lei Perben I, editada com o objetivo de “orientação e de programação para a justiça”. Por fim, a Lei n. 2004-204, de 9 de março de 2004, Lei Perben II, com dispositivos que visam a “adaptação da justiça à evolução da criminalidade”. Destaca-se esta última reforma pelas medidas de combate ao crime organizado e pela criação do instituto denominado “*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*”, que interessa diretamente ao estudo sobre a justiça consensual.<sup>285</sup>

A doutrina reconhece que a aproximação do ordenamento penal francês com a justiça consensual já se verifica desde a Lei de 23 de junho de 1999, com a composição penal.<sup>286</sup> No entanto, a reforma promovida pela Lei Perben II tornou mais evidente essa tendência, trazendo questionamentos sobre a influência do modelo norte-americano. Nesse quadro de alterações legislativas, Jean Pradel destaca o papel cada vez mais importante que se tem concedido à vontade do imputado no exercício da ação penal. Pelo dogma antes prevalente, a pessoa acusada era “objeto da ação penal” ou mero “sujeito passivo”, enquanto as principais decisões cabiam ao ministério público ou à parte civil. Aos poucos, porém, essa idéia foi amenizada. As razões para tanto – ainda segundo o referido autor – podem ser atribuídas não só à existência de institutos consensuais no direito estrangeiro, mas principalmente à necessidade de criar instrumentos aptos a assegurar uma prestação jurisdicional em prazo razoável, consoante determina a Convenção Européia de Direitos do Homem. Além disso, “com o fortalecimento do princípio do contraditório e dos direitos de defesa, com o desenvolvimento de uma nova filosofia penal fundada na ressocialização e responsabilização do autor do crime, o imputado tornou-se o centro de gravidade do processo penal”, o que justifica uma maior consideração de sua vontade.<sup>287</sup>

Analisaremos, assim, a composição penal e o “*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*”, como os dois institutos representativos do modelo consensual francês. Acrescentamos ainda a mediação penal por se tratar de uma importante saída alternativa ao processo, embora se enquadre melhor na justiça restaurativa do que propriamente na justiça consensual, da forma como delimitamos para o presente estudo.

---

<sup>285</sup> Todas as leis citadas podem ser encontradas em <http://www.legifrance.gouv.fr>. As Leis Perben I e II são assim conhecidas em virtude do então Ministro da Justiça francês, Dominique Perben.

<sup>286</sup> PRADEL, Jean. *Manuel de procédure pénale*. 13 ed. Paris: Cujas, 2006, p.566.

<sup>287</sup> Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese, *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, Milão, ano XLVII, ott./dic. 2004, p. 949-951 (trad. nossa).

### 3.2.5.1. Mediação penal

A legislação processual francesa acolhe o princípio da oportunidade, conforme se depreende dos arts. 40 e 40-1, Código de Processo Penal, de modo que, para além das possibilidades de iniciar a persecução ou de arquivá-la nos casos em que isso se justifique, são previstas medidas alternativas, ditas de “terceira via”, aplicáveis “quando os fatos não são muito graves e quando o delinquente, de preferência, é primário”.<sup>288</sup> Com essas iniciativas pretendeu-se limitar os arquivamentos puro e simples, que poderiam concorrer para um sentimento de impunidade e para a “impressão de que a justiça não defende suficientemente o interesse geral”, como ressalta Byung-Hyun Sohn.<sup>289</sup> Desse modo, conferiu-se ao ministério público uma maior diversidade de providências a serem adotadas diante de um comportamento delitivo, sem que haja prejuízos para a sociedade ou sobrecarga para o aparelho judiciário.

Dentre as medidas de terceira via insere-se a mediação penal, introduzida pela Lei n. 93-2, de 4 de janeiro de 1993, e que, atualmente, encontra-se prevista no art. 41-1, alínea 5, Código de Processo Penal, junto com outras iniciativas que o ministério público (*procureur de la République*) pode adotar antes de decidir-se sobre a interposição da ação penal. A mediação é um procedimento comumente enquadrado como modo alternativo de resolução de conflitos e, na medida em que tem por objetivo evitar que a conduta delitiva receba tratamento pelos órgãos judiciais, pode ser inserida também no processo de desjudicialização, ao qual já nos referimos.

Trata-se de um típico exemplo de alternativa utilizada muito antes de surgir a disciplina legal. Jean Pradel observa que já se recorria a essa prática há pelo menos uma década quando entrou em vigor a Lei supra mencionada.<sup>290</sup> Tatiana Cymbalista também destaca a contribuição de outras regulamentações oficiais, como o Decreto n. 78-381, de 20 de março de 1978, que dispunha sobre a conciliação, e a Circular n. CRIM 83-21, de 25 de

---

<sup>288</sup> PRADEL, Jean. *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 535-537, 539 (trad. nossa). Pelo art. 40-1, CPP, o ministério público, diante das informações que apontam para a ocorrência de uma infração, “decide se é oportuno” iniciar a ação penal, adotar uma medida alternativa à persecução ou arquivar o procedimento. Independentemente das disposições legais, cumpre lembrar que a experiência francesa com o princípio da oportunidade é de longa data. De acordo com Tatiana Cymbalista, “de maneira praticamente simultânea à formação do processo penal clássico, a França desenvolve e aplica o princípio da oportunidade da persecução” (op. cit., p. 57).

<sup>289</sup> *Le processus de dépenalisation en droit penal contemporain*, op. cit., p. 271-272.

<sup>290</sup> Notas sobre as recentes reformas do processo penal em França. Trad. Cláudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 8, jan./mar. 1998, p. 43.

julho de 1983, emitida pelo Ministério da Justiça para reforçar os direitos das vítimas de infrações.<sup>291</sup>

Optar pela mediação – assim como pelas demais medidas fixadas no art. 41-1 – exige que essa via demonstre ser “suscetível de assegurar a reparação do dano, solucionar os problemas resultantes da infração ou contribuir para a reintegração do autor do fato”.<sup>292</sup> Não há limite máximo de pena nem rol de infrações que podem ser submetidas ao procedimento, de maneira que os parâmetros do órgão acusador são apenas as finalidades.<sup>293</sup> Por esse instituto, então, o ministério público tem a iniciativa de analisar a viabilidade de um acordo entre o autor do fato e a vítima, delegando a um mediador devidamente recrutado o desenvolvimento dos atos necessários a tal fim. Os mediadores são pessoas físicas ou associações habilitadas, devendo atender às exigências de neutralidade, imparcialidade e confidencialidade. Ao mediador cabe a tarefa de “favorecer o diálogo e propor soluções concretas que lhe pareçam adaptadas ao caso, a fim de evitar o surgimento de um novo conflito.”<sup>294</sup>

A adoção do procedimento depende da anuência das partes, as quais podem ser acompanhadas por advogado. Sophie Pokora observa, porém, que, na prática, é comum as mediações acontecerem sem a intervenção desse profissional.<sup>295</sup> A lei não faz referência à confissão, mas a tendência é que o ministério público só aceite esse caminho quando o autor do fato “assume sua responsabilidade ou não contesta os fatos.”<sup>296</sup> O efeito da mediação sobre a ação penal é de suspender o prazo da prescrição. Caso o acordo não seja cumprido, o procurador pode dar seguimento à persecução ou propor a composição penal. A vantagem é que “se a mediação tiver êxito, o procurador pode decidir por um arquivamento, estando o dano reparado; isso desafoga os tribunais, e a vítima recebe mais rapidamente a reparação”.<sup>297</sup> Deve-se apenas ressaltar que o sucesso da mediação não produz o efeito automático de autorizar o arquivamento da persecução, permanecendo o ministério público com a possibilidade de ingressar com a ação penal, embora a regra seja o encerramento do caso.<sup>298</sup>

---

<sup>291</sup> Op. cit., p. 66.

<sup>292</sup> Art. 41-1, CPP (trad. nossa).

<sup>293</sup> CYMBALISTA, Tatiana, op. cit., p. 289.

<sup>294</sup> POKORA, Sophie. La médiation pénale. In: *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. Paris : Dalloz, 2004, p. 415 (trad. nossa).

<sup>295</sup> Op. cit., p. 416.

<sup>296</sup> CYMBALISTA, Tatiana, op. cit., p. 297.

<sup>297</sup> LARGUIER, Jean; CONTE, Philippe. *Procédure pénale*. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 91 (trad. nossa).

<sup>298</sup> CYMBALISTA, Tatiana, op. cit., p. 299.

Apesar dos benefícios que apresenta, sobretudo quanto à celeridade, a mediação não escapa às críticas referentes a violações dos direitos de defesa. Além disso, por vezes, a preocupação do mediador em realizar o acordo se sobrepõe ao caráter pedagógico do procedimento, desvirtuando os objetivos que deveriam nortear o encontro entre o autor do fato e a vítima.<sup>299</sup>

### 3.2.5.2. Composição penal

Também enquadrada no contexto das medidas de “terceira via”, ou seja, entre a persecução e o arquivamento puro e simples, a composição penal foi introduzida, como já enunciado, pela Lei n. 99-515, de 23 de junho de 1999. O instituto, previsto no art. 41-2, Código de Processo Penal, diz respeito à faculdade de o ministério público, ao invés de iniciar a ação penal, propor ao autor do fato o cumprimento de algumas condições, as quais, uma vez satisfeitas, extinguem a persecução.<sup>300</sup>

Antes dessa alternativa, o legislador francês, em 1994, havia introduzido um outro instituto, denominada injunção penal, em que o ministério público poderia extinguir a ação penal mediante a fixação de medidas ao imputado. No entanto, tendo em vista que não se exigia a participação de um órgão jurisdicional no procedimento, o Conselho Constitucional, um ano depois, entendeu haver violação do princípio que determina a separação das autoridades encarregadas de propor a ação penal e de proferir o julgamento. Por conseqüência, criou-se a composição penal, atendendo a esse requisito.<sup>301</sup>

A composição aplica-se a delitos punidos com multa ou pena de prisão não superior a cinco anos, bem como às contravenções (arts. 41-2 e 41-3). Seu âmbito é o da delinqüência urbana ou de massa, ou seja, infrações para as quais as formas tradicionais de repressão seriam excessivas, mas que também não poderiam ficar sem uma resposta. Estão excluídos delitos políticos, de imprensa e homicídios involuntários. Quanto ao autor, afasta-se a incidência na hipótese de menores de dezoito anos. Note-se ainda que o reconhecimento pelo autor do fato da conduta que lhe é atribuída é requisito essencial para a adoção do procedimento.

---

<sup>299</sup> POKORA, Sophie, op. cit., p. 416-417.

<sup>300</sup> A composição é prevista como causa de extinção da ação penal também no art. 6º, CPP.

<sup>301</sup> CÉRÉ, Jean-Paul, De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: le ‘plaider coupable’ à la française. In : *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, op. cit., p. 389.

O momento de propositura é o que antecede a ação penal e o procurador da República pode atuar diretamente ou “por intermédio de uma pessoa habilitada” (art. 41-2). O legislador enumera as condições passíveis de integrar a proposta do ministério público. Dentre elas, multa em favor do Tesouro Público, perda em benefício do Estado dos objetos utilizados para a prática da infração ou que sejam produto desta, cumprimento de trabalho não remunerado em prol da coletividade, participação em estágio ou formação em organismos vinculados a assuntos sanitários, sociais ou profissionais. Importa ressaltar a liberdade do órgão acusador de escolher a medida que lhe pareça mais adequada e até de cumular várias delas, conforme observa Jean Pradel.<sup>302</sup> De qualquer modo, a composição penal não autoriza a imposição de pena privativa de liberdade.

A aceitação das condições pelo interessado remete o procedimento para a autoridade judicial, que analisa a proposta e a valida ou não, podendo, para tanto, ouvir o autor do fato e a vítima, acompanhados de advogado. Na hipótese de o autor do fato não acatar o acordo, ou não o cumprir integralmente, o ministério público poderá dar início à ação penal, exceto se houver elemento novo (art. 41-2). A participação do órgão jurisdicional é necessária, haja vista que a composição, embora seja uma resposta mais leve do que os mecanismos tradicionais de persecução, ainda mantém traços repressivos. Consoante salienta Byung-Hyun Sohn, “a composição penal pode ser qualificada de punitiva na medida em que tende a sancionar a pessoa envolvida, o que obrigou o legislador a prever a intervenção de um juiz que a valide”.<sup>303</sup> Uma vez executada, a composição penal é inserida em registro acessível apenas às autoridades judiciais.

No que pertine aos interesses civis da vítima, caso esta seja identificada, o ministério público deve incluir em sua proposta a reparação do dano no prazo máximo de seis meses. Ressalve-se que a extinção da ação penal pela composição não retira a possibilidade de a vítima recorrer a outros procedimentos para a defesa de seus direitos.<sup>304</sup>

A composição penal sofreu algumas modificações relevantes nos últimos anos, com o alargamento do seu âmbito de aplicação e do rol de condições que podem ser propostas.<sup>305</sup> No regime inicial da Lei 99-515/99, por exemplo, havia uma previsão taxativa

---

<sup>302</sup> *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 544.

<sup>303</sup> Op. cit., p. 302.

<sup>304</sup> Pode, portanto, optar pela citação direta do autor do fato perante o tribunal correccional ou por um procedimento disciplinado no Código de Processo Civil (*injonction de payer*), conforme autoriza o art. 41-2, CPP.

<sup>305</sup> Mudanças promovidas pelas Leis Perben I e II, especialmente por esta.



dos delitos passíveis de solução por esse tipo de acordo, o que foi ampliado para os limites acima mencionados pela Lei 2004-204, de 9 de março de 2004.<sup>306</sup> Para Claire Saas, essas reformas têm conferido cada vez mais poderes sancionatórios ao ministério público, permitindo-lhe a adoção de medidas de natureza penal, sem que haja igualmente o reforço das garantias.<sup>307</sup>

O caráter consensual manifesta-se pela necessidade de aceitação por parte do autor do fato, o qual pode ser assistido pela defesa técnica quando da realização do acordo, embora a ausência de informação desse direito não seja considerada causa de nulidade.<sup>308</sup> Claire Saas observa que, no regime da Lei n. 99-515/99, a proposta de composição não poderia ser feita ao autor do fato que estivesse em detenção provisória, sob pena de nulidade. Era uma forma de preservar a liberdade de sua anuência. No entanto, essa precaução foi eliminada pela Lei de 9 de setembro de 2002, o que gera questionamentos sobre se a circunstância de estar preso não seria fator de pressão para a realização do acordo.<sup>309</sup>

Outro ponto controvertido refere-se à limitação da autoridade judicial no momento de validar a proposta, uma vez que se restringe a aceitá-la ou rejeitá-la integralmente, sem outras alternativas, em um sistema de “*tout ou rien*”, como descrevem Sylvie Grunvald e Jean Danet.<sup>310</sup> No que diz respeito à natureza das medidas aplicadas, entende-se que não se configuram tecnicamente como penas, embora sejam sanções com caráter punitivo.<sup>311</sup>

Em síntese, a composição penal é um acordo entre o órgão da persecução e o autor da infração, pela qual são fixadas medidas de conteúdo repressivo, mas que não se classificam como penas, sendo vedada a privação de liberdade. O reconhecimento dos fatos imputados é requisito essencial para a adoção do instituto. O cumprimento do pacto tem como consequência a extinção da ação penal. Não se trata de condenação e a decisão

---

<sup>306</sup> Houve uma mudança de critério, conforme realça Tatiana Cymbalista. No regime inicial, adotava-se a enumeração taxativa, enquanto que, a partir da reforma de 2004, preferiu-se o parâmetro do limite máximo de pena em abstrato (op. cit., p. 444).

<sup>307</sup> De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, oct./déc. 2004, p. 828-829.

<sup>308</sup> SAAS, Claire, op. cit., p.837

<sup>309</sup> Op. cit., p. 837-838.

<sup>310</sup> *La composition pénale: une première évaluation*. Paris: L' Harmattan, 2004, p. 95.

<sup>311</sup> CYMBALISTA, Tatiana, op. cit., p. 453-455. A autora acrescenta que o fato de algumas medidas da composição serem também previstas como penas no Código Penal é objeto de críticas pela doutrina (op. cit., p. 454-455).

que valida o acordo não pode ser objeto de execução forçada, de maneira que o descumprimento acarreta a propositura da ação penal ou a adoção de outras providências que o ministério público entenda cabíveis.

### 3.2.5.3. Comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade

O consenso está presente ainda no procedimento denominado “comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade” (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ou *plaider coupable*), previsto nos arts. 495-7 a 495-16, do Código de Processo Penal, e criado pela Lei n. 2004-204, de 9 de março de 2004 (Perben II). Assim, nos casos em que o agente reconheça os fatos que lhe são atribuídos, e em se tratando de “delitos punidos a título principal com uma pena de multa ou de prisão com duração inferior ou igual a cinco anos”,<sup>312</sup> autoriza-se a realização de acordo entre o procurador da República e o imputado e seu defensor, tendo por objeto a pena a ser aplicada.

A iniciativa de utilizar o procedimento pode ser do ministério público, do interessado ou de seu defensor. No primeiro momento, o procurador da República propõe ao agente o cumprimento de uma pena de prisão ou de multa, nos parâmetros definidos pelo art. 495-8, do Código de Processo Penal. Ou seja, a pena privativa de liberdade por ele indicada não pode ser superior a um ano ou ultrapassar metade da pena fixada para o delito. Se a sanção for multa, também é vedado exceder o valor da multa estabelecida para a infração atribuída ao autor do fato. Em qualquer caso, permite-se cumular com *sursis*. O interessado, então, antes de manifestar-se sobre a proposta, pode entender-se com seu advogado, sendo-lhe ainda permitido requerer um prazo de dez dias para analisar se aceita ou não o procedimento, o que se caracteriza como um prazo de reflexão.<sup>313</sup> O acompanhamento da defesa técnica é obrigatório, sendo vedada a renúncia ao direito de se fazer assistir por um advogado.

Havendo aceitação, inicia-se a segunda fase em que o imputado e seu defensor comparecem perante o presidente do tribunal da grande instância e são ouvidos em audiência pública, na qual a presença do órgão acusador é facultativa. O presidente do

---

<sup>312</sup> Art. 495-7, CPP. O procedimento, porém, não se aplica no caso de menores de dezoito anos nem nos crimes políticos, de imprensa e de homicídio culposo, bem como nos delitos em que há previsão de rito especial (art. 495-16).

<sup>313</sup> Em situações excepcionais, pode o imputado ficar sob detenção provisória durante este período.

referido tribunal passa, então, a apreciar o requerimento de homologação das penas propostas pelo procurador da República, analisando especialmente a “realidade dos fatos e sua qualificação jurídica” (art. 495-9).<sup>314</sup> Entendendo que as exigências legais estão preenchidas, profere decisão homologatória que produz efeitos de condenação. A motivação fundamenta-se no reconhecimento dos fatos pelo agente devidamente acompanhado por advogado, na aceitação da pena proposta, bem como na constatação de que essa pena é adequada às circunstâncias da infração e à personalidade do autor. Também nesse caso a autoridade judiciária tem como alternativas apenas homologar ou não a proposta, não havendo possibilidade de modificação.<sup>315</sup> Na hipótese de não-homologação, ao ministério público é resguardado o direito de adotar outras iniciativas.

No que diz respeito à vítima, quando identificada, deve ser informada da adoção do procedimento, sendo também chamada a comparecer perante a autoridade judiciária na audiência de homologação, para constituir-se como parte civil. Caso a vítima não exerça esse direito, o ministério público a informa da possibilidade de solicitar a citação do autor do fato perante o tribunal correccional, a fim de discutir a reparação do dano.<sup>316</sup>

Pode-se dizer, portanto, que a essência do instituto está no reconhecimento dos fatos como fundamento para a imposição de uma pena, abstraindo-se a discussão sobre a culpabilidade. Além disso, os efeitos condenatórios são expressamente enunciados na lei. Nota-se, assim, uma aproximação com o *plea bargaining*, sendo a inspiração nos modelos anglo-saxão e italiano reconhecida pela doutrina.<sup>317</sup> Defende-se, contudo, a inexistência de negociação da pena no modelo francês, de maneira que ao interessado caberia apenas aceitar ou não a proposta ministerial.<sup>318</sup> Para François Molins, a introdução do novo procedimento não teve por objetivo específico transpor institutos anglo-saxões para o

---

<sup>314</sup> Note-se que o presidente do tribunal da grande instância pode praticar estes atos pessoalmente ou delegá-los a um juiz. Conforme pondera Jean Pradel, essa audiência é importante, sobretudo, por dois aspectos: primeiro, para evitar que o ministério público atribua ao fato uma qualificação jurídica mais leve tão-somente com o objetivo de possibilitar a adoção do rito; segundo, para haver o convencimento quanto à liberdade de consentimento do imputado (Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese, op. cit., p. 958).

<sup>315</sup> VERNY, Édouard. *Procédure pénale*. Paris: Dalloz, 2006, p. 219-220.

<sup>316</sup> Art. 495-13, CPP.

<sup>317</sup> PRADEL, Jean. *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 566.

<sup>318</sup> Uma espécie de “*plea sans bargaining*”, nas palavras de Jean Pradel (*Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 568). A idéia, portanto, seria mais de adesão do que de negociação.

ordenamento francês, mas tão-somente buscar o aperfeiçoamento do processo penal, dando continuidade ao que a reforma de 1999 já havia iniciado com a composição.<sup>319</sup>

O instituto ora exame difere da composição penal, acima analisada. Com efeito, o comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade acarreta a aplicação de penas e não de medidas, permitindo inclusive pena privativa de liberdade. É também um rito em que o consenso incide sobre infrações penais de maior gravidade. No mais, representa uma forma de exercício da ação penal e culmina com uma condenação, enquanto a composição tem por objetivo justamente evitar a instauração do processo. Nesse sentido, não se trata de uma alternativa à persecução penal, mas de um “modo normal de julgamento”, consoante acentua Jean-Paul Céré.<sup>320</sup> Ambos, porém, têm a confissão de culpa como elemento fundamental e um campo de incidência quase inteiramente coincidente.<sup>321</sup>

Afirma Jean Pradel que o legislador francês, com o novo procedimento, teria por objetivo evitar audiências em casos simples nos quais o agente já tivesse reconhecido a conduta, bem como obter mais eficácia no cumprimento das sanções, uma vez que o imputado teria aderido previamente a elas.<sup>322</sup> A inovação, entretanto, tem gerado críticas, assim como ocorre nos outros ordenamentos jurídicos em que os acordos penais foram introduzidos ou reforçados. Destaca-se, principalmente, o poder conferido ao ministério público para fixar a pena, o que diminui o papel do juiz, uma vez que este não pode modificar a sanção proposta.<sup>323</sup>

Merecem destaque ainda duas intervenções do Conselho Constitucional. A primeira, em decisão de 2 de março de 2004, diz respeito à necessidade de observância do princípio da publicidade na audiência de homologação ou rejeição da proposta do ministério público.<sup>324</sup> A segunda refere-se ao reconhecimento pelo Conselho, em decisão

<sup>319</sup> Plaidoyer pour le “plaider coupable”: des vertus d’une peine négociée. In: *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, op. cit., p. 418.

<sup>320</sup> Op. cit., p. 389.

<sup>321</sup> Sobre as comparações entre os dois institutos, GRUNVALD, Sylvie; DANET, Jean, op. cit., p. 171; MOLINS, François, op. cit., p. 418. As contravenções estão excluídas do comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade (SAAS, Claire, op. cit., p. 832; PRADEL, Jean. *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 567).

<sup>322</sup> *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 566.

<sup>323</sup> LARGUIER, Jean; CONTE, Philippe, op. cit., p. 238. Os autores falam em «uma nova maneira de julgar, sem precedentes» (grifos dos autores).

<sup>324</sup> Decisão n. 2004-492 DC. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/20044492dc.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2007. Nesse pronunciamento, o Conselho considerou o ato que homologa ou rejeita a proposta do ministério público como sendo “decisão

de 22 de julho de 2005, da constitucionalidade da ausência do ministério público na audiência homologatória já mencionada.<sup>325</sup>

Pelo que se observa, em síntese, o ordenamento jurídico francês aderiu aos mecanismos alternativos à persecução penal, oferecendo um tratamento jurídico leve para as infrações de pequena gravidade e, ao mesmo tempo, evitando que tais comportamentos ficassem completamente sem resposta, o que poderia ser um estímulo à impunidade. Nesse sentido, a mediação e a composição penal. Por outro lado, investiu-se também em uma forma mais rápida de julgamento fundada no reconhecimento da culpa pelo imputado, guardando semelhanças com o sistema anglo-saxão. O legislador optou por expandir o consenso, possibilitando até mesmo a aplicação de pena privativa de liberdade, ainda que de curta duração.

### 3.3. Justiça consensual na América Latina

O processo penal na América Latina caracterizou-se por raízes inquisitoriais herdadas, sobretudo, da legislação espanhola anterior à reforma de 1882 e à Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que, nos países marcados por aquela colonização, embora com algumas variações, subsistiram procedimentos pouco democráticos.<sup>326</sup> Importante iniciativa para superar esse contexto ocorreu com o Código da Província de Córdoba, sancionado em 1939, a partir do qual se instaurou um movimento de reforma processual penal na Argentina que serviria de exemplo por representar uma ruptura com os preceitos da antiga legislação espanhola.<sup>327</sup>

Mais um esforço nesse sentido foi realizado com a elaboração do Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América, apresentado, em sua versão final, durante as “XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual”, em 1988. Enfatizou o referido documento, dentre outras propostas, a necessidade de adotar um sistema acusatório, bem

---

jurisdicional”, exigindo, assim, o respeito ao princípio constitucional da publicidade (Considerandos n. 117-118).

<sup>325</sup> Decisão n. 2005-520 DC. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005520/2005520dc.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2007.

<sup>326</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 203-204. A autora ressalta, porém, que, no Brasil, a evolução do processo penal deu-se de maneira diferenciada, caracterizando-se, desde o início, pela influência de idéias iluministas e do sistema acusatório.

<sup>327</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, op. cit., p. 205; STRUENSEE, Eberhard; MAIER, Julio B. J. Introdução. In: MAIER, Julio B. J. et. al. (coord.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 24-26.

como procedimentos mais transparentes, calcados na oralidade e na publicidade dos atos. O processo penal, portanto, deveria perseguir os valores fundamentais do “garantismo e da eficiência”, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover.<sup>328</sup>

O tema das reformas ganhou ênfase a partir da década de noventa, coincidindo com a redemocratização de alguns países, conforme ressaltam Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos.<sup>329</sup> Trata-se de um movimento voltado para a adaptação das legislações processuais penais aos princípios do Estado democrático de direito e que ainda está em curso, com graus diferentes de avanços.<sup>330</sup>

Mais do que alterações na legislação processual, as reformas abrangem uma tentativa de reestruturação do Judiciário e da magistratura. Jorge Correa Sutil atribui isso não só à transição para a democracia, mas também à adoção de economias de livre mercado, fator que teria contribuído para o aumento na quantidade e na complexidade dos conflitos.<sup>331</sup>

Nesse cenário de mudanças, caracterizado pela gradual substituição do sistema inquisitivo, incluem-se os novos códigos de processo penal dos seguintes países: **Argentina**, no âmbito federal, Código de Processo Penal da Nação, Lei n. 23.984, vigente a partir de 1992<sup>332</sup>; **Guatemala**, Decreto n. 51-92, de 28 de setembro, com vigência a partir de 1994<sup>333</sup>; **El Salvador**, Decreto n. 904, publicado em 1997 e vigente desde 20 de abril de 1998; **Costa Rica**, Lei n. 7594, de 10 de abril de 1996, vigente desde 1º de janeiro de 1998; **Paraguai**, Lei n. 1286-98, de 8 de julho de 1998; **Bolívia**, Lei n. 1970, de 25 de março de 1999; **Honduras**, Norma n. 9-99-E, de 19 de dezembro de 1999; **Chile**, Lei n. 19.696, de 12 de outubro de 2000; **Ecuador**, Lei n. 000.RO/Sup 360, de 13 de janeiro de

---

<sup>328</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, op. cit., p. 206-208 e 216. Sobre as reformas influenciadas pelo Código-Modelo, STRUENSEE, Eberhard; MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 28.

<sup>329</sup> *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001, p. 11.

<sup>330</sup> STRUENSEE, Eberhard; MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 18.

<sup>331</sup> Reformas judiciárias na América Latina: boas notícias para os não-privilegiados. MÉNDEZ, Juan E. et. al. (org.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Trad. Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 285-292.

<sup>332</sup> Dentre as mudanças mais significativas no texto original, estão as que introduziram a instrução sumária e o juízo abreviado, conforme esclarecem Fabrício Guariglia e Eduardo Bertoni (Informe nacional da Argentina. In: MAIER, Julio B. J. et. al. (coord.). *Las reformas procesales penales en América Latina*, op. cit., p. 64). Considerando que, na Argentina, cada província estabelece sua legislação processual penal, nessa esfera, pode-se destacar o CPP de Buenos Aires, Lei 11.922, publicada em 23 de janeiro de 1997.

<sup>333</sup> Luís Rodolfo Ramírez García e Miguel Angel Urbina ressaltam, porém, que a reforma iniciada em 1992 passou por alguns retrocessos. Acrescentam ainda que “apesar dos esforços realizados, o fato de que o sistema inquisitivo esteja tão enraizado nas práticas judiciais, permite prever que os processos de transformação serão lentos.” (Informe nacional da Guatemala. In: MAIER, Julio B. J. et. al. (coord.). *Las reformas procesales penales en América Latina*, op. cit., p. 468).

2000; **Colômbia**, Lei n. 600, de 24 de julho de 2002, sendo que, posteriormente, houve a promulgação de um novo Código de Procedimento Penal, Lei n. 906, de 31 de agosto de 2004;<sup>334</sup> **Peru**, Decreto Legislativo n. 957, de 29 de julho de 2004.<sup>335</sup>

Note-se que nem sempre a introdução de novos textos legais significa verdadeiras reformas no sistema penal de um país.<sup>336</sup> Necessário considerar que a tarefa de implementar mudanças e conferir-lhes efetividade social enfrenta sempre o desafio de um contexto repleto de problemas sócio-econômicos e políticos. Dificuldades de administração da justiça somam-se à ineficiência organizacional dos Estados, aos obstáculos para o exercício da cidadania, à descredibilidade em relação às instituições.

Para além desses fatores, remanesce um conjunto de práticas e rotinas a ser modificado, algo que Alberto M. Binder chama de “cultura inquisitiva”, e que se caracteriza, dentre outros aspectos, pelo formalismo, pela linguagem obscura, pelo conservadorismo.<sup>337</sup> A rigidez do sistema, ainda envolto em uma certa “sacralidade”, torna-o “pouco inclinado a adotar soluções modernas para sair de seu estado de crise, controlar a sobrecarga de trabalho, como são o princípio da oportunidade, a *probation* ou outra das muitas alternativas do sistema.”<sup>338</sup> Tem-se, com isso, um contexto que engloba, a um só tempo, o impulso para o novo e as resistências decorrentes de valores profundamente arraigados.

No que se refere ao tema em comento, observa-se a introdução, nas legislações novas, de ritos abreviados e outros institutos que trazem como elementos a manifestação de vontade do imputado, o acordo entre autor do fato e vítima, além de um maior espaço para critérios de oportunidade pelo ministério público. Considerando que o Código-Modelo

---

<sup>334</sup> O novo CPP colombiano adapta a legislação processual penal ao Ato Legislativo n. 03, de 19 de dezembro de 2002, que reformou a Constituição Nacional e estabeleceu normas de direito processual penal, conforme esclarecem as Sentenças n. 24531, de 4 de maio 2006 e 24764, de 1º jun. 2006 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal). Determinou-se a implantação gradual do novo diploma, no período de 1º de janeiro de 2005 a 1º de janeiro de 2008, de acordo com os arts. 528-530.

<sup>335</sup> Ainda sobre as reformas na América Latina: AMBOS, Kai. *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*. Santa Fé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998; e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; CHOUKR, Fauzi Hassan. Breves notas acerca do Seminário “Las reformas procesales penales en América Latina”, Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 8, n. 97, dez. 2000, p. 13.

<sup>336</sup> Kai Ambos ressalta que “muitas das chamadas ‘reformas’ até agora aprovadas na América Latina foram insuficientes diante das necessidades de um processo moderno” (*Estudios de derecho penal y procesal penal: aspectos del derecho alemán y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 291, trad. nossa).

<sup>337</sup> *Justicia penal y Estado de derecho*, op. cit., p. 199-204. Nas palavras do autor, “quando afirmamos que na América Latina impera o sistema inquisitivo estamos dizendo que existe um modo cultural de administrar a justiça, enraizado no sistema que aplicava a Europa continental da Idade Média.” (op. cit., p. 202, trad. nossa)

<sup>338</sup> BINDER, Alberto M., op. cit., p. 203 (trad. nossa).

para Ibero-América representou um impulso fundamental para as reformas processuais penais latino-americanas, convém analisar previamente alguns de seus preceitos para, em seguida, focalizar as mudanças legislativas que interessam ao presente objeto de estudo.

### 3.3.1. Código-Modelo para Ibero-América

Pela proposta do Código-Modelo para Ibero-América, a manifestação de vontade do imputado adquire especial relevância para a adoção do procedimento abreviado e a suspensão condicional do processo. No procedimento abreviado, o ministério público pode apresentar, perante o órgão judicial competente, o requerimento de que seja observado o rito especial, sempre que “considerar suficiente a imposição de uma pena não superior a dois anos de privação de liberdade, ou de pena não privativa de liberdade, mesmo de maneira conjunta” (art. 371).<sup>339</sup> Há, portanto, uma valoração por parte do órgão acusador acerca do limite de pena em concreto que se revela mais adequado e que provavelmente será aplicado.

Para além da iniciativa ministerial, é necessário que haja “a concordância do imputado e de seu defensor, que se estenderá à admissão do fato descrito na peça acusatória e a sua participação nele, bem como ao método proposto” (art. 371).<sup>340</sup> Importante notar esse aspecto de que a aceitação do procedimento pelo imputado tem como consequência o reconhecimento de participação no fato narrado na peça acusatória. Atendidos tais requisitos, o imputado é ouvido pelo órgão jurisdicional, seguindo-se a decisão, que poderá ser absolutória ou condenatória. Na última hipótese, a pena aplicada não deve ultrapassar o limite requerido pelo ministério público. Em termos de fundamentação, o ato decisório tem por base o fato narrado na denúncia e a admissão por parte do imputado e da defesa.

Se tais parâmetros não forem suficientes para a decisão, e sendo mais recomendável seguir o procedimento comum, o pedido é rejeitado, dando-se ciência ao ministério público para que prossiga na investigação e tome as medidas cabíveis. O mesmo ocorre se houver a possibilidade de aplicação de pena superior à solicitada.

---

<sup>339</sup> Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*, op. cit., p. 337.

<sup>340</sup> Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, op. cit., p. 337. Note-se ainda que “a existência de vários imputados em um mesmo processo, não impedirá a aplicação destas normas a qualquer um deles.” (art. 371)



Com o procedimento abreviado, tem-se uma via mais célere, opcional ao rito comum, exigindo, porém, a convergência dos interesses do órgão acusador, do imputado e da defesa, além dos critérios relacionados ao limite da pena. Suprime-se a fase dos debates e a principal vantagem para o imputado é saber, de logo, que a sanção aplicada, no caso de condenação, nunca será superior a que foi proposta pelo ministério público. Nesse sentido, evita-se que o imputado aceite o procedimento e posteriormente se surpreenda com a reprimenda estabelecida.

No que diz respeito à suspensão condicional do processo, quando for cabível, observar-se-á também o procedimento abreviado. Ou seja, a decisão de admissibilidade da suspensão é proferida depois de o imputado ser ouvido, conforme acima mencionado, oportunidade em que são fixadas as condições para o período de prova.<sup>341</sup> A aplicação da medida, portanto, depende, primordialmente, do consentimento do suposto autor da infração.

### 3.3.2. Consenso nas reformas processuais latino-americanas

Da análise dos procedimentos abreviados estabelecidos nas legislações processuais penais de alguns países latino-americanos<sup>342</sup>, verifica-se a existência de vários aspectos em comum, o que é compreensível dada a influência do Código-Modelo. Elencamos, assim, os seguintes pontos:

**a) Conteúdo do acordo:** nos procedimentos abreviados os acordos abrangem a pena indicada pelo ministério público. Ou seja, o órgão acusador propõe uma sanção que entende adequada, cabendo ao imputado aceitá-la ou não. Pelo que se observa dos textos legais, não há propriamente negociações, mas a adesão do acusado à proposta do acusador, tendo como consequência a renúncia ao juízo oral.

---

<sup>341</sup> Segundo o art. 231: “Quando a lei penal permita a suspensão da persecução penal, será aplicado o procedimento abreviado (arts. 371 e ss.), com as seguintes modificações: 1. depois de ouvido o imputado, o Tribunal decidirá a respeito da suspensão do processo, e, no caso de admiti-la, especificará concretamente as condições e imposições a que deve se submeter o imputado. 2. em caso contrário, ordenará a continuação do procedimento, na forma adequada. Da decisão prevista no inc. I será intimado o imputado, pessoalmente, pelo juiz, com expressa advertência sobre as condições e imposições e as consequências decorrentes da inobservância delas. [...]”, (Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, op. cit., p. 314).

<sup>342</sup> Argentina, arts. 431, *bis*, da legislação federal, ou seja, o Código de Processo Penal da Nação (CPPN); Bolívia, arts. 373-374; Paraguai, arts.420-421; Chile, arts.406-415; Costa Rica, arts. 373-375; El Salvador, arts. 379-380; Guatemala, arts. 464-466; e Equador, arts.369-370. Sobre procedimentos abreviados e princípio da oportunidade, STIPPEL, Jörg; MARCHISIO, Adrián (coord.). *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

**b) Quanto ao consenso:** exige-se a concordância do ministério público e do imputado. Quanto a este, a manifestação de vontade, geralmente, envolve a admissão dos fatos que lhe são atribuídos e a opção pelo procedimento abreviado. A participação do defensor também é necessária, ora prestando seu consentimento (Bolívia, art. 373), ora assistindo o imputado na sua anuência (Argentina, art. 431*bis*), ora assegurando que o autor do fato expressou sua vontade livremente (Paraguai, art. 420, 3). Em alguns ordenamentos ouve-se ainda a vítima, embora nem sempre essa opinião seja vinculante. Assim, na Bolívia, permite-se que a vítima apresente “oposição fundada” ao procedimento, sendo esse um dos motivos pelos quais o juiz pode recusar o requerimento do ministério público (art. 373). Já na Costa Rica, o Código de Processo Penal estabelece que “se escutará a vítima de domicílio conhecido, mas seu critério não será vinculante.” (art. 374)

A existência de vários imputados não costuma ser impedimento para que se utilize o rito abreviado, em relação àqueles que atendam aos requisitos legais. Na Argentina, entretanto, “quando houver vários imputados na causa, o júízo abreviado só poderá aplicar-se se todos eles prestam sua conformidade.”(art. 431, *bis*)

**c) Delitos que admitem o procedimento:** o rito abreviado é aplicável nas infrações punidas com penas privativas de liberdade ou não, ainda que cumuladas, sendo os limites variáveis.<sup>343</sup> Para determinar esse limite, ora considera-se o máximo da pena prevista para o delito, ora a pena indicada pelo ministério público, tendo em vista o caso concreto. Nesse sentido, na Argentina, o procedimento é cabível quando o órgão acusador entenda ser adequada, na situação concreta, a aplicação de uma pena privativa de liberdade inferior a seis anos. Trata-se, portanto, de um “prognóstico que deve realizar o fiscal sobre a pena aplicável no caso de sentença condenatória”.<sup>344</sup>

**d) Iniciativa de adotar o procedimento:** cabe ao órgão acusador. Costa Rica e Paraguai, porém, prevêm a possibilidade de ministério público, imputado e querelante apresentarem o pedido em conjunto ou separadamente.<sup>345</sup>

<sup>343</sup> Penas privativas de liberdade não superiores a cinco anos (Chile, art. 406, Paraguai, art. 420; Equador, art. 369, 1); até três anos (El Salvador, art. 379, 1); até dois anos (Guatemala, art. 464).

<sup>344</sup> GUARIGLIA, Fabrício; BERTONI, Eduardo, op. cit., p. 37. Seguindo o mesmo critério da Argentina, Guatemala, art. 464; Chile, art. 406; e El Salvador, art. 379, 1. Adotando o critério da pena máxima prevista para o delito, Equador, art. 369, 1; e Paraguai, art. 420, 1.

<sup>345</sup> Arts. 374 e 421, respectivamente.

**e) Controle jurisdicional:** após o requerimento das pessoas legitimadas, a autoridade judicial realiza o controle quanto ao atendimento das exigências legais. Para tanto, designa-se audiência de oitiva do imputado. Por vezes, também se ouve a vítima, mas essa providência, em regra, é facultativa.<sup>346</sup> É nesse momento que se verifica a liberdade da manifestação de vontade do imputado, esclarecendo-o sobre os seus direitos e as consequências do acordo. No Código de Processo Penal chileno, prevê-se um verdadeiro debate, em que o ministério público apresenta a acusação e as investigações que a sustentam, concedendo-se a palavra a outros sujeitos processuais legitimados e, por fim, ao imputado (art. 411). Com isso, possibilita-se uma melhor análise por parte do magistrado.

**f) Hipóteses de rejeição:** o requerimento do órgão acusador para adotar o rito abreviado pode ser rejeitado quando houver necessidade de obter um conhecimento mais amplo acerca do fato, a pena indicada pelo ministério público não for adequada ou os demais requisitos não forem atendidos. Nesse caso, a admissão dos fatos e a pena acordada não vinculam o órgão acusador que atue no procedimento ordinário, o que representa uma importante medida para preservar a presunção de inocência.

Assim, de modo paradigmático, na Argentina, determina-se que, na hipótese de não-homologação, “a conformidade prestada pelo imputado e seu defensor não será tomada como um indício em seu desfavor, nem o pedido de pena formulado vincula o fiscal que atue no debate.”<sup>347</sup> Essa previsão dá suporte ainda ao entendimento de que a conformidade do imputado não significa confissão.<sup>348</sup> Expressamente nesse sentido é o texto da Costa Rica, segundo o qual, havendo o reenvio para o procedimento ordinário, “o requerimento anterior sobre a pena não vincula o Ministério Público durante o juízo, nem a admissão dos fatos por parte do imputado poderá ser considerada como uma confissão.” (art. 375)

**g) Fundamentos para a condenação:** a sentença condenatória tem por base os fatos admitidos pelo imputado. O Código de Processo Penal da Guatemala prevê expressamente a possibilidade de acrescentar circunstâncias favoráveis ao autor do fato e quem tenham suporte em provas colhidas em procedimento preparatório, permitindo-se ainda a

<sup>346</sup> Prevendo a oitiva da vítima, Bolívia, art. 374; Costa Rica, art. 375; Equador, art. 370; El Salvador, art. 380.

<sup>347</sup> Art. 43, *bis*, 4, CPPN (AMARANTE, Diego A. et. al. *Código Procesal Penal de la Nación anotado con jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 569-570).

<sup>348</sup> Nesse sentido, FALCONE, Roberto A.; MADINA, Marcelo A. *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: 2005, p. 455-458.

atribuição de uma qualificação legal diferente da que consta na peça acusatória (art. 465). Na Argentina, a sentença fundamenta-se também nas provas colhidas durante a instrução (art. 431, *bis*, 5). No Chile, consta a determinação de que “a sentença condenatória não poderá emitir-se exclusivamente com base na aceitação dos fatos por parte do imputado.”(art. 412)

**h) Limites da condenação:** a pena imposta não pode ser superior à indicada pelo órgão acusador e acertada entre as partes. Essa é uma das vantagens do procedimento, pois, no momento do acordo, a pessoa acusada já tem ciência do máximo de pena que lhe será fixado.

**i) Interesses civis:** em regra, não são resolvidos em sede de procedimento abreviado, o que, provavelmente, está relacionado à celeridade própria desse rito.<sup>349</sup>

Há ainda alguns institutos com particularidades importantes. No Peru, destaca-se o procedimento especial de “terminação antecipada” (arts. 468-471). Pela previsão legal, a iniciativa de adotar esse rito pode partir tanto do ministério público quanto do imputado. Permite-se também que apresentem um “pedido conjunto e um Acordo Provisório sobre a pena e a reparação civil e demais conseqüências acessórias”, autorizando-se a realização de “reuniões preparatórias informais” para que se chegue ao consenso.

Em seguida, é designada “audiência de terminação antecipada”, na qual a maior parte do procedimento se desenvolve. A esse ato devem comparecer, necessariamente, o ministério público, o imputado e seu defensor, sendo facultativa a presença dos demais sujeitos processuais. Iniciada a audiência, o ministério público apresenta a acusação e o imputado tem a oportunidade de aceitá-la total ou parcialmente, ou ainda de se opor aos fatos que lhe são atribuídos. O juiz incentiva as partes a chegarem a um acordo e dá ao imputado os esclarecimentos necessários acerca de seus direitos.

O acordo obtido nesse ato deve abranger as circunstâncias do fato, a pena, a responsabilidade civil e conseqüências acessórias. O juiz acolhe a vontade das partes fundando-se na razoabilidade da qualificação jurídica e da pena proposta, levando em conta ainda os elementos de convicção existentes. Com efeito, um dos requisitos apontados pela doutrina para a terminação antecipada é que “no processo figure prova suficiente que

---

<sup>349</sup> Na Argentina, o acordo entre as partes pode incluir a reparação do dano, caso em que é possível uma solução no âmbito do procedimento abreviado (art. 431, *bis*, 7).

conduza à certeza da prática do fato punível e da responsabilidade do imputado”.<sup>350</sup> A sentença é proferida no prazo de quarenta e oito horas.

Como benefício por concordar com o procedimento, o imputado recebe uma redução de um sexto da pena, cumulado com a diminuição que incide em virtude de ter confessado.<sup>351</sup> A decisão é recorrível apenas por outros sujeitos processuais, que podem questionar a legalidade do acordo ou o valor da reparação civil. A existência de vários imputados não impede a adoção do procedimento nem a realização de acordos parciais. Se as discussões não levarem a um consenso ou se o acordo não for aprovado, a declaração do autor do fato é tida como inexistente.

O procedimento de terminação antecipada, antes da redação contida no novo Código de Processo Penal<sup>352</sup>, já era aplicado a alguns processos de tráfico ilícito de drogas e a delitos aduaneiros (Leis n. 26.320/94 e 28.008/2003, respectivamente). No regime atual, porém, estende-se a todos os delitos de ação penal pública.<sup>353</sup>

A principal expectativa em relação ao referido procedimento é de que possibilite uma resolução mais célere dos processos criminais. Nesse sentido, a Corte Superior de Justiça de Tacna destacou, com ênfase, no ano de 2007, o caso de um processo de furto agravado que se resolveu em quatro dias, com a aplicação da terminação antecipada. O julgamento em tão curto espaço de tempo teria sido inédito naquele distrito judicial, haja vista que um processo dessa natureza tramitava em aproximadamente quatrocentos dias. Pelas informações, o acusado foi preso em flagrante delito no dia 22 de outubro, sendo a sentença proferida no dia 26 seguinte. Nesse intervalo, houve o acordo com o ministério

---

<sup>350</sup> BETETA, Christian Jaime Salas. El principio de oportunidad y la terminación anticipada: el derecho penal premial en el Perú, p. 8-9. Disponível em: <<http://www.amag.edu.pe/webestafeta2indez.asp?warproom=articles&action=read&idart=328>>. Acesso em: 19 set. 2007.

<sup>351</sup> Essas reduções já podem fazer parte do acordo ou ser aplicadas pelo juiz, conforme esclarece Victor Raúl Reyes Alvarado, uma vez que a legislação não é precisa nesse ponto. O autor entende, porém, que as partes “devem praticar as reduções por confissão e sexta parte de modo tal que o imputado saiba que se o juiz aprovar o acordo o fará exatamente na quantidade e qualidade de pena que foi convencionado.” (El proceso especial de terminación anticipada y su aplicación en el distrito judicial de Huaura a partir de la vigencia del Código Procesal Penal del 2004, p. 5. Disponível em: <[http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/marzo/22/resolucion\\_procesal.doc](http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/marzo/22/resolucion_procesal.doc)>. Acesso em: 19 set. 2007).

<sup>352</sup> Decreto Legislativo n. 957, publicado em 29 de julho de 2004.

<sup>353</sup> BETETA, Christian Jaime Salas, op. cit., p. 4.

público e a audiência. Ao final, proferiu-se condenação de dois anos de pena privativa de liberdade, suspensa por um ano, fixando-se ainda o valor da reparação civil.<sup>354</sup>

O instituto peruano diferencia-se pela permissão expressa de que as partes tenham encontros fora da presença da autoridade judicial para formularem um acordo provisório, que depois será objeto de discussão em audiência para alcançar os seus termos definitivos. Nota-se um amplo estímulo à obtenção do consenso durante a audiência, a qual pode até ser suspensa por um breve período para que os interessados cheguem a um entendimento. No mais, o juiz pode desempenhar um papel mais ativo instando as partes ao consenso (art. 468, 4).<sup>355</sup>

Na Colômbia, foram introduzidos no Código de Processo Penal de 2004 os “pré-acordos ou negociações”, com o objetivo de tornar a justiça mais célere (arts. 348-354).<sup>356</sup> Autoriza-se que o órgão acusador – integrante da *Fiscalía General de la Nación* – e o imputado realizem acordos sobre “os termos da imputação” para terminar antecipadamente o processo. Dessa forma, a conduta delitiva pode ser tipificada eliminando-se circunstância agravante ou alguma acusação específica, sempre de maneira a promover a diminuição da pena. Ao imputado cabe, por sua vez, admitir a culpabilidade. Um dos aspectos a serem destacados nessa previsão legal é o estímulo a negociações e discussões diretas entre a acusação e a defesa. Com efeito, a redação do art. 350 estabelece que as partes “poderão adiantar conversações para chegar a um acordo”, o que evidencia o propósito de atribuir aos sujeitos intervenientes uma esfera mais ampla de liberdade para a coordenação de seus interesses.

É possível ainda que fique acertada a reparação da vítima, mas caso esta discorde do que foi pactuado, terá o direito de recorrer a outras vias jurídicas. Os pré-acordos vinculam a autoridade judicial, exceto se violarem garantias fundamentais. De qualquer

---

<sup>354</sup>

Disponível

em:

<<http://www.pj.gob.pe/CorteSuperior/noticias/noticias.asp?codigo=5690&opcion=detalle&sede=27>>. Acesso em: 2 maio 2008.

<sup>355</sup> Conforme o art. 468, al. 4: “[...] El Juez instará a las partes, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo, pudiendo suspender la audiencia por breve término, pero deberá continuar el mismo día.”. Victor Raúl Reyes Alvarado destaca a possibilidade de intervenção do juiz durante as discussões para obter o acordo: “la práctica ha demostrado que, es necesario que el juez se involucre y emita opiniones en la audiencia, según lo que escuche y perciba como la voluntad de las partes, porque él finalmente aprobará o no el acuerdo.” (op. cit., p. 3).

<sup>356</sup> O instituto tem como finalidades “humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso” (art. 348, CPP).

modo, o juiz analisa o cumprimento das exigências legais e, na hipótese de acatar a vontade das partes, designa audiência para proferir a decisão, que tem natureza de sentença condenatória. A assistência do defensor é obrigatória e o acordo será inexistente se tal requisito não for observado. Acrescente-se que, havendo discordância entre a defesa técnica e o imputado, prevalece a vontade deste.

Apenas o reconhecimento da culpa pelo imputado não é elemento suficiente para o acolhimento do acordo. Pelo disposto no art. 327, os pré-acordos só podem ser procedentes quando houver “um mínimo de prova que permita inferir a autoria ou participação na conduta e sua tipicidade.” No que diz respeito ao fundamento constitucional dos acordos e negociações, tem-se apontado o art. 2º da Constituição Política colombiana, que elenca como um dos fins essenciais do Estado “facilitar a participação de todos nas decisões que os afetam.”<sup>357</sup>

Afora as situações em que a declaração de culpabilidade é resultado de uma negociação, o investigado tem a faculdade de aderir, voluntária e unilateralmente, à imputação indicada pelo órgão acusador, obtendo, em decorrência disso, uma redução de até metade da sanção aplicável.<sup>358</sup> A partir dessa anuência, o imputado e a acusação passam a discutir o percentual de diminuição da reprimenda, formulando um acordo quanto a essa matéria.<sup>359</sup> Tal procedimento se desenvolve durante a audiência em que o imputado toma conhecimento da acusação que lhe é feita.<sup>360</sup>

Observa-se que a legislação processual colombiana disciplina várias hipóteses de declarações de culpabilidade pelo imputado, as quais podem decorrer de acordos prévios – denominados pré-acordos ou negociações – ou representar iniciativas unilaterais do

---

<sup>357</sup> Conforme entendeu a Corte Suprema da Colômbia, acrescentando que “o processado como criador do conflito deve intervir como parte decisiva em sua solução” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentença 24.764, de 1º de junho de 2006, p. 76-77) (trad. livre).

<sup>358</sup> De acordo com o disposto nos arts. 288.3 e 351, CPP, o órgão acusador, na audiência de formulação da imputação, que se desenvolve perante o juiz de garantias, além de esclarecer os termos da acusação que pesa sobre o investigado, deve também mencionar esta possibilidade de “*allanamiento a la imputación*”.

<sup>359</sup> Interessante decisão da Corte Suprema apreciou o caso em que, não obstante o investigado tivesse aderido à imputação, não houve acordo subsequente sobre a diminuição da pena, de modo que esta foi fixada pelo juiz. A decisão foi no sentido de que o acordo sobre o percentual de redução da pena, após a adesão à imputação, não seria obrigatório, embora conveniente. Por outro lado, na ausência de ajuste, dever-se-ia entender que as partes deferiram ao juiz a tarefa de determinar a redução (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentença 24.531, de 4 de maio de 2006, especialmente p. 53 e 57). Relevante ainda sobre os acordos e pré-acordos colombianos é a sentença 24.764, de 1º de junho de 2006, que tratou da incongruência entre a decisão judicial e o que ficou pactuado entre acusação e defesa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal).

<sup>360</sup> Constam ainda outras referências a manifestações de culpabilidade, pré-acordadas ou não, nos arts. 352 e 366-370, do Código de Procedimento Penal.

investigado. Em todas essas situações, há o encerramento mais rápido do processo, com sentença condenatória, aplicando-se a redução de pena acordada entre as partes ou estabelecida pela lei. Nos casos em que existe o acordo, pode-se deliberar também sobre a forma de execução da reprimenda, optando-se, por exemplo, pelo cumprimento da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar.

O sistema colombiano adotou um modelo consensual que autoriza negociações, ampliando as possibilidades de ajustes entre acusação e defesa. A faculdade de o investigado aderir à imputação e ser recompensado com uma redução da pena já era prevista no sistema anterior (Lei n. 600, de 24 de julho de 2000), sob a denominação de sentença antecipada (art. 40). No entanto, o texto legal não se manifestava sobre a permissão de discussões entre as partes. Por outro lado, o percentual de diminuição da pena na sentença antecipada era fixo, não deixando espaço para acordos. A perspectiva do legislador, com as inovações que incentivam o consenso, é não só de investir em celeridade e economia processual, mas também de humanizar o processo.

Para além dos procedimentos abreviados ou de outros ritos que acarretam a aplicação de uma pena, o consenso expressa-se ainda, nos países estudados, na forma de suspensão condicional do processo, que se insere no contexto dos critérios de oportunidade ou saídas alternativas ao juízo oral. Segue-se, em regra, o modelo tradicional de proposta do ministério público, acordo do imputado, assistido pelo defensor, decisão judicial, cumprimento de condições durante o período de prova e extinção da ação penal.<sup>361</sup> Por vezes, a suspensão do processo incide nos mesmos casos em que seria cabível a suspensão condicional da pena, ou se estabelece um limite de pena que autorize a iniciativa.<sup>362</sup> Em alguns ordenamentos, além da conformidade do imputado, exige-se a admissão dos fatos que lhe são atribuídos.<sup>363</sup>

Há, por fim, os procedimentos específicos voltados para a conciliação entre o autor do fato e a vítima, com vistas à reparação do dano. Nesse sentido, os acordos reparatórios do Chile, que produzem efeitos civis e também autorizam a extinção da responsabilidade penal do imputado, total ou parcialmente (art. 241).<sup>364</sup> Na Colômbia, a composição

---

<sup>361</sup> Argentina, art. 76, *bis*, do Código Penal; Bolívia, arts. 23-25; Paraguai, arts. 21-24; Chile, arts. 237-240; Costa Rica, arts. 25-29; El Salvador, arts. 22-25; Guatemala, arts. 27-30; Colômbia, art. 325-326; Honduras, arts. 36-40.

<sup>362</sup> No Chile, por exemplo, a pena não pode exceder a três anos de privação de liberdade (art. 237, a).

<sup>363</sup> Guatemala, art.27; El Salvador, art. 22; Costa Rica, art.25; Paraguai, art.21.

<sup>364</sup> Conciliações também são previstas em: El Salvador, art. 32; Costa Rica, art. 36 e Paraguai, art. 311.



amigável dos prejuízos é incentivada pelos mecanismos da justiça restaurativa e da mediação, arts. 518-521 e 523-527, respectivamente.

## **4. JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL NO BRASIL**

O movimento de introduzir ou reforçar acordos entre acusação e defesa no processo penal, observado em países da Europa e da América Latina, também se manifestou no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir da década de noventa, com a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. A adoção de alternativas processuais consensuais, com o conseqüente alargamento do espaço para a vontade das partes, representa uma mudança paradigmática, uma tentativa de convivência entre dois sistemas de resposta estatal aos comportamentos delitivos, o que, por vezes, gera posicionamentos divergentes.

Compreender as razões que, no Brasil, ensejaram a opção pelo consenso, as normas que disciplinam tais acordos, as críticas que envolvem a configuração dos institutos, é caminho inafastável para que se prossiga na busca do aperfeiçoamento. Nesse contexto, focalizamos as disposições da Lei n. 9.099/95 e as principais repercussões teóricas e práticas que interessam para o presente objeto de estudo.

### **4.1. Antecedentes legislativos**

Embora a Lei n. 9.099/95 seja a fonte legislativa que estabelece os contornos básicos do modelo consensual penal brasileiro, a trajetória até seu ingresso no sistema jurídica revela um progressivo esforço no sentido de promover mudanças no direito processual, aproximando-o da sociedade e transformando-o em um instrumento mais efetivo de realização da justiça. Essa abertura para novas perspectivas de prestação jurisdicional operou-se, inicialmente, no processo civil, materializando-se com os juizados especiais de pequenas causas. Mas foi no final da década de oitenta que a Constituição Federal estabeleceu a fundamentação necessária para inovações também na esfera do processo penal, com a previsão dos juizados especiais criminais. Seguiram-se experiências pioneiras de alguns Estados-membros até a promulgação da lei federal que regulamentou a matéria, conforme passamos a analisar de modo mais detido.

#### 4.1.1. Juizado especial de pequenas causas

A preocupação em sedimentar um novo direcionamento para o processo brasileiro evidenciou-se com a Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984, que traçou, no âmbito federal, os parâmetros dos chamados juizados especiais de pequenas causas.<sup>365</sup> A idéia norteadora era a de assegurar o acesso à justiça e aplicar novas técnicas de simplificação processual, enfatizando a autocomposição como mecanismo de resolução de determinados conflitos. Com efeito, não obstante o avanço técnico que o processo civil havia experimentado nas últimas décadas, seus mecanismos ainda se revelavam pouco adaptados às exigências da sociedade de massa, o que se agravava em face das deficiências de administração da justiça. A consequência era manifesta pela lentidão na solução das demandas e pela dificuldade de levar ao Judiciário os litígios de menor expressividade econômica.<sup>366</sup>

Inspirada nas *small claims courts* norte-americanas, a criação dos juizados procurou diminuir esses entraves existentes no processo civil.<sup>367</sup> Com isso, deu-se um passo rumo à deformalização do processo, tendência que, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, caracteriza-se por utilizar “a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses.”<sup>368</sup>

Acrescente-se que os obstáculos de acesso às vias judiciais, a exemplo do alto custo, da burocracia e da demora, representavam, por sua vez, elementos potenciais de desequilíbrio social, em face da chamada litigiosidade contida. Um dos objetivos fundamentais também era resgatar a credibilidade da justiça, ou seja, contribuir para que as pessoas vissem no aparato judicial uma instância legítima e segura de resolução de suas diferenças, mesmo nos casos de conflitos de pouca repercussão econômica. Para tanto, era

---

<sup>365</sup> Não obstante a lei federal, fazia-se necessária a edição de leis estaduais para a efetiva implantação dos juizados. Antes da legislação federal, já havia experiências pioneiras representadas pelos Conselhos de Conciliação e Arbitramento no Rio Grande do Sul e no Paraná, conforme noticia João Geraldo Piquet Carneiro (Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo (coord.). *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7.11.1984)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 25)

<sup>366</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e juizados de pequenas causas. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 177-178.

<sup>367</sup> João Geraldo Piquet Carneiro relata aspectos do funcionamento da *Small Claims Court* da cidade de Nova Iorque e que serviram de apoio para a criação dos juizados de pequenas causas brasileiros (op. cit., p. 26-36).

<sup>368</sup> Conciliação e juizados de pequenas causas, op. cit., p. 179.

necessário assegurar a celeridade do processo, a gratuidade, a desburocratização, tornando-o uma alternativa eficiente para a sociedade.<sup>369</sup>

Os juizados concretizavam o anseio por efetividade processual, voltando-se para a solução de pequenas controvérsias do cotidiano que atingiam os cidadãos menos privilegiados do ponto de vista financeiro e que, em decorrência disso, tinham frustradas as expectativas de obter uma resposta jurisdicional. A iniciativa enquadrava-se na tendência de especialização dos órgãos jurisdicionais mencionada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no conjunto das medidas voltadas para garantir o acesso à justiça. Para os citados autores, cada vez mais foram sendo reconhecidos direitos para os cidadãos comuns, principalmente nas relações de consumo e de locação. No entanto, o aparato judiciário encontrava dificuldades de fazer valer os novos direitos, de modo que essas vantagens se tornavam apenas simbólicas.<sup>370</sup>

A competência dos juizados, contudo, restringia-se a matérias de natureza cível, levando em consideração o valor da causa, o tipo de demanda e as pessoas envolvidas.<sup>371</sup> O procedimento previsto para o tratamento desses conflitos orientava-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando estimular a conciliação entre as partes. Para atender a tais propósitos, autorizava-se a realização de audiências noturnas, registravam-se apenas os atos processuais essenciais, podendo haver gravação, a decretação de nulidade exigia a ocorrência de prejuízo, enfim, as idéias de praticidade e de instrumentalidade das formas começavam a consolidar-se no

---

<sup>369</sup> Kazuo Watanabe, mencionando a idéia popularmente difundida da inutilidade de recorrer às vias judiciais, observa que: “a proposta de criação do JEPC pretende, fundamentalmente, reverter essa mentalidade, resgatando ao Judiciário a *credibilidade popular* de que é ele merecedor e fazendo renascer no povo, principalmente nas camadas média e pobre, vale dizer, do cidadão comum, a *confiança na Justiça* e o sentimento de que o direito, qualquer que seja ele, de pequena ou grande expressão, sempre deve ser defendido.” (Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (coord.). *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7.11.1984)*, op. cit., p. 2-3) (grifos do autor)

<sup>370</sup> *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 91-100. Nas palavras dos autores, “é preciso reconhecer [...] que algumas das características do sistema judiciário regular, que o tornam apto para a solução de litígios de direito público, em defesa de interesses difusos da *coletividade*, freqüentemente também o tornam pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao *nível individual*. Procedimentos contraditórios altamente estruturados, utilizando advogados bem treinados e perícias dispendiosas, podem ser de importância vital nos litígios de direito público, mas colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns. É evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é a de criar outros fóruns mais acessíveis.” (op. cit., p. 91)

<sup>371</sup> No que diz respeito ao valor da causa, o limite era de vinte salários mínimos. Por outro lado, algumas demandas, mesmo tendo caráter patrimonial ficavam excluídas dos juizados, a exemplo daquelas relativas a acidentes de trabalho. Por fim, só as pessoas físicas capazes poderiam demandar perante tais órgãos jurisdicionais.

processo. Acrescente-se que o legislador deixou ao demandante a opção de ingressar com o seu pedido perante o juizado ou a justiça comum, sendo, pois, uma via facultativa.

Foi ainda enfatizada a atuação de conciliadores e árbitros. Havia uma interação entre esses auxiliares da justiça, recrutados no meio social, e os membros do Poder Judiciário, proporcionando ainda a participação ampla das pessoas envolvidas na demanda. Já se operava, então, uma mudança importante de concepção no modo de atuar dos órgãos jurisdicionais, sinalizando para o surgimento de parcerias entre a justiça e a sociedade, e para o incentivo à conciliação como instrumento de pacificação das divergências de interesses que ocorrem na vida em comunidade. Por outro lado, em termos de processo, deu-se um passo significativo no sentido de criar um procedimento mais adaptado à conjuntura da sociedade de massa, privilegiando a simplicidade, a oralidade e a celeridade, sem qualquer prejuízo para o devido processo legal.

Vê-se, portanto, que a instalação dos juzados de pequenas causas possibilitou o amadurecimento das soluções conciliatórias e participativas no ordenamento processual brasileiro. Permitiu que as atenções se voltassem para setores da sociedade até então excluídos do sistema jurídico, sobretudo por razões de ordem econômica. Por outro lado, aproximou juízes, advogados e funcionários da justiça de um modo diferenciado de realizar a prestação jurisdicional, amenizando o excesso de formalismo. As idéias de informalidade e simplicidade foram inseridas no âmbito do processo, diversificando os mecanismos de atuação, como, ademais, já ocorria em outros países.

O cuidado do legislador em estabelecer uma abordagem distinta para as causas de reduzido valor econômico e a experiência bem-sucedida com a Lei n. 7.244/1984 encorajaram o passo adiante que seria a expansão das soluções consensuais também para a esfera criminal, definindo as infrações penais de menor potencial ofensivo e prevendo para elas um rito mais simplificado e adaptado.

#### **4.1.2. Constituição Federal de 1988**

Momento propício para avançar no projeto de fortalecer uma justiça sensível aos problemas dos cidadãos comuns e estender as práticas de conciliação também para o âmbito criminal revelou-se com a Constituição Federal de 1988. Seguindo essa linha, e de maneira inovadora, o texto constitucional, no art. 98, inc. I, previu a criação de juzados

especiais com competência para julgamento de causas cíveis de menor complexidade e de infrações penais de menor potencial ofensivo.<sup>372</sup> A partir de então, para além de uma via jurisdicional simplificada e célere que solucionasse as pequenas controvérsias cíveis, determinava-se, igualmente, a regulamentação de um tratamento diferenciado para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Trata-se de norma de especial relevância, haja vista que autoriza, expressamente, a realização de transação na esfera criminal, o que se configura como marco decisivo para a justiça consensual penal no ordenamento jurídico brasileiro. É nesse dispositivo, portanto, que se encontra a fundamentação constitucional do consenso, de maneira que os argumentos de inconstitucionalidade da justiça consensual devem sempre ser analisados à luz dessa referência.

O constituinte, no entanto, não fixou parâmetros para a definição do que seriam as infrações de menor potencial ofensivo nem trouxe indicativos explícitos sobre os limites da transação penal, matérias estas atribuídas ao legislador ordinário. Ficou patente, contudo, o propósito de ampliar a conciliação como mecanismo alternativo dentro da ciência processual, a fim de conferir à prestação jurisdicional maior capacidade de adaptação aos anseios da sociedade.

#### **4.1.3. Iniciativas estaduais**

Buscando dar efetividade ao preceito constitucional, o Estado de Mato Grosso do Sul teve o pioneirismo de editar norma disciplinando os juizados especiais, o que de fato ocorreu com a Lei estadual n. 1.071, de 11 de julho de 1990. Foram instalados, a partir de então, os juizados especiais cíveis e criminais das Comarcas de Campo Grande e Dourados. Além de trazer disposições sobre a transação e o procedimento sumaríssimo, a referida lei fixava, no art. 69, a competência dos juizados criminais para processar e julgar “crimes dolosos punidos com pena de reclusão até um ano, ou de detenção até dois anos”, “crimes culposos” e “contravenções”. No ano seguinte, a Paraíba envidou esforços nesse mesmo sentido e espelhou-se na legislação sul-mato-grossense para criar a Lei n. 5.466, de

---

<sup>372</sup> Art. 98. “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II – [...]”

26 de setembro de 1991, regulamentando os juizados especiais naquela unidade federativa. Por fim, o Estado do Mato Grosso promulgou a Lei n. 6.176, de 18 de janeiro de 1993, que no art. 60 incluía como de menor potencial ofensivo também o furto simples e as infrações penais previstas no Código do Consumidor.

Em 1994, porém, o Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* n. 71.713, julgou inconstitucional o art. 59 da lei paraibana que definia as infrações de menor potencial ofensivo, sob o argumento de que a matéria deveria ser objeto de legislação federal.<sup>373</sup> Em seguida, e com base nesse precedente, foi a vez da lei do Mato Grosso do Sul, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida por aquela Corte em 1996 ao julgar o *habeas corpus* n. 72.930.<sup>374</sup> Na oportunidade, observou-se ainda que a Lei n. 1.071/90 estabelecia um rol mais amplo de infrações de menor ofensividade, em comparação com a Lei n. 9.099/95, já existente à época do julgamento. Quanto ao Estado do Mato Grosso, a manifestação acerca da invalidez da norma deu-se pela ação direta de inconstitucionalidade n. 1.807-5.

Finalizada a controvérsia sobre as experiências dos Estados-membros, cumpre ressaltar a importância dessas iniciativas, que demonstraram o anseio por colocar em prática o novo modelo de prestação jurisdicional recém inserido no ordenamento jurídico brasileiro e do qual já se esperava mudanças relevantes para a sociedade.

#### **4.2. Perfil da justiça consensual na Lei n. 9.099/95**

A regulamentação da justiça consensual penal no Brasil deu-se com a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os juizados cíveis e criminais no âmbito da justiça estadual e do Distrito Federal e territórios, em cumprimento ao art. 98, inc. I, da Constituição Federal de 1988, sendo revogada expressamente a Lei n. 7.244/84, que disciplinou os juizados de pequenas causas. Os trabalhos voltados para a elaboração da lei federal tiveram como marco o anteprojeto apresentado à Associação Paulista de Magistrados pelos juízes Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco Antônio Marques da Silva. Ao longo das discussões, o grupo de trabalho do qual faziam parte a professora Ada Pellegrini Grinover e os Professores e membros do ministério público Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, propôs anteprojeto substitutivo, que seria

---

<sup>373</sup> STF – HC 71.713-6 (PB) – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 26.10.1994 – DJ 23.03.2001.

<sup>374</sup> STF – HC 72.930 (MS) – Tribunal Pleno – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 01.02.1996 – DJ 15.03.1996.

então levado ao Legislativo Federal pelo Deputado Michel Temer, transformando-se na Lei em comento.<sup>375</sup>

A Lei n. 9.099/95 regula, na primeira parte, os juizados especiais cíveis, que assumem, de maneira mais ampla, a mesma função dos antigos juizados de pequenas causas. Assim, as denominadas “causas cíveis de menor complexidade” submetem-se a um procedimento simplificado, com a intervenção de conciliadores e juízes leigos, autorizando-se ao juiz proferir “a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”<sup>376</sup> Na segunda parte, tem-se os juizados especiais criminais, introduzindo a noção de “infrações penais de menor potencial ofensivo”, as quais também passaram a ser solucionáveis pela via conciliativa.

Cometida infração de tal natureza, inicia-se uma fase preliminar em que a autoridade policial lavra termo circunstanciado, ao invés de instaurar inquérito policial. Em seguida, encaminha o autor do fato e a vítima para o juizado. O compromisso do autor do fato de comparecer em juízo é suficiente para evitar prisão por flagrante delito, o que se coaduna com o objetivo de afastar a privação da liberdade. No juizado, designa-se audiência preliminar, à qual devem comparecer o representante do ministério público, o suposto responsável pela infração, a vítima e, se possível, o responsável civil. É nesse momento que há a incidência de dois institutos consensuais, ou seja, a composição civil e a transação penal. Caso não se obtenha êxito com essas iniciativas, o procedimento segue, com o oferecimento da peça acusatória oral, marcando-se data para audiência de instrução e julgamento.

Tem-se, a partir da acusação formal, o procedimento sumaríssimo, previsto nos arts. 77-83. Por esse rito, aberta a audiência, é dada a palavra para que o defensor responda à acusação. Na seqüência, o juiz se manifesta pelo recebimento ou não da denúncia ou queixa. Com o recebimento, verifica-se o cabimento da suspensão condicional do processo, outra medida que abriga a idéia de consenso. Se for inviável esse caminho, prossegue-se com a oitiva de testemunhas, interrogando-se o autor do fato ao final. As partes oferecem alegações finais no ato, passando-se à prolação da sentença. Incentiva-se a decisão em

---

<sup>375</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio et. al. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei para a Conciliação, Julgamento e Execução das Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, op. cit., p. 404.

<sup>376</sup> Art. 6º, Lei n. 9.099/95.



audiência permitindo-se a dispensa do relatório. A apelação é julgada por turma recursal, composta de três juízes de primeiro grau de jurisdição.

É, assim, nesse contexto da Lei n. 9.099/95 que está delineado o modelo brasileiro de justiça consensual, mediante os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Para além do estímulo ao consenso, a Lei n. 9.099/95 adota, como se viu, a concepção de um procedimento simplificado e informal, com as tentativas de acordo na fase preliminar e um rito sumaríssimo subsequente, caracterizado pela concentração dos atos e cabível quando a solução não é obtida pelas vias conciliativas e transacionais. Foram mantidas as disposições já presentes nos juizados de pequenas causas quanto à possibilidade de audiências no período noturno, registro de atos essenciais e flexibilidade dos atos de comunicação. Caso haja necessidade de submeter a conduta infracional a julgamento de mérito, segue-se o procedimento sumaríssimo, com denúncia ou queixa oral e audiência de instrução e julgamento concentrada.

A dinâmica da Lei n. 9.099/95, portanto, engloba atos processuais menos burocráticos, recursos mais ágeis e um sistema de declaração de nulidades que privilegia a finalidade do ato e não o mero formalismo. Enquadra-se, por conseguinte, no mesmo rumo de vários ordenamentos jurídicos que criaram alternativas ao rito comum, como ocorreu na Itália e em Portugal, com a instituição de procedimentos céleres.

De fato, a mencionada Lei enuncia, logo de início, os critérios que a orientam, como sendo a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, tendo como objetivo promover a conciliação e a transação, conforme declara no art. 2º.<sup>377</sup> No que diz respeito, especificamente, aos juizados especiais criminais, além desses propósitos, busca-se também a reparação do dano suportado pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62). Trata-se de dois aspectos relevantes, pois evidenciam os fundamentos político-criminais da referida Lei. Com efeito, de um lado demonstra-se a preocupação com os interesses da vítima, conforme movimento que ganhou corpo no final do século passado; e, de outro, procura-se afastar as conseqüências nocivas da pena de prisão, cuja eficácia na recuperação dos infratores há muito vem sendo questionada.

---

<sup>377</sup> Art. 2º, Lei n. 9.099/95: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

Para conceber o modelo consensual penal pátrio foram observadas experiências nacionais e estrangeiras. Em termos de direito comparado, serviram de inspiração o processo sumaríssimo da codificação processual penal portuguesa de 1987, bem como o *patteggiamento* italiano, tanto na versão prevista na Lei n. 689/81 quanto na configuração ampliada do Código de Processo Penal de 1988.<sup>378</sup> A expectativa em torno da nova lei era de que contribuísse para a resolução rápida dos processos envolvendo a pequena criminalidade, ajudando a desafogar os órgãos jurisdicionais. Depositavam-se esperanças, igualmente, no incentivo de técnicas conciliatórias, como instrumento de melhora no funcionamento da justiça e de incremento de um processo penal mais efetivo. O Brasil, então, seguiu a tendência das legislações europeias no sentido de investir na simplificação processual, conferindo um papel de maior destaque à vítima e valorizando a participação e o diálogo.

Por determinação constitucional, o sistema consensual penal pátrio restringe-se às infrações de menor potencial ofensivo, o que afasta a incidência de acordos entre acusação e defesa quando se tratar de delitos graves, diferentemente do que ocorre, por vezes, em legislações alienígenas. O legislador ordinário, pormenorizando esse conceito, optou pelo critério que leva em conta o limite máximo em abstrato da pena privativa de liberdade cominada para a infração.<sup>379</sup> Na versão original, o art. 61 da Lei n. 9.099/95 definia como infração de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima em abstrato não excedesse a um ano, excluindo, porém, aqueles para os quais fosse previsto procedimento especial. No entanto, com o art. 2º da Lei n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), esse limite passou a ser de dois anos, o que acabou sendo ratificado pela Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006, alterando-se o art. 61 acima mencionado.<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio et. al. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei para a Conciliação, Julgamento e Execução das Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo, op. cit., p. 404-405. O processo sumaríssimo português está previsto nos arts. 392-398, do Código de Processo Penal, e o atual *patteggiamento* italiano, nos arts. 444-448, também da codificação processual penal.

<sup>379</sup> Note-se ainda que a suspensão condicional do processo, embora inserida na Lei n. 9.099/95, art. 89, tem aplicação para além dela, abrangendo delitos cuja pena mínima em abstrato seja igual ou inferior a um ano.

<sup>380</sup> A opção do legislador pelo critério fundado no limite da pena não é isenta de críticas na doutrina. De fato, há entendimento no sentido de que a melhor definição deveria ter como referência o bem jurídico tutelado. Assim, Geraldo Prado observa que “para efeito de caracterização da infração, foram postos de lado o interesse penalmente tutelado, a conduta dirigida a atingi-lo e o resultado antijurídico, em troca de uma medida única, fundada no tamanho da pena.” (*Elementos para uma análise crítica da transação penal*, op. cit., p. 126).

Em suma, atualmente são infrações de menor ofensividade todas as contravenções penais, assim como os crimes com pena abstrata de no máximo dois anos de privação de liberdade, cumulada ou não com multa. Cumpre apenas adiantar que ficam fora desse conceito os crimes que envolvam violência doméstica ou familiar contra a mulher, de acordo com as disposições da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

Cabe ressaltar ainda que os delitos de menor potencial ofensivo não se confundem com infrações de bagatela. Estas se caracterizam por representar uma lesão tão ínfima ao bem jurídico alheio que sequer merecem tratamento penal. Obedecendo à idéia do direito penal como *ultima ratio*, nos delitos de bagatela deve-se recorrer à descriminalização ou ao princípio da insignificância. Já as infrações de menor potencial ofensivo ostentam gravidade suficiente para autorizar a intervenção penal, mesmo que de maneira mais branda.

Assim, no âmbito das infrações de menor ofensividade, o legislador nacional entendeu cabível a adoção de medidas alternativas, fundadas na manifestação de vontade das partes, reservando o aparato judicial mais complexo para os crimes de maior gravidade. Nesse sentido, o art. 2º da Lei já ressalta o seu propósito de incentivar a conciliação e a transação. Por outro lado, houve também o cuidado para que tais soluções não acarretassem conseqüências prejudiciais ao autor do fato, como a possibilidade de serem consideradas para efeitos de reincidência.

### **4.3. Institutos representativos do modelo consensual**

Três institutos destacam-se na Lei n. 9.099/95 como representantes do modelo consensual: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Todos priorizam soluções mais céleres, evitando as conseqüências desvantajosas do processo, a exemplo da estigmatização e da aplicação de pena privativa de liberdade. Configuram-se como medidas despenalizadoras, pois afastam o encarceramento em delitos de pouca gravidade e os efeitos nocivos do contato com as mazelas do sistema carcerário.<sup>381</sup> Inserem-se ainda no contexto do princípio da oportunidade, embora a obrigatoriedade da ação penal mantenha-se como regra.

---

<sup>381</sup> Também a exigência de representação do ofendido ou de seu representante legal nas lesões corporais culposas ou leves pode ser enquadrada como medida de despenalização (GRINOVER, Ada Pellegrini,

### 4.3.1. Composição civil

Pelo sistema do Código de Processo Penal, para que a vítima seja reparada dos danos decorrentes da infração, é necessário que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, um título executivo judicial, cujo acerto, com a prática dos atos executórios cabíveis, é transferido para o juízo cível. Possível ainda que, paralelamente à tramitação do processo penal, interponha-se a ação civil com o objetivo acima mencionado. De qualquer modo, são procedimentos mais demorados e que exigem do ofendido ou de seu representante legal disposição para ver satisfeito o seu direito.<sup>382</sup>

A Lei n. 9.099/95 estabeleceu uma via diferente, mediante a composição civil. O instituto caracteriza-se como sendo o primeiro momento da audiência preliminar em que se procede à tentativa de acordo.<sup>383</sup> A finalidade precípua é obter a solução amigável acerca da reparação dos danos causados pela infração, seguindo os critérios da economia processual e da celeridade. Um dos aspectos principais é a possibilidade de discussão entre o agente e a vítima ou seu representante legal, idéia bastante utilizada no âmbito da justiça restaurativa, conforme já analisado. Trata-se de uma oportunidade de diálogo cujo resultado, pressupõe-se, deve atender melhor aos interesses do ofensor e do ofendido. Técnica eminentemente voltada para a conciliação, a composição civil evidencia o propósito de ampliar a participação da vítima, amenizando-lhe o sofrimento decorrente da violação de seu bem jurídico, pelo menos no que se refere ao aspecto material.<sup>384</sup>

As conversações entre autor do fato e a vítima são intermediadas pelo juiz ou conciliador por este orientado, devendo ser esclarecidas as vantagens dessa opção, bem como as conseqüências jurídicas. Não é propriamente um momento de intervenção do ministério público, embora também não haja impeditivo para que este auxilie no

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, op. cit., p. 50-51).

<sup>382</sup> A reforma promovida pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, no CPP, trouxe uma modificação que possivelmente facilitará a reparação do dano. De fato, com a inserção do inc. IV no art. 387, o juiz já deve fixar, na sentença condenatória, um “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.” Por outro lado, o art. 63, teve acrescido um parágrafo único, pelo qual “transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.” A vantagem, portanto, é que poderá ser dispensada a liquidação da sentença no juízo cível, nos casos em que o dano seja de fácil identificação no âmbito criminal.

<sup>383</sup> A composição civil está prevista no art. 74 da Lei n. 9.099/95.

<sup>384</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scaranca Fernandes e Luiz Flávio Gomes comentam que a Lei 9.099/95 “não chegou a prever a cumulação de ações civil e penal no processo criminal, cuja eficácia é duvidosa, mas aproximou a questão civil da penal, permitindo que na fase preliminar possa ser feito acordo sobre a reparação do dano no Juizado Criminal” (op. cit., p. 85).

fechamento do acordo. Chegando-se a um entendimento, segue-se a homologação judicial. Na hipótese de ação penal de iniciativa privada ou de ação pública condicionada à representação, a homologação do acordo por sentença irrecorrível tem como efeito a renúncia ao direito de queixa ou representação, extinguindo a punibilidade. No entanto, na ação penal pública incondicionada, o acordo sobre os danos civis não impede a proposta de transação pelo ministério público e os atos subsequentes.

A composição civil é um mecanismo posto à disposição da vítima, poupando-a de recorrer a outras vias processuais quando o dano é leve e o acordo for cumprido. Cabe ao juiz ou conciliador contribuir para que o valor ajustado efetivamente satisfaça os interesses do ofendido, sem se transformar em instrumento de pressão sobre o ofensor. Remanesce, contudo, a dificuldade decorrente do não cumprimento do acordo por parte do autor do fato. Nesse caso, a vítima já não poderá exercer o direito de queixa ou de representação, restando-lhe apenas o título executivo, a ser cobrado nos juizados especiais cíveis ou na justiça comum, conforme o valor estipulado. Apesar de ser assegurada essa forma de tutela do direito lesado, o fato é que a necessidade de recorrer a outro procedimento judicial, aliada à perda da oportunidade de perseguir criminalmente o autor, pode gerar um sentimento de frustração na vítima, desestimulando-a a buscar a reparação efetiva.

Importante notar que a composição, apesar de ter por objeto interesse de natureza cível, apresenta, inegavelmente, elementos consensuais que repercutem de modo significativo na persecução criminal, inserindo-se, portanto, na esfera da justiça penal consensual.

#### **4.3.2. Transação penal**

Superada a tentativa de composição civil, surge a possibilidade de apresentar proposta de “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”, o que se denomina de transação penal. O termo transação – seja por sua origem etimológica, seja pela definição contida no Código Civil – remete-nos para a noção de acordo, de ajuste em que as partes fazem concessões recíprocas no intuito de obter resultado satisfatório para os sujeitos intervenientes, pondo fim a um conflito de interesses. Tal vocábulo foi transposto

para a esfera criminal por força do art. 98, inc. I, da Constituição Federal de 1988, que a ele expressamente se refere.<sup>385</sup>

#### 4.3.2.1. Aproximação conceitual

No âmbito criminal, a transação se configura como o acordo entre o titular da ação penal e o suposto autor de infração de menor potencial ofensivo, pelo qual fica acertado que este se submeterá, de imediato, a uma pena restritiva de direitos ou multa, com o intuito de evitar o processo e satisfazer o *jus puniendi*.

Seguindo a idéia de concessões recíprocas, inerente ao conceito de transação, o Estado, por intermédio do ministério público, deixa de ingressar com a ação penal e de submeter o autor do fato a um processo destinado a aferir sua responsabilidade, preferindo, ao invés disso, tentar a solução consensual. Já o suposto infrator concorda em sujeitar-se à sanção penal mesmo sem uma apuração prévia de sua culpabilidade. Conseqüentemente, abdica do direito de produzir um conjunto probatório que pudesse levá-lo à absolvição. Opera-se, por parte do imputado, uma renúncia a direitos e garantias fundamentais com o objetivo de afastar os riscos do processo.<sup>386</sup>

#### 4.3.2.2. Elementos característicos

Da forma como está atualmente disciplinada, a transação penal é um instituto que tem por objetivo a não aplicação de pena privativa de liberdade, optando por sanções restritivas de direito ou multa. É uma medida despenalizadora e restrita a infrações tidas como leves. Por se tratar de uma proposta proveniente do titular da ação penal e que depende da anuência do autor do fato e de seu defensor, podendo haver entre eles

---

<sup>385</sup> A palavra transação vem do latim *transactio*, com o sentido de “*pacto, convenção, ajuste*, em virtude do qual as pessoas *realizam um contrato*, ou *promovem uma negociação*.” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 827, verbete “transação”) (grifos do autor). No Código Civil de 2002, a transação é tida como um contrato, pelo qual “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas” (art. 840). No processo civil, a transação enseja o julgamento conforme o estado do processo, antecipando a extinção da demanda mediante sentença de mérito (art. 269).

<sup>386</sup> Para Maria Lúcia Karam há uma impropriedade no termo “transação penal”, isso porque, segundo a autora, a proposta expressa no art. 76 já é uma forma de ingressar com a ação penal condenatória e a sentença homologatória representaria a satisfação da pretensão punitiva. Nesse contexto, não haveria qualquer concessão por parte do ministério público (*Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 95).

discussão em torno da sanção a ser estipulada, é cabível a afirmação de que o instituto tem fundamento consensual. Nem sempre, porém, haverá negociações entre os sujeitos intervenientes.

A transação penal dispõe sobre a sanção a ser aplicada, não havendo exigência quanto ao reconhecimento dos fatos que são atribuídos à pessoa indicada como autora da infração. Dispensa-se o desenvolvimento do processo por expressa manifestação de vontade da acusação e do autor do fato, assistido por seu defensor. A discricionariedade do órgão ministerial restringe-se à escolha da espécie de pena, que sempre deverá ser restritiva de direitos ou multa; à modalidade mais adequada de pena restritiva de direitos, dentre as elencadas no art. 43, do Código Penal; ou, por fim, ao valor da multa.

No que diz respeito ao papel do magistrado, para além do controle da legalidade do ato, deve assumir uma posição de mediador, fazendo sugestões e contribuindo para que se alcance um bom termo na discussão da proposta. Naturalmente, é preciso cuidar para que esse comportamento não interfira na imparcialidade.<sup>387</sup> Nesse sentido, observam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes que o juiz “não se limita simplesmente a homologar o acordo, mas deve efetivamente conduzir e supervisionar o correto desenvolvimento das vias conciliativas.”<sup>388</sup>

Ao magistrado cabe zelar também para que o imputado seja devidamente esclarecido das conseqüências de sua manifestação e conte com uma defesa técnica efetiva, assegurando o equilíbrio entre acusação e defesa. O texto legal confere-lhe ainda o poder de reduzir a pena de multa até a metade, quando esta for a sanção acordada, o que há de ser feito por decisão motivada em atendimento ao preceito constitucional.

A vítima, por sua vez, não tem participação no acordo. Mesmo que esteja presente na audiência preliminar – e estará se a infração for de ação penal condicionada à representação do ofendido – não terá cabimento a discussão dos interesses civis, matéria que é reservada para uma eventual suspensão condicional do processo.

O ato homologatório do acordo ostenta natureza jurídica de sentença, embora a doutrina divirja fortemente sobre a incidência ou não de condenação, debate que é

---

<sup>387</sup> A participação do juiz deve atender à idéia de informalidade que norteia o tratamento das infrações de menor potencial ofensivo.

<sup>388</sup> Op. cit., p. 129.

fomentado pela omissão do texto legal acerca da matéria. De qualquer modo, é expressamente estabelecido que a homologação não gera reincidência nem antecedentes, não produzindo também efeitos na esfera civil. O registro é tão-somente para controle interno por parte do juiz no sentido de que o autor do fato não realize outra transação no prazo de cinco anos. A sentença homologatória é apelável, contudo, o interesse para tanto manifesta-se apenas nas situações em que há vícios de consentimento ou quando o magistrado se afasta do acordo celebrado. É omissa a lei quanto ao recurso da decisão não homologatória, no entanto, com mais razão do que na hipótese anterior, as partes deveriam ter a oportunidade de se insurgir contra o ato da autoridade judicial.

Quanto à sanção fixada, não obstante o caráter imediato de sua aplicação, é possível falar-se em um juízo de proporcionalidade, dada a necessidade de que se avalie, no caso concreto, se a medida é “necessária” e “suficiente” para a solução do conflito de interesses que se instaura com a suposta prática da infração. Para tanto, o juiz se vale da análise dos requisitos subjetivos do agente, bem como dos motivos e das circunstâncias do comportamento infracional. Essa tarefa, porém, nem sempre é fácil, uma vez que o termo circunstanciado é peça bastante simples e com informações limitadas.

A principal motivação para que o autor do fato aceite a proposta do acusador é evitar as incertezas inerentes ao desenvolvimento do processo nos moldes tradicionais. O cumprimento da sanção acordada tem a conveniência de encerrar rapidamente o procedimento, até mesmo de modo imediato se houver opção pelo pagamento de multa. Com isso, afasta-se a espera pelo resultado. Por outro lado, há a vantagem de não macular a vida pregressa. Nessa perspectiva, preferir transacionar enquadra-se como mais uma possibilidade posta à disposição da defesa. Tal manifestação tem sido considerada por parte da doutrina como uma forma de *nolo contendere*, em que o imputado abdica de discutir se é inocente ou culpado, havendo, porém, entendimentos no sentido de que se trata de um reconhecimento do pedido.<sup>389</sup>

---

<sup>389</sup> Transação como reconhecimento do pedido (KARAM, Maria Lúcia, op. cit., p. 95) e como um instituto próximo ao *nolo contendere* (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 45). De fato, se a relação entre *nolo contendere* e transação penal tiver como parâmetro o direito norte-americano, deve-se observar que, embora comunguem da idéia de “não contestação”, os efeitos são diversos, pois nos Estados Unidos o *nolo contendere* produz o mesmo efeito de uma declaração de culpa (*guilty plea*), autorizando a condenação, o que não se verifica no direito brasileiro.



Para a acusação, o acordo permite a aplicação de pena sem que haja o trabalho decorrente da atividade probatória, esforço que é direcionado para a apuração de crimes de maior gravidade. Em termos de administração da justiça, muito embora já não seja pequena a demanda perante os juizados especiais criminais, a solução pela via do consenso confere sempre mais dinamismo para a prestação jurisdicional.

#### 4.3.2.3. Procedimento

Todos os atos tendentes à aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa ocorrem durante a audiência preliminar, nos casos em que a tramitação se desenvolve perante os juizados especiais criminais. Para que haja a proposta de transação penal, o ministério público, na ação penal pública, descartará primeiro a hipótese de arquivamento, devendo analisar a tipicidade e a presença de elementos mínimos configuradores da infração. Se a ação for pública, mas de iniciativa condicionada à representação, é necessário que seja satisfeita tal condição de procedibilidade, lembrando ainda que a homologação de eventual composição civil é circunstância impeditiva do prosseguimento, conforme já ressaltado. Por fim, sendo a ação de iniciativa privada, e não incidindo o acordo previsto no art. 74 da Lei em comento, diverge a doutrina sobre o cabimento da transação, tema ao qual retornaremos adiante.<sup>390</sup>

Atendidos tais pressupostos, é imprescindível que se observem as exigências legais do parágrafo 2º. Ou seja, o autor do fato não pode ter sido condenado à pena privativa de liberdade, em sentença definitiva, pela prática de crime. Do mesmo modo, o agente não deve ter realizado outra transação penal nos últimos cinco anos. Seguem-se ainda os requisitos referentes à personalidade do suposto infrator e às circunstâncias da conduta, em tese, ilícita.<sup>391</sup>

---

<sup>390</sup> Art. 76, *caput*: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.”

<sup>391</sup> Hipóteses legais de não cabimento da proposta de transação, segundo o art. 76, §2º: “I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (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.” (art. 76, §2º). Fernando Fernandes observa a semelhança desse inciso III com os critérios para dosimetria da pena previstos no art. 59, CP: “os requisitos mencionados no inciso III do art. 76º, §2º, são também alguns daqueles que o art. 59º do Código Penal prevê para a operação da medida da pena, deixando clara a vinculação entre a

Na seqüência, feita a proposta de transação penal, cabe ao autor do fato, devidamente orientado pela defesa técnica, cuja presença é necessária no referido ato, analisar se o acordo é mais vantajoso ou não para sua situação jurídica, pronunciando-se sobre a proposta do órgão acusador. Sendo vários os autores do fato, o não cabimento da transação em relação a um deles não prejudica o acordo com os demais, pois as situações são analisadas individualmente. A solução também é a mesma na hipótese de pluralidade de infrações, ou seja, transaciona-se quanto a um dos delitos e o outro segue o procedimento respectivo.

Com a aceitação, o juiz procede ao controle das exigências legais e homologa por sentença o que ficou acertado. A discordância conduz à dedução formal da acusação mediante o oferecimento de denúncia ou queixa, desenrolando-se o processo conforme o rito sumaríssimo.

#### **4.3.2.4. Transação e institutos estrangeiros**

A transação é o instituto que mais se aproxima do caráter negocial no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, a manifestação de vontade do autor do fato pode significar uma simples adesão à proposta inicial do órgão acusador, como também ir além disso e promover alterações que contribuam para o conteúdo final do acordo. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes, associando a transação a uma “conformidade penal”, faz a distinção entre “conformidade simples”, em que “o autor do fato aceita na íntegra a proposta feita pelo Ministério Público”, e a “conformidade complexa”, na qual pode haver uma contraproposta.<sup>392</sup>

No entanto, os moldes são completamente diversos do *plea bargaining*. Inicialmente, porque, na transação, não há negociação da declaração de culpa em troca de vantagens processuais, o acordo é permitido apenas em infrações leves e o objeto de discussão é limitado à pena. Já nos Estados Unidos, os ajustes entre acusação e defesa podem ocorrer em crimes graves, verificando-se acordos acerca da pena, dos fatos, da qualificação jurídica, da forma de participação, dentre outros aspectos. Importante notar,

---

transação penal e essa etapa da dinâmica punitiva estatal, ainda que, logicamente, num juízo totalmente preliminar e hipotético.” (*O processo penal como instrumento de política criminal*, op. cit., p. 606)

<sup>392</sup> Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95: Lei dos juizados especiais criminais. In: García-Pablos de Molina, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, op. cit., p. 450.

igualmente, que o ministério público no Brasil atua de maneira incomparavelmente mais restrita, vinculado a parâmetros legais precisos, o que se justifica pela circunstância de a obrigatoriedade da ação penal permanecer como regra no sistema pátrio.

Acrescente-se que, no momento da transação, as partes têm pleno conhecimento das informações que constam no termo circunstanciado, possibilitando à defesa analisar a situação jurídica do imputado e fazer um prognóstico mais seguro sobre outras estratégias processuais. Além disso, a proposta deve ser apresentada em audiência e discutida perante a autoridade judicial, o que preserva a publicidade e a transparência do ato. Assim, afora a base consensual, praticamente não há elementos de comparação entre as duas práticas.

A transação difere ainda dos mecanismos de justiça consensual previstos em outros países incluídos nesse estudo, pois em nenhum momento exige admissão dos fatos ou da culpabilidade, não traz efeitos negativos para os antecedentes e não impõe pena privativa de liberdade.<sup>393</sup>No sistema francês, conforme visto, tanto a composição penal quanto o *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* apresentam como pré-requisito o reconhecimento do fato. No segundo instituto, permite-se a aplicação de pena privativa de liberdade, podendo ficar acertado, de logo, o cumprimento de *sursis*. De notar ainda que há previsão expressa no sentido de que a decisão homologatória da autoridade judicial tem natureza de condenação, ponto que é omissis na legislação brasileira. Já na composição penal, o acordo dispõe sobre a fixação de medidas e não de penas, não havendo decreto condenatório.

Do mesmo modo, na América Latina a tendência nos procedimentos abreviados é a exigência de admissão dos fatos, pressuposto que, aliado a elementos probatórios produzidos na fase inicial da *persecutio criminis*, autoriza a condenação e a fixação da pena convencionada. Essas disposições legais ajustam-se à proposta do Código-Modelo para Ibero-América.

A transação penal, contudo, inspirou-se nos modelos português e italiano. A exemplo do processo sumaríssimo da legislação lusitana, não admite a aplicação de pena privativa de liberdade e afasta a discussão em torno de interesses civis, sendo também uma solução voltada para infrações de pouca gravidade. Elementos de conexão ainda mais próximos existem entre a transação brasileira e o *patteggiamento* italiano, seja o regulado

---

<sup>393</sup> Quanto à não imposição de pena privativa de liberdade, assemelha-se ao processo sumário do direito português.

pela Lei n. 689/81, seja o atualmente disciplinado pelo Código de Processo Penal, arts. 444-448. Com efeito, o velho *patteggiamento* evitava o encarceramento de curta duração mediante a aplicação de sanções alternativas, excluía os agentes já beneficiados anteriormente ou que ostentassem condenação prévia e tinha a sentença registrada tão-somente para controle interno, situações que guardam alguma semelhança com a transação regulamentada pela Lei n. 9.099/95.

De observar que tanto o velho quanto o atual *patteggiamento* têm como característica marcante as controvérsias sobre a natureza da sentença e a necessidade de definição da responsabilidade do imputado, o que decorre de omissões ou falta de clareza por parte do legislador. Tais questões ainda são fonte de divergências na doutrina e na jurisprudência daquele país, com argumentos de inconstitucionalidade muito semelhantes aos que são apontados contra a transação penal pátria.

De igual forma, a possibilidade de dissenso injustificado do ministério público, gerando prejuízos para o imputado, foi bastante criticada no *patteggiamento* da Lei n. 689/81, justificando a intervenção da Corte Constitucional. O novo *patteggiamento*, conforme visto, permite, excepcionalmente, que o juiz aplique a sanção solicitada pelo imputado mesmo diante da oposição do órgão ministerial, desde que seja infundada. Já na transação penal, essa matéria ainda não obteve pacificação. Constata-se, portanto, que o instituto consensual brasileiro, não obstante suas peculiaridades, herdou alguns problemas de adaptação presentes no sistema italiano e que ainda carecem de acomodação nos planos legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

#### **4.3.2.5. Recusa do ministério público em propor a transação penal**

Dentre os problemas existentes na transação penal, o primeiro aspecto a destacar refere-se à obrigatoriedade ou não de o órgão acusador oferecer transação quando atendidas todas as exigências legais. Ou seja, cumpre saber se existe um dever de apresentar a proposta por parte do ministério público ou uma faculdade. Embora a lei utilize o termo “poderá”, predomina o entendimento de que não há discricionariedade ampla do acusador público, tendo em vista que não se adotou o princípio da oportunidade em sua plenitude. Retoma-se, assim, a idéia de discricionariedade regulada como critério orientador do sistema consensual pátrio. Argumenta-se que a liberdade de atuação do

ministério público na transação é bastante limitada, demonstrando a cautela do legislador ao abrir exceções à obrigatoriedade da ação penal. Nesse contexto, seria inadequado permitir que, evidenciada a satisfação dos requisitos legais, existisse uma avaliação discricionária do órgão ministerial quanto à propositura ou não da medida. Se assim fosse, a dificuldade de controle dos critérios utilizados ensejaria condutas potencialmente violadoras do princípio da igualdade de tratamento.<sup>394</sup>

Como desdobramento desse ponto, tem-se o problema de qual solução adotar na hipótese de recusa injustificada do ministério público em fazer a proposta. Para uma corrente, a oportunidade de optar pela via alternativa é um direito público subjetivo do autor do fato, cabendo à defesa requerer ao magistrado a aplicação de pena restritiva de direito ou multa. Ao juiz, por sua vez, cumpre manifestar-se sobre o pedido, sob pena de negar a prestação jurisdicional. Com isso, não estaria exercendo atribuições próprias do acusador, mas zelando pela observância dos direitos do imputado. Admite-se, em outra vertente, a formulação da proposta pelo próprio magistrado, atuando de ofício. Para Fernando da Costa Tourinho Filho, essa iniciativa seria aceitável porque em várias ocasiões o juiz exerce “funções próprias do titular da ação penal”, não sendo o processo penal brasileiro plenamente acusatório.<sup>395</sup>

Em sentido oposto, defende-se que, no silêncio da lei, o caminho mais apropriado seria aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal. Esse dispositivo oferece a solução legal para as situações em que o juiz discorda do pedido de arquivamento do inquérito policial por parte do ministério público. Remetem-se, então, as peças existentes para o Procurador-Geral de Justiça, a quem cabe a palavra final sobre a matéria.<sup>396</sup> Desse modo, preservar-se-ia a separação de funções caracterizadora do sistema acusatório, bem

---

<sup>394</sup> Nessa perspectiva, Márcio Franklin Nogueira comenta que “permitir que o Ministério Público, presentes os requisitos do §2º, deixe de formular proposta, sem qualquer justificativa legal, representaria odiosa discriminação e flagrante violação ao princípio da isonomia. Além disso, implicaria conferir ao órgão do Ministério Público a total disposição da ação penal, como se tivesse sido adotado o princípio da oportunidade pura.” (*Transação penal*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 179).

<sup>395</sup> Enumera como exemplos de atos que podem ser praticados de ofício pelo juiz a concessão de *habeas corpus*, a decretação de prisão preventiva, o seqüestro de bens do imputado, dentre outros (*Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.106).

<sup>396</sup> Art. 28, Código de Processo Penal: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

como a natureza bilateral e consensual do instituto.<sup>397</sup> A principal objeção a esse segmento é no sentido de que a divergência em termos de pedido de arquivamento é hipótese bastante diversa da recusa em oferecer proposta de transação penal, de maneira que a analogia não poderia ser utilizada para suprir a lacuna. Por outro lado, seria uma alternativa mais demorada, contrariando o critério da celeridade inerente aos juizados especiais criminais.

Numa terceira perspectiva, o controle da atuação do ministério público adviria da iniciativa do magistrado em rejeitar a denúncia, caso não tivesse sido feita antes a proposta de transação. Assim, Fernando Fernandes sugere a rejeição da denúncia oral pelo juiz, cabendo ao tribunal pronunciar-se sobre a existência ou não dos requisitos legais para a transação, se houver recurso.<sup>398</sup> Maria Lúcia Karam também sustenta a rejeição da peça acusatória, sendo que por falta de uma das condições para o exercício da ação, mais especificamente, o interesse de agir, sob a modalidade da adequação.<sup>399</sup> Ingressando com a denúncia sem o oferecimento prévio da proposta de transação, o ministério público estaria interpondo uma ação defeituosa, o que justificaria a incidência da regra do art. 43, inc. III, do Código de Processo Penal.<sup>400</sup>

---

<sup>397</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 155.

<sup>398</sup> Para o autor, “[...] o Tribunal não estará a exercer a ação penal em substituição do representante do ministério público mas tão somente a reconhecer o direito do autor do fato à proposta de transação, pela constatação da presença dos pressupostos legais. Portanto, não poderá o Tribunal formular diretamente a proposta de transação mas tão somente reconhecer o direito do autor do fato de ser perseguido na forma prevista na Lei específica.”(op. cit., p. 601). Isso, contudo, poderia gerar dúvidas sobre se o promotor de justiça ficaria vinculado ao entendimento do tribunal. O autor esclarece que a independência funcional do ministério público não pode ser tão ampla a ponto de deixar de observar a decisão transitada em julgado do tribunal (op. cit., p. 602, nota de rodapé n. 67).

<sup>399</sup> Parte da doutrina identifica as condições para o exercício da ação penal como sendo as mesmas do processo civil, ou seja, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse de agir. Em regra, inserem-se no interesse as noções de necessidade e de adequação. Assim, na ação penal condenatória, o interesse-necessidade expressa a idéia de que o processo é o único mecanismo pelo qual o Estado pode buscar a satisfação do *jus puniendi*, em vista da regra *nulla poena sine iudicio*. Já o interesse-adequação é identificado genericamente como “a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 259) e traduz-se, no processo penal, como a exigência de que se formule pedido de condenação, optando-se pelo procedimento apropriado. Note-se que a relevância das condições da ação no processo penal é questionada por alguns autores (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 215-216). Ainda discorrendo sobre o tema e acrescentando o “interesse-utilidade”, GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 65-75.

<sup>400</sup> Nas palavras da autora, “o que o juiz deverá, pois, determinar é que o Ministério Público emende a inicial para adequá-la ao que estabelecem as regras do art. 76 da Lei 9.099/95. Caso o Ministério Público não o faça, deverá, então, o juiz, diante da ausência de requisito para o legítimo exercício do direito de ação, rejeitar a inicial, nos termos da regra do inciso III do art. 43 do CPP, assim extinguindo o processo sem julgamento do

Ao fundar-se na idéia do interesse-adequação, Maria Lúcia Karam opõe-se à tese adotada por Maurício Zanoide de Moraes. Para este autor, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, a transação é “estágio anterior e obrigatório” à propositura da ação penal. A inobservância de tal condição acarretaria a ausência de interesse, mas no aspecto da necessidade e não da adequação. Com isso, acrescenta, os institutos pré-processuais da Lei n. 9.099/95, ou seja, a transação e a conciliação, teriam dado novo fôlego à discussão do interesse-necessidade no processo penal.<sup>401</sup>

Parece-nos incontroversa a afirmação de que o representante do ministério público tem o dever de formular a proposta de transação quando preenchidas as exigências legais. O contrário seria admitir a existência de uma mera faculdade, a possibilidade de escolher entre transacionar ou oferecer a peça acusatória. Tal opção, contudo, não foi autorizada no sistema jurídico pátrio, que estabeleceu a via transacional como uma etapa anterior ao início da ação penal de índole conflitiva, quando o comportamento atribuído ao imputado configura-se como infração de menor potencial ofensivo. Assim, cumpre ao órgão ministerial formular a proposta ou recusar-se, motivadamente, a fazê-la, desde que não vislumbre o cabimento da medida.<sup>402</sup>

Em termos de não apresentação de proposta, considera-se, em regra, a situação em que os parâmetros legais estão, a toda evidência, presentes, mas o ministério público se recusa a fazer o acordo, por um ato de capricho. Entretanto, é possível que a admissibilidade do instituto seja algo, efetivamente, discutível, em virtude da margem de subjetividade que a apreciação de seus requisitos comporta.

Ao buscar uma solução para esse problema cremos ser necessário indagar se a transação é ou não um instituto integrante da denominada justiça consensual. Com efeito, se for atribuída à aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa a natureza de

---

mérito.”(op. cit., p. 94). Segundo o art. 43, inc. III, do CPP: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...]; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.”

<sup>401</sup> Conforme destaca o autor: “os institutos da conciliação (art. 74) e da transação penal (art. 76) representam estágio anterior e obrigatório pelo qual deverão os operadores do direito passar antes de se falar em propositura da ação penal. Assim, para as infrações recepcionadas por essa lei, devem-se esgotar todas as formas extraprocessuais de solução do conflito penal para que, somente depois, e acaso aquelas restem infrutíferas ou inaplicáveis, possa o interessado deduzir, validamente, pedido condenatório em face do acusado.” (*Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82)

<sup>402</sup> Parte-se aqui do pressuposto de que os membros do ministério público também devem motivar seus posicionamentos, estendendo-se a esta instituição o disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988, no que pertine ao dever de fundamentação.

direito subjetivo do autor do fato, então a intervenção do ministério público seria prescindível ou reduzível a um simples parecer acerca da presença dos requisitos legais. Já não se poderia falar em acordo ou concessões e até mesmo o termo “transação” deveria ser substituído, pois estaria em contradição com a essência daquilo que pretenderia definir. Não seria mais justiça consensual, e sim alternativa legal posta à disposição do autor do fato como forma de enfrentamento do interesse punitivo do Estado.

Noutra linha, assumir o caráter consensual e transacional do instituto em exame é reconhecer o acordo de vontades como elemento estrutural e basilar da figura prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95. Deduz-se daí que a participação do titular da ação penal não é apenas um ato secundário, mas momento essencial para que se viabilize a interação e o diálogo que se pretendeu introduzir no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo de resolução de conflitos penais. Dizer que a transação é consensual e, ao mesmo tempo, sustentar que o juiz pode fazer a proposta diante da recusa do ministério público é admitir a realização de acordo entre a autoridade judicial e o autor do fato. Em outras palavras, é aceitar a existência do juiz-negociador, o que é excepcional até para os padrões do *plea bargaining*.<sup>403</sup>

Seguindo esse raciocínio, entendemos que a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa é ato consensual e bilateral, acordo que se efetua entre o titular da ação penal e o autor da infração. Nada obsta que o instituto evolua para um direito subjetivo do imputado, como ocorreu com o *giudizio abbreviato* italiano. De fato, conforme visto, o juízo abreviado tinha a feição original de acordo, no entanto, reiteradas decisões jurisprudenciais da Corte Constitucional daquele país lhe atribuíram a natureza de direito do imputado. Culminando essa transformação, a reforma promovida pela Lei n. 479 de 1999 excluiu completamente a participação do ministério público.<sup>404</sup> Cremos, contudo, que ainda não é esse o estágio da transação penal no direito brasileiro.

Desse modo, dada a moldura consensual da transação e a inconveniência de acordo penal entre o magistrado e o suposto autor do fato, emerge descabida a formulação de proposta pela autoridade judicial, quando o membro do *Parquet* se opõe à incidência do

---

<sup>403</sup> Conforme visto, apenas alguns Estados norte-americanos autorizam o envolvimento direto do juiz nas negociações, prática que, ademais, não é tida como recomendável.

<sup>404</sup> Sobre as mudanças promovidas na legislação processual penal italiana pela Lei n. 479, de 16 de dezembro de 1999, cf. o capítulo referente à justiça consensual na experiência estrangeira.



instituto.<sup>405</sup> Remanesce, porém, a necessidade de resguardar algum mecanismo de controle da atuação do acusador público, a fim de evitar lesão ao princípio da igualdade e tendência a arbitrariedades.

Em razão disso, é apropriado, a nosso ver, que a questão seja remetida ao Procurador-Geral de Justiça para emitir a palavra final sobre o assunto. A regra do art. 28, do Código de Processo Penal, portanto, revela-se aplicável ao problema em exame. Primeiro, porque mantém o ministério público em um dos pólos do acordo, preservando sua posição de instituição pela qual o Estado busca a satisfação do interesse punitivo. Segundo, porque assegura o controle de eventual excesso de discricionariedade por parte de algum representante da referida instituição no exercício de suas funções. Assim, fundada ou não a recusa, motivada ou imotivada, divergindo o juiz de tal postura, deve encaminhar o termo circunstanciado para a autoridade acima referida. Se esta entender que, efetivamente, a proposta é incabível, tal decisão será vinculante para o magistrado e fica encerrada a tentativa de resolução pelo consenso.<sup>406</sup>

Por outro lado, a falta de proposta de transação não há de ser impasse remediável em sede de análise das condições para o exercício da ação penal, considerando aqui, especificamente, o interesse de agir. Nas infrações de menor potencial ofensivo, a via consensual deve ser esgotada antes de se recorrer ao processo que visa à imposição da pena. E esse exaurimento inclui a solução de eventuais controvérsias que surjam em torno do cabimento ou não do acordo, da formulação ou não da proposta, qualquer que seja o motivo.

De fato, sem uma definição prévia dessa matéria, seria precipitado, por parte do juiz, concluir, de logo, pela desnecessidade ou inadequação do processo como instrumento apto a fazer valer o *jus puniendi*. Acreditamos, portanto, que a ausência de proposta de transação não mantém conexão com as condições da ação penal porque é problema a ser

---

<sup>405</sup> Sobre a titularidade do ministério público, o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou: “A transação penal pressupõe acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.” (STF – RE n. 492087 (SP) – Rel. Min. Carlos Ayres Britto – 1ª Turma – j. 19.9.2006 – DJ 22.6.2007).

<sup>406</sup> Afora a situação em que o ministério público se recusa injustificadamente a fazer a proposta, se for o juiz que se negue a homologar o acordo, não obstante satisfeitos os requisitos legais, tem-se defendido a possibilidade de mandado de segurança contra ato jurisdicional ou *habeas corpus* (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 172-173).

resolvido na esfera do procedimento consensual, sem que interfira nas exigências e pressupostos próprios da formação do processo de natureza conflitiva.

Nesse sentido, no momento de apreciar as condições da ação, impõe-se que a matéria referente à transação já esteja pacificada, mediante a aplicação do art. 28 conforme explanado. Afora os casos de recusa, se a hipótese for de completa omissão do órgão ministerial em fazer a proposta, e tendo sido oferecida denúncia, cumpre ao juiz, antes de resolver sobre o recebimento da peça acusatória, devolver-lhe os autos para que se manifeste expressamente sobre a incidência ou não do art. 76 da Lei n. 9.099/95. Havendo discordância quanto ao posicionamento do ministério público, mais uma vez caberia invocar o procedimento de remeter o termo circunstanciado ao Procurador-Geral de Justiça.

#### **4.3.2.6. Transação na ação penal de iniciativa privada**

Discute-se se a transação penal pode ser proposta também pelo querelante, nas ações penais de iniciativa privada. A Lei n. 9.099/95 é omissa nesse ponto, fazendo referência apenas ao ministério público. Em prol da admissibilidade, argumenta-se que a proibição acarretaria uma quebra injustificável do princípio da isonomia. Ademais, se o ofendido tem poderes para deixar de ingressar com a ação penal ou mesmo perdoar o querelado depois de interposta, com mais razão é de ser-lhe concedida a oportunidade de propor a transação.<sup>407</sup> Por outro lado, nada impede que o ofendido ou seu representante legal tenha interesse na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, não se restringindo apenas à busca pela reparação civil. Esse pensamento é reforçado ainda pela tendência a conferir maior relevância à vítima no processo penal.<sup>408</sup> Assim, frustrada a tentativa de conciliação civil, seria cabível a formulação de proposta de transação penal, em analogia com a permissão prevista para o acusador público.<sup>409</sup>

---

<sup>407</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p.109; GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 346-347; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo Lemos. *Juízados especiais criminais – Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 122-123.

<sup>408</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 149-151; NOGUEIRA, Márcio Franklin, op. cit., p. 167.

<sup>409</sup> Recorde-se que a homologação da composição civil tem como consequência a renúncia ao direito de queixa ou de representação, extinguindo a punibilidade e prejudicando, portanto, a proposta de transação.

Em perspectiva diversa, tem-se sustentado que a aplicação de pena, no caso concreto, é providência que diz respeito exclusivamente ao Estado, como titular do poder punitivo, e não à vítima.<sup>410</sup> Por conseqüência, estaria fora do alcance do ofendido a possibilidade de dosar a sanção penal conforme lhe pareça mais adequado e de entrar em acordo com o suposto autor do fato acerca dessa matéria.<sup>411</sup>

É de notar, igualmente, que a cautela em torno da apresentação de proposta pelo querelante guarda resquícios da preocupação que acompanha o aumento da participação do ofendido no processo criminal. Ou seja, a de que prováveis animosidades entre o autor do fato e a vítima venham a reacender sentimentos de vingança privada, promovendo retrocessos nos esforços desenvolvidos para evitar essas práticas.

A possibilidade de o ofendido ou seu representante legal discutir diretamente com o autor do fato a sanção penal a ser aplicada – consoante tem sido admitido majoritariamente na doutrina e na jurisprudência brasileiras – é, realmente, algo bastante inovador. A transformação que vem ocorrendo no estatuto da vítima na esfera criminal há várias décadas tem resgatado-a de uma posição irrelevante para a condição de sujeito cujos anseios e necessidades também devem ser considerados ao longo da persecução penal. Assim, destacam-se os direitos de ter acesso a programas de proteção, de ser informada sobre o desenvolvimento do processo, de receber assistência judicial gratuita, de obter a reparação do dano, dentre outros.

No que diz respeito aos institutos consensuais insertos no processo penal, a intervenção da vítima se restringe às oportunidades de conciliação acerca dos danos provocados pelo delito. Quanto se trata, porém, de acordos sobre a pena, os protagonistas ainda são o acusador público e o imputado.<sup>412</sup> O que se tem reivindicado, nesse setor, é que a vítima seja ouvida sobre os ajustes entre acusação e defesa ou que eventuais acordos

---

<sup>410</sup> Esta é a idéia defendida por Sérgio Turra Sobrane: “o direito de punir, em *ultima ratio*, pertence ao Estado e não à vítima, a quem cabe apenas adotar o meio necessário para sua materialização, consistente no ajuizamento da ação penal privada.” (*Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 94-95)

<sup>411</sup> Para Geraldo Prado, “pode-se dizer que mesmo o atual movimento de recuperação de um determinado status penal-processual da vítima, não tem o significado de atribuir a ela o poder de dizer de que forma (prestação de serviços à comunidade, multa?) e em que medida (por três meses, cem dias-multa?) deve o agente ser responsabilizado penalmente.” (*Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 169)

<sup>412</sup> Cumpre lembrar que, na *conformidad* espanhola, a vítima pode participar na determinação da pena, desde que atue como acusador particular, consoante já comentado. Para tanto é necessário que a sanção por ela proposta seja a maior do que a indicada pelo acusador público. Isso se deve à peculiaridade daquele ordenamento jurídico no sentido de não atribuir ao ministério público o monopólio da ação penal.

finalizados entre ofensor e ofendido fora da esfera judicial sejam levados em conta para favorecer o agente nas discussões com o ministério público.

Em diversos países, o contato entre a vítima e o suposto infrator tem sido técnica estimulada e experimentada no âmbito da mediação e da justiça restaurativa, como forma de compor os interesses civis e de buscar, de certo modo, a pacificação das relações sociais rompidas. No Brasil, essa aproximação é promovida com o instituto da composição civil, visando à reparação do dano. Nada dispõe a legislação nacional, no entanto, sobre o cabimento de acordo com objetivo de aplicação de uma pena em sede de transação penal, o que tem sido problemático porque gera situações de desigualdade conforme os agentes tenham cometido infrações de ação penal pública ou privada, mesmo que ambas se enquadrem na idéia de escassa ofensividade.

O texto constitucional de 1988 permitiu que o conflito entre *jus puniendi* e *jus libertatis* fosse solucionado pelo consenso, nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Essa opção demonstra que o interesse punitivo estatal, em dadas circunstâncias, contenta-se com tal desfecho mesmo quando a violação da norma penal provoca uma agressão mais direta à ordem pública. Nessa linha de raciocínio, é de se imaginar que o consenso também seria desejável nas ações penais privadas, atendendo, simultaneamente, ao interesse punitivo do Estado, mediante a aplicação de uma pena; à expectativa do ofendido, que obtém uma providência jurisdicional diante da alegada violação de seu bem jurídico; e à estratégia defensiva do imputado, que pode não querer sujeitar-se ao processo. Assim, sendo a infração de menor potencial ofensivo, pouco importaria a titularidade da ação como critério diferenciador do tratamento.

Introduzir a vítima no acordo sobre a pena, contudo, acarreta uma diminuição significativa da presença do Estado em termos de fixação da sanção criminal. Implicitamente, confere-se mais autonomia para que os sujeitos envolvidos no pólo ativo e passivo da infração resolvam pessoalmente suas diferenças, embora com a supervisão do Poder Judiciário. O principal risco disso, efetivamente, é que a serenidade e o distanciamento necessários para a retribuição penal sejam prejudicados ou, pelo menos tumultuados, pelos fatores emocionais que subjazem à relação entre a vítima e o seu agressor. São esses mesmos elementos subjetivos que podem transformar a proposta de aplicação de pena, proveniente do ofendido, em mecanismo mais de acirramento do conflito do que, propriamente, de favorecimento do consenso. Em razão disso, vemos com

ressalva a admissão da transação penal nas ações penais privadas, o que não contraria a tendência de expansão do ofendido no processo penal, mas apenas resguarda um espaço no qual a interação vítima-agressor ainda parece inadequada.

Importante ressaltar que a doutrina brasileira, ao aceitar a transação na hipótese em exame, preocupa-se não exatamente com os interesses da vítima, mas, sobretudo, com a situação do autor do fato, que ficaria sem acesso ao tratamento legal mais brando, caso o acordo não fosse viável.<sup>413</sup>

De qualquer forma, quando se reconhece o cabimento da transação nas infrações submetidas à iniciativa do querelante, surge a mesma dificuldade já discutida em relação ao ministério público, quanto à recusa infundada em apresentar a proposta. Diferentemente do que ocorre com o membro do *Parquet*, aqui não teria como remeter, de logo, o termo circunstanciado para o Procurador-Geral, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal. Por consequência, e diante do entendimento de que a proposta não é direito subjetivo do autor do fato, deixando o ofendido de propor o acordo, restariam como alternativas ficar prejudicada a tentativa de solução pela via consensual ou atribuir ao ministério público a tarefa de formular a proposta, atuando como fiscal da lei.<sup>414</sup>

Por fim, na hipótese de se admitir a transação nas ações privadas, não há de ser negligenciado o receio de que as desavenças entre a vítima e o autor do fato repercutam no momento de realizar a proposta, motivando o ofendido a insistir em sanções desproporcionais. Para coibir abusos, a atividade do juiz revela-se fundamental, no sentido de zelar pela proporcionalidade. Por consequência, deve ponderar com os interessados para que se alcance um bom termo e, no caso de multa, recorrer também ao art.76, §1º, da Lei n. 9.099/95, que permite a redução até metade.

---

<sup>413</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes lembram que são muito poucas as infrações de menor potencial ofensivo que se sujeitam a ação penal privada, destacando o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, parágrafo único, Código Penal) e o crime de dano (art. 163, *caput*, c/c art. 167, Código Penal) (op. cit., p. 150).

<sup>414</sup> Para Fernando da Costa Tourinho Filho, se estiverem presentes os requisitos legais, mas o ofendido se recusar, sem fundamento, a formular a proposta, cabe ao juiz fazê-la e apresentá-la ao autor do fato (op. cit., p. 109-111). Essa é, de fato, a solução lógica quando se entende que a tentativa de transação penal é direito público subjetivo do agente. Note-se ainda que Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles sustentam que a falta de proposta acarretaria preempção, em analogia com o art. 60 do Código de Processo Penal (op. cit., p. 123).

#### 4.3.2.7. Natureza jurídica da sentença homologatória da transação

Outro ponto que suscita interpretações divergentes é a natureza jurídica da decisão que homologa o acordo sobre a aplicação imediata de pena. O art. 76, §5º da Lei n. 9.099/95 se refere ao ato como sendo uma sentença. Contudo, resta saber se a sentença ostenta caráter condenatório ou não. A dificuldade surge em decorrência do silêncio da lei a respeito do tema.

Para Maria Lúcia Karam, a decisão homologatória é equiparável a sentença condenatória, com definição de mérito, embora apresente a peculiaridade de não produzir efeitos na esfera cível.<sup>415</sup> Também Maurício Ribeiro Lopes afirma que há condenação, pois a decisão homologatória, além de declarar a situação jurídica do autor do fato, impõe uma sanção penal passível de execução.<sup>416</sup> Outro segmento doutrinário defende que a sentença não é nem condenatória nem absolutória, mas simplesmente homologa acordo formulado pelos sujeitos intervenientes.<sup>417</sup> Por fim, sustenta-se que a sentença é condenatória imprópria, uma vez que, embora aplique uma sanção penal, não produz todos os efeitos de uma condenação.

Parece-nos difícil extrair da disciplina legal da transação o entendimento de que a sentença seja condenatória. Na condenação o magistrado expõe um juízo de convencimento quanto à autoria e à culpabilidade, tendo em vista as provas colhidas no processo e as alegações das partes. Tem-se, desse modo, um ato decisório em que se reconhece a procedência da intenção punitiva sobre o direito de liberdade do imputado, devendo este suportar as conseqüências de seu comportamento contrário ao direito.

---

<sup>415</sup> Diz a autora: “a sentença homologatória da dita ‘transação’, disciplinada nas regras do art. 76 da Lei 9.099/95, é, pois, em seus efeitos, em tudo equiparável a qualquer outra sentença penal condenatória, tendo a mesma eficácia que a faz se constituir em título executivo penal e que lhe dá aptidão para adquirir a autoridade de coisa julgada em sentido material.” (op. cit., p. 99)

<sup>416</sup> “Parece bem evidente” – sustenta o autor – “que não é juridicamente possível se entender a sentença penal do Juizado Especial Criminal como meramente constitutiva ou, o que é pior, apenas homologatória. Ela é, realmente, condenatória: primeiro, declarando a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto; além de declarar, cria uma nova situação para as partes envolvidas, que até então inexistia [...]; por fim, compondo (e esta é a determinação da lei, ao afirmar que o Juiz, acolhendo o acordo, aplicará) a sanção penal transacionada ao autor do fato, que deverá ser executada, voluntária ou coercitivamente.” (Juizados Especiais Criminais. In: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados especiais cíveis e criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 613)

<sup>417</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 167-170; NOGUEIRA, Márcio Franklin, op. cit., p. 193-197; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p.122-123; GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 334.

Na transação penal, porém, não há uma discussão sobre autoria e materialidade delitivas. Não são analisadas provas, mas tão-somente os requisitos legais para a admissão do instituto. Ao magistrado cumpre exercer um controle de legalidade do acordo, verificando se inexistem as causas impeditivas do art. 76, §2º, da Lei n. 9.099/95 ou vícios na manifestação de vontade do imputado. Cabe-lhe ainda corrigir eventuais desproporcionalidades na pena de multa, conforme dispõe o parágrafo primeiro do dispositivo legal acima mencionado. Em nenhum momento há definição acerca da culpabilidade ou qualquer motivação direcionada para essa matéria. Toda a configuração do instituto conduz para a idéia de que o consenso do autor do fato não representa uma admissão de culpa e que não se pode inferir, da decisão judicial, um pronunciamento de tal natureza.

Nesse contexto, a decisão proferida na transação penal aplica a pena acordada pelas partes com o objetivo de evitar a instauração da ação penal e a discussão ampla do conflito de interesses entre o Estado e o imputado. Não se trata de condenação nem de absolvição, configurando-se, a nosso ver, como uma sentença homologatória que se restringe, basicamente, à legalidade do acordo, acolhendo a solução que as partes apresentaram para o conflito decorrente da prática, em tese, de uma infração penal.<sup>418</sup>

Da maneira como está regulamentada atualmente, parece-nos que o objetivo da transação é de, efetivamente, solucionar o conflito, com a aplicação de sanção penal, gerando coisa julgada material e título executivo. A Lei n. 9.099/95, ao prever nos arts. 85 e 86 as formas de execução das penas de multa e restritivas de direito, fixadas seja por acordo ou por sentença condenatória após o procedimento sumaríssimo, ofereceu importante indicativo de que, uma vez efetuado o acordo e homologado judicialmente, o descumprimento teria como consequência não o oferecimento da ação penal, mas sim a adoção dos procedimentos cabíveis para a satisfação forçada.<sup>419</sup> Por outro lado, se a multa

---

<sup>418</sup> É o que apregoam, em sentido semelhante, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, ao mencionar que: “a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência, observados os parâmetros da lei.” (op. cit., p. 168)

<sup>419</sup> Segundo o art. 85: “Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.” Já o art. 86, dispõe que: “A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.”

ou a restrição de direitos estabelecida pode ser objeto de execução em caráter coercitivo, trata-se de sanção penal e não apenas de medida ou condição.

Desse modo, entendemos que a disciplina legal da transação ajusta-se, mais coerentemente, à interpretação acima citada, embora isso traga dificuldades quando ocorre a resistência do autor do fato em adimplir o que foi pactuado.

#### **4.3.2.8. Descumprimento do acordo**

Diretamente vinculado ao tema da natureza jurídica da decisão homologatória, tem-se o problema da providência a adotar no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato. Negando-se o agente a satisfazer espontaneamente a sanção aplicada, é necessário prever mecanismos legais para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, sob pena de o instituto cair em completo descrédito. A Lei n. 9.099/95, conforme já destacado, não foi silente acerca da matéria, regulando a execução nos arts. 85 e 86. Ocorre que as disposições ali contidas encontraram obstáculos para ser concretizadas, sobretudo em virtude de entrarem em conflito com outras regras e princípios orientadores do processo penal.

No que se refere à prestação de serviços à comunidade, no primeiro momento, cogitou-se convertê-la em pena privativa de liberdade, seguindo o procedimento que já era estipulado na legislação penal para essa modalidade de pena.<sup>420</sup> O óbice, porém, logo se manifestou na medida em que o encarceramento, em tais condições, violava o devido processo legal. Ou seja, representava uma forma de privação da liberdade sem que houvesse a definição da culpabilidade e as possibilidades de defesa. No mais, inexistiam disposições legais que fixassem essa consequência quando da formulação do acordo, até porque a transação foi moldada como um instituto despenalizador. Por último, considerando que a pena restritiva de direito era aplicada de maneira autônoma, não havia parâmetros para a conversão em privativa de liberdade.

Por outro lado, quando a sanção desrespeitada era multa, a dificuldade surgiu quando o art. 51 do Código Penal passou a vedar sua transformação em pena privativa de liberdade, determinando que a prestação pecuniária se convertesse em dívida de valor e

---

<sup>420</sup> Sobre a conversão da prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade, art. 44, §4º, Código Penal, e 181, §1º, Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984).



fosse remetida para execução perante a Fazenda Pública, conforme alteração legislativa operada pela Lei n. 9.268/1996.<sup>421</sup>

Demonstradas as objeções ao encarceramento, ganhou força a alternativa de retomar a persecução criminal, mediante o oferecimento da peça acusatória e a observância dos demais termos do processo. Assim, iniciando-se a ação penal e sobrevindo a imposição de pena privativa de liberdade, teriam sido atendidas todas as exigências processuais, afastando-se dúvidas sobre a legitimidade do procedimento. Isso, no entanto, não pacificou o tema. De fato, em sentido contrário sustenta-se que a sentença homologatória não pode ser desconsiderada, uma vez que produz coisa julgada material e não apenas formal, adquirindo, portanto, a característica da imutabilidade. Por conseqüência, seria vedada a rediscussão da conduta tida como delitativa mediante a instauração de processo. Restaria ao Estado, de posse do título executivo, tomar as providências para sua satisfação.

Em síntese, esse é um dos aspectos ainda problemáticos da transação penal. Em se tratando de multa, há entendimento no sentido de que deve ser executada pelo próprio ministério público, perante o juizado. Ficaria afastada a incidência do art. 51 do Código Penal, tendo em vista que a prestação pecuniária fixada em transação difere da multa decorrente de sentença penal condenatória.<sup>422</sup> Em outra perspectiva, defende-se a remessa para a Fazenda Pública para que ali se procedam aos atos executivos necessários, aplicando-se a regra estabelecida na legislação penal acima referida.<sup>423</sup> Já para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, uma solução seria converter a multa em pena restritiva de direito, como autoriza o art. 85 da Lei n. 9.099/95, desde que o ministério público advertisse o autor do fato de que o não pagamento da multa teria tal conseqüência.<sup>424</sup>

Quanto à prestação de serviços à comunidade, modalidade de restritiva de direitos mais utilizada, o não cumprimento espontâneo traz desafios maiores, diante da

---

<sup>421</sup> Pelo art. 51, Código Penal, com a redação determinada pela Lei 9.268, de 1º de abril de 1996: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.” Com isso, ficou prejudicado o art. 85 da Lei n. 9.099/95, acima transcrito.

<sup>422</sup> É o posicionamento de GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p.354, e de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p.115. Seguindo o mesmo raciocínio, Daniel Gerber e Marcelo Lemos Dornelles, os quais lembram que a remessa para a Fazenda Pública, por vezes, gera impunidade, haja vista que não há interesse na execução quando o valor do crédito é muito pequeno (op. cit., p. 120).

<sup>423</sup> KARAM, Maria Lúcia, op. cit., p. 105.

<sup>424</sup> Op. cit., p. 217. Acrescentam os autores que “se não houver acordo nesse sentido, vindo a ser fixada a pena de multa, de forma antecipada ou na sentença condenatória, não é possível, ante a falta de lei a respeito, convertê-la em pena restritiva.” (op. cit., p. 218)

impossibilidade de converter em privação de liberdade e da ausência de outros instrumentos legais que disciplinem a execução forçada. Tem obtido adeptos a corrente pela qual o órgão acusador deve dar início ao processo.<sup>425</sup>Tecnicamente, esse caminho só poderia ser adotado se a sentença de transação produzisse coisa julgada formal e não gerasse título executivo, o que, conforme destacamos, não se coaduna com a disciplina legal do instituto. A solução para o problema da ausência de mecanismo de execução da pena restritiva de direito aplicada pelo acordo depende necessariamente de alterações legislativas.

Essas mudanças legais, a nosso ver e consoante teremos ainda a oportunidade de explicitar, envolvem a opção da transação como um instituto que seja simplesmente uma alternativa ao oferecimento da ação penal e não um instrumento de resolver em definitivo o conflito. Por conseguinte, não haveria que se falar em coisa julgada material ou em título executivo. O descumprimento, por sua vez, levaria ao oferecimento da peça acusatória para que se pudesse analisar se o autor do fato é o responsável pela conduta, se existe culpabilidade e em que medida.

Na hipótese, porém, de pretender-se manter a transação exatamente como está, cabe ao legislador definir a forma pela qual a pena restritiva de direitos pode ser executada. Enquanto o tema estiver em aberto, entendemos que se deve dar início à ação penal, providência que sacrifica a técnica, mas preserva a efetividade. O mesmo é aplicável à multa, por uma questão de uniformidade, mas também porque a remessa para a Fazenda Pública não nos parece muito eficaz. Com efeito, na maioria das vezes trata-se de valores pequenos e a submissão ao procedimento executório da Fazenda comprometeria os objetivos de informalidade, simplicidade e rapidez que norteiam a Lei n. 9.099/95. Por fim, quanto à conversão da multa em restritiva de direitos, a primeira exigência é que seja prevista por ocasião do acordo, haja vista que a clareza acerca das conseqüências do pacto é elemento fundamental do consenso. Entretanto, acreditamos que, mesmo inserindo-se tal estipulação, a dificuldade permaneceria caso houvesse a conversão e o autor do fato persistisse em não satisfazer a sanção restritiva de direito fixada.<sup>426</sup>

---

<sup>425</sup> Adotando essa posição, NOGUEIRA, Márcio Franklin, op. cit., p. 200.

<sup>426</sup> Sobre o descumprimento da transação, o Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado pela retomada da persecução, com o oferecimento de peça acusatória. Assim, no *Habeas Corpus* n. 84.976 menciona-se que: “A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória.” (STF – HC n. 84.976 (SP) – 1ª Turma – Rel. Min. Carlos Ayres Brito – j. 20.9.2005 – DJ

Analisados esses aspectos da transação penal, passemos a abordar a suspensão condicional do processo.

### 4.3.3. Suspensão condicional do processo

Pela suspensão condicional, o processo, instaurado com o recebimento da peça acusatória, deixa de ter seguimento por um período determinado, durante o qual o suposto autor da infração fica submetido às condições acordadas. Inovação introduzida pelo art. 89 da Lei n. 9.099/95, o instituto insere-se, sobretudo, na tendência de flexibilizar, ainda que de modo regulado, a idéia de obrigatoriedade da ação penal.<sup>427</sup> Não se confunde, portanto, com a suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal, e que visa a sobrestar a execução de pena privativa de liberdade imposta por sentença condenatória.<sup>428</sup> Difere também do *probation system*, amplamente difundido nos Estados Unidos e Inglaterra como medida alternativa ao encarceramento, mas que pressupõe declaração de culpabilidade.<sup>429</sup>

A suspensão do processo é cabível, em princípio, nas infrações cuja pena mínima não ultrapasse um ano.<sup>430</sup> O critério aqui, diferentemente da transação, é o limite mínimo

23.3.2007). Na mesma linha: STF – HC n. 88.785 (SP) – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau – j. 13.06.2006 – DJ 4.8.2006; HC n. 88.616 (RJ) – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau – j. 8.8.2006 – DJ 27.10.2006.

<sup>427</sup> A suspensão condicional do processo foi idealizada por Weber Martins Batista para afastar o inconveniente da pena privativa de liberdade breve sem submeter o réu à condenação (Suspensão condicional do processo. In: BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juízados especiais criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei n. 9.099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 354-362).

<sup>428</sup> A suspensão condicional da pena (art. 77, Código Penal) foi introduzida no Brasil pelo Decreto n. 16.588, de 6 de setembro de 1924, sob a influência do movimento que ocorria na Europa e na América Latina no sentido de encontrar alternativas à pena de prisão para os criminosos primários. Vincula-se ao reconhecimento da falência do sistema carcerário e de sua contribuição para a reincidência. O modelo brasileiro seguiu o sistema belgo-francês, cuja origem remonta ao projeto Bérenger, posteriormente transformado na Lei francesa de 26 de março de 1891, que instituiu, na legislação penal daquele país, o *sursis à l'exécution de la peine* (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 234-238; SANCHEZ, Jean-Lucien. *Les Lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891)*. Disponível em: <<http://www.criminocorpus.cnrs.fr/article44.html>>. Acesso em: 5 jul. 2008). Observe-se ainda que a suspensão condicional do processo é, por vezes, denominada na doutrina de *sursis* processual, em contraposição ao *sursis* previsto no art. 77 do Código Penal.

<sup>429</sup> Weber Martins Batista esclarece que “o procedimento no Direito anglo-americano é dividido em duas fases, a primeira das quais termina com a declaração de que ele é culpado ou inocente. Se, ao declarar que o réu é culpado, o juiz verifica que estão presentes aquelas condições que permitem a concessão da medida, o processo é suspenso sem condenação do réu, e este é colocado em regime de prova. Se, durante o período de prova, o beneficiado não deixa de cumprir as obrigações impostas, o processo é julgado extinto e não perde ele a condição de primário.”(op. cit., p. 353-354).

<sup>430</sup> Conforme o art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/95: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo

da pena abstratamente considerada. Além desse requisito de caráter objetivo, é necessário que o imputado não esteja respondendo a outros processos nem tenha sido condenado anteriormente, o que revela, em tese, ser a sua personalidade compatível com o tratamento mais brando.

A primeira limitação legal é criticada sob o argumento de que fere o princípio da presunção de inocência.<sup>431</sup> Ao que parece, porém, o objetivo do instituto é beneficiar, primordialmente, um perfil específico de indivíduos que não demonstra envolvimento com condutas delitivas. São pessoas em relação às quais o crime ou a contravenção representam uma eventualidade em sua vida. É conveniente, assim, que tal categoria de acusados seja afastada do constrangimento de sujeitar-se a um processo, quando se trata de infração de pequeno ou médio porte e as circunstâncias indicam que tal providência é mais eficaz como resposta estatal. Dessa forma, o que se espera é que a suspensão do processo seja medida suficiente para proteger os interesses da sociedade e, ao mesmo tempo, preservar acusados com bons antecedentes das conseqüências estigmatizantes advindas da persecução criminal.<sup>432</sup> Quanto à existência de condenação prévia, é preciso ter em vista o art. 64 do Código Penal, de maneira que não prevalecerá a restrição se já tiver decorrido período superior a cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena estabelecida.<sup>433</sup>

A referência do art. 89 aos demais requisitos do art. 77, do Código Penal, remete para a exigência de que sejam avaliados também a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do autor, bem como os motivos e as circunstâncias do delito. São critérios, portanto, que permitem analisar se a suspensão condicional é medida adequada para a situação concreta.

---

processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).” Apesar de a lei mencionar apenas crimes, não se questiona a aplicabilidade do instituto também às contravenções.

<sup>431</sup> Nessa linha, Fernando da Costa Tourinho Filho, op. cit., p. 209: “a nosso juízo, o fato de existir processo-crime em andamento não pode ser obstáculo à concessão do benefício de que trata o art. 89 da lei em exame. Se a Magna Carta proclama ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, parece-nos que o fato de estar em curso processo-crime não pode constituir empecilho à suspensão condicional do processo, sob pena de haver possibilidade de dano irreparável ao direito do réu.”

<sup>432</sup> A suspensão provisória do processo prevista no Código de Processo Penal português também exige a “ausência de antecedentes criminais do argüido” (art. 281, al. b).

<sup>433</sup> Esse é o entendimento que tem prevalecido, em interpretação sistemática, haja vista que o art. 89 da Lei n. 9.099/95 é silente nesse ponto. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que: “O limite temporal de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, aplica-se, por analogia, aos requisitos da transação penal e da suspensão condicional do processo.” (STF – HC 86.646 (SP) – Rel. Min. Cezar Peluso – 1ª Turma – j. 11.4.2006 – DJ 9.6.2006).

Em termos de procedimento, parte-se de uma proposta apresentada pelo ministério público quando do oferecimento da denúncia e que depende da anuência do acusado e de seu defensor, manifesta durante audiência perante a autoridade judicial. Se o processo envolver infração de menor potencial ofensivo, por ocasião da audiência preliminar, haverá, inicialmente, a oportunidade de composição civil e de transação penal. Frustradas essas vias, cabe ao ministério público oferecer denúncia oral e, então, fazer a proposta prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95. Caso o crime se processe perante a justiça comum, após receber a peça acusatória, deve o magistrado designar audiência em que o imputado possa se manifestar sobre a suspensão.

Contudo, não há rigidez quanto ao momento processual de propositura, admitindo-se a suspensão desde o recebimento da peça acusatória até antes do trânsito em julgado da sentença. Dessa maneira, havendo, inicialmente, um impedimento legal para o sobrestamento do processo, mas que seja superado ao longo do procedimento, nada obsta a aplicação do benefício.

Com a aceitação e o atendimento das exigências legais, o juiz recebe a denúncia e suspende o processo, por decisão interlocutória. O agente, mesmo tendo contra si uma acusação formal, deixa de submeter-se ao que seria o desenvolvimento normal do processo. Em contrapartida, deve cumprir determinadas condições por um prazo de dois a quatro anos, conforme conste na proposta e fique determinado no ato homologatório. No chamado período de prova, cabe ao imputado promover a reparação do dano causado à vítima, abster-se de frequentar os lugares indicados pelo juiz, pedir autorização judicial antes de ausentar-se da comarca onde reside e informar as atividades que desenvolve mediante comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente.<sup>434</sup>

Durante a fase de acompanhamento, a prática de outro crime ou a não reparação injustificada dos prejuízos da vítima são causas de revogação obrigatória da suspensão,

---

<sup>434</sup> Nos termos do §2º, do art. 89: “O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.” Entendendo que as condições judiciais ferem o princípio da legalidade, por serem indefinidas e não especificadas na lei, KARAM, Maria Lúcia, op. cit., p. 177. É de se observar, no entanto, que as condições judiciais, se fixadas em obediência à dignidade da pessoa humana, representam um importante mecanismo de adaptação do instituto ao caso concreto. Note-se ainda que, no projeto original da suspensão do processo, previa-se a prestação de serviços à comunidade como uma das condições (BATISTA, Weber Martins, op. cit., p.361), mas a medida não foi adotada pela Lei n. 9.099/95.

tendo como consequência a retomada do processo.<sup>435</sup> A mesma providência o juiz tomará, embora facultativamente, se o réu venha a responder por contravenção ou descumpra as condições impostas por sentença. Caso não se verifique, no curso do período de prova, a revogação da suspensão processual, será declarada extinta a punibilidade após a expiração do prazo estipulado. Com isso, fica evidente que o dispositivo legal em análise tem repercussões não só processuais, mas também na esfera do direito material, erigindo-se o cumprimento à categoria de causa extintiva de punibilidade que deve se acrescentar ao rol enumerado na legislação penal.

A suspensão é instituto consensual e bilateral. O ministério público concorda em não exercer, temporariamente, o poder-dever do Estado de prosseguir com o processo criminal para acertamento da responsabilidade. Cabe ao réu, juntamente com o seu advogado, analisar a conveniência de concordar com a proposta do órgão acusador. O principal benefício é evitar que o acusado suporte os ônus do processo, assumindo o risco de uma condenação que macularia sua vida pregressa. É também uma medida de economia processual, pois, provavelmente no final do processo, havendo condenação, seria aplicada a suspensão condicional da pena. Em troca dessas vantagens, o acusado renuncia à oportunidade de tentar demonstrar sua inocência mediante os elementos probatórios que teria direito de apresentar no processo. Firma-se, então, um acordo com o órgão acusador, sendo que o conteúdo desse pacto é bastante restrito, ou seja, abrange tão-somente a continuidade ou a suspensão do processo.<sup>436</sup>

Se preferir a apuração judicial dos fatos, basta ao imputado recusar a proposta do titular da ação penal para que o processo tenha seu curso. Fica evidente a importância da manifestação de vontade do réu e da defesa, o que caracteriza o fundamento consensual do instituto. Nessa perspectiva, a anuência do réu manifesta-se como estratégia de defesa, pressupondo uma análise acerca da probabilidade de condenação. Conforme salienta Nereu José Giacomolli, “quando aceita a suspensão do processo e o cumprimento das condições, o acusado está exercendo sua defesa pessoal, uma estratégia defensiva legalmente reconhecida.”<sup>437</sup>

---

<sup>435</sup> Um dos efeitos da decisão que homologa a suspensão processual é suspender, igualmente, o prazo prescricional, não havendo qualquer prejuízo nesse aspecto no caso de revogação.

<sup>436</sup> Para Luiz Flávio Gomes, a suspensão condicional do processo seria uma “conformidade exclusivamente processual”, diferentemente da transação, que o autor qualifica como uma “conformidade penal” (Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95: Lei dos juizados especiais criminais. In: García-Pablos de Molina, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, op. cit., p. 450).

<sup>437</sup> Op. cit., p. 366.

Interessa destacar que a suspensão tem âmbito de incidência mais abrangente do que o das infrações de menor potencial ofensivo, circunstância que amplia as possibilidades de consenso e de incentivo à reparação dos danos à vítima. A suspensão processual no ordenamento brasileiro, diferentemente do que se viu em alguns países latino-americanos, não exige a admissão dos fatos nem da culpa. Da aceitação pelo imputado não se pode inferir a assunção de responsabilidade. Também não traz efeitos negativos para os antecedentes criminais do beneficiado.

Apesar de conter a base consensual, a suspensão apresenta traços bastante diferenciados se comparada com a transação. A suspensão tem como consequência a aplicação de medidas e não de penas. Pressupõe, ainda, a existência de uma peça acusatória formalizada, ocorrendo em momento processual distinto. Por outro lado, o instituto do art. 89 confere maior atenção à vítima, enquanto a transação prioriza outros propósitos. Em comum, porém, o fato de os dois institutos não exigirem reconhecimento de culpa.

Numa perspectiva de política criminal, vê-se que a suspensão processual foi mais um passo dado pelo legislador no sentido de diminuir o contato de réus primários com o sistema carcerário. Enquanto a suspensão condicional da pena, estabelecida no art. 77 do Código Penal, tem por objetivo evitar o cumprimento de penas privativas de liberdade de curta duração, o art. 89 da Lei n. 9.099/95 vai além, afastando até mesmo a submissão ao processo e o advento de uma sentença condenatória. Tal iniciativa está totalmente integrada aos movimentos de despenalização e de criação de medidas alternativas à persecução penal.

Alguns problemas práticos são levantados em torno do dispositivo legal em exame, muitos dos quais se identificam com questões já analisadas na transação penal. Nesse contexto, tem-se discutido se a proposta de suspensão condicional é um poder-dever do ministério público e se seria lícito a este recusar-se injustificadamente a fazê-la. Sobre o tema, é evidente que a aplicação do instituto é determinada pelo atendimento dos requisitos legais e não por poderes discricionários ou conveniências. Satisfeitas as exigências da lei, impõe-se a submissão da proposta à apreciação do imputado e da defesa. Eventual oposição do órgão ministerial há de ser devidamente motivada, indicando as disposições normativas que não foram preenchidas no caso concreto.

Se o órgão ministerial se recusa a propor a suspensão, mesmo sendo cabível, mais uma vez a doutrina se divide entre a corrente que admite a concessão pelo juiz, de ofício ou a pedido do imputado<sup>438</sup>, e a que sustenta a incidência do art. 28 do Código de Processo Penal, com a remessa do processo para o Procurador-Geral de Justiça.<sup>439</sup> De nossa parte, reiteramos o que foi dito quanto à transação, no sentido de que o recurso ao art. 28 é a providência que melhor preserva a natureza consensual e a bilateralidade.

Outro aspecto que suscita questionamentos diz respeito à titularidade da proposta. Considerando que o art. 89 refere-se apenas ao ministério público, indaga-se sobre o cabimento do instituto nas ações penais privadas. A exemplo do que se verifica na transação penal, também nesse ponto há a corrente pela qual não se pode estabelecer tratamento diferenciado conforme a titularidade, de maneira que seria viável a propositura de suspensão condicional pelo querelante. Os argumentos contrários advertem que, nas ações iniciadas pelo ofendido, já são disponibilizados mecanismos como o perdão e a perempção, que seriam até mais benéficos para o imputado.<sup>440</sup>

O fato, porém, é que o querelante pode ter interesse na solução intermediária representada pela suspensão do processo, e não, exatamente, nas vias extremas que seriam a continuidade da persecução penal ou a extinção imediata da punibilidade. Seria importante, assim, que lhe fosse conferida essa alternativa processual, o que não causaria

---

<sup>438</sup> Defendendo a concessão pelo juiz, de ofício ou atendendo a solicitação do imputado, GIACOMOLLI, Nereu José (op. cit., p. 373) e BATISTA, Weber Martins (op. cit., p. 380). Admitindo o pronunciamento judicial tão-somente diante de provocação do réu, Maria Lúcia Karam, para quem, “desvio na atuação do órgão jurisdicional ocorreria apenas se, diante do silêncio ou da recusa injustificada do Ministério Público, o réu tampouco se manifestasse, pleiteando a suspensão. Nesta hipótese, decerto, não caberia qualquer pronunciamento do juiz, pois, aí sim, estaria ele indevidamente atuando, sem qualquer provocação das partes.” (op. cit., p. 175)

<sup>439</sup> Acolhendo esse entendimento, a súmula 696 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.” Também na mesma linha, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 318. Deve-se observar que Luiz Flávio Gomes, em obra individual, não compartilha da idéia de que a suspensão seja um ato consensual bilateral. Para o autor, “no que concerne ao conteúdo da resposta estatal, pensamos, diferentemente do que ocorre na transação penal do art. 76, que a suspensão do processo não demanda, estritamente falando, consenso bilateral dos intervenientes.” (*Suspensão condicional do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.147, grifo do autor)

<sup>440</sup> É o que sustenta Maria Lúcia Karam: “[...] reservada ao ofendido a legitimação para propor a ação penal condenatória, em que deduzida pretensão fundada na alegada prática de infração penal de médio potencial ofensivo, sempre se terá, uma vez proposta tal ação a possibilidade do perdão, isto é, de renúncia ou desistência do ofendido, seu autor, quanto ao prosseguimento do processo, não se podendo tampouco esquecer da possibilidade de perempção, decorrente de sua inércia em relação a atos processuais que lhe cabe praticar.” (op. cit., p. 169).



qualquer prejuízo para os institutos do perdão e da perempção, nem com eles se confundiria, haja vista que abrigam objetivos diferentes.

Do que foi visto, portanto, constata-se que a suspensão condicional atende ao objetivo de criar alternativas no processo penal, diversificando as modalidades de resposta ao comportamento delitivo e possibilitando um tratamento mais benéfico para o acusado. O instituto é menos polêmico do que a transação, mas ainda persistem pontos que instigam divergências doutrinárias.

#### **4.4. Críticas ao modelo consensual**

Já sublinhamos que os acordos entre acusação e defesa geram controvérsias nos mais variados ordenamentos em que são postos em prática. Decorrido esse período da experiência nacional com a Lei dos Juizados Especiais Criminais, remanesce uma considerável resistência ao modelo consensual, argumentando-se, por exemplo, que há violações graves aos princípios que orientam a justiça penal e que o legislador teria importado institutos estrangeiros sem o devido cuidado com as peculiaridades do sistema pátrio. Por outro lado, diante da relevância conferida aos direitos e garantias individuais e da concepção de que devem ser assegurados em plenitude à pessoa imputada para que haja o exercício legítimo da persecução penal, parte da doutrina ainda vê com estranheza a adoção de um modelo de justiça criminal que tenha por base a idéia de consenso.

Na Lei n. 9.099/95, a transação penal é o alvo das principais críticas, notadamente por acarretar a aplicação imediata de uma pena, ainda que não privativa de liberdade. Afirma-se que o texto constitucional é desrespeitado em decorrência da imposição de pena sem processo e sem discussão prévia da culpabilidade. Em outro foco de oposições, enfatiza-se a tendência de privatização do processo penal, com o reforço da autonomia de vontade. Por fim, alerta-se para a feição coercitiva da transação penal, que decorreria do natural desequilíbrio de posições entre o imputado e os órgãos estatais destinados à persecução. Trata-se de objeções por demais conhecidas e debatidas, que remontam ao início da vigência da Lei, e que, de certa forma, coincidem com as discussões existentes na doutrina internacional, sobretudo entre os italianos. Cumpre, portanto, analisá-las.

#### 4.4.1. Violação de direitos e garantias constitucionais processuais

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 ao concordar com a aplicação da pena. De um lado, a preocupação em adaptar o processo a novas necessidades, investindo em celeridade, simplificação e eficiência. De outro, questiona-se se a pretensão de obter um processo mais ágil, ou mesmo de evitá-lo, é compatível com o contraditório e outros valores protegidos constitucionalmente.

Nesse âmbito, surgem indagações sobre em que medida o processo penal deve ceder às pressões por celeridade – intensificadas na sociedade contemporânea – e se isso não representaria uma postura excessivamente pragmática e utilitarista em detrimento de valores essenciais desenvolvidos e cultivados ao longo dos embates entre as liberdades do indivíduo e o poder do Estado. O tema insere-se na clássica dualidade de eficiência e garantias, que permeia o processo penal em busca de um ponto de equilíbrio. De fato, consoante ressalta Alberto M. Binder, o processo penal é sempre “uma síntese culturalmente condicionada” dessas duas forças, que interagem em movimento dialético permanente.<sup>441</sup>

Também no ordenamento jurídico brasileiro a relação entre garantias e consenso é uma das vertentes mais problemáticas desse modelo alternativo de enfrentamento de conflitos, de modo que a constitucionalidade da transação penal encontra fortes opositores, os quais vêm no instituto uma ofensa ao *nulla poena sine iudicio*, à presunção de inocência e ao devido processo legal.

A noção de garantia remete a mecanismos jurídicos que possibilitam a proteção de direitos e liberdades previstos nos textos legais.<sup>442</sup> Como acentua Rogério Lauria Tucci, “estabelecidos os *direitos* fundamentais do indivíduo, devem ser, igualmente, estatuídas as

---

<sup>441</sup> *Justicia penal y Estado de derecho*, op. cit., p. 64-66.

<sup>442</sup> As garantias diferem, como tradicionalmente tem-se acentuado, dos direitos propriamente ditos. Clássica é a distinção de Jorge Miranda: “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.” (*Manual de direito constitucional*, op. cit., p. 88-89, grifos do autor)

*garantias* a eles correspondentes, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante atuações judiciais, tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes.”<sup>443</sup>

Uma vez inseridas na Constituição, as garantias adquirem máxima relevância dentro do ordenamento jurídico. Por conseqüência, a atividade do legislador, do intérprete e a atuação do Estado, em todas as suas esferas, hão de respeitar esses parâmetros fixados em prol do ser humano, enquanto indivíduo ou membro de uma comunidade. As garantias constitucionais consolidaram-se no Estado liberal e, atualmente, são inseparáveis da noção de Estado democrático de direito. “Sem as garantias constitucionais” – realça Paulo Bonavides – “os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas.”<sup>444</sup>

Nesse contexto, inserem-se as garantias constitucionais processuais de natureza penal, que integram as declarações de direitos e os textos das Constituições dos países democráticos como instrumentos imprescindíveis para a limitação do interesse punitivo estatal, assegurando o exercício do direito fundamental à liberdade.

Firmou-se, ao longo da experiência histórica, um estatuto protetivo da pessoa acusada, com garantias invioláveis. Reconheceu-se-lhe a condição de sujeito de direito e não mais de mero objeto de investigação com vistas a desvendar o ato criminoso. No bojo dessas medidas, é de se destacar a exigência de que sejam observados preceitos garantistas desde os momentos iniciais da persecução penal. Imperioso que a acusação atenda a determinadas formalidades, especificando os fatos atribuídos, a tipificação legal e a dimensão clara das conseqüências jurídicas. A persecução deve, igualmente, ser regida pela publicidade, com citação, intimações, acompanhamento dos atos praticados, acesso a resultado de diligências, reservando-se o sigilo para situações excepcionais e previstas em lei.

Recorde-se ainda, nesse rol, a ampla defesa, a faculdade de produzir provas e de confrontar as que são apresentadas pela parte adversa; a garantia contra provas ilícitas; o direito de permanecer calado diante da acusação, de não produzir prova contra si mesmo e

---

<sup>443</sup> *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 54 (grifos do autor)

<sup>444</sup> *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 532.

de ser considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Por fim, assegura-se a obtenção de decisões fundamentadas, coibindo caprichos e arbitrariedades.

O próprio processo, ademais – desde que inserido no contexto de um Estado democrático de direito – já se constitui em uma garantia contra o arbítrio, funcionando como indicativo do exercício legítimo do poder por parte do Estado e de que determinados procedimentos foram atendidos para a concretização da repressão penal. Nesse sentido, “a dinâmica processual assegura uma *metodologia* para o exercício do poder”, no seio da qual outras garantias se materializam, conforme realça Antonio Magalhães Gomes Filho, ao destacar a dimensão garantista do processo tanto no plano político quanto no da tutela dos direitos individuais.<sup>445</sup>

Esses e outros mecanismos de proteção do indivíduo frente ao Estado reúnem-se no chamado devido processo legal ou devido processo penal, em expressão mais específica utilizada por Rogério Lauria Tucci.<sup>446</sup> O *due process* assume significado ainda mais importante – como um valor a ser cultivado e reafirmado – quando se consideram as violações ocorridas ao longo da experiência ditatorial brasileira. De fato, as garantias insertas na Constituição Federal de 1988, em momento de redemocratização, demonstram o propósito de preservar as liberdades individuais e exigem esforço constante para que sejam efetivadas.

Diante desses postulados que servem à evolução paulatina do processo penal, a aplicação imediata de pena, mediante acordo, com o encerramento antecipado da persecução, é vista com ressalvas por alguns segmentos doutrinários, afirmando-se que direitos e garantias constitucionais são sacrificados em benefício de uma orientação voltada para a idéia de celeridade e produtividade a qualquer custo.

Uma das mais recorrentes objeções à transação penal refere-se ao *nulla poena sine iudicio*. No processo tradicional, a resposta ao delito é precedida de um conjunto de medidas destinadas à aferição da culpabilidade e que fornecem os elementos necessários para ajustar a intensidade da repressão. Desse confronto entre culpa e punição, o que se espera é uma reação estatal justa e legítima, entendida como aquela que observa os

---

<sup>445</sup> *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

<sup>446</sup> Op. cit., p. 67-71. Também integram o devido processo penal as garantias do acesso à justiça, juiz natural, tratamento paritário, prazo razoável para a duração do processo e legalidade da execução penal (TUCCI, Rogério Lauria, op. cit., p. 71-73).

requisitos legais, os valores que norteiam o sistema e as aspirações da sociedade em determinado momento.

O princípio da culpabilidade tem inegável caráter limitativo do exercício do poder punitivo estatal. É uma proteção contra punições desproporcionais e injustificadas. Representa conquista fundamental do direito, evitando a imposição de reprimendas desvinculadas do fato concreto, o que seria uma afronta às exigências do Estado democrático de direito. Assim, a aplicação da sanção penal pressupõe, modernamente, a existência de culpabilidade do agente, diante do princípio *nulla poena sine culpa*. Exige-se a valoração da conduta praticada, analisando-se o grau de censurabilidade, o desvalor em relação ao comportamento esperado na convivência em sociedade. Considerando, então, que a pena só pode ser imposta quando houver culpa em sentido amplo, e que o processo é o meio pelo qual se faz essa apreciação, tem-se o princípio *nulla poena sine iudicio*.

Na transação penal, o caminho percorrido para chegar à resposta estatal assume peculiaridades. Primeiro, a aplicação da pena é imediata, prescindindo do desenvolvimento do processo. Segundo, a sanção desvincula-se da culpabilidade, uma vez que esta não é discutida. Disso decorre o entendimento, sustentado com veemência por alguns estudiosos, de que há violação do texto constitucional.

Para Miguel Reale Júnior, com a transação, “infringe-se o devido processo legal. Faz-se tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal.”<sup>447</sup> Também Marcus Alan de Melo Gomes sustenta que se deve “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 verificação e comprovação prévias da culpa penal.”<sup>448</sup> Adotando o mesmo raciocínio, Geraldo Prado defende que “a solução consensual não contém autorização constitucional para dispensar o fundamento da culpabilidade na punição dos agentes, sob pena de retorno

---

<sup>447</sup> Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (org.). *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27.

<sup>448</sup> *Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 128. Acrescenta ainda o autor que “se é correto que a Constituição Federal de 1988 autorizou o emprego, nas causas penais, da resolução transacional, não menos correto parece ser que a transação admitida pela Carta Magna seja outra qualquer, menos aquela que veio a ser ulteriormente inserida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 9.099/95, dada sua discrepância em relação ao princípio da culpabilidade.” (op. cit., p. 128)

a esquemas de responsabilidade puramente objetiva.”<sup>449</sup> Por fim, David Teixeira de Azevedo acrescenta que “em nenhuma oportunidade, na Constituição, existe autorização para aplicação da pena sem processo ou prescindindo da culpa jurídico-penal”.<sup>450</sup>

Estreitamente vinculado ao problema da culpabilidade, tem-se o argumento de que a transação é inconstitucional por ignorar o preceito de que ninguém é considerado culpado até que haja uma sentença condenatória com trânsito em julgado. Segundo tal perspectiva, o ato de aplicar a sanção penal acarreta, indireta e previamente, o reconhecimento de responsabilidade pela infração, ferindo a presunção de inocência. Em acréscimo, um terceiro foco de controvérsias aponta para a inobservância do devido processo legal, uma vez que a pena é fixada de imediato, sem instauração de processo e prática dos demais atos necessários para a prestação jurisdicional criminal.

Cumprir tecer algumas considerações sobre essas críticas, sempre tendo em vista os espaços do consenso e do conflito, já mencionados. Com efeito, o princípio *nulla poena sine iudicio* é imprescindível dentro do modelo processual fundado no conflito. Isso porque, nesse âmbito, o que se tem é a imposição de pena, é a dualidade entre o interesse punitivo do Estado e a liberdade do indivíduo. Ao Estado cabe provar a responsabilidade do agente antes de estabelecer a punição. E isso deve concretizar-se por intermédio de um atuar regado, controlado, para evitar o arbítrio. Já na transação, em que a pena não é imposta, mas decorrente da manifestação de vontade das partes, a instauração do processo é substituída por um procedimento mais simplificado, que atende às exigências constitucionais na medida em que se desenvolve perante a autoridade jurisdicional, submetendo-se a mecanismos de controle.

Quanto ao *nulla poena sine culpa*, efetivamente, na transação a pena é aplicada sem discussão da culpabilidade. A idéia é que isso sirva como mais um estímulo para a adesão ao instituto, concluindo-se antecipadamente a persecução penal. Em outros sistemas, como ressaltado, o consenso requer a assunção da culpa, a admissão dos fatos atribuídos, mantendo-se a vinculação entre sanção e culpabilidade. Na transação penal brasileira, o autor do fato aceita conseqüências de natureza penal, com o objetivo de não se submeter ao processo, entendendo que isso, de algum modo, é vantajoso para sua situação jurídica. É um acordo que tem, sobretudo, efeitos processuais, na medida em que sua finalidade

---

<sup>449</sup> *Elementos para uma análise crítica da transação penal*, op. cit., p. 192.

<sup>450</sup> A culpa penal e a Lei 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 16, out./dez. 1996, p. 133.

principal é, justamente, a de evitar o desenvolvimento do processo e as desvantagens de uma eventual condenação. Não significa, pelo menos juridicamente, um reconhecimento do fato, não é uma admissão da conduta nem do elemento subjetivo que a acompanha.

Por essa mesma razão, a aceitação do acordo pelo autor do fato não pode produzir qualquer efeito prejudicial à presunção de inocência, mesmo que o acordo, posteriormente, não venha a se concretizar por algum motivo.<sup>451</sup>

No que diz respeito ao devido processo legal, o instituto ora em apreço adota um procedimento que assegura as garantias de um modo diverso do que ocorre no processo tradicional, até porque se aplica a infrações que têm merecido também um tratamento diferenciado. Dessa maneira, embora não haja uma peça acusatória formal, é imprescindível que conste na proposta a descrição apropriada dos fatos, com indicação da qualificação jurídica da conduta. Nada obsta igualmente que, na audiência preliminar, seja dada ao autor do fato a oportunidade de manifestar-se sobre as informações constantes no termo circunstanciado, o que preserva o impulso natural de defesa do ser humano. É de se destacar ainda o respeito ao princípio da publicidade, uma vez toda a discussão da proposta dá-se em audiência, com o controle judicial.

Acerca da ampla defesa, a assistência de advogado é obrigatória, o qual deve atuar no sentido de esclarecer as vantagens e as inconveniências da transação, enfim, contribuir para que a decisão do autor do fato seja segura e consciente. Imperioso ressaltar que a possibilidade de opção por um procedimento com garantias atendidas em plenitude sempre estará presente, é algo que o sistema jurídico continua oferecendo. Caso o imputado rejeite o acordo, haverá denúncia, produção probatória, interrogatório, aferição de culpabilidade, sentença nos moldes tradicionais.

É certo que a transação penal tem seus riscos. Se respondesse ao processo, o autor do fato poderia ser absolvido ou a defesa encontrar algum vício que a favorecesse. Tudo isso é passível de ocorrer. No entanto, cabe ao autor do fato e à defesa técnica ponderarem sobre o que é mais recomendável. O processo penal é sempre uma tentativa de eleição dos

---

<sup>451</sup> Discordando, Aury Lopes Júnior entende que “não há como controlar a imagem negativa que se formará no (in) consciente do julgador, pela frustração do acordo pela recusa do réu. Dependendo do caso, o argumentado e admitido na fase negocial, acabará fulminando – *initio litis* – no (in) consciente do juiz, a própria presunção de inocência, principal sustentáculo do garantismo processual.” (Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 123-124.

melhores caminhos e estratégias. Fazer ou não o acordo é mais uma alternativa colocada à disposição da defesa, não algo imposto sem qualquer critério e tendo como objetivo tão-somente acelerar o trabalho da justiça.

Tem-se indagado se o autor do fato estaria em igualdade de condições para celebrar o acordo, questão que é particularmente importante em se tratando de agentes mais pobres, com um nível menor de esclarecimento, e, portanto, em posição de maior vulnerabilidade. A paridade, nesse contexto, é viabilizada pela defesa técnica e seu papel de orientação ampla. Supletivamente, também há o dever do magistrado de prestar as informações necessárias e de verificar se o autor do fato está sendo bem assistido.

Por outro lado, é inegável que um advogado mais habilidoso pode dar orientações melhores ao seu cliente e talvez dissuadi-lo de fazer o acordo porque há estratégia defensiva mais eficiente. Trata-se, entretanto, de seqüelas de uma desigualdade sócio-econômica que traz seus reflexos para o processo penal, seja no procedimento dos juizados, seja em qualquer outro. Mesmo o processo tradicional não impede, pelo menos na realidade brasileira, que um número incontável de pessoas permaneça encarcerada injustificadamente, muitas vezes por falta de defesa técnica adequada.

Todas essas críticas à transação penal acabam por remeter ao problema da renúncia a direitos fundamentais, já abordado no presente estudo.<sup>452</sup> Também aqui se levanta o argumento da irrenunciabilidade intrínseca desses direitos e a idéia de que os direitos e garantias fundamentais exercem uma função que transcende o próprio indivíduo. Uma síntese de tal pensamento é expressa por David Teixeira de Azevedo, afirmando que é vedado ao Estado “intervir sobre um direito inalienável e irrenunciável, ainda que haja ato de disposição de seu titular. Assim como a vida, a integridade corporal, a saúde, a liberdade é direito inegociável, sendo, neste terreno, absolutamente irrelevante suposta autonomia da vontade.”<sup>453</sup>

Com efeito, trata-se de verificar se é tolerável reconhecer ao imputado o poder de concordar com limitações a direitos e garantias, em troca de tratamento sancionatório mais favorável, ou se é preferível oferecer-lhe, tão-somente, o caminho do processo. Importa analisar se a pessoa acusada, assistida pela defesa técnica, tem capacidade de fazer escolhas por si só e de exercer, legitimamente, a autonomia da vontade em seu benefício.

---

<sup>452</sup> Cf. item “renúncia a direitos e garantias fundamentais”, segundo capítulo.

<sup>453</sup> Op. cit., p. 135.



Observada pela face positiva, a transação pode ser compreendida como a forma pela qual o imputado decide exercer a ampla defesa frente ao Estado. No entanto, o acordo também ostenta um caráter restritivo, na medida em que o autor do fato aceita limitações a faculdades e poderes que lhe são conferidos, a título de garantia contra o poder público, na cláusula do devido processo legal. Abdica-se não da ampla defesa e do contraditório como um todo, mas do exercício plena dessas vantagens.

A legitimidade para tanto, entendemos, encontra-se na previsão constitucional expressa que autoriza a realização de acordo, bem como na importância de atribuir à pessoa acusada um espaço mínimo de autonomia da vontade para reagir à persecução, o que se fundamenta, constitucionalmente, no postulado da liberdade do indivíduo. Além disso, o aprofundamento em sede de ponderação de valores demonstra a necessidade de harmonizar os princípios constitucionais, concretizando a idéia de proporcionalidade.

Desse modo, parece-nos inadequado ver a transação penal como algo incompatível com a Constituição. Se comparados à técnica do modelo conflitivo de processo, os institutos consensuais serão sempre menos garantistas. Isso não significa, porém, que haja inconstitucionalidade em toda e qualquer circunstância, sobretudo se admitirmos o espaço de liberdade individual a ser exercido dentro de pressupostos legais preestabelecidos. Também não se estão jogando por terra os princípios constitucionais e tantos preceitos que representam anos de evolução do processo e da civilização.

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 parâmetro a dignidade da pessoa humana, os fins da justiça, os interesses da sociedade e da pessoa acusada. Ou, então, excluir as soluções consensuais do ordenamento jurídico pátrio, por entender que a persecução penal não comporta essa esfera de autonomia da vontade. A última hipótese, contudo, representaria um prejuízo considerável para o desenvolvimento de alternativas processuais, para a diversificação dos caminhos que podem ser adotados na resolução do conflito entre *jus puniendi* e *jus libertatis*.

#### **4.4.2. Privatização da justiça penal**

Além do conjunto de argumentos que procura demonstrar a inconstitucionalidade da transação por afronta às garantias, alega-se que o mencionado instituto insere-se no

movimento de privatização do processo penal. Para essa corrente, o acordo sobre a pena simboliza a absorção de valores próprios da economia de mercado, em que prevalece a satisfação de interesses particulares e a autonomia da vontade. Vislumbra-se uma aproximação da transação com os contratos do direito civil, de modo que liberdades públicas estariam sendo negociadas em detrimento dos fins do processo e da pena. Para Aury Lopes Júnior, por exemplo, a negociação faz do processo penal um “mercado persa, no seu sentido mais depreciativo.”<sup>454</sup> Já Miguel Reale Júnior ressalta que a autonomia da vontade tem sido reforçada na esfera penal, enquanto no direito civil a tendência é justamente restringi-la, subordinando os contratos “a vertentes de conteúdo social”.<sup>455</sup>

A idéia de privatização é enfatizada ainda quando se associa o modelo consensual a propósitos voltados tão-somente para a eficiência do processo e da administração da justiça, priorizando-se a preocupação com números e resultados. A transação se reduziria à perspectiva utilitarista de economia de recursos e de tempo, fazendo prevalecer valores mercadológicos, com prejuízo para a preservação das garantias constitucionais.

Tal objeção, porém, só é aceitável se a eficiência do processo for tomada no sentido reducionista de produtividade. Eficiência e efetividade são conceitos bem mais abrangentes e que devem ser legitimamente perseguidos para que os esforços dos órgãos jurisdicionais atinjam os objetivos perante a sociedade. Por outro lado, embora o acordo sobre a pena na transação atribua maior relevância à vontade das partes, é de se notar as limitações que são impostas pela lei e pelo controle jurisdicional à atuação dos sujeitos intervenientes, de maneira que não há uma ampla liberdade de perseguição de fins pessoais.

#### **4.4.3. Caráter coativo da transação**

Por fim, destaca-se a afirmação de que na transação penal não há verdadeiro acordo, pois o suposto autor do fato tem contra si a ameaça de aplicação da pena, o que, por si só, é um elemento coercitivo. Para esse segmento doutrinário, a relação entre o autor do fato e o acusador seria desigual por natureza, levando a parte mais fraca a ceder e concordar com limitações a seu direito de defesa. Não haveria liberdade efetiva nem autonomia da vontade. É assim que Geraldo Prado alerta para a “fragilidade e o caráter

---

<sup>454</sup> Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista, op. cit., p. 110.

<sup>455</sup> Pena sem processo, op. cit., p. 31.

ilusório deste consenso que se estabelece entre um Estado muito poderoso e a população brasileira em geral muito empobrecida.”<sup>456</sup> A crítica também é lembrada por Sérgio Salomão Shecaira, para quem “a simples ameaça do processo passou a ser a principal ‘moeda de troca’ para convencer a pessoa suspeita da prática do fato delitivo a assumir a culpa – ainda que não institucional – sem que haja o mecanismo inerente ao devido processo legal, garantido legalmente a partir da Constituição democrática de 1988.”<sup>457</sup>

Na mesma linha de raciocínio, tem-se denunciado o risco de pressões para a realização do acordo, oriundas de membros do ministério público ou da magistratura que, premidos pelo volume de serviço, veriam na transação um caminho mais fácil para a solução do conflito.

A questão diz respeito, inicialmente, à voluntariedade da manifestação de vontade da pessoa acusada. É possível que, diante das circunstâncias, a aceitação de submeter-se à pena ocorra por receio de obter uma condenação. Trata-se de tema particularmente debatido no *plea bargaining*, no qual os acusados, por vezes, preferem fazer o acordo a serem julgados e condenados a penas muito altas. Retornando, porém, ao caso brasileiro, de fato, o agente sempre estará diante da possibilidade de condenação, tanto na transação quanto na suspensão condicional do processo. Afastar esse risco é, sem dúvida, um elemento persuasivo para a formalização do acordo, mas não pode ser equiparado a uma coação, pois permanece aberta a opção por seguir com o processo e utilizar todos os meios cabíveis para provar a inocência. A posição de quem se encontra na iminência de ser acusado, ou já responde a uma acusação, nunca é confortável, no entanto isso não invalida a escolha da via consensual como estratégia defensiva.

Fundamental, porém, é assegurar a defesa técnica efetiva, a qual deve fornecer ao autor do fato as informações sobre os efeitos de sua decisão, cuidando ainda para que não haja pressões ou insinuações por parte do acusador que venham gerar temor infundado. É

---

<sup>456</sup> Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 85.

<sup>457</sup> Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei nº 9.099/95. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coord.). *Processo penal e Estado de direito*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 323. Da mesma posição é Leonardo Sica, sustentando que “a não-aceitação da proposta de transação pelo suposto autor [...] implica o oferecimento da denúncia, o que permite concluir que a ‘proposta’ é mesmo imposta ao autor, coagido pela iminência do processo criminal.” (*Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175)

tarefa da autoridade judicial zelar pela paridade de armas entre o suposto agente e a acusação, evitando atitudes que viciem a manifestação de vontade.

Em uma última palavra acerca das objeções ora elencadas, cabe ressaltar que a Lei n. 9.099/95 representou uma inovação muito significativa no sistema jurídico-penal brasileiro, especificando o conceito de infrações de menor potencial ofensivo e disciplinando os institutos consensuais. É natural que houvesse dificuldade de aceitar um novo paradigma e de acomodá-lo a um conjunto de princípios profundamente arraigados na ciência penal pátria.

Em outra perspectiva, muitas vezes há uma tendência de transferir para a transação penal, de maneira generalizada, críticas que se aplicam mais propriamente ao *plea bargaining*, a exemplo do excesso de discricionariedade do acusador, da mercantilização e das pressões para realização do acordo. Há algo de impróprio nisso, uma vez que os dois institutos são bastante díspares, assim como o regime do ministério público norte-americano e o brasileiro. É necessário, portanto, ter em vista as peculiaridades de cada ordenamento e buscar sempre a referência da Constituição Federal de 1988, que autorizou o consenso.

## **5. MODELO CONSENSUAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DAS NORMAS POSTERIORES À LEI N. 9.099/95**

O âmbito de atuação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 tem sofrido modificações significativas ao longo de mais de uma década de vigência do referido diploma legal, demonstrando a variação do movimento que ora pretende ampliar, ora restringir a justiça consensual no ordenamento jurídico pátrio. Interessa, desse modo, analisar as alterações legislativas que trouxeram repercussões para os juizados especiais criminais nos últimos anos.

### **5.1. Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)**

A legislação de trânsito determinou, genericamente, no *caput* do art. 291, que às infrações penais nela tipificadas se aplicasse a Lei n. 9.099/95, no que fosse pertinente. Vários delitos de trânsito, então, passaram a ser de competência dos juizados especiais criminais, conforme enumeram Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes.<sup>458</sup> Esse rol foi ainda aumentado com a posterior redefinição dos crimes de menor potencial ofensivo, abrangendo também as lesões corporais culposas (art. 303) e a participação em competição automobilística não autorizada (art. 308). O quadro encontrava-se assim estabilizado.

Entretanto, o impacto das crescentes estatísticas de acidentes automobilísticos nas rodovias do país, fato que tem sido estreitamente relacionado ao consumo de bebidas alcoólicas, aliado ao sentimento de impunidade dos infratores de trânsito, tanto na esfera administrativa quanto na criminal, voltou a ensejar duras críticas à legislação vigente e a mobilizar ações por normas mais severas. Nesse contexto, foi editada a Medida Provisória n. 415, de 21 de janeiro de 2008, proibindo a comercialização de bebidas alcoólicas nas rodovias federais. Na Câmara dos Deputados, a Medida Provisória recebeu algumas alterações importantes, dentre elas, a punição mais rigorosa para os motoristas flagrados dirigindo sob a influência de álcool. Por conseguinte, o que antes era uma iniciativa voltada para o problema da venda de bebida alcoólica, passou a ter como foco o condutor

---

<sup>458</sup> *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, op. cit., p. 380.

que dirige embriagado. O texto modificado, então, deu origem à Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, que inseriu inovações no Código de Trânsito de 1997.

As mudanças ocorridas no art. 291, do Código de Trânsito, por força da nova lei, interessam particularmente aos juizados especiais criminais. Pelas novas disposições legais deixarão de ser aplicáveis à lesão corporal culposa os institutos da composição civil e da transação penal, afastando-se ainda a necessidade de representação, sempre que a infração for cometida em algumas das seguintes circunstâncias: a) sob a influência de álcool ou de substância psicoativa que cause dependência; b) durante participação, em via pública, de corridas ou competições automobilísticas, não autorizadas, ou seja, os denominados “rachas”; c) excedendo a velocidade permitida em até cinquenta quilômetros por hora. Nessas hipóteses, ao invés de lavrar-se o termo circunstanciado, determina-se a instauração de inquérito policial para apurar o delito.<sup>459</sup> Assim, embora a lesão corporal culposa permaneça dentro do limite de pena admitido para o juizado especial, são excluídos, quando presentes as citadas circunstâncias, os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95, o que representa um recuo no âmbito de incidência da justiça consensual.<sup>460</sup> Em se tratando de lesão corporal culposa que não se enquadre nos dispositivos acima mencionados, os institutos consensuais podem ser aplicados normalmente.

A nova redação do art. 291 também deixou de prever a possibilidade de transação e composição civil no delito de embriaguez ao volante (art. 306), embora não altere as sanções penais antes impostas. No regime anterior, a embriaguez ao volante, apesar de não ser infração de menor potencial ofensivo, comportava a aplicação daqueles institutos, mesmo no âmbito da justiça comum. Havia, porém, divergências sobre a possibilidade de transação penal. Atualmente, no entanto, é cabível tão-somente a suspensão condicional do processo.

Desse modo, com as recentes modificações na lei de trânsito, optou-se por uma resposta mais severa aos delitos praticados por motoristas sob o efeito de álcool ou outra

---

<sup>459</sup> O *caput* do art. 291 foi mantido, acrescentando-se, porém, os seguintes parágrafos: “§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). § 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.”

<sup>460</sup> A suspensão condicional do processo continuará sendo possível, haja vista que não está prevista alteração do limite mínimo da pena nem há qualquer ressalva nesse sentido na proposta de nova redação do art. 291.

substância psicoativa que cause dependência, reduzindo, por conseguinte, a esfera de aplicação dos institutos despenalizadores. Tal rigidez, contudo, deve ser acompanhada de medidas fiscalizatórias efetivas e de programas preventivos que contribuam para uma mudança cultural, sob pena de o rigor da lei não atingir os objetivos esperados pela sociedade.

## **5.2. Lei dos crimes contra o meio ambiente (Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998)**

A legislação ambiental também fez referência aos mecanismos da justiça consensuada, sendo que trouxe algumas exigências específicas voltadas para a reparação dos prejuízos causados ao meio ambiente. Assim, estabeleceu que, nos crimes de menor potencial ofensivo nela compreendidos, a proposta de transação penal deve ser condicionada à prévia composição civil, em que se chega a um acordo sobre a reparação do dano ambiental, ressalvados os casos de impossibilidade.<sup>461</sup>

Seguindo essa mesma linha, determinou a apresentação de laudo de constatação de reparação do dano ambiental para que seja decretada a extinção da punibilidade nas hipóteses de suspensão condicional do processo.<sup>462</sup> Verificando-se que o infrator não cumpriu tal providência, a lei prevê prorrogações do prazo da suspensão processual e da prescrição, sempre com vistas a assegurar o seu objetivo principal que é minimizar os efeitos nocivos do comportamento delitivo no meio ambiente.

O ponto mais polêmico dessa lei diz respeito à redação do art. 28. Ou seja, esse dispositivo legal, ao mandar aplicar as disposições referentes à suspensão processual aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, trouxe dificuldades ao intérprete. Na hipótese de ser tomado o sentido meramente gramatical, haveria uma restrição ao uso do mencionado instituto, pois a suspensão seria possível apenas nos crimes ambientais com pena de até dois anos de privação de liberdade.<sup>463</sup> Os posicionamentos divergem. Ada Pellegrini Grinover sustentou o entendimento de que as infrações ambientais de menor potencial ofensivo teriam um conceito mais amplo do que o da Lei n. 9.099/95,

---

<sup>461</sup> Art. 27, Lei n. 9.605/1998: “Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma Lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.”

<sup>462</sup> Conforme dispõe o art. 28, da lei em comento.

<sup>463</sup> Considerando o limite atual de pena que caracteriza as infrações penais de menor potencial ofensivo.

abrangendo os crimes com pena mínima de até um ano de privação de liberdade.<sup>464</sup> Já Antonio Scarance Fernandes, em obra individual, defendeu a aplicação do art. 89, da Lei n. 9.099/95, sem qualquer alteração, uma vez que “a intenção do legislador foi apenas a de modificar, com os incs. I a V, as normas sobre os requisitos para a concessão da suspensão ou sobre as condições de seu cumprimento.”<sup>465</sup>

### **5.3. Controvérsias sobre a aplicação dos institutos da Lei n. 9.099/95 à jurisdição militar (Lei n. 9.839, de 27 de setembro de 1999)**

Discutiu-se, inicialmente, sobre a possibilidade de os institutos da Lei n. 9.099/95 serem adotados perante a justiça militar. Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal fosse favorável, permanecia a resistência por parte do Supremo Tribunal Militar, que até editou súmula sobre a matéria.<sup>466</sup> O que se questionava era a compatibilidade da exigência de representação com as regras de disciplina e hierarquia que norteiam a jurisdição castrense. Com o advento da Lei n. 9.839/1999, acrescentando o art. 90-A à lei que disciplina os juizados especiais criminais, acabou prevalecendo a corrente que defendia a exclusão.<sup>467</sup>

Não obstante a determinação expressa da lei, ainda remanesce na doutrina a crítica sobre a não incidência da representação e dos institutos consensuais da Lei n. 9.099/95 nos denominados crimes militares impróprios, isto é, aqueles que, tipificados no Código Penal Militar, podem ser praticados também por civil. Nessa hipótese, entende-se que não há justificativa razoável para o tratamento diferenciado e que ocorre violação do princípio da isonomia.<sup>468</sup>

---

<sup>464</sup> A autora, escrevendo no ano de 1998, assim se manifestou: “[...] o art. 28, Lei nº 9.605/98, ampliou o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeito de caracterização dos crimes nela definidos, estendendo-a aos crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano (na prescrição do art. 89 da Lei nº 9.099/95, a que o art. 28 da nova lei faz referência expressa).” (Infrações ambientais de menor potencial ofensivo. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 121). No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, op. cit., p. 390-391.

<sup>465</sup> *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 242.

<sup>466</sup> Súmula n. 09, do Supremo Tribunal Militar: “A Lei nº 9.099/95, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União.”

<sup>467</sup> Art. 90-A, Lei n. 9.099/95: “As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.”

<sup>468</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, op. cit., p. 230-231; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo Lemos, op. cit., p. 133.



#### **5.4. Juizados especiais federais e a redefinição das infrações de menor potencial ofensivo (Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001)**

Prevista, no primeiro momento, a criação dos juizados especiais apenas na esfera da justiça estadual, posteriormente, com a Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, estendeu-se também para a justiça federal, mediante a inserção do parágrafo único do art. 98 na Constituição de 1988.<sup>469</sup> Em cumprimento à determinação da Carta Magna, foi promulgada a Lei n. 10.259, de 12 de junho de 2001, que disciplina os juizados especiais federais.

A inovação fundamental promovida pela referida lei foi a fixação, no art. 2º, de um novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, sem referência à restrição do procedimento especial e ampliando o limite da pena para dois anos.<sup>470</sup> Instalou-se, em vista disso, a discussão sobre se esta definição legal seria aplicável só no âmbito da justiça federal ou se deveria, igualmente, produzir efeitos nos juizados estaduais. Muito embora estivesse estabelecido que o conceito de infração de menor potencial ofensivo era para os efeitos daquela lei, especificamente, o fato é que a diferenciação gerava uma situação de desigualdade intolerável no ordenamento jurídico. Por conseqüência, crimes com uma mesma tipificação poderiam receber tratamento jurídico diverso, conforme fossem de competência da justiça estadual ou federal.

Doutrina e jurisprudência, no entanto, acabaram por consolidar a interpretação que sustentava a prevalência do limite de pena fixado nos juizados federais, com a derrogação do art. 61, da Lei n. 9.099/95. Do mesmo modo, deixou de ser relevante a existência de procedimento especial para a infração, como critério que excluía a competência do juizado. Com esse entendimento, pretendeu-se, sobretudo, preservar o princípio da igualdade e o tema, atualmente, já está pacificado.

#### **5.5. Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003)**

O envelhecimento da população, como fenômeno que se manifesta nas sociedades desenvolvidas ou em desenvolvimento, tem acarretado uma preocupação mais presente

---

<sup>469</sup> Atualmente, o texto se encontra no art. 98, §1º, da Constituição Federal de 1988: “Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”

<sup>470</sup> Pelo art. 2º, Lei n. 10.259/2001: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.”

com a situação jurídica, social e familiar das pessoas idosas. No Brasil, ganhou força o discurso sobre a necessidade de políticas assistenciais e iniciativas que melhorassem a qualidade de vida desses cidadãos, com o objetivo de integrá-los à vida social e desenvolver uma cultura de maior respeito. Recebeu-se com expectativas o denominado Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), no qual foram previstas medidas direcionadas para criar uma rede de proteção em torno daqueles indivíduos com idade igual ou superior a sessenta anos. Parte-se da realidade de que os idosos, mais do que vítimas do preconceito e da carência de amparo estatal, também são alvo de episódios de violência dentro do próprio ambiente familiar.

Em vista disso, tipificaram-se como infração penal algumas condutas que caracterizavam situações de discriminação, abandono ou agressão física e moral aos idosos. A controvérsia, no entanto, ficou por conta do art. 94, que manda aplicar, aos crimes previstos no Estatuto, o procedimento da Lei n. 9.099/95 sempre que a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos.<sup>471</sup> Surgiu, por conseqüência, a dúvida sobre se o citado dispositivo teria promovido uma nova alteração no conceito de infração de menor potencial ofensivo, ampliando-o para o limite de até quatro anos de pena privativa de liberdade.

Na verdade, o art. 94, ao referir-se genericamente ao “procedimento previsto na lei 9.099” deixa margens para interpretações variadas, pois o vocábulo procedimento pode ser entendido de uma maneira mais ampla, abrangendo desde a lavratura de termo circunstanciado até o rito sumaríssimo propriamente dito. Ou então, em perspectiva mais restrita, limitar-se às regras procedimentais dos arts. 77 a 83 da lei dos juizados. Diante da dubiedade do texto literal da norma, convém recorrer a outros elementos que auxiliem na atividade hermenêutica, sobretudo, o objetivo de punir de maneira mais rigorosa aqueles que violam bens jurídicos das pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos.

Acabou prevalecendo a corrente pela qual o art. 94 do Estatuto do Idoso não trouxe qualquer modificação à definição legal de infração de menor potencial ofensivo. O intuito seria tão-somente de estabelecer regra procedimental, ou seja, determinar a aplicação do procedimento sumaríssimo previsto nos arts. 77 a 83 da Lei n. 9.099/95, aos crimes

---

<sup>471</sup> Segundo o art. 94, do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003): “Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.”

praticados contra o idoso, com o propósito de tornar a resposta jurisdicional mais célere.<sup>472</sup> Com efeito, há evidente vantagem na adoção desse rito concentrado, uma vez que o idoso ofendido terá a possibilidade de ver a punição do infrator, reforçando o sentimento de proteção e de preservação de sua dignidade.

Dessa forma, o Estatuto contempla infrações de menor potencial ofensivo, às quais se aplica normalmente a transação penal, haja vista que a pena máxima não ultrapassa os dois anos; e delitos que não se enquadram na pequena ofensividade, mas que devem ser processados conforme o rito sumaríssimo da Lei n. 9.099/95. São os crimes apenados com mais de dois anos e limite máximo de quatro. Em relação a estes fica excluída a incidência dos institutos despenalizadores. Por fim, os delitos com pena superior a quatro anos serão processados e julgados de acordo com o rito da justiça comum.

#### **5.6. Novo conceito de infração de menor potencial ofensivo e alterações no regime de conexão e continência de delitos (Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006)**

As dúvidas quanto ao limite de pena das infrações de menor potencial ofensivo, geradas pela superveniência do art. 2º da Lei que disciplinou os juizados na esfera federal, embora já fossem objeto de uma interpretação prevalente na doutrina e na jurisprudência, ficaram definitivamente superadas com o advento da Lei n. 11.313/2006.

Essa norma alterou o art. 61 da Lei n. 9.099/95, estabelecendo que “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. Suprimiu-se também, como se observa, a referência às infrações que se submetiam a procedimento especial. Quanto às contravenções, serão sempre da

---

<sup>472</sup> SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. Juizados especiais criminais: uma retrospectiva analítica dos 11 anos de vigência da Lei nº 9099/95. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano X, n. 237, nov. 2006, p. 30-31. Nesse sentido também Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, pronunciando-se no sentido de que: “[...] a intenção do legislador parece ser a de, somente, dar maior celeridade aos processos que cuidam de crimes contra os idosos, pela aplicação do rito sumaríssimo da Lei 9.099/95. Eventual interpretação ampliativa, no sentido de serem considerados os crimes do Estatuto do Idoso, cuja pena não ultrapasse 4 (quatro) anos, infrações de menor potencial ofensivo não estaria em consonância com o objetivo da Lei 10.741, que teve em mira punir mais rigorosamente atos ofensivos aos idosos e dar a eles maior proteção.” (*Juizados especiais criminais*, op. cit., p. 77). Entendendo que houve ampliação do tratamento menos rigoroso da Lei n. 9.099/95, TAVARES, José de Farias. *Estatuto do Idoso*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 128.

competência dos juizados, independentemente da sanção imposta em abstrato, como, ademais, já era no regime anterior.

Procurou-se também dirimir questionamentos sobre qual a melhor solução nos casos de a infração de menor potencial ofensivo estar vinculada a um outro delito mais grave, em virtude de conexão e continência. Pelo regime atual, fixado no art. 60 da Lei n. 9.099/95, deverá ocorrer a unidade de processos e de julgamentos, segundo as regras que o Código de Processo Penal estabelece para a matéria.<sup>473</sup> Desse modo, a infração de menor potencial ofensivo é encaminhada para a vara criminal ou para o tribunal do júri, conforme o caso, sendo que ali, no foro que exerce a atração, aplicam-se a composição civil e a transação penal, se forem cabíveis.

É possível, porém, que essa nova disciplina traga dificuldades em termos de procedimento. Isso porque, de qualquer maneira, a infração de menor potencial ofensivo deverá receber tratamento diferenciado, com oportunidade para aplicação dos institutos despenalizadores antes do recebimento da denúncia, o que pode causar tumulto para o rito do crime mais grave. Por outro lado, caso a composição civil e a transação penal não sejam aceitas ou o autor do fato não atenda aos requisitos legais, a infração de menor ofensividade submeter-se-á ao procedimento do delito mais grave, o que representa um retrocesso e abre, novamente, o risco de prescrição. Perde-se toda a proposta de simplicidade, celeridade e economia processual que orienta a abordagem jurídica das infrações de pequena ofensividade.

Melhor seria, mesmo nas hipóteses de conexão e continência, a separação de processos e o julgamento da infração de menor potencial ofensivo perante o juizado especial criminal, cuja estrutura se apresenta muito mais adequada para oferecer uma resposta jurisdicional direcionada para esse tipo de comportamento delitivo. Não parece conveniente, portanto, que as regras moldadas para servir à justiça consensual sejam aplicadas por órgãos jurisdicionais que têm uma rotina voltada para o processamento de crimes caracterizados pela gravidade.<sup>474</sup> Misturam-se, com isso, os espaços do consenso e do conflito, que a Lei n. 9.099/95 pretendeu, inicialmente, separar.

---

<sup>473</sup> O parágrafo único do art. 60, da Lei n. 9.099/95 determina que: “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras da conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

<sup>474</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, não obstante a redação do art. 60, sustenta a possibilidade de desmembramento, em algumas circunstâncias. Nas palavras do citado autor, “[...] uma vez ofertada a denúncia e antes de recebê-la, deverá o Juiz determinar a intimação do autor do fato e do ofendido ou quem

### 5.7. Lei Maria da Penha: o problema da violência doméstica (Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006)

O tratamento dos casos de violência doméstica perante os juizados especiais criminais era um dos pontos de veemente insatisfação por parte de alguns segmentos sociais. Denunciava-se a banalização das agressões ocorridas sob o manto da convivência familiar, com a punição se reduzindo ao pagamento de cestas básicas. A solução menos rigorosa era tida como um estímulo para que se perpetuassem os comportamentos agressivos contra a mulher, bem como a relação de dominação que favorecia, cultural e socialmente, maridos e companheiros. O quadro também se agravava pela dificuldade de as mulheres ofendidas oferecerem representação, exigível no caso de lesão corporal leve. Por tudo isso, a violência doméstica, com suas vítimas silenciosas, passou a ser considerada um problema que merecia abordagem jurídica diferenciada.<sup>475</sup>

As reformas, então, iniciaram-se. Foram editadas três leis sobre a matéria, todas com repercussões na esfera da justiça consensual. Trata-se, inicialmente, da Lei n. 10.455, de 2002, que acrescentou a parte final do parágrafo único do art. 69, da Lei n. 9.099/95, criando a medida cautelar de afastamento do agressor do ambiente de convivência com a vítima.<sup>476</sup> Em seguida, a Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004, que promoveu alterações no delito de lesão corporal, inserindo uma modalidade de ofensa decorrente de violência doméstica.<sup>477</sup> Por fim, veio a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha e que introduziu mudanças bem mais significativas.

---

legalmente o representante para a audiência de composição dos danos civis e a transação. Se o autor do fato recusar a proposta ou não atender à intimação, deve o Juiz determinar o desmembramento do processo (art. 80 do CPP), remetendo ao Juizado da sua alçada. Desse modo o procedimento fica mais célere, sem prejuízo daquelas vantagens que os arts. 77 a 83 da Lei n. 9.099/95 proporcionam (*Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*, op. cit., p. 38).

<sup>475</sup> Para Maria Berenice Dias, “a Lei dos Juizados Especiais esvaziou as Delegacias da Mulher, que se viram limitadas a lavrar termos circunstanciados e encaminhá-los a juízo. Na audiência preliminar, a conciliação mais do que proposta, era imposta, ensejando simples composição de danos. Não obtido o acordo, a vítima tinha o direito de representar, mas precisava se manifestar na presença do agressor. Mesmo após a representação, e sem a participação da ofendida, o Ministério Público podia transacionar a aplicação de multa ou pena restritiva de direitos. Aceita a proposta, o crime desaparecia: não ensejava reincidência, não constava da certidão de antecedentes e não tinha efeitos civis.” (*A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23)

<sup>476</sup> Art. 69, parágrafo único: “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.”

<sup>477</sup> Art. 129, §9º, Código Penal: “Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.”

A partir da Lei Maria da Penha, os crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher foram retirados, expressamente, da competência dos juizados especiais criminais, independentemente de se enquadrarem ou não no conceito de infração de menor potencial ofensivo, conforme dispõe o art. 41 da lei em comento.<sup>478</sup> Não é mais cabível a aplicação de composição civil, transação penal nem suspensão condicional do processo. Da mesma forma, o delito de lesão corporal proveniente de violência doméstica (art. 129, §9º, CP) teve sua pena aumentada, fixando-se como limite máximo três anos de detenção, o que, por si só, já afastaria o instituto da transação penal.<sup>479</sup> Exclui-se também para esse delito a suspensão condicional do processo, muito embora a pena mínima em abstrato seja de três meses de detenção. Optou-se, portanto, pela intensificação dos mecanismos repressivos no combate à violência doméstica, com a possibilidade de prisão preventiva, inclusive.

Com a mudança promovida pelo art. 41 é necessário ter a cautela de destacar que, atualmente, a competência dos juizados especiais criminais abrange as contravenções e os crimes com pena máxima não superior a dois anos de prisão, exceto quando se tratar de violência doméstica e familiar. Nessa hipótese, haverá delitos que, apesar de inseridos naquele limite de pena, não poderão ser considerados de menor potencial ofensivo. No entanto, tendo em vista que o art. 41 faz menção apenas a “crimes”, é de se supor que eventuais contravenções praticadas contra a mulher, dentro do conceito de violência doméstica e familiar, permanecem na esfera dos juizados especiais criminais, podendo-se aplicar os institutos despenalizadores.<sup>480</sup>

A constitucionalidade do art. 41 tem sido questionada na doutrina em face dessa dualidade de tratamentos que estabelece, retirando dos juizados especiais crimes que atendem aos requisitos da menor ofensividade. De notar, contudo, que a lei em comento utilizou o critério da qualidade da vítima e das circunstâncias em que o crime é praticado como fatores que tornam a infração de maior gravidade. O fato de não seguir a orientação do limite máximo de pena não torna, a nosso ver, inconstitucional a opção, haja vista que

---

<sup>478</sup> Art. 41, Lei n. 11.340/2006: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.” Tais delitos serão processados e julgados perante os juizados da violência doméstica e familiar contra a mulher, que integrarão a justiça comum. Enquanto estes novos órgãos não forem estruturados, a competência, tanto cível quanto criminal, será das varas criminais, nos termos do art. 33 da Lei Maria da Penha.

<sup>479</sup> Art. 129, §9º, Código Penal: “Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.”

<sup>480</sup> Seria o caso da contravenção de vias de fato, art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/41.

os parâmetros da Lei n. 9.099/95 para definir infração de menor potencial ofensivo não esgotam as possibilidades conferidas pelo texto constitucional.

Outro tema bastante controverso, embora não diga respeito a instituto da justiça consensual, é se persiste ou não a exigência de representação nos crimes de lesões corporais leves e culposas. Por uma interpretação sistêmica, esses delitos teriam voltado a ser de ação penal pública incondicionada, uma vez que o dispositivo legal que prevê a representação está inserido na Lei n. 9.099/95, cuja incidência na esfera da violência doméstica foi rechaçada pelo art. 41. Numa perspectiva finalística, porém, a representação continua sendo condição de procedibilidade, pois o objetivo da lei foi colocar à disposição da vítima mais esse instrumento de proteção de seus interesses e bens jurídicos.<sup>481</sup>

Observa-se que, apesar do advento da Lei Maria da Penha, continua sendo bastante difícil colocar a mulher agredida fora do âmbito de influência do agressor. Mesmo quando a ocorrência é levada ao conhecimento da polícia e se instaura o inquérito, o fato é que, passado o momento inicial da violência física, a tendência ainda é de a ofendida perder o interesse no prosseguimento da persecução penal, ou pelo menos, omitir-se quando chamada a colaborar com o andamento do processo. É o que se tem verificado, por exemplo, com a ausência da vítima na audiência de ratificação da representação, prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06, comportamento que já ocorria no procedimento do juizado, quando da audiência preliminar.

A Lei Maria da Penha representa o retorno à via repressiva na resolução dos conflitos decorrentes das relações domésticas, seguindo uma orientação político-criminal de punição rigorosa e aplicação de pena privativa de liberdade. Também há especial cuidado no distanciamento físico entre o agressor e a vítima, o que demonstra, igualmente, a rejeição de instrumentos de justiça restaurativa. Não obstante o recuo quanto à utilização de mecanismos consensuais e restaurativos, vê-se que ainda persiste alguma preocupação com medidas de reeducação voltadas para o grupo familiar como um todo, a serem desenvolvidas principalmente pelas equipes de atendimento multidisciplinar que funcionarão nos juzizados de violência doméstica e familiar contra a mulher.<sup>482</sup>

---

<sup>481</sup> Sintetizando as correntes sobre esta matéria, DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 116-126.

<sup>482</sup> Nesse sentido, o art. 30: “Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiências, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltadas para a ofendida, o agressor e os familiares, com

### **5.8. Lei Antitóxicos (Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006)**

O delito de porte de substância entorpecente para consumo próprio era sancionado com detenção de seis meses a dois anos, no regime da Lei n. 6.368, de 21 outubro de 1976, passando a se enquadrar no conceito de menor potencial ofensivo a partir da ampliação operada com a Lei dos juizados especiais federais, em 2001.<sup>483</sup> Com a recente regulamentação, determinada pela Lei n. 11.343/2006, tal conduta permanece na esfera dos juizados especiais criminais e mereceu um tratamento jurídico bem mais brando. Com efeito, ao usuário de drogas ilícitas não se aplica mais a pena de prisão e sim sanções como advertência sobre os efeitos nocivos das drogas, prestação de serviços à comunidade e participação de curso educativo.<sup>484</sup> Essa mudança, em termos de legislação e de política criminal, demonstra o objetivo de diminuir o aspecto punitivo e investir na recuperação do indivíduo dependente.

Assim, no que diz respeito à justiça consensual, não se verificou repercussões especialmente relevantes, podendo-se destacar apenas o parágrafo 1º do art. 48, que manda aplicar a Lei n. 9.099/95 às condutas previstas no art. 28, as quais se referem, como já observado, ao usuário de drogas.<sup>485</sup> Por consequência, não haverá prisão em flagrante delito e, após o encaminhamento para o juizado especial criminal, serão aplicados os institutos despenalizadores. Na hipótese de transação penal, o ministério público pode propor a aplicação imediata de algumas das penas previstas no art. 28, da Lei n. 11.343/2006. É possível ainda que essas penas sejam impostas em sentença definitiva, quando não houver transação ou suspensão condicional do processo. A possibilidade de solução consensual permanece, então, como uma via tida como adequada pelo legislador para o enfrentamento desse tipo de problema.

---

especial atenção às crianças e adolescentes.” Também o art. 35 prevê a criação de “centros de educação e de reabilitação para os agressores.”

<sup>483</sup> Note-se que, mesmo com o advento da Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que também disciplinou a matéria referente às drogas, a regulamentação legal em termos de condutas delitivas e respectivas penas continuou sendo a Lei n. 6.368/76, que, no art. 16, tipificava o crime de porte de substância entorpecente para uso próprio. Com a atual Lei n. 11.343/2006, os inconvenientes dessa dualidade de normatização foram superados.

<sup>484</sup> Art. 28, Lei n. 11.343/2006: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

<sup>485</sup> Art. 48, §1º, Lei n. 11.343/2006: “O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.”



Quanto ao direito penal, a principal controvérsia cinge-se à ocorrência ou não descriminalização da conduta do usuário. Luiz Flávio Gomes sustenta que teria ocorrido uma “descriminalização formal” do porte de drogas para consumo próprio, embora sem a respectiva legalização. Isso em virtude de ter a nova lei deixado de fixar pena privativa de liberdade para o referido comportamento, estabelecendo tão-somente sanções alternativas. Não seria, desse modo, e segundo a tese do mencionado autor, nem crime nem contravenção, mas “infração *sui generis*”.<sup>486</sup>

### **5.9. Propostas de modificação da Lei n. 9.099/95: o Projeto de Lei n. 7.308/2006**

Após as recentes alterações promovidas diretamente no texto do diploma legal que regula os juizados especiais criminais, por força da Lei n. 11.313/2006, novas mudanças se anunciam com o Projeto de Lei n. 7.308/2006, em tramitação no Congresso Nacional. Pelo que se depreende, a iniciativa tem o propósito de introduzir inovações no procedimento e oferecer soluções para os principais problemas dos institutos consensuais, na maioria das vezes consolidando os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já dominantes.

O primeiro aspecto que se observa é a ampliação do rol de infrações de menor potencial ofensivo, mediante a inclusão dos crimes culposos punidos com prisão acima de dois anos. Assim, além das contravenções e dos crimes dolosos com pena privativa de liberdade não superior a dois anos, também os delitos culposos integrariam a competência dos juizados, independentemente do limite máximo de pena. Conseqüência importante disso seria o reconhecimento do homicídio culposo como infração de menor ofensividade, não obstante seja punido com detenção de até três anos e viole um dos bens jurídicos mais preciosos para o ser humano.

Em princípio, por se tratar de crime contra a vida, pode parecer desproporcional a resposta jurisdicional em sede de transação ou de composição civil dos danos. No entanto, é preciso considerar que, atualmente, a punição do homicídio culposo já se limita ao cumprimento de uma pena restritiva de direito, haja vista a possibilidade de conversão autorizada pelo art. 44, do Código Penal. Transportando-se para os juizados, esse

---

<sup>486</sup> GOMES, Luiz Flávio et. al. *Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 147.

tratamento sancionatório seria ainda mais abrandado com a aplicação dos institutos consensuais, que evitariam o desenvolvimento do processo e a condenação do autor do fato.<sup>487</sup>

Significativa também a proposta de reforma no regime da composição civil, prevista no art. 74, da Lei n. 9.099/95. Enquanto na disciplina em vigor o acordo, por si só, acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação nas ações penais privada e pública condicionada, a idéia do Projeto é de estabelecer essa consequência tão-somente quando ficar demonstrado o efetivo cumprimento. Realizado o acordo, o procedimento ficaria suspenso até a completa satisfação, sobrestando-se ainda os prazos de prescrição e decadência. Por outro lado, a inobservância do pacto conduziria à retomada da persecução criminal, ficando o acordo sem efeito.

Condicionar a extinção da punibilidade ao adimplemento da composição é medida, a nosso ver, benéfica, revelando sensibilidade aos interesses da vítima. Por mais que o ofendido seja advertido dos efeitos do acordo reparatório dos danos, na ação penal privada ou condicionada, é sempre frustrante ter a via criminal obstada e, ao mesmo tempo, não obter a reparação da forma como se esperava. Apesar de, na regulamentação vigente, restar o título executivo, a atuação dos juizados criminais tornar-se-ia mais efetiva se exigisse o integral cumprimento. A única desvantagem nesse sentido seria a ocorrência de algum sacrifício para a celeridade do procedimento, o que é contornável diante dos demais valores que são preservados.

Com relação à transação penal, o Projeto em comento dispõe que a proposta do ministério público deverá fundamentar, qualitativa e quantitativamente, a pena a ser aplicada. Pressupõe-se, portanto, que o acusador explique por que razão a modalidade de sanção e a medida escolhida são mais adequadas à situação concreta. Em contrapartida, confere-se ao juiz a faculdade de diminuir até a metade a pena indicada, também atendendo à exigência de motivação.

Note-se com isso um aumento do poder de controle do magistrado sobre a proposta, cabendo-lhe fazer um juízo de valor acerca da razoabilidade, proporcionalidade e individualidade da pena especificada, e, se entender que houve excesso, cumpre-lhe

---

<sup>487</sup> Ainda em termos de competência, acrescentou-se que, no caso de concurso de infrações de menor potencial ofensivo, a tramitação perante o juizado especial só ocorrerá se a soma das penas privativas de liberdade máximas não ultrapassar o limite de dois anos.

proceder à redução dentro dos limites legais. Importante destacar que, pelo texto atual, essa providência por parte do juiz só pode ser adotada na pena de multa, mas, com a redação do Projeto, estende-se para as restritivas de direito.

Quatro questões fundamentais discutidas na transação receberam posicionamento legal expresso. Trata-se do procedimento a adotar no caso de recusa do ministério público em propor a aplicação imediata de pena; do reconhecimento ou não da culpabilidade; do descumprimento da sentença homologatória; e da possibilidade de acordo na ação penal privada.

No que se refere à oposição do órgão acusador, exige-se que a manifestação seja fundamentada, e, havendo discordância do juiz, segue-se o mesmo caminho estabelecido pelo art. 28 do Código de Processo Penal. Essa forma de controle dentro da própria instituição do ministério público, conforme já destacado, é a que julgamos mais apropriada para resguardar o caráter consensual do instituto.

O segundo foco de controvérsias é enfrentado ao se prever que “a imposição da sanção objeto da transação penal não implica reconhecimento de culpabilidade”, texto que seria acrescido ao §6º do art. 76, da Lei n. 9.099/95. A afirmação traz mais clareza quanto à opção do legislador em sede de aplicação imediata da pena, demonstrando que o propósito realmente é afastar considerações em torno da responsabilidade do autor do fato. A adesão do suposto agente não tem o efeito de admissão de culpa e o tema também não integra o contexto da decisão homologatória. Acreditamos, contudo, que isso ainda não pacificará a matéria, pois permanecerão os questionamentos sobre a legitimidade constitucional da aplicação de pena sem definição da responsabilidade.

Por outro lado, ao tempo em que se reforça implicitamente o entendimento de que a sentença não é condenatória, deixa-se em aberto o debate sobre qual seria então a natureza desse ato decisório e a espécie de coisa julgada que produz. A propósito do tema da coisa julgada, o Projeto acolhe a corrente pela qual o descumprimento do acordo enseja a retomada da persecução penal, com oferecimento da denúncia. Daí pode-se depreender que a sentença homologatória não produz coisa julgada material e sim meramente formal, autorizando a discussão do mérito com a instauração do processo.

Tentando contornar a dúvida sobre o cabimento ou não de transação nas ações penais privadas, o Projeto acrescenta o art. 76-A, permitindo que o ofendido ou seu

representante legal ofereça proposta de acordo, quando satisfeitos os requisitos legais e nos mesmos termos previstos para o ministério público. Preferiu-se dispensar o mesmo tratamento para as ações penais públicas e privadas, filiando-se a tendência jurisprudencial preponderante. Com a aceitação do autor do fato, o órgão ministerial deve ser ouvido antes da homologação. Na hipótese de o querelante se recusar a buscar a solução pela via consensual, é necessário que apresente motivação para tanto. Se o juiz entender que a oposição é injustificada, pode conceder ao ministério público a oportunidade de apresentar a proposta.

Atribuir ao órgão ministerial a propositura da transação quando o ofendido se recusa, de maneira infundada. a fazê-la segue o procedimento pelo qual o ministério público sempre se pronuncia em seguida ao querelante com o intuito de promover correções ou suprir lacunas, em atividade própria de fiscal da lei. Revela, em outra perspectiva, que a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa não equivale ao exercício da ação penal, como é defendido por segmentos doutrinários, pois se assim fosse a atuação do ministério público usurparia as funções do acusador privado.

Ainda no regime da transação, a reforma prevê a suspensão do prazo prescricional enquanto se aguarda o cumprimento do acordo e insere o recurso de apelação contra a sentença não homologatória. Essa última medida é, de fato, necessária, uma vez que o interesse de recorrer manifesta-se plenamente quando a decisão é denegatória. No regime vigente, autoriza-se a impugnação apenas da sentença que homologa o acordo entre as partes.

No mais, cabe ressaltar a alteração nas causas impeditivas da transação penal. Assim, a condenação prévia por crime punido com pena privativa de liberdade só será obstáculo à aplicação do instituto se não tiver transcorrido, no mínimo, o prazo de cinco anos do cumprimento da sanção. Conforme já analisado, a redação original da Lei n. 9.099/95 era criticada nesse aspecto por referir-se apenas à condenação por sentença definitiva, sem considerar o período superior a cinco anos fixado pelo Código Penal (art. 64, inc. I) como suficiente para afastar os efeitos da reincidência.

Quanto à suspensão condicional do processo, a inovação é o acréscimo do art. 89-A, que trata da proposta de suspensão na ação penal privada, com a titularidade da

proposta conferida ao querelante e, em caso de recusa injustificada, a intervenção do ministério público, a exemplo do que ocorre na transação penal. Estender o instituto para as ações penais privadas amplia a esfera do consenso, afastando as controvérsias nesse sentido, enquanto que a atuação do órgão ministerial na oposição infundada evita atitudes arbitrárias do ofendido. Poder-se-ia ter modificado também o art. 89 para prever expressamente a obrigação de o ministério público motivar a recusa à proposta, bem como a necessidade de se observar o art. 64 do Código Penal no que diz respeito à existência de condenação prévia como causa impeditiva da suspensão. Ainda quanto à recusa infundada do acusador, deixou-se de apontar o procedimento cabível nos casos em que a discordância é do ministério público, ficando em aberto a discussão doutrinária sobre a analogia com o art. 28 do Código de Processo Penal ou a aplicação mesmo sem a anuência do *Parquet*.

O Projeto de reforma dos juizados especiais criminais, portanto, manteve-se atento aos problemas que emergiram da Lei n. 9.099/95 ao longo de mais de uma década de vigência. Houve um reforço na exigência de fundamentação, assegurando um controle mais eficaz sobre os pronunciamentos do magistrado, do ministério público e, agora também, do ofendido ou de seu representante legal. Optou-se ainda por alargar o espaço da justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro, com a inclusão dos crimes culposos na competência dos juizados, independentemente do limite máximo de pena.

É importante, por outro lado, a preocupação de preencher algumas lacunas do texto ora em vigor, oferecendo novos subsídios para a interpretação dos institutos consensuais. No que pertine à transação penal, muito embora as polêmicas em torno de sua disciplina estejam longe de acabar, parece mais evidente que o objetivo da medida é evitar, tanto quanto possível, a instauração da ação penal e a respectiva discussão do mérito. Dessa forma, a realização do acordo, por si só, não exaure o interesse punitivo, que permanece latente até o efetivo cumprimento. Por consequência, a idéia é retomar a persecução nos casos de inadimplemento e suspender o prazo prescricional até que haja a prova da satisfação do que ficou pactuado.

#### **5.10. Síntese conclusiva**

Da análise da legislação superveniente à Lei n. 9.099/95 percebe-se a dificuldade do legislador em manter a harmonia do sistema da justiça consensual no ordenamento

jurídico brasileiro. A Constituição Federal não fixou elementos norteadores para a definição de infrações de menor potencial ofensivo e, em sede infraconstitucional, vê-se uma pluralidade de leis que estabelecem regras para o seu contexto específico, mas que, não raro, geram dubiedades quando confrontadas com o modelo já consolidado pela lei dos juizados especiais estaduais.

A primeira grande dificuldade nesse sentido foi com o advento da Lei n. 10.259/2001, que criou os juizados especiais federais. Mais recentemente, o Estatuto do Idoso reacendeu o debate. Por outro lado, a Lei Maria da Penha, ao retirar da competência dos juizados os crimes cometidos contra a mulher em situação de violência doméstica, independentemente da sanção cominada, descartou o limite máximo da pena como critério indicador da pequena ofensividade.

Conforme ponderam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, o fato de a Lei n. 9.099/95 ter adotado a limitação máxima da pena em abstrato não significa que outras normas não possam estabelecer parâmetros diversos.<sup>488</sup> É certo que o modelo da referida Lei não deve permanecer inalterado. A tendência é que haja rupturas, as quais podem conduzir à evolução, ao retrocesso, ou, pelo menos, à adaptação do sistema às expectativas prevalentes em dado contexto sócio-político. O desafio, porém, é evitar as incongruências decorrentes das falhas de perspectiva global nas alterações legislativas. Os princípios da igualdade e da proporcionalidade têm sido invocados como balizas constitucionais para orientar o legislador, mas nem sempre são observados, restando ao intérprete a tarefa de conciliar normas e tentar preservar a unidade do sistema.

Constatam-se, do mesmo modo, algumas oscilações de política criminal que ora incluem determinadas infrações na esfera dos juizados, ora as excluem. Na verdade, quando há pressões sociais por endurecimento de penas, o sistema do juizado é logo visto como incentivador da impunidade, em virtude do seu tratamento mais benéfico. A Lei Maria da Penha ilustra esse ponto, uma vez que a punição do agressor com cestas básicas era uma das principais reclamações quanto à resposta estatal à violência doméstica.

---

<sup>488</sup> Nas palavras dos autores, “[...] não há impedimento a que leis posteriores possam prever outras infrações de menor potencial ofensivo, utilizando os mesmos critérios da pena máxima e do procedimento especial da Lei 9.099, ou critérios diferentes, como o da natureza da infração.” (*Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, op. cit., p. 76).

Mudanças político-criminais fazem parte do permanente movimento dos interesses preponderantes na sociedade. Fundamental, no entanto, é zelar para que as alterações legislativas não tornem o modelo de justiça consensual incoerente, levando-o à descredibilidade.

## **6. LEI N. 9.099/95 NA PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL**

O discurso que justifica a adoção ou ampliação dos institutos processuais penais fundados no consenso está bastante impregnado da idéia de que o processo deve atender aos anseios de celeridade, eficiência, efetividade, simplificação, desburocratização, obtenção de resultados. Tais conceitos também alicerçam o sistema introduzido pela Lei n. 9.099/95. Mais do que autonomia científica, conceitos apurados e aperfeiçoamento técnico, do processo penal – e também do civil – espera-se uma permanente aproximação com a realidade social, e, por consequência, capacidade de adaptar-se à complexidade e à diversidade a ela inerentes.

Diante disso, interessa identificar melhor em que consiste a efetividade ou eficiência do processo penal, assim como se os instrumentos do modelo consensual brasileiro contribuem para esse propósito, que atualmente é uma das principais preocupações dos processualistas.

### **6.1. Efetividade, eficiência e eficácia: contextualização terminológica**

É comum utilizar-se, indistintamente, os termos efetividade e eficiência do processo penal para referir-se à qualidade do processo que atende aos resultados esperados em termos de prestação jurisdicional. Partindo-se de um sentido amplo, efetividade, eficiência e eficácia podem ser tomados como sinônimos, vinculando-se à idéia de produção de efeitos de modo adequado, seguro, certo.<sup>489</sup> Em acepção voltada para a esfera administrativa, porém, vislumbra-se uma diferença entre eficiência e eficácia. De fato, a eficiência diz respeito, mais propriamente, “à forma de realizar uma tarefa”<sup>490</sup>, incluindo a observância dos procedimentos e regras apropriados, bem como a obtenção do resultado da

---

<sup>489</sup> INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 254-255.

<sup>490</sup> SANDRONI, Paulo. *Dicionário de administração e finanças*. São Paulo: Best Seller e Nova Cultural, 2000, p. 149.



maneira menos custosa possível. Já a eficácia abrange a finalidade pretendida, ou seja, “significa fazer o que é preciso para alcançar determinado objetivo.”<sup>491</sup>

No âmbito jurídico, o tema da eficácia e da efetividade tem especial relevo nos estudos sobre a norma jurídica. Ressalvando, de logo, as divergências terminológicas que permeiam a matéria e que constituem, por si só, um debate à parte, os vocábulos eficácia e efetividade, na filosofia e na teoria geral do direito, indicam, em regra, que a norma deve aproximar-se da realidade social e de seus valores, para além da satisfação de requisitos técnicos e formais de validade.

Como esclarece Miguel Reale, a eficácia refere-se “ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, *no plano social*, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento.”<sup>492</sup> Também Luís Roberto Barroso, equiparando eficácia social à efetividade, observa que esta representa “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”<sup>493</sup> A eficácia pode ainda ser vista na perspectiva do ordenamento jurídico como um todo, indo além do eventual descumprimento de determinadas normas, conforme adverte Eduardo C. B. Bittar. Para este autor, o problema de eficácia de uma ordem jurídica surge quando as reiteradas inobservâncias começam a comprometer o sistema, vale dizer, “a partir do momento em que a inoperância do sistema jurídico se torna crônica.”<sup>494</sup>

Já no direito constitucional, a efetividade é tida como o princípio pelo qual a norma inserida na Constituição deve ser interpretada de maneira a dela se extrair o máximo de eficácia, sobretudo em sede de direitos fundamentais. É o que José Joaquim Gomes

---

<sup>491</sup> SANDRONI, Paulo, op. cit., p. 149. Assim, “no conceito de Eficiência não se examina se aquilo que foi produzido com eficiência é eficaz, isto é, se o produto ou o resultado do trabalho eficiente está adequado à finalidade proposta.” (Ibid., p. 149) Discorrendo também sobre a distinção entre eficiência e eficácia na ciência da administração, Onofre Alves Batista Júnior observa que “a eficiência tem a ver com o fazer corretamente as coisas, com a melhor utilização dos recursos disponíveis, enfim, com a otimização da relação meio-fim.” Entretanto, continua o referido autor, “quando as preocupações se voltam para os fins, quando as atenções se voltam para os resultados fornecidos por aqueles que executam para avaliar o alcance dos fins, ingressamos na seara da eficácia.” (*Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 113)

<sup>492</sup> *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 114 (grifos do autor).

<sup>493</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 248 (grifos do autor).

<sup>494</sup> *O direito na pós-modernidade*, op. cit., p. 210.

Canotilho denomina de “princípio da máxima efetividade”, ou seja, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.”<sup>495</sup>

O direito administrativo brasileiro também oferece uma referência importante. Trata-se da previsão constitucional da eficiência como princípio da Administração Pública, introduzido expressamente pela Emenda Constitucional n. 19/1998.<sup>496</sup> Nessa esfera, a eficiência compreende o aperfeiçoamento qualitativo do serviço público, necessário para a concretização dos fins do Estado. Para Hely Lopes Meirelles, o referido princípio “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.”<sup>497</sup> Onofre Alves Batista Júnior, por sua vez, inclui no conteúdo do princípio da eficiência a “produtividade, economicidade, celeridade e presteza, qualidade, continuidade e desburocratização”.<sup>498</sup>

A discussão sobre efetividade, eficiência e eficácia, portanto, insere-se nos mais diversos segmentos do direito e de outras ciências jurídicas, ganhando novas perspectivas de análise diante das exigências de adaptação à sociedade globalizada e pós-moderna. Uma primeira dificuldade, como se viu, diz respeito à própria terminologia, variável consoante a preferência de cada autor. Em segundo plano, o estudo da efetividade, eficiência ou eficácia de uma norma, de um sistema, de uma atividade ou de qualquer outro referencial que se queira, é problema que adquire contornos específicos conforme a matéria em foco.

## 6.2. Efetividade, eficiência e eficácia do processo penal

No direito processual penal pátrio, manifestaram-se preocupações com a eficiência e a efetividade, e aqui também não há uniformidade terminológica. Para Ada

<sup>495</sup> *Direito constitucional*. 5. ed. (2ª reimp.). Coimbra: Almedina, 1992, p. 233. Também Luís Roberto Barroso ressalta que “a idéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional.” (op. cit., p. 246)

<sup>496</sup> Art. 37, *caput*, Constituição Federal de 1988. O princípio da eficiência, na realidade, é inerente à Administração Pública, de modo que a Emenda Constitucional n. 19/1998 apenas reforçou a idéia e a inseriu expressamente na Carta Magna de 1988.

<sup>497</sup> *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89. Germana de Oliveira Moraes, por sua vez, associa a busca por eficiência aos propósitos do neoliberalismo, manifestando-se nos seguintes termos: “Ícone do modelo de Estado gerencial, fruto da política neoliberal, a *eficiência* é termo fluido e impreciso que traduz o senso comum de obtenção de resultados positivos nos desempenhos das atividades administrativas [...]” (*Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 128, grifo da autora)

<sup>498</sup> Op. cit., p. 224. Esses aspectos são considerados do que o autor denomina de “eficiência *stricto sensu*”. A eficiência em sentido amplo abrangeria também a eficácia, ou seja, a preocupação com os fins da administração pública. Esses fins, em última análise, teriam como norte a própria idéia de bem comum (op. cit., p. 219-220, 223-224).

Pellegrini Grinover, a eficiência “se desdobra em efetividade do processo penal, como instrumento de persecução penal, e em eficácia dos direitos fundamentais, também tutelados por intermédio do processo.”<sup>499</sup> Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por seu turno, critica a utilização dos termos eficiência e efetividade como sinônimos. Segundo o citado autor, não se trata de “uma mera troca de palavras”.<sup>500</sup> A eficiência teria um compromisso com os meios, valorizando a dimensão temporal. Já a efetividade estaria voltada para os fins. Por conseguinte, a opção por eficiência, em detrimento da efetividade, abriria espaço para a supressão de direitos e garantias, ou, em outras palavras, para “o avanço da idéia de *flexibilização*”.<sup>501</sup>

Do processo civil podemos trazer algumas lições sobre a eficiência ou efetividade, aplicáveis ao âmbito criminal. Optando pelo vocábulo efetividade, José dos Santos Roberto Bedaque entende que “processo *efetivo* é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”<sup>502</sup> Na mesma linha, tendo a concretização do direito material como parâmetro, José Carlos Barbosa Moreira ressalta a noção de “efetividade social do processo”. Dessa maneira, “será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça”, devendo assegurar aos jurisdicionados a possibilidade de defesa judicial dos seus interesses em situação de igualdade.<sup>503</sup> É de se destacar, ainda, as considerações de Cândido Rangel Dinamarco, para quem a efetividade do processo traduz a idéia de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política e jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.”<sup>504</sup>

Tanto na doutrina nacional quanto estrangeira, associa-se, por vezes, o anseio de eficiência processual a uma crescente aproximação da economia e dos valores empresariais com a ciência jurídica. Isso ocorre, sobretudo, quando se enfatizam as idéias de celeridade

<sup>499</sup> *O processo em evolução*, op. cit., p. 274.

<sup>500</sup> Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 145. Nas palavras do autor: “não é admissível, em hipótese alguma, sinonimizar efetividade com eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise dos fins; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos meios.” (op. cit., p. 143, grifo do autor)

<sup>501</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, op. cit., p. 145 (grifo do autor).

<sup>502</sup> *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, 49 (grifo do autor).

<sup>503</sup> Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-16.

<sup>504</sup> *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 270 (grifo do autor).

e produtividade. Com essa abordagem, Silvia Barona Vilar menciona o movimento de Análise Econômica do Direito como possível agente influenciador. Tal corrente, esclarece a autora, apesar de ter-se iniciado nos setores de regulação de monopólios e serviços públicos, estendeu-se, também, para as mais diversas áreas da ciência jurídica, o direito processual penal inclusive.<sup>505</sup> Igual referência é feita por Pedro Caeiro, citando a transposição de uma “racionalidade empresarial” para o universo do direito, o que reforçaria a busca por eficiência no sistema jurídico-penal.<sup>506</sup>

De fato, consoante pondera Loïc Cadiet, a aplicação da lógica do mercado à justiça trouxe questões novas para o ordenamento jurídico.<sup>507</sup> Exemplos disso são as exigências de aperfeiçoamento da gestão institucional, a adoção de procedimentos mais eficientes e um conjunto de cobranças relacionadas à própria qualidade da justiça. Tais aspectos, em síntese, integram “um movimento mais amplo de adaptação dos serviços públicos aos usuários”, abrangendo até mesmo o uso de critérios de avaliação de desempenho na atividade judicial.<sup>508</sup>

Essa necessidade de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional também se tornou premente nos ordenamentos jurídicos latino-americanos. Segundo Jorge Correa Sutil, a transição para economias de mercado livre trouxe como consequência o aumento do número de litígios, gerando uma sobrecarga nos órgãos jurisdicionais. Para lidar com tal

---

<sup>505</sup> *Seguridad, celeridad y justicia penal*, op. cit., p. 115-116. Para a autora, “frente à consideração de que um processo inoperante, ineficaz e lento não oferece uma solução justa, trata-se de buscar um modelo processual que emane justiça, entendendo-se para isso imprescindível assumir como ponto de partida a busca da celeridade e da eficiência do sistema.” (op. cit., p. 115, trad. nossa). O movimento de Análise Econômica do Direito integra a chamada “Escola de Chicago”, tendo como foco as interações entre a ciência jurídica e a economia. Richard A. Posner, um de seus representantes, observa que essa relação durante muito tempo restringiu-se a poucos ramos do direito, iniciando, no entanto, uma expansão significativa a partir dos anos trinta do século passado (Valores y consecuencias: una introducción al análisis económico del derecho. In: POSNER, Eric A (comp.). *El análisis económico del derecho y la Escuela de Chicago: lecturas en honor de Ronald Coase*. Trad. Maria Teresa Beingolea e Claudia Delfino. Lima: UPC, 2002, p. 267-268).

<sup>506</sup> “Esse fetiche da empresa” – diz o autor – “não deixou incólume o mundo jurídico. Refiro-me, essencialmente, às correntes metodológicas que se colocam sob o signo da análise econômica do direito, para quem a pedra de toque do sistema jurídico deve ser a idéia de *eficiência*.” (Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema, *Revista do Ministério Público*, São Paulo, ano 21, n. 84, out./ dez. 2000, p. 43, grifo do autor).

<sup>507</sup> Embora o autor se refira, mais especificamente, ao sistema francês, as observações podem ser estendidas a outros países, uma vez que as preocupações com a administração da justiça estão cada vez mais presentes nos diversos ordenamentos jurídicos.

<sup>508</sup> *Efficiency versus equity ?* In: CLOSSET-MARCHAL, Gilbert et. al. (org.). *Mélanges Jacques van Compernelle*. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 33-39. Sobre a relação entre qualidade do processo e da administração da justiça, ele observa que: “a qualidade do processo participa, por conseguinte, da qualidade da justiça porque o processo é o modo principal, embora não exclusivo, de realização da justiça. Uma boa administração da justiça é, portanto, um fator de qualidade do processo ou, em outras palavras, procedimentos defeituosos podem ser indício de uma má administração da justiça.” (op. cit., p. 36, trad. nossa)

impasse, mais do que ampliar os orçamentos da justiça, revelou-se necessário modificar a atuação dos tribunais, surgindo “uma nova retórica de eficiência administrativa”, que estimula o debate sobre a forma de administração dos tribunais, bem como um maior controle sobre recursos financeiros disponibilizados.<sup>509</sup>

A eficiência processual, portanto, se vista na perspectiva sistêmica, é apenas um dos elementos que compõem o desenvolvimento de uma concepção de administração da justiça que leve em conta a satisfação dos jurisdicionados. O aparato estatal encarregado de aplicar o direito tem despertado, cada vez mais, para a importância de estabelecer regras que otimizem o funcionamento da ordem jurídica como um todo. Por consequência, tem ocorrido uma apropriação de conceitos utilizados por ciências diversas, notadamente a economia e a administração, o que, por vezes, é objeto de críticas.

No âmbito específico do sub-sistema processual penal, almeja-se um procedimento célere, mas que, ao mesmo tempo, resguarde direitos e garantias constitucionais. A análise da eficiência pode ter como parâmetro as finalidades do processo ou os atos que internamente são praticados pelos sujeitos que atuam ao longo do procedimento. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes faz a distinção entre eficiência do processo penal – aferível conforme os fins que se atribuem ao processo – e eficiência no processo penal, que é “a capacidade de um ato, de um meio de prova, de um meio de investigação, de gerar o efeito que dele se espera.”<sup>510</sup> Trata-se, assim, de esferas diferentes de eficiência processual, embora intrinsecamente interconectadas.

Apesar de haver objeções na doutrina sobre o termo eficiência, entendemos que o uso da referida palavra no processo é inadequado apenas quando tem o sentido restrito de economia de tempo e de recursos a qualquer custo, ignorando o necessário zelo com a qualidade e a preservação dos valores defendidos no processo penal. Tomar a eficiência pela idéia exclusiva de custo-benefício que orienta os objetivos econômicos do mercado

---

<sup>509</sup> Reformas judiciárias na América Latina: boas notícias para os não-privilegiados. In: MÉNDEZ, Juan E. et. al. (org.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*, op. cit., p. 288. Sobre a administração dos tribunais, o autor observa que “em cada país, o conceito de administração dos tribunais tem florescido. Isso tem criado muita controvérsia nos Judiciários, não acostumados à idéia de prestarem conta pela quantidade ou qualidade dos serviços que oferecem ao público. É embaraçoso para uma instituição formalmente independente do governo aceitar que agências externas intervenham ou dêem opiniões sobre a administração de seus recursos e avaliem seu desempenho.” (op. cit., p. 288-289)

<sup>510</sup> Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

reduz excessivamente o conceito e não deve, de fato, servir de norte para as reformas processuais e da administração da justiça.

É preciso considerar que a noção de eficiência processual, mesmo quando tomada em sentido bem pragmático, apresenta aspectos muito positivos, a exemplo do cuidado em conduzir adequadamente os atos processuais; em identificar, com precisão, as diligências importantes para o esclarecimento dos fatos; em obter acordos que atendam aos requisitos legais e preservem os interesses das pessoas envolvidas; em assegurar meios pelos quais as partes tenham as informações de que precisam para compreender as providências adotadas; em tomar as cautelas necessárias para evitar prisões irregulares, dentre outros. Não há razão, pois, para que a eficiência seja sempre vista como um conceito importado da economia e que não se ajusta aos assuntos jurídicos.

Não obstante os vocábulos efetividade, eficiência e eficácia tenham significados diversos conforme o contexto no qual se inserem, no processo penal a adoção de um ou outro termo não parece promover significativa alteração de sentido. Poderíamos dizer que a efetividade aproxima-se mais da noção de eficácia, isto é, de concretização dos efeitos esperados do processo enquanto instrumento de prestação jurisdicional. A eficiência, por sua vez, representa a escolha do melhor caminho para se chegar a isso, abrangendo, portanto, os meios.<sup>511</sup> Idealmente, o processo deveria ser realizado com eficiência e atingir os fins a ele inerentes. Adotamos no presente estudo o vocábulo efetividade, para englobar a idéia de processo que atinge suas finalidades jurídicas, políticas e sociais no ordenamento jurídico e que se desenvolve, em cada ato, com presteza e diligência.<sup>512</sup>

### 6.3. Elementos do processo penal efetivo

Muito embora a noção de processo penal efetivo encerre um conceito aberto, que envolve múltiplos interesses e fatores de ordem sócio-política e jurídica, importa identificar alguns parâmetros que, normalmente, são postos em relevo quando se pretende delimitar o conteúdo dessa expressão. Elencamos, assim, como elementos da efetividade

---

<sup>511</sup> Trabalhando essa distinção, Emmanuel Jeuland entende que procedimento efetivo “é aquele que é aplicado na prática”, eficaz, “aquele que atinge seu objetivo” e eficiente, o que “minimiza os custos”. (*Droit processuel*. Paris: LGDJ, 2007, p. 249, trad. nossa)

<sup>512</sup> Em outras palavras, trata-se aqui da efetividade do processo enquanto instrumento jurídico concebido para viabilizar a prestação jurisdicional. Os critérios considerados são as finalidades atribuídas ao processo (perspectiva teleológica) e o desenvolvimento interno dos atos que o compõem (perspectiva endoprocessual).

processual o equilíbrio dos fins do processo, a celeridade, a eficiência e a adequação procedimental.

Ao classificar como efetivo o processo penal que cumpre suas finalidades, deparamo-nos com a dificuldade de obter um consenso sobre quais seriam esses fins. Com efeito, se tomarmos a perspectiva jurídica, ao processo penal cabe aplicar o direito material e assegurar o cumprimento das normas legais e constitucionais referentes à proteção da pessoa acusada. Já politicamente, o processo deve ter como propósito servir de instrumento para o exercício legítimo do poder. No plano social, o objetivo seria buscar, tanto quanto possível, a pacificação das relações entre os membros da comunidade, bem como a segurança dos cidadãos.<sup>513</sup> Por outro lado, nas últimas décadas tem-se reclamado a defesa dos interesses da vítima no processo penal, assegurando-lhe a rápida reparação dos danos e conferindo-lhe participação mais ampla.

Na realidade, o processo penal abriga um conjunto de interesses, voltados para a coletividade, para o imputado e também para o ofendido, os quais, dada a sua relevância, integram o campo das finalidades a serem atendidas. A preponderância de alguns desses fins sobre outros é influenciada pelo contexto sócio-político e cultural de uma determinada sociedade e pela política criminal que se pretende estabelecer em dado momento histórico. Dessa forma, a complexidade do problema referente à efetividade do processo penal decorre da própria diversidade dos fins que orientam essa ciência e das tensões que, não raro, surgem entre eles.

Pode-se dizer que um dos elementos do processo penal efetivo é a capacidade de equilibrar esses diferentes interesses, evitando, por exemplo, que o excesso de garantismo fragilize a segurança dos membros da sociedade, ou que o endurecimento das regras da persecução penal viole os direitos e garantias fundamentais da pessoa acusada. Do mesmo modo, a redescoberta da vítima no processo penal não pode se sobrepor ao estatuto protetivo do imputado.

---

<sup>513</sup> Pode-se acrescentar ainda os fins do processo penal sob o ponto de vista axiológico. É essa a abordagem utilizada por Jorge de Figueiredo Dias ao observar que “quando se pergunta pelo ‘fim’ do processo penal pretende-se alguma coisa mais: obter um *critério de valor* (ou se preferirmos, um *modelo axiológico*) adequado à interpretação teleológica das singulares normas e à solução dos concretos problemas jurídico-processuais.” (*Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, reimpressão da 1ª edição de 1974, p. 41, grifos do autor) Nesse sentido, o processo penal tem como fim a concretização dos valores da justiça e da segurança, embora isso não ocorra de maneira absoluta (op. cit., p. 43-45). Em conclusão, o referido autor entende que o fim do processo penal está em “*obstar à insegurança do direito que necessariamente existe ‘antes’ e ‘fora’ daquele, declarando o direito do caso concreto, i. é, definindo o que para este caso é, hoje e aqui, justo.*” (op. cit., p. 46, grifo do autor)

A celeridade na resposta jurisdicional também é um aspecto relevante. Não se trata de buscar, tão-somente, a rapidez e a produtividade. De nada adiantaria estabelecer metas de produção para uma determinada unidade judiciária, se não houvesse o correspondente rigor com a qualidade das decisões proferidas e dos atos praticados. Quando o anseio por produtividade passa a orientar predominantemente o processo, surge a possibilidade de que as garantias fundamentais se transformem em mera formalidade, aumentando-se o risco de erros graves, os quais, muitas vezes, sequer são questionados.<sup>514</sup>

Por conseguinte, conforme enfatiza Jean Pradel, celeridade não se confunde com precipitação, mas tem o objetivo “de conferir ao processo penal *um ritmo tão rápido quanto possível, sem desrespeitar os princípios fundamentais da ordem jurídica*, como a presunção de inocência ou os direitos de defesa.”<sup>515</sup> Necessário, portanto, superar a idéia de celeridade como algo pejorativo e utilitarista. Trata-se de noção que se vincula à qualidade da prestação jurisdicional e que deve ser compatibilizada com os parâmetros do justo processo. É nesse sentido que Jean-Claude Magendie recomenda que a celeridade seja posta “a serviço da eficácia, da efetividade e da qualidade da justiça.”<sup>516</sup>

É, ademais, na tentativa de se obter uma celeridade compatível com as exigências da atividade jurisdicional que se tem desenvolvido a concepção de duração razoável do processo, como verdadeiro direito fundamental, presente não só nos procedimentos judiciais como também nos administrativos. Nessa perspectiva, o art. 6.1 da Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), o art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (1969), e o art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal

---

<sup>514</sup> Notadamente, nos casos, não raros, em que também o exercício da defesa é apenas uma ficção, um ato formal de apresentar peças processuais e sustentar determinada tese sem maior esforço. Sobre a celeridade do processo, José Roberto dos Santos Bedaque salienta que “constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.” (op. cit., p. 49)

<sup>515</sup> PRADEL, Jean. *La célérité de la procédure pénale en droit comparé*, op. cit., p. 323 (grifos do autor) (trad. nossa).

<sup>516</sup> *Célérité et qualité de la justice: la gestion du temps dans le procès*. Paris: La Documentation Française, 2004, p. 18 (trad. nossa). Acrescenta o autor que “não se trata de reforçar a eficácia da justiça com mais celeridade, em detrimento do respeito aos direitos da defesa.” A lentidão do processo é nociva quando representa “perdas de tempo inúteis”, mas deve ser preservada quando for “sinônimo de reflexão, serenidade da justiça e busca da verdade.” (op. cit., p. 22, trad. livre)



Brasileira, pelo qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”<sup>517</sup>

Embora, como adverte Emmanuel Jeuland, duração razoável do processo e celeridade não sejam conceitos idênticos, há entres eles pontos de conexão.<sup>518</sup> Afinal, para que o processo seja concluído atendendo ao prazo razoável, é necessário que os atos se concretizem com uma diligência que afaste a lentidão nociva e, ao mesmo tempo, evite a rapidez excessiva ou o sentimento de urgência. Além disso, a positivação do direito ao processo sem dilações indevidas foi um dos fatores que concorreu para que a celeridade deixasse de ser uma aspiração e se tornasse uma noção jurídica.<sup>519</sup>

Estreitamente relacionada à celeridade é também a eficiência, pela qual todos os atos do procedimento convergem para que o processo chegue a um resultado válido e legítimo, com o menor dispêndio de recursos materiais e humanos.<sup>520</sup> Trata-se de conceito que, assim como a celeridade, não pode ser tomado como um valor absoluto, mas sim como mais um elemento que deve inserir-se no devido processo legal, concorrendo para a qualidade da prestação jurisdicional. Consoante reforça Loïc Cadiet, é com base nesse equilíbrio entre eficiência e *procès équitable* que “se deve medir a qualidade de um processo e, portanto, da justiça.”<sup>521</sup>

Cumprido acrescentar ainda como componente da efetividade processual a importância de que sejam adotados procedimentos adequados para os diferentes tipos de infrações, levando em conta o grau de complexidade. Com isso, pode-se estabelecer regras mais simples para determinados conflitos, o que acaba sendo, igualmente, uma técnica de otimização que se aproxima bastante das idéias de eficiência e celeridade.

Por fim, cabe ressaltar que a efetividade do processo não admite como critério o número de condenações. É certo que, por intermédio do processo, deve-se condenar e

---

<sup>517</sup> A previsão expressa da celeridade na Constituição Federal de 1988 foi inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

<sup>518</sup> “É certo” – diz o autor – “que a exigência de prazo razoável pode ser expressa sob a forma de um princípio de celeridade. Mas não se trata de uma formulação equivalente.” (op. cit., p. 249, trad. nossa)

<sup>519</sup> CHOLET, Didier. *La célérité de la procédure en droit processuel*, op. cit., p. 27. O autor define a celeridade processual como “um conjunto de normas que prevêm procedimentos de durações distintas e adaptadas, encorajando a diligência dos atores processuais e permitindo obter o julgamento do processo sem excesso de lentidão ou de rapidez.” (op. cit., p. 263)

<sup>520</sup> Para Emmanuel Jeuland, eficiência e celeridade são termos próximos que traduzem a idéia de “racionalizar o procedimento para chegar a uma solução jurídica no melhor prazo.” (op. cit., p. 248-249, trad. nossa)

<sup>521</sup> *Efficiency versus équité?*, op. cit., p. 41.

aplicar a pena justa, quando a culpa está demonstrada. É também tarefa da persecução penal garantir que o comportamento delitivo não seja recompensado em detrimento da conduta daqueles que observam o direito. Entretanto, a efetividade ou eficiência de um sistema penal não há de ser medida simplesmente pela quantidade de condenações que consegue obter, o que revelaria uma preocupação focalizada apenas no caráter repressivo.<sup>522</sup>

Diante do que foi posto, na tentativa de compreender melhor a noção de efetividade processual que tem sido freqüentemente utilizada, poderíamos entender como processo penal efetivo aquele que, equilibrando os interesses da pessoa acusada, da sociedade e do ofendido, desenvolve-se de maneira célere e eficiente, com procedimentos adequados e respeitando os marcos do justo processo.

#### **6.4. Efetividade do processo e institutos consensuais da Lei n. 9.099/95**

O desenvolvimento de saídas alternativas ao processo e a incorporação de medidas consensuais integram os esforços voltados para conferir mais eficiência ou efetividade à persecução penal no contexto da sociedade global e pós-moderna, como já mencionado. O modelo consensual brasileiro, disciplinado pela Lei n. 9.099/95 e posteriormente alterado pela legislação acima analisada, também atende a esse propósito de modernizar o processo, mediante instrumentos de reação ao comportamento delitivo que sejam adaptados e legítimos.

No âmbito da expectativa em torno do processo efetivo, a justiça consensual penal pátria emergiu com uma proposta que vai muito além da simples concepção de eficiência pela celeridade, no sentido pragmático de diminuição da carga de trabalho de juízes e membros do ministério público. Participação do autor do fato e da vítima, diversificação dos mecanismos de resposta à conduta infracional, simplificação e acessibilidade, são alguns dos conceitos que servem de suporte para o consenso no ordenamento jurídico nacional. Passemos, assim, a abordar de maneira mais pormenorizada essas idéias que

---

<sup>522</sup> Para Alberto M. Binder, “no contexto de impunidade estrutural que existe na América Latina, conseguir que muito menos condutas fiquem impunes tem a ver com a eficiência, embora não esgote o conceito. Pode-se dizer que do ponto de vista da administração é tão eficiente o tribunal que condena quanto o que absolve”. (*Justicia penal y Estado de derecho*, op. cit., p. 287) (trad. nossa).

permeiam a composição civil, a transação e a suspensão condicional, e que, a nosso ver, concorrem para a concretização da efetividade.

#### 6.4.1. Proximidade e participação

Um dos elementos essenciais do modelo consensual penal pátrio consiste na tentativa de estreitar a relação entre a sociedade e o aparato estatal encarregado de realizar a justiça, possibilitando uma integração que resulte em decisões adequadas aos casos concretos. Tornar a justiça mais próxima dos jurisdicionados e sensível às suas necessidades é uma aspiração universal, cuja satisfação encontra incontáveis obstáculos nas sociedades complexas.

O termo proximidade, aplicado à justiça, desdobra-se em três perspectivas, ou seja, a *proximidade geográfica ou espacial*, pela qual os órgãos jurisdicionais se instalam próximos dos locais que necessitam de atendimento diferenciado; a *proximidade temporal*, que significa a resolução do problema com celeridade; e a *proximidade relacional*, que abrange a interação dos indivíduos envolvidos no conflito, bem como entre eles e os profissionais encarregados de realizar a justiça. Todas essas dimensões remetem ao tema da humanização da justiça e à exigência de eficácia dos órgãos responsáveis por materializá-la.<sup>523</sup> Nesse contexto, os juizados especiais criminais e, particularmente, os institutos consensuais, podem ser considerados manifestações de proximidade, nos aspectos temporal e relacional.

Com efeito, o modelo brasileiro de justiça consensual penal facilita ao jurisdicionado a defesa de seus direitos, de uma maneira menos burocrática e onerosa, o que serve de estímulo à procura por soluções legais para divergências que, embora sejam simples, também perturbam os vínculos sociais. Igualmente relevante é a proximidade entre o delito e a resposta estatal, como forma de desencorajar condutas que infrinjam os bens jurídicos alheios, de diminuir a incerteza quanto às conseqüências jurídicas e de demonstrar a prontidão do sistema judicial em resolver alguns tipos de

---

<sup>523</sup> Essas dimensões da noção de proximidade são abordadas pelos juristas franceses no contexto do que denominam de “justiça de proximidade”, ou seja, práticas de mediação e de conciliação desenvolvidas, sobretudo, nas *maisons de justice et droit*, como estratégia de tratamento de pequenos conflitos cíveis e penais. Sobre o tema, MARY, Philippe. De la justice de proximité aux maisons de justice, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelles, ano 78, mars. 1998, p. 293-294; e WYVEKENS, Anne. Justice de proximité et proximité de la justice. Les maisons de justice et du droit, *Droit et Société*, Paris, n. 33, 1996, p. 366-367.

demandas.<sup>524</sup> Destaca-se ainda, nas infrações de menor ofensividade, a importância de um contato mais próximo entre o autor do fato e a vítima, possibilitando o diálogo e a obtenção de um resultado mais proveitoso para os envolvidos. Por outro lado, a solução consensual exige uma integração mais ampla entre os jurisdicionados e os profissionais encarregados de realizar a justiça.

A proximidade, portanto, nas perspectivas mencionadas, funciona como meio de viabilizar, em última análise, a participação da sociedade nas questões de natureza judicial, amenizando a rigidez do procedimento tradicional em que a solução é imposta pelos órgãos jurisdicionais, de maneira formal e legalista. Com o diálogo é possível compreender melhor o universo sócio-econômico e cultural do autor do fato e da vítima, o contexto em que os fatos ocorreram, outras disputas que motivaram o conflito, enfim, favorecer uma aproximação da realidade social e dos dramas humanos que chegam ao mundo jurídico. Nesse sentido, pode-se falar em um procedimento judicial com preocupações de cunho social e humanístico.

#### **6.4.2. Adequação procedimental**

O modelo consensual concorre ainda para a efetividade da persecução penal na medida em que estabelece um procedimento específico que procura se ajustar à complexidade e à gravidade das infrações. Dessa forma, para delitos de menor gravidade, utiliza-se um rito mais simples, com espaço para o diálogo e o consenso. Tem-se, por conseguinte, uma economia de recursos e de tempo que beneficia não só o sistema jurídico, mas também as pessoas envolvidas. Sobre o tema da adequação procedimental, Ada Pellegrini Grinover observa que “procedimento adequado, nesse quadro de eficiência da justiça penal, é, pois, o procedimento aderente à realidade social e consentâneo com a complexidade dos fatos e com a gravidade da infração penal.”<sup>525</sup>

A criação de ritos alternativos de acordo com a gravidade da infração é algo já presente no processo penal, consoante nota Antonio Scarance Fernandes.<sup>526</sup> No entanto, o

---

<sup>524</sup> Cesare Beccaria já ressaltava a importância da proximidade entre pena e delito ao mencionar que “quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil.” (*Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.59)

<sup>525</sup> *O processo em evolução*, op. cit., p. 273.

<sup>526</sup> *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, op. cit., p. 55.

aumento da quantidade de delitos e a sobrecarga dos órgãos jurisdicionais têm contribuído de modo marcante para a adoção de procedimentos simplificados ou abreviados, tendo em vista o anseio por celeridade. Por outro lado, cada vez mais é possível ver-se a diferença entre os tipos de delitos e a conveniência de se experimentar tratamentos distintos, conforme suas características. De fato, tem-se convivido com uma crescente diversidade de infrações penais, favorecidas pelos novos meios de comunicação e pelos avanços tecnológicos. Para além dessa criminalidade mais grave, há os problemas decorrentes das infrações de menor lesividade.

A complexidade da sociedade contemporânea em termos de infrações criminais requer, portanto, uma capacidade maior do sistema judicial de especializar os procedimentos, de direcionar melhor seus recursos e esforços, procurando caminhos adequados para chegar à prestação jurisdicional. A tendência verificada nos países europeus estudados e na América Latina tem sido o recurso à variação de ritos. Assim, os procedimentos ordinários, mais completos e que asseguram o contraditório pleno, com a previsão de todas as fases processuais, são reservados apenas para alguns crimes, tidos como graves e cuja instrução impõe uma particular carga de conflituosidade na apuração dos fatos.

Desse modo, os procedimentos penais evoluíram de uma preocupação predominantemente formalista, que relegava o processo penal a âmbitos muito estreitos, para uma perspectiva em que se adotam os ritos que melhor se ajustam à realidade social e às finalidades da justiça. Afinal, se o Estado deve ser eficiente, o Poder Judiciário que o integra também deve comungar da mesma orientação, materializando-a no processo e nos procedimentos aptos a concretizar o direito material. Tais mudanças são uma necessidade inerente aos avanços da sociedade, os quais, a todo momento, desafiam a ciência jurídica e o processo a adequarem suas práticas e institutos.

A valorização do consenso e da autonomia da vontade nos institutos da Lei n. 9.099/95, portanto, possibilitaram a abreviação e a aceleração do procedimento em infrações que comportam esse tipo de resposta jurisdicional, criando mais uma alternativa ao rito comum no sentido de alcançar uma justiça penal efetiva. A adaptação ocorre tendo em vista o critério da menor gravidade dos comportamentos delitivos, estabelecendo tratamento diferenciado para situações jurídicas que apresentam peculiaridades.

### 6.4.3. Flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal

Já se observou que no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Lei n. 9.099/95, o princípio da obrigatoriedade da ação penal passou a conviver com manifestações do princípio da oportunidade. Este, porém, não se revela em sua forma plena de ampla discricionariedade do órgão acusador público, mas de modo atenuado, com delimitações legais nítidas. Buscou-se, nesse contexto, um equilíbrio, autorizando-se o ministério público a deixar de propor a ação penal, atendidos determinados requisitos e sempre presente o controle judicial, mesmo nos casos em que há elementos indicativos da ocorrência de uma conduta delitativa. A flexibilização da obrigatoriedade expressa-se, no direito brasileiro, pelos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

A principal vantagem dessa providência é evitar as práticas extrajudiciais de seleção das infrações a serem apuradas pelo sistema penal, proporcionando uma regulamentação legal para situações em que a instauração de um processo, ou o seu prosseguimento, demonstra ser medida excessiva em relação à gravidade do fato atribuído ao agente ou ao perfil deste.<sup>527</sup>Sabe-se da impossibilidade dos órgãos estatais de processarem todos os delitos, sobretudo diante da demanda crescente da sociedade contemporânea. Diante disso, duas alternativas apresentam-se, consoante sintetiza Alberto M. Binder, ou seja, pode-se optar por uma “resposta caótica”, em que a seletividade opera-se sem critérios, ou estabelecer “*linhas de política processual que permitam orientar a seletividade do sistema conforme certos valores.*”<sup>528</sup>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, conforme visto no item precedente.

Uma das dificuldades, no entanto, diz respeito aos riscos de ampliação dos poderes do ministério público, diminuindo o âmbito de atuação do magistrado. No Brasil, esta questão é menos problemática, uma vez que o ministério público é instituição

---

<sup>527</sup> “Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos. Não se desconhece que, em elevadíssima percentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito, o Ministério Público não oferece denúncia, o mesmo MP e o juiz agem de modo a que se atinja a prescrição.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, op. cit., p. 274)

<sup>528</sup> *Justicia penal y Estado de derecho*, op. cit., p. 211 (trad. nossa) (grifos do autor).

independente de qualquer outro Poder e conta com garantias institucionais e de seus membros. Além disso, o princípio da legalidade assegura o controle no exercício dessas atribuições.

Por outro lado, critica-se o fato de o legislador tipificar determinada conduta como delitiva para, na esfera processual, deixar-se de exercer o interesse punitivo estatal. Haveria, nessa perspectiva, um “desvirtuamento do Direito penal material por meio do processo.”<sup>529</sup> Entre nós, Joaquim Canuto Mendes de Almeida afirmou que “o princípio dispositivo seria, no processo criminal, a negação do direito criminal.” Isso porque há um interesse coletivo no efetivo cumprimento das sanções e “o Estado não tem, apenas, o direito de punir, mas, sobretudo, o *dever de punir*.”<sup>530</sup>

O ideal seria que, em relação a delitos de pouca significância quanto à lesão aos bens jurídicos, houvesse a descriminalização. Contudo, nem sempre as reformas do sistema jurídico-penal operam-se de modo simultâneo e harmônico. Mister ainda considerar que nem todos os delitos de menor ofensividade podem ser descriminalizados e, para eles, a instauração de uma ação penal ainda é providência desproporcional se comparada com medidas alternativas que, de modo mais eficiente e atendendo a princípios de política criminal, satisfazem o interesse punitivo. Com os institutos consensuais, portanto, busca-se compatibilizar a resposta estatal com o tipo de infração, criando alternativas dentro do sistema e evitando a estigmatização pelo processo.

#### **6.4.4. Proteção dos interesses da vítima**

Cumprido destacar, finalmente, a atenção que os institutos consensuais brasileiros conferem aos direitos da vítima, seguindo as recentes orientações do processo penal.<sup>531</sup> Na

---

<sup>529</sup> AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 77 (trad. nossa)

<sup>530</sup> *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 86 (grifo do autor). Nas palavras do referido doutrinador: “Ou a pena é necessariamente reclamada pelo crime, para satisfação do interesse social – e deve ser inflexivelmente aplicada pela ação obrigatória do poder público – ou pode ser discricionariamente evitada pela transação dos particulares ou funcionários do Estado, e, então, não se justifica a cominação legislativa.” (op. cit., p. 86)

<sup>531</sup> Sobre o conceito de vítima, Jaume Solé Riera observa que “por vítima de um delito pode entender-se aquele sujeito, pessoa física ou jurídica, grupo ou coletividade de pessoas, que padece, direta ou indiretamente, as conseqüências prejudiciais da prática de um delito.” Acrescenta ainda que “o termo *ofendido* parece referir-se ao sujeito que sofre diretamente a lesão do bem jurídico protegido pelo Ordenamento, enquanto *prejudicado* seria aquela pessoa que sofre em sua esfera estritamente patrimonial, ou

criminologia, convencionou-se estabelecer três momentos históricos relacionados ao papel atribuído à vítima: a “idade de ouro”, em que prevaleciam formas mais primitivas de realização da justiça, com a atuação do próprio ofendido ou do grupo social ao qual pertencia, tendo este período se estendido até a Baixa Idade Média, quando se iniciou a centralização do poder pelos monarcas; a “fase de neutralização”, na qual os poderes públicos tomaram para si a função de oferecer uma resposta ao comportamento delitivo, momento que se caracterizou pelo surgimento do Estado moderno; e a “fase de redescobrimto”, que se verificou a partir de meados do séc. XX, sobretudo com os estudos de vitimologia.<sup>532</sup>

Depois de desempenhar um papel principal no âmbito da reação ao ato delitivo, a vítima foi deixada em segundo plano a partir da afirmação do Estado como titular do interesse punitivo. A vingança privada – inconveniente pela desproporcionalidade – foi substituída por mecanismos de punição institucionalizados e integrantes do poder estatal. Sucedeu-se, por conseguinte, uma fase de abandono da vítima, cujos interesses foram limitados à esfera civil, priorizando-se, nas ciências criminais, a figura do infrator.

A evolução das garantias do acusado e as preocupações com o caráter ressocializador da pena não foram acompanhadas de medidas protetivas voltadas para a vítima, cuja importância foi sendo reduzida. Ademais, considerando-se o delito como uma violação das normas de convivência social, o problema principal passou a ser a relação entre o Estado e o infrator. Aos órgãos oficiais caberia a punição do delito, mediante o processo, apresentado como instrumento apto a assegurar uma solução imparcial, distante dos sentimentos que movem as rivalidades entre o agressor e sua vítima. Como observa Antonio García-Pablos de Molina, “a neutralização da vítima está, pois, nas próprias origens do processo legal moderno. Este é um mecanismo de mediação e solução institucionalizada dos conflitos que objetiva e despersonaliza a rivalidade entre as partes contendoras.”<sup>533</sup>

---

moral, as conseqüências do ilícito penal cometido.” (*La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 21, grifos do autor, trad. nossa)

<sup>532</sup> BAAMONDE, Xulio Ferreira. *La víctima en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2005, p. 3-32. Ressalta o autor que mesmo na chamada Idade de Ouro a vítima não exerceu sempre, com exclusividade, o poder de castigar o infrator, pois havia também a interferência da comunidade, da família e de grupos semelhantes (op. cit., p. 10). Quanto ao redescobrimto, Sérgio Salomão Shecaira comenta que os estudos mais sistemáticos sobre a vítima iniciaram-se depois da Segunda Guerra Mundial, “especialmente em face do martírio sofrido pelos judeus nos campos de concentração comandados por Adolf Hitler.” (*Criminologia*, op. cit., p. 52).

<sup>533</sup> Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, op. cit., p. 67-68.



O movimento atual, porém, é de revalorizar a vítima e de ampliar suas oportunidades de manifestação no processo, resguardando-lhe o direito de ser informada e de ter assistência jurídica para a proteção de seus interesses. Além disso, evidencia-se a necessidade de acompanhamento psicológico em determinadas circunstâncias e de programas governamentais de apoio. O objetivo é evitar ou minimizar a chamada “vitimização secundária”, que decorre da exposição da vítima durante as investigações e o processo judicial.<sup>534</sup> Importante destacar que a maior preocupação com a vítima ocorreu não só no processo, mas também no direito penal, mediante a criação tipos penais que protegem novos bens jurídicos e que se voltam para a vítima no âmbito coletivo e difuso, consoante salienta Antonio Scarance Fernandes.<sup>535</sup>

O reconhecimento dos direitos da vítima no processo não significa menosprezar o avanço promovido pela assunção do *jus puniendi* pelo Estado. Tal providência foi fundamental para a fixação de um conjunto de regras a serem observadas no ato punitivo. Também foi um passo a mais na busca de proporcionalidade entre o crime e o castigo.<sup>536</sup> De igual modo, não representa uma sobreposição dos interesses da vítima em detrimento das garantias já conquistadas pela pessoa imputada. “A síntese da evolução” – diz Xulio Ferreira Baamonde – “é possivelmente um Direito e um processo penal novos, onde não cabe uma volta ao passado mítico da Idade de Ouro, nem tampouco continuar mantendo no esquecimento quem é o grande prejudicado pelo delito.”<sup>537</sup>

Relevante, nesse contexto, o movimento internacional iniciado na década de setenta no sentido de proteger os interesses da vítima no processo penal. Como exemplo disso, tem-se a Resolução 40/34 da Assembléia-Geral da ONU, de 29.11.1985, a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa n. R (85) 11, de 28.6.1985 e, mais recentemente, a Decisão-Marco do Conselho da União Europeia, de 15.3.2001.<sup>538</sup>

---

<sup>534</sup> Raúl Cervini se refere à “vitimização secundária” como “o dano adicional que causa a própria mecânica da justiça penal formal em seu funcionamento.” (*Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. da tradução. Trad. Eliana Granja et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 252)

<sup>535</sup> *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 24.

<sup>536</sup> O progresso representado pelo afastamento da vítima do conflito penal é aspecto lembrado, dentre outros autores, por Alexandre Wunderlich (A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*, op. cit., p. 20-21).

<sup>537</sup> Op. cit., p. 31.

<sup>538</sup> GARCÍA, José Antonio Tomé. El estatuto de la víctima en el proceso penal según la decisión marco del Consejo de La Unión Europea de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español. In: DEU, Teresa Armenta; INCHAUSTI, Fernando Gascón (coord.). *El derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Colex, 2006, p. 259-264. Esse movimento internacional, comenta o citado autor, “parte da idéia de que, entre os diferentes objetivos fundamentais que

Na América Latina, Alberto M. Binder chama a atenção para que a “incorporação da vítima ao sistema penal” seja uma das orientações do processo de reformas, ampliando suas faculdades e possibilidades de colaboração.<sup>539</sup> Alberto Bovino igualmente pondera que a tendência de autonomia da vítima converteu-se “em um novo lineamento estrutural que atravessa os códigos mais modernos.”<sup>540</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, a participação da vítima no processo penal ocorria, antes da Lei n. 9.099/95, na iniciativa da ação penal privada, na representação na ação penal pública condicionada, na assistência ao ministério público, nas declarações durante a instrução probatória e nos requerimentos de medidas assecuratórias de sua pretensão civil. No âmbito penal, a preocupação com a reparação do dano já estava presente no regramento das penas restritivas de direito, com a previsão de prestação pecuniária. A partir da Lei dos Juizados Especiais Criminais, no entanto, a tendência político-criminal de integração da vítima na justiça criminal teve manifestações evidentes. Passou-se, por exemplo, a exigir a representação para os crimes de lesão corporal leve e culposa. Quanto aos institutos de justiça consensual, a conciliação erigiu-se a um dos principais objetivos, permitindo a participação ativa da vítima.<sup>541</sup>

A integração da vítima, embora, de algum modo, já presente no processo penal tradicional, ganhou novo impulso com as vias conciliativas do consenso. A maior efetividade ocorre porque o processo penal passa a ter uma finalidade mais abrangente, que envolve a satisfação do *jus puniendi*, a preservação das garantias do imputado e a consideração dos interesses da pessoa ofendida. Dentre os pontos positivos, a reparação do dano torna-se mais rápida, evitando a necessidade de recorrer a outras vias processuais, o que contribui para a diminuição da vitimização secundária.

---

tem na atualidade o processo penal, encontra-se o de responder às necessidades da vítima, objetivo que não é incompatível com outros fins que persegue dito processo. Trata-se, portanto, de superar a visão tradicional que reduzia o processo penal a um conflito entre o Estado e o delinqüente, no qual a vítima tinha um papel secundário.” (op. cit., p. 260) (trad. nossa).

<sup>539</sup> *Justicia penal y Estado de derecho*, op. cit., p. 212.

<sup>540</sup> *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 103.

<sup>541</sup> Geraldo Prado, referindo-se especificamente à transação penal, defende que os benefícios para a vítima nesse instituto são um mito. “Na transação disciplinada na Lei nº 9.099/95 o papel da vítima é ainda mais reduzido que no procedimento comum, pois neste ela ao menos colabora, apresentando em juízo sua versão dos fatos. Na transação penal isso não ocorre.” (*Elementos para uma análise crítica da transação penal*, op. cit., p. 200) Concordarmos que, na transação penal, há uma menor participação da vítima. Isso se justifica, porém, pelo fato de que os institutos mais apropriados para isso são a conciliação civil e a suspensão processual.

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 conseqüências danosas do comportamento delitivo. O que está em pauta, pois, é a tentativa de estabelecer uma 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.

Importante ressaltar, na doutrina, as críticas que se levantam contra esse resgate da vítima no processo. O principal inconveniente apontado é o risco de um retorno à vingança privada, o que seria um retrocesso para o processo penal. É essa a preocupação demonstrada por Salo de Carvalho, ao afirmar que “são cada vez mais comuns os elogios aos modelos de justiça penal consensual, à tendência de tornar a vítima sujeito do processo, tudo indicando uma nova fase de ‘privatização do processo penal’, típica da estrutura acusatória privada germânica do medievo.”<sup>542</sup> Por outro lado, para essa corrente, também não seria recomendável cumular, no processo penal, interesses de natureza civil, para evitar “a comercialização do delito através da ação penal.”<sup>543</sup> Como já tivemos a ocasião de mencionar, a revitalização da vítima representa a incorporação de novas finalidades ao processo penal e deve ser harmonizada com os demais interesses. Atendidos esses pressupostos, não se vislumbra prejuízos para o desenvolvimento da persecução.

Analisadas as idéias de proximidade e participação, adequação procedimental, flexibilização do princípio da obrigatoriedade e proteção dos interesses da vítima, podemos dizer que essas propostas do modelo consensual brasileiro concorreram para o aperfeiçoamento da persecução penal, ao serem introduzidas pela Lei n. 9.099/95. Fixou-se um tratamento jurídico adaptado às pequenas e médias infrações, evitando a permanência desses conflitos fora do sistema legal; buscou-se promover a interação entre as pessoas diretamente vinculadas à infração, atendendo também aos interesses da vítima;

---

<sup>542</sup> Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*, op. cit., p. 145-146. No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior: “também entendemos que a participação da vítima no processo penal não deve ser potencializada, para evitar uma molesta contaminação pela sua ‘carga vingativa’. Seria um retrocesso a autotutela e autocomposição, questões já superadas pelos processualistas.” (Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista, op. cit., p. 124)

<sup>543</sup> CARVALHO, Salo, op. cit., p. 149.

possibilitou-se, por fim, uma resposta mais célere para essas modalidades de condutas infracionais. Em síntese, 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. Isso não significa, contudo, que inexistam distorções práticas ou que não haja necessidade de promover algumas modificações pontuais no quadro normativo do consenso. Sobre esses temas, detemo-nos adiante.

## 7. JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL: DO MODELO À PRÁTICA

Não obstante o reconhecimento de que a justiça consensual é necessária como alternativa dentro do sistema penal, não se desconhecem alguns desvirtuamentos que ocorrem no cotidiano forense e que, não raro, têm sido tomados como fundamento para uma crítica generalizada à Lei n. 9.099/95. A opção por um determinado modelo de processo penal ou por uma orientação político-criminal vincula-se a valores, princípios e práticas que, pelo menos em tese, mais se afinam à sociedade em dado momento histórico. Contudo, a concretização desses esquemas teóricos na vida social está sempre sujeita ao confronto com novas variáveis, que podem contribuir para a eficiência ou o fracasso das idéias propostas.

Na sociedade brasileira, as estratégias para obter efetividade do sistema jurídico devem ter em conta as desigualdades econômicas que marcam as diferentes regiões do país; o grande número de pessoas excluídas, muitas das quais sequer têm os documentos básicos de identificação; a diversidade cultural, que promove uma percepção diferenciada da lei; a precariedade das políticas públicas; a descrença da população nas instituições; a percepção de que lutar pela defesa dos direitos é algo muito custoso; dentre outros aspectos, pelos quais fica claro que a lei, por si só, é insuficiente para transformar instituições, pessoas, modos de proceder, sobretudo quando se espera que isso ocorra em um curto espaço de tempo.

No que se refere à justiça consensual, há de se compreender, de início, o fato de que esse modelo insere-se na conjuntura de um Poder Judiciário carente de reformas estruturais, com recursos humanos e materiais ainda deficientes, bem como dificuldades de gestão. Tal circunstância não causa surpresa se consideramos as mazelas de que padece o Estado brasileiro em diversos segmentos, como a saúde e a educação. Não se poderia, portanto, esperar que a função jurisdicional fosse incólume a esses problemas.<sup>544</sup> Por outro lado, a introdução do consenso no processo penal não se fez acompanhar de uma reforma

---

<sup>544</sup> Juan Montero Aroca também faz observação genérica nesse sentido: “Deve-se admitir que o Estado não cumpre todas suas funções de maneira perfeita, que não pode garantir de maneira completa nem a saúde, nem a educação, nem a segurança pública, nem tantas outras funções, de modo que não pode exigir-se do mesmo que se cumpra de maneira perfeita e completa a que chamamos função penal.” (*Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, op. cit., p. 81-82) (trad. nossa).

no sistema penal, o que acarreta, por vezes, a instauração de procedimento para infrações penais de mínima lesividade. Outro fator importante diz respeito à formação acadêmica dos profissionais integrantes das carreiras jurídicas, principalmente, juízes, delegados e promotores de justiça. Isso porque a justiça consensual requer uma postura diferenciada, menos conservadora e legalista, exigindo mudanças de valores.

Acrescente-se que a efetividade da justiça consensual depende também de um aparelhamento social adequado, ou seja, de iniciativas do Poder Executivo que se relacionem com a melhoria dos serviços públicos e dos mecanismos de promoção da cidadania. A título de exemplo, se uma pessoa comete reiteradamente infrações de menor potencial ofensivo porque tem envolvimento com álcool ou outro tipo de substância entorpecente, é necessário o encaminhamento para um serviço social e psicológico adequado em que seja possível o tratamento e a recuperação. Sem isso, haverá uma solução jurídica temporária, mas o indivíduo continuará praticando a conduta contrária à norma jurídica.

É fundamental, portanto, avaliar a justiça consensual dentro da realidade em que se insere, reconhecendo os avanços que proporcionou para o sistema jurídico penal brasileiro, mas também identificando as falhas que precisam ser corrigidas para um modelo mais eficiente. Sobrecarregar os institutos consensuais com excesso de expectativas para depois rotulá-los de ineficientes não contribui para o aperfeiçoamento de uma iniciativa que, ademais, já vem sendo há muito experimentada em outros países.

Analisemos, assim, os problemas mais frequentes no funcionamento da justiça consensual no Brasil, que são observáveis principalmente nos juizados especiais criminais da justiça estadual, bem como algumas providências externas ao modelo do consenso que se revelam essenciais para a obtenção de uma maior efetividade da Lei n. 9.099/95.

### **7.1. Problemas práticos da justiça consensual penal brasileira**

No plano teórico, a introdução de soluções consensuais, notadamente a transação, encontrou obstáculos no confronto com as finalidades e princípios do processo penal, alegando-se violação das garantias constitucionais. Afora esse embate, a implementação dos institutos do consenso também depara-se com as limitações do sistema judiciário e dos profissionais encarregados de interpretar e concretizar os propósitos do modelo construído

pela Lei n. 9.099/95. Enumeramos as principais críticas apontadas contra a justiça consensual enquanto experiência concreta:

**a) Realização de audiências coletivas:** com o intuito de resolver o máximo de procedimentos, tem-se, em alguns casos, optado por audiências coletivas, em que dezenas de autores de fatos ouvem as propostas de transação e escolhem entre prestação de serviços ou multa. Para Geraldo Prado, “a técnica é a mesma dos contratos de adesão e a eficácia, se é ótima para as empresas privadas, perturba a racionalidade dos envolvidos, que não conseguem compreender o que está acontecendo.”<sup>545</sup>

Certamente há nessa prática uma economia de tempo, mas com um preço muito alto em termos de efetividade, de respeito às garantias fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Ferem-se as exigências mínimas de privacidade, desejável por toda pessoa que se vê envolvida com a justiça, por mais simples que seja o caso. Perde-se, igualmente, a característica básica da justiça consensual, que é a idéia de proximidade, de estímulo ao diálogo, de um ambiente mais humanizado. Por outro lado, a assistência da defesa torna-se mais difícil em circunstâncias como esta, sobretudo, quando vários agentes dependem da defensoria pública, cujo número de profissionais, em regra, está aquém da necessidade.

Outro prejuízo decorrente dessa prática é a impossibilidade de serem analisadas as peculiaridades de cada procedimento, ou seja, se realmente há elementos suficientes para uma proposta de transação, se existe relevância penal no fato narrado, se já não se operou a prescrição, quais as condições financeiras dos autores do fato que aceitam multa, dentre outros detalhes significativos juridicamente.

**b) Falta de esclarecimentos ao autor do fato e à vítima:** considerando que, normalmente, a população desconhece os procedimentos judiciais e a linguagem própria do ambiente forense, é imprescindível que sejam prestadas todas as informações necessárias para que o autor do fato avalie as conseqüências de sua manifestação de vontade. É preciso, pois, que se esclareçam as alternativas, em termos acessíveis, contribuindo-se para

---

<sup>545</sup> *Elementos para uma análise crítica da transação penal*, op. cit., p. 196. Sobre as audiências coletivas, Miguel Reale Júnior observa que “nestes mutirões penais, reúnem-se em um salão, centenas de ‘Autores de Fatos’. O termo de aceitação da Transação Penal já está lavrado. Propõe-se, então, à massa de ‘Autores de Fatos’, como dádiva, por via da qual se livra a pessoa de um processo criminal, que cada qual dê latas de leite para entidades assistenciais como forma de por um fim ao processo, de modo indolor.” (Simplificação processual e desprezo ao direito penal, p. 7. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br/2006/doutrina11.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2008).

que haja a opção pelo caminho mais adequado. Esta tarefa cabe ao advogado, mas também a juízes e promotores de justiça.

Do mesmo modo, é importante que a vítima compreenda as providências que foram adotadas na audiência e os efeitos da composição civil ou da representação. Um dos direitos que têm sido atribuídos à vítima, nessa fase de redescobrimto, é exatamente o de ser informada dos trâmites procedimentais. Nesse sentido, uma das falhas observáveis nos juizados especiais criminais é a realização de audiências excessivamente rápidas, em decorrência das longas pautas, de maneira que, por vezes, os esclarecimentos ao autor do fato e à vítima são dados apenas como uma formalidade, sem maior preocupação com o efetivo entendimento. Acrescente-se que a tentativa de conciliar exige tempo e disposição para ouvir os diferentes posicionamentos, tarefa que fica em segundo plano quando o objetivo se restringe a diminuir o volume de trabalho. Com essa preocupação, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo comenta que “a busca de produtividade leva a uma tendência de redução dos esforços do juiz no sentido da conciliação, que exigiria o esclarecimento das partes e a abertura de espaço para a expressão da vítima e do autor do fato.”<sup>546</sup>

Assim, não obstante uma das propostas do modelo consensual seja a prestação jurisdicional mais célere, não se pode prescindir do tempo necessário para assegurar a qualidade do ato judicial e de seus resultados, até porque esse também é um fator importante para estimular a maior credibilidade nos órgãos encarregados de realizar a justiça.

**c) Transação como obrigação:** trata-se de situações em que se deixa de analisar as possibilidades de composição civil e de arquivamento, fazendo, de logo, a proposta de prestação de serviços à comunidade ou de pagamento de multa, como se a transação penal fosse a única alternativa prevista na lei. Uma das conseqüências mais marcantes disso é a falta de análise da tipicidade da conduta. Em determinados casos, uma apreciação mais cuidadosa da descrição dos fatos poderia levar à conclusão pela ausência de tipicidade, com o arquivamento do termo circunstanciado.

**d) Deficiências na descrição do fato na delegacia:** embora a substituição do inquérito policial pelo termo circunstanciado tenha o intuito de simplificar o procedimento, por vezes a singeleza das informações provenientes da delegacia é tamanha que dificulta a

---

<sup>546</sup> Conciliar ou punir? – Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*, op. cit., p. 76.



compreensão de como os fatos ocorreram.<sup>547</sup> Com isso, perde-se tempo com pedido de diligências ou formam-se juízos precipitados. No mais, prejudica-se a apreciação da tipicidade da conduta atribuída ao autor do fato. A solução para esse problema certamente envolve investimentos na formação dos delegados, os quais, assim como juízes e membros do ministério público, precisam de orientações específicas sobre as particularidades dos juizados.

**e) Falta de um juízo mais detido sobre o recebimento da denúncia oral:** o recebimento da denúncia não deve ser um ato automático, exigindo apreciação dos requisitos legais e fundamentação, ainda que simples. Por tratar-se de formalização da acusação que pesa sobre o autor do fato, faz-se necessário averiguar se estão atendidas as exigências para tanto, atestando-se a justa causa para a continuidade da persecução penal. Mais uma vez, releva-se fundamental a atuação do magistrado e do ministério público para que esgotem, com cautela, as alternativas consensuais e só levem adiante persecuções que, realmente, sejam justificáveis.

Sabemos que esses problemas acima elencados não são práticas generalizadas, mas distorções pontuais. O número de procedimentos nos juizados especiais criminais pode ser indicado como uma das causas para o descumprimento dos objetivos da justiça consensual. A pressão diária para o atendimento da demanda, não raro, traz como conseqüência a priorização da quantidade em detrimento da qualidade na prestação do serviço jurisdicional. Alia-se a isso a dificuldade de assimilar as técnicas de conciliação, bem como de adotar uma postura de proximidade e de informalidade no tratamento das infrações de menor potencial ofensivo. Vão-se consolidando, assim, determinadas rotinas e vícios, seja de magistrados e promotores de justiça, seja de funcionários.

De qualquer sorte, vê-se que a justiça consensual no Brasil está em construção e que seus valores e princípios ainda não se firmaram plenamente nas práticas cotidianas. Impõe-se um esforço pelo aperfeiçoamento operacional dos juizados especiais, corrigindo as deficiências que se apresentam e buscando sempre mais qualidade na prestação jurisdicional. Exemplo de iniciativa nesse sentido são as discussões promovidas pelo

---

<sup>547</sup> Criticando esse aspecto, Miguel Reale Júnior comenta que “a fragilidade dos Termos Circunstanciados não tem impedido a convocação do indicado como Autor do Fato a comparecer a audiência preliminar, onde se propõe conciliação ou transação, sem exame prévio da tipicidade, do elemento subjetivo, da co-autoria, da existência de causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade, mesmo porque a lei propõe a imediatidade do chamamento a juízo, conforme explicita no art. 69, e seu parágrafo único”. (Simplificação processual e desprezo ao direito penal, op. cit., p. 5)

Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE, que permitem a troca de experiências acerca de projetos desenvolvidos em todo o país, bem como a interpretação dos dispositivos da Lei n. 9.099/95. Portanto, os obstáculos que remanescem não justificam uma postura de aversão aos institutos consensuais penais. É natural que haja aspectos a serem melhorados, os quais normalmente se revelam ao longo do tempo.

## **7.2. Medidas complementares ao modelo consensual**

Como já ressaltado, a concretização dos fins do modelo consensual pátrio depende, também, de um conjunto de medidas voltadas para a melhoria do sistema penal como um todo. É a idéia da globalidade da reforma proposta pelo Código-Modelo para Ibero-América, que pressupõe “uma nova organização judiciária, com a necessária reestruturação, a nível dos países interessados, dos órgãos da administração da justiça penal (tribunais, Ministério Público, defensorias, serviços da justiça).”<sup>548</sup> Nesse contexto, é essencial uma maior integração entre direito penal e processual penal, a fim de que as reformas nesses dois âmbitos se realizem de modo mais harmônico, tendo em vista uma política criminal coerente e a efetividade social dos valores constitucionais.

### **7.2.1. Reforma na administração da justiça**

O tema da administração da justiça está sempre presente quando se pretende implementar mudanças na esfera legislativa, pois, sabe-se que a simples entrada em vigência de uma nova lei não é suficiente para promover alterações imediatas. Um dos fatores essenciais para o bom funcionamento dos juizados são os investimentos na qualidade da atividade administrativa e jurisdicional do Poder Judiciário. Isso inclui o aperfeiçoamento dos funcionários da justiça para lidar com o público específico dos juizados, bem como a preparação dos magistrados para as novas tarefas que lhes são atribuídas pela Lei n. 9.099/95.

A justiça consensual requer do juiz habilidades de conciliação e disposição para desburocratizar as rotinas próprias do ambiente forense. Considerando ainda que o público dos juizados especiais criminais é, em regra, de pessoas mais carentes, é preciso adaptar a

---

<sup>548</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, op. cit., p. 208.

linguagem jurídica para que haja proximidade e compreensão dos atos que estão sendo realizados. Ocorre, porém, que, muitas vezes, a formação predominantemente técnica dos magistrados dificulta a percepção dessas e outras peculiaridades da justiça consensual. A tendência – não só para a atuação nos juizados, mas em vários outros ramos da ciência jurídica – é que se exija cada vez mais uma formação multidisciplinar, agregando, por exemplo, conhecimentos nas áreas de sociologia, psicologia, economia e política.

Trata-se de uma mudança também cultural, que focalize o processo como algo que deve ser resolvido e não burocratizado. Por outro lado, ao juiz cabe preservar a concretização das garantias constitucionais e evitar que a justiça consensual se transforme em instrumento de coerção e violação de direitos. O magistrado pode agir tendo em vista tão-somente a produtividade ou, em outra perspectiva, contribuir para que os juizados sejam um espaço de soluções obtidas por meio do diálogo e da participação. Como assevera José Carlos Barbosa Moreira, “nenhum sistema processual, por mais bem inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção.”<sup>549</sup>

Com Alberto M. Binder, acabe acrescentar a ressalva de que, para além de esforços individuais, deve-se levar em consideração o contexto organizacional no qual esses profissionais estão inseridos. Em outras palavras, “as pessoas atuam em organizações complexas e devem cumprir regras, rotinas e adotar valores que não são emanção de sua própria e exclusiva personalidade.”<sup>550</sup> Assim, a mudança cultural não diz respeito apenas a indivíduos isolados, mas ao próprio Poder Judiciário.

Outro aspecto relevante em termos de efetividade dos juizados é a dimensão financeira. Com efeito, há um custo necessário para viabilizar instalações adequadas, aperfeiçoamento de funcionários e magistrados, serviços de psicologia, assistência social e defensoria pública, de modo que a repercussão da falta de recursos não deve ser desprezada como fator que debilita a atuação da justiça consensual. Isso não quer dizer, contudo, que o aumento de investimentos, por si só, seja a solução, devendo ser acompanhado de formas de gestão mais eficientes.<sup>551</sup>

---

<sup>549</sup> Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual (8ª série)*, op. cit., p. 26.

<sup>550</sup> *Justicia penal y Estado de derecho*, op. cit., p. 342.

<sup>551</sup> Defender que a solução dos problemas da justiça está unicamente no aumento de recursos materiais e humanos é pretender “mais do mesmo”, na expressão de Alberto M. Binder. “A nova dose de recursos materiais” – diz o autor – “produz um alívio na situação de ineficiência da justiça, mas por pouco tempo,

Em suma, a atuação eficaz dos juizados requer esforços contínuos no sentido de priorizar a qualidade da prestação jurisdicional, o que se insere nas preocupações cada vez mais evidentes com a modernização do Poder Judiciário.

### **7.2.2. Descriminalização dos delitos de bagatela e aplicação do princípio da insignificância**

Uma das críticas à justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro tem sido de que os juizados especiais criminais resgataram infrações de ínfima ofensividade, os chamados delitos de bagatela.<sup>552</sup> Nessa perspectiva, Aury Lopes Júnior comenta que “quando todos defendem a intervenção penal mínima, a Lei nº 9.099 vem para ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela, de mínima relevância social.”<sup>553</sup> Já para Alexandre Morais da Rosa “ações do mundo da vida que se resolviam por outras esferas” agora são solucionadas no âmbito da justiça penal. Assim, “qualquer briga de vizinhos, discussão ou querela cível, acaba sendo maquiada como uma ‘agressão verbal’, ‘calúnia’ ou ‘ameaça’ e vira Termo Circunstanciado, com audiência e tudo”.<sup>554</sup>

De fato, as contravenções ocupam um espaço considerável nos juizados especiais criminais. No entanto, é preciso ter presente algumas ressalvas. Muitos desses comportamentos tipificados como contravenções penais ficavam fora do Judiciário, seja porque havia uma seletividade na esfera policial, seja porque o ofendido – quando existia – simplesmente optava por não buscar as vias legais. Por outro lado, mesmo nos casos em que essas condutas chegavam ao sistema judicial, o destino delas era, quase que inevitavelmente, a prescrição. Desnecessário dizer o quanto isso era frustrante em termos de prestação jurisdicional, além de mobilizar, inutilmente, o trabalho da polícia.

---

na medida em que não são superadas as causas estruturais do problema, a situação se repete e provavelmente já não se conta, desta vez, com a possibilidade de uma nova injeção de recursos.” (op. cit., p. 206-207)

<sup>552</sup> Teresa Armenta Deu esclarece que “o conceito de ‘delito bagatela’ não está dogmática nem legalmente reconhecido; no entanto, é de uso comum por parte da imensa maioria da doutrina ao referir-se a fatos contemplados nas leis penais, cuja reprovabilidade é escassa e cujo bem jurídico protegido se considera de menor relevância.” (*Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, op. cit., p. 23, trad. nossa)

<sup>553</sup> Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista, op. cit., p. 113.

<sup>554</sup> Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*, op. cit., p. 69.

Com a Lei n. 9.099/95, procurou-se solucionar tais problemas. Os juizados diminuíram as seleções que ocorriam no âmbito dos órgãos policiais. A tendência é formalizar o procedimento por termo circunstanciado e remeter para que se resolva no Judiciário. Isso é fundamental, pois assegura que essas pequenas infrações recebam um tratamento jurídico, com observância da legalidade e respeito ao princípio da igualdade. Optou-se, então, por uma seletividade com controle jurisdicional. Do ponto de vista processual, também houve uma melhora significativa. A previsão de um rito específico e desburocratizado proporcionou celeridade e simplicidade, evitando a prescrição. Desse modo, as infrações de menor potencial ofensivo já não precisam concorrer com os delitos mais graves.

A Lei n. 9.099/95 permitiu que o Judiciário tomasse conhecimento de um maior número de delitos e adotasse as ações necessárias para resolvê-los. Algo semelhante ocorreu com a Lei n. 7.244/84, que criou os juizados de pequenas causas cíveis e, com isso, possibilitou o tratamento jurídico de demandas até então excluídas do sistema, ou seja, conflitos que integravam a litigiosidade contida.

Naturalmente, iniciativas como essas acabam trazendo alguns problemas práticos. Se, por um lado, o maior acesso das pequenas infrações penais ao aparato judicial restringe escolhas extrajudiciais arbitrárias, por outro, tem a desvantagem de sobrecarregar os órgãos jurisdicionais com procedimentos que talvez pudessem ser evitados em decorrência da pouca relevância.

É nesse ponto que se destaca a importância de que o funcionamento dos juizados especiais criminais seja analisado em conjunto com a idéia de descriminalização. Se condutas com ínfima lesividade estão sendo processadas nos juizados é porque ainda permanecem sendo tipificadas como infrações de natureza criminal. O que deve ser questionado é: primeiro, se há necessidade de continuar aplicando sanções penais para esses comportamentos tidos como desviantes; segundo, se seria mais adequado remeter o sancionamento para o âmbito administrativo; terceiro, se seria cabível conferir a legitimidade plena. Trata-se de problema inerente ao direito penal.

Pela descriminalização, como se sabe, exclui-se de uma determinada conduta o caráter de infração penal. Quando essa medida parte de uma escolha oficial, opera-se a denominada descriminalização de direito, que pode ter como consequência “o pleno

reconhecimento jurídico e social do comportamento descriminalizado”, conforme mencionou o Conselho da Europa em documento emitido em 1980.<sup>555</sup>No entanto, a descriminalização também pode retirar a ilicitude penal de um comportamento, sem impedir a aplicação de sanções administrativas. Ocorre apenas uma mudança nas esferas repressivas. É o que Raúl Cervini enquadra como descriminalização substitutiva, citando como exemplo “a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar.”<sup>556</sup>

Foi esse o caminho seguido pela Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, aderindo a um movimento internacional de adaptação do direito penal à sociedade de massa. Assim, a partir de 1952 as contravenções passaram a integrar o âmbito administrativo, sendo retiradas do Código Penal. Também a Itália, com a Lei n. 689/1981, remeteu para o direito administrativo grande número de contravenções e de delitos punidos apenas com sanção pecuniária.<sup>557</sup>

A opção por descriminalizar envolve uma política criminal cuidadosa que esteja em harmonia com o contexto social, exigindo estudos e planejamento. Uma das principais dificuldades nessa matéria é a fixação de critérios que orientem a seletividade do sistema penal no momento de incriminar. Além disso, a descriminalização encontra obstáculo na tendência de inflação legislativa que tem caracterizado o direito penal na sociedade contemporânea.

De qualquer modo, apesar de reconhecer que a descriminalização é medida complexa e mais difícil de ser concretizada a curto prazo, uma iniciativa nessa frente teria repercussão positiva sobre a justiça consensual. Mesmo nos juizados especiais, não há conveniência em consumir esforços com o processamento de determinadas contravenções penais.<sup>558</sup>A adoção de medidas de caráter penal para condutas insignificantes criminalmente gera um volume desnecessário de trabalho e traz para o âmbito judicial

---

<sup>555</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 319. A referência é ao *Rapport sur la décriminalisation*, elaborado pelo *Comité Européen pour les Problèmes Criminels*, do Conselho da Europa. Sobre a importância do documento no processo evolutivo da descriminalização na Europa, cf. PALIERO, Carlo Enrico. *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, op. cit., p. 550-568.

<sup>556</sup> *Os processos de descriminalização*, op. cit., p. 82.

<sup>557</sup> SOHN, Byung-Hyun, op. cit., p. 78-88; ARMENTA DEU, Teresa, op. cit., p. 31-33.

<sup>558</sup> Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini lembram que as contravenções de vadiagem e mendicância, por exemplo, ainda estão em vigor no nosso ordenamento, previstas na Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/1941), arts. 59 e 60, respectivamente (*O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48)

indivíduos que, na verdade, deveriam receber outras formas de assistência por parte do Estado. Nesse aspecto, vale a observação de Antonio García-Pablos de Molina, no sentido de que os procedimentos de conciliação, mediação e reparação não devem ser restringidos apenas a bagatelas, pois, com isso, “se estenderiam desmesuradamente as redes do controle social para se alcançar, sem nenhuma justificação, conflitos que poderiam ser resolvidos inclusive por meio de institutos civis.”<sup>559</sup> Muito embora o autor se refira à justiça restaurativa, a advertência também se aplica à justiça consensual, que utiliza a conciliação e a reparação para atingir seus objetivos.

A Lei n. 9.099/95 não cuidou de descriminalizar condutas, mas apenas de mecanismos fundados na idéia de despenalização. É conveniente que essa iniciativa seja acompanhada de providências voltadas para retirar o caráter ilícito de condutas que não ostentam lesividade a bens jurídicos, o que exige uma reorganização do sistema criminal. Insistir em dar tratamento penal para bagatelas é concorrer para a ineficiência dos juizados, pois não há recursos materiais e humanos que possam dar conta de toda pequena conflituosidade que surge no meio social.<sup>560</sup>

No cerne da questão relacionada ao resgate de bagatelas está a própria hipertrofia do direito penal, que tem como uma de suas manifestações a criminalização de condutas de ínfima ofensividade. Nesse fenômeno insere-se também o processo de transformação de ilícitos administrativos em infrações criminais, o que se justificou, em dado momento, pelo propósito de evitar arbitrariedades.<sup>561</sup> Todavia, a sobrecarga do Poder Judiciário, comprometendo o funcionamento do sistema jurídico-penal, motivou, em vários países, o recurso à descriminalização, inclusive com o movimento inverso de remeter para autoridades administrativas alguns ilícitos.<sup>562</sup>

---

<sup>559</sup> Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, op. cit., p. 408.

<sup>560</sup> Se a descriminalização deve ter como consequência o reconhecimento pleno da legitimidade do comportamento ou transformá-lo em mero ilícito administrativo, é tema que depende de cada situação específica.

<sup>561</sup> Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini se referem a esse problema como um processo de “administrativização do Direito penal” (op. cit., p. 43-45).

<sup>562</sup> Antonio Scarance Fernandes também se manifesta sobre a importância da descriminalização. Nas palavras do autor: “Outro caminho que, paralela e conjuntamente, se faz necessário é o da descriminalização de certas condutas, considerando-as apenas infrações administrativas, como vem sucedendo de forma gradativa na Espanha e na Itália. Houve, historicamente, período em que se entendeu necessário criminalizar condutas administrativas, até mesmo para garantir o particular contra o excesso da Administração, pois, além de serem as infrações fixadas pela Administração. Eram por ela julgadas, sem outorga de garantias ao particular para se defender. O alargamento desmedido desse movimento levou, contudo, à excessiva criminalização. Mister se faz, agora, movimento em sentido oposto.” (*Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, op. cit., p. 302)

Creemos ainda que o problema dos procedimentos por condutas insignificantes perante os juizados especiais vincula-se, com mais frequência, à simples ausência de análise detida sobre a configuração do tipo penal. Essa situação se agrava pelo fato de que nem sempre o representante do ministério público aprecia o termo circunstanciado antes da audiência preliminar, seja porque não lhe é concedida a oportunidade, seja porque já existe uma rotina de simplesmente dar um parecer padronizado. Em outras ocasiões, a narrativa contida no termo oriundo da delegacia é muito genérica e impede um convencimento, de plano, sobre a irrelevância penal.

A conseqüência é que todos os procedimentos acabam sendo encaminhados para audiência, decorrendo daí as pautas incontornáveis de que tanto se fala. Ademais, juízes, promotores e funcionários, pressionados pela sobrecarga diária de trabalho, deixam de realizar satisfatoriamente suas funções, perdendo-se a qualidade daquilo que deveria ser uma instância de diálogo e participação. Assim, é fundamental que o ministério público tenha acesso ao termo circunstanciado antes da designação da audiência preliminar para requerer o arquivamento daqueles casos que visivelmente não ostentam qualquer relevância penal, invocando, se for o caso, o princípio da insignificância.<sup>563</sup>Essa etapa seletiva é essencial para que os institutos consensuais sejam utilizados apenas nas situações em que a atuação jurisdicional se revela imprescindível.

Em síntese, a idéia de que a Lei n. 9.099/95 resgatou bagatelas deve ser analisada em consonância com os fatores que conduziram à expansão excessiva do direito penal, focalizando a necessidade de reestruturação do ordenamento jurídico-penal, com o desenvolvimento de uma política oficial de descriminalização. No que concerne à esfera processual penal, impõe-se a aplicação do princípio da insignificância para justificar o arquivamento de procedimentos que tenham por objeto condutas irrelevantes.

### **7.2.3. Estruturação de práticas restaurativas**

O tratamento das pequenas infrações no ordenamento jurídico-penal brasileiro pode ser reforçado ainda pelo desenvolvimento de práticas restaurativas, notadamente a

---

<sup>563</sup> Segundo Luiz Flávio Gomes, o princípio da insignificância integra a teoria do delito e afasta a tipicidade material da conduta, devendo ser aplicado, mais especificamente, à denominada infração de bagatela própria, ou seja, aquela “que já nasce sem relevância penal, ou porque não há desvalor da ação (não existe periculosidade na ação, quer dizer, idoneidade ofensiva de relevo), ou porque não há desvalor do resultado (isto é, não se trata de um ataque grave ou importante ao bem jurídico).” (*Infracciones de bagatela y principio de insignificancia*. In: *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, p.753).



mediação vítima-ofensor, que é a modalidade mais utilizada nos países integrantes do sistema *civil law*, conforme já mencionado.

Existindo a conflituosidade no contexto social, cumpre encontrar mecanismos de pacificá-la, identificando a melhor abordagem. Em se tratando de comportamentos tipificados legalmente como infrações penais, sendo pequena a lesão ao bem jurídico e a repercussão social, a resposta que se tem, atualmente, são os juizados e seus institutos consensuais. Contudo, nada impede que outros instrumentos também se revelem adequados, afinal, a idéia de consenso não se encerra no modelo dos juizados.

A justiça restaurativa, portanto, apresenta-se como uma opção. No Brasil, as experiências com o paradigma restaurativo decorrem de iniciativas pontuais, voltadas, em regra, para a infância e juventude.<sup>564</sup> Na Europa, como vimos, a mediação vítima-ofensor tem sido uma prática incentivada e regulamentada. Essa perspectiva promissora da mediação penal deve servir de estímulo para que haja uma disciplina legal específica sobre o tema no Brasil, bem como a criação de programas de incentivo que, aos poucos, consolidem uma cultura de busca por soluções amigáveis.

É importante que se instalem outras formas de resolução de conflitos, que tenham por base a informalidade, a acessibilidade, a simplicidade de procedimentos e a proximidade. Assim, infrações penais que se inserissem no conceito de menor potencial ofensivo e que tivessem vítima poderiam ser submetidas à mediação penal, ao invés de serem remetidas logo para os juizados.

A mediação penal tem por objetivo obter um acordo sobre os prejuízos causados pela conduta delitiva, no entanto, quando se orienta pela concepção restaurativa, também busca restabelecer relações rompidas, obedecendo a um conceito mais amplo de reparação. Muitas vezes abrange um pedido de desculpas, o compromisso de respeito mútuo, explicações sobre o que levou ao cometimento do delito, enfim, detalhes que passam despercebidos na esfera judicial, mas que são significativos para o propósito de restauração.

---

<sup>564</sup> A infância e juventude é sempre um ambiente mais receptivo a iniciativas com a justiça restaurativa. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) prevê o instituto da remissão no art. 126, que é apontado pela doutrina como uma oportunidade de se colocar em prática esse modelo de justiça.

Seriam instalados, para tanto, centros de mediação penal, fora do espaço físico do Poder Judiciário, embora atuando em parceria com este. Recebendo o termo circunstanciado, o ministério público faria a seleção dos casos passíveis de serem solucionados por essa via, remetendo-os ao mediador. Far-se-ia, na seqüência, o contato com o autor do fato e a vítima para obter a adesão voluntária ao procedimento.

Acreditamos que essa oportunidade de encontro entre autor do fato e vítima diminuiria o volume de procedimentos perante os juizados nas infrações de ação penal privada ou pública condicionada à representação do ofendido, pois seria um ambiente mais propício à autocomposição, inclusive com a possibilidade de se realizar mais de uma sessão. De fato, a mediação é um processo, não um ato isolado. Em vista disso, permite compreender melhor os pontos de divergência entre os envolvidos e tentar contorná-los em busca do melhor resultado.<sup>565</sup>

Já na composição civil da Lei n. 9.099/95 uma abordagem dessa natureza é mais difícil, por se tratar de uma única audiência, com tempo reduzido para predispor a vítima e o autor do fato ao entendimento. Aqui cabe lembrar, porém, que o objetivo da composição civil é a conciliação e não a mediação propriamente dita. Interessa, nesse aspecto, a diferença apontada por Petrônio Calmon, ao mencionar que a conciliação é uma “tarefa objetiva e sucinta, visando à obtenção da autocomposição em relação à lide jurídica apresentada” (no caso do processo penal, o conflito de interesses entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* decorrente da prática, em tese, de infração penal), enquanto a mediação é atividade que requer “disponibilidade de tempo” e “aplicação de técnicas (métodos) adequadas.”<sup>566</sup>

A mediação penal, aplicada para as infrações de pouca lesividade, funcionaria como um instrumento de *diversion*, ou seja, alternativa à ação penal, a exemplo da mediação francesa que é considerada uma medida de “terceira via”.<sup>567</sup> Se o autor do fato ou

---

<sup>565</sup> Naturalmente, deve-se fixar um período para que as tentativas ocorram. Em Portugal, por exemplo, determina-se que o processo de mediação penal seja concluído no prazo de três meses, contados da data da remessa. É possível que o mediador solicite ao ministério público a prorrogação do prazo até o máximo de dois meses, desde que vislumbre real probabilidade de concluir o acordo (Lei n. 21, de 12 de junho de 2007, art. 5º, al. 1-2).

<sup>566</sup> *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 336. Concordamos, assim, com o autor, quando ele afirma que “não se critica o juiz que busca de forma acelerada a obtenção de um acordo. Mas para isso ser suficientes é necessário que o Estado, por outros meios e agentes, esteja cuidando da autocomposição de forma mais profunda e abrangente.” (op. cit., p. 336)

<sup>567</sup> Tratamos aqui da mediação penal como *diversion*, restrita às infrações de menor lesividade. Cumpre enfatizar, contudo, que esse recurso também pode ser utilizado em infrações de média gravidade, sem que

o ofendido não aceitassem ingressar no processo de mediação, ou se a tentativa fosse inexitosa, o processo seria devolvido ao ministério público, que solicitaria a designação de audiência preliminar, seguindo-se os trâmites dos juizados. A composição civil não ficaria necessariamente esvaziada, uma vez que a mediação só é cabível quando o autor do fato e a vítima concordam com o procedimento. Além disso, permaneceria como mais uma ocasião para se tentar o acordo.

A mediação bem-sucedida, com acordo integralmente cumprido, teria como efeito a renúncia ao direito de queixa ou de representação, como se dá na composição civil. No caso de ação penal pública incondicionada, o mais coerente é que o ministério público requeresse o arquivamento. A mediação, portanto, seria uma forma de diversificar o consenso no ordenamento jurídico-penal brasileiro, evitando, na medida do possível, a remessa do conflito para a esfera judicial.

Os institutos consensuais dos juizados e a mediação penal não são idéias excludentes, mas sistemas que se complementam. Não é conveniente, a nosso ver, criticar a justiça consensual partindo do pressuposto de que o modelo restaurativo se sobrepõe. Trata-se de propostas diferentes, ambas com vantagens e limitações. Compreender o enfoque de cada uma dessas alternativas, bem como o caráter inafastável do processo penal clássico em determinados delitos, é o primeiro passo para construir um ordenamento jurídico que atenda à pluralidade da vida social.

Para estruturar um sistema de justiça restaurativa, é necessário providenciar uma regulamentação, inserida ou não no Código de Processo Penal, que fixe regras mínimas sobre a mediação vítima-ofensor, identificando as infrações que podem ser enquadradas nesse âmbito, o procedimento para a remessa do caso ao mediador e os efeitos do acordo cumprido. Por conseqüência, surge a necessidade de disciplinar a atividade do mediador penal, prescrevendo os requisitos para ingresso na função, os deveres de isenção e independência, os mecanismos de formação e aperfeiçoamento, assim como o tema do sigilo profissional.

---

isso signifique prejuízos para o seguimento do processo penal. Nesses casos, porém, é importante que eventual reconhecimento do fato pelo agente durante a mediação não traga conseqüências negativas na persecução criminal. Sobre o tema, a Recomendação n. R (99) 19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1999, dispõe que: “O ponto de partida da mediação deveria ser, em princípio, o reconhecimento dos fatos principais pelas partes. A participação na mediação não deve ser utilizada como prova de admissão de culpabilidade nos procedimentos judiciários posteriores.” (al. 14, trad. livre)

Com a ressalva de que cada país deve disciplinar os instrumentos de justiça restaurativa de acordo com sua realidade, cumpre apenas observar que interessantes diretrizes para a regulamentação da mediação vítima-ofensor podem ser encontradas na já referida Recomendação n. R (99) 19 do Conselho da Europa, na Lei n. 21/2007 de Portugal e no Código de Processo Penal colombiano, arts. 523-527. Por fim, no âmbito doutrinário brasileiro, importa destacar a proposta de regulação apresentada por Leonardo Sica, que abrange os critérios de envio para o mediador, o encaminhamento a ser dado após a mediação, além de bases para um modelo organizativo.<sup>568</sup>

#### **7.2.4. Definição de uma política criminal do consenso**

A abordagem das condutas tipificadas como infrações penais não deve se restringir à utilização do processo penal clássico com toda a sua carga repressiva. Embora a imposição de pena seja necessária em determinadas situações, as intervenções alternativas revelam um potencial de pacificação que não pode ser ignorado. Ao longo desse estudo, tratamos de experiências de justiça consensual e restaurativa em ordenamentos estrangeiros, procurando demonstrar os direcionamentos que vêm sendo adotados para solucionar problemas jurídicos que também estão presentes no contexto nacional. No entanto, para além das tendências e do modo como esses temas estão sendo regulamentados em outros países, é essencial que o sistema jurídico-penal pátrio estabeleça suas diretrizes e encontre o caminho mais apropriado para a implementação e aperfeiçoamento das iniciativas consensuais.

É nesse ponto que ganha relevo o desenvolvimento de uma política criminal voltada para as alternativas consensuais, definindo o lugar que essas medidas devem obter no ordenamento jurídico, os objetivos que as norteiam, a relação entre os mecanismos de justiça restaurativa e de justiça consensual, o vínculo entre as práticas restaurativas e o aparato estatal, os recursos materiais e humanos necessários para o bom funcionamento. Um planejamento de tal natureza permite a consolidação e o aperfeiçoamento do modelo consensual, mediante ações coordenadas. Por outro lado, sem uma política criminal bem fundamentada, a tendência é que legislações posteriores, muitas vezes ditadas pelas

---

<sup>568</sup> *Mediação penal e justiça restaurativa*, op. cit., especialmente p. 254-259.

pressões do momento, desorganizem ou descredibilizem o modelo de consenso já existente.

Diálogo, consenso, participação, proximidade, restauração dos vínculos afetados pelo comportamento delitivo são idéias repletas de boas intenções, mas que dependem de ações concretas para que não se traduzam em meros anseios. Investir em um modelo consensual diversificado, que envolva mediação e acordos perante a autoridade judicial, requer muito mais do que mudanças legislativas, embora este seja um passo importante para que essas formas de resolução de conflitos se tornem acessíveis a todos na sociedade. De fato, para além da elaboração ou modificação de leis, é preciso considerar os recursos financeiros, a formação profissional permanente – a exemplo de cursos para os mediadores – e o fortalecimento da defensoria pública, assegurando a defesa técnica efetiva para aqueles que não dispõem de condições materiais suficientes para arcar com os custos de um advogado.

Alguns fatores, porém, dificultam a fixação de uma política criminal que tenha como foco as soluções consensuais e que esteja em harmonia com os demais propósitos do sistema jurídico-penal como um todo. Há ainda uma carência de planejamento, de atuações contínuas e de objetivos de longo prazo. Conforme ressalta Maurício Zanoide de Moraes, a falta de política criminal consistente no Brasil decorre da própria ausência “de uma visão perene e definida para o atuar estatal”, ou seja, de uma Política de Estado. Agrega-se a isso o hábito de legislar de acordo com as circunstâncias, recorrendo, primordialmente, à sanção penal como instrumento de persuasão.<sup>569</sup> Constatando também essas deficiências de coordenação e planejamento tanto na justiça tradicional quanto nos modos alternativos de resolução de conflitos, Petrônio Calmon propõe uma “política nacional de incentivo à autocomposição civil e penal”, com participação dos três Poderes, da comunidade científica e de outros segmentos sociais.<sup>570</sup>

É preciso, portanto, que as alterações no quadro atual do consenso, bem como a criação de novos institutos, orientem-se por uma perspectiva mais abrangente, que vislumbre nas soluções consensuais um caminho para o aprimoramento do sistema jurídico e busque desenvolvê-las com coerência e legitimidade.

---

<sup>569</sup> Política criminal, Constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos, op. cit., p. 417-421.

<sup>570</sup> *Fundamentos da mediação e da conciliação*, op. cit., p. 317-340.

### **7.3. Análise do sistema consensual penal brasileiro e proposta de redirecionamento**

Para além de alguns vícios que se verificam na aplicação dos institutos consensuais no cotidiano forense e da necessidade de se avançar na implementação das medidas complementares acima elencadas, cumpre ressaltar que o modelo consensual também requer ajustes em seu quadro normativo a fim de fortalecer as práticas existentes e, eventualmente, abrir espaço para a criação de outras iniciativas de consenso.

A introdução das soluções consensuais no processo penal pátrio promoveu um avanço no tratamento da pequena criminalidade, possibilitando uma resposta jurisdicional mais adaptada a essa forma de conflito. Parte da realidade de que o ordenamento jurídico, efetivamente, pode enfrentar alguns fenômenos delitivos sem necessidade de um procedimento complexo e repleto de discussões em torno da formação da prova. De início restrito às contravenções e aos crimes com pena privativa de liberdade não superior a um ano, excluindo-se ainda aqueles que se submetessem a ritos especiais, o consenso, atualmente, já se estende para crimes apenados com até dois anos de prisão, estando em tramitação proposta que o amplia para os delitos culposos, independentemente do limite máximo de sanção.

Diante disso, é necessário indagar se o modelo consensual brasileiro deve ser expandido ou se sua configuração amolda-se apenas à esfera da pequena ou eventualmente média criminalidade. Interessa também questionar se seria conveniente aumentar a esfera de negociação entre as partes e permitir a aplicação de pena privativa de liberdade mediante acordo.

Focalizando, por ora, a transação penal, única hipótese do sistema jurídico nacional em que se autorizam ajustes envolvendo a pena, entendemos que o instituto carece de uma melhor definição quanto a seu propósito, ou seja, se é um instrumento moldado para evitar a instauração da ação penal ou se tem por objetivo resolver em definitivo o conflito.

A nosso ver, um mecanismo configurado para servir de alternativa ao início da ação penal não deve aplicar penas e sim medidas, as quais, embora acarretem alguma restrição, caracterizem-se pela natureza pedagógica. Nessa perspectiva, é razoável que se prescindia da discussão da culpabilidade e que o descumprimento da decisão tenha como consequência a continuação da persecução criminal. Essa parece, às vezes, ser a vocação

da transação brasileira, principalmente por não exigir assunção de responsabilidade e pela tendência a admitir a retomada do procedimento na hipótese de inobservância do pacto. No entanto, o fato de aplicar desde logo uma sanção penal e de gerar um título executivo dificulta o seu enquadramento nesse grupo.

Enveredando-se por caminho diverso, contudo, o consenso pode manifestar-se como uma opção de rito simplificado, cuja adesão do imputado é incentivada pela redução da pena ou outras vantagens conferidas pelo sistema jurídico, a título premial. Trata-se, porém, de recurso eminentemente punitivo. Pressupõe que a presunção de inocência e a amplitude de oportunidades de defesa, inerentes ao rito ordinário, são garantias renunciáveis pelo imputado, até mesmo como estratégia defensiva, desde que resguardados parâmetros legais, tais como a ausência de coação e o acompanhamento da defesa técnica. Nesse caso, é importante que haja clareza sobre a exigência de confissão ou admissão de responsabilidade, com base na qual se abrevia o procedimento e se pronuncia sentença condenatória.

A transação penal, ao acolher elementos dessas duas modalidades de solução pelo consenso – isto é, por um lado aplica pena e, por outro, não pretende condenar nem discutir culpabilidade – acaba gerando algumas dificuldades de acomodação no ordenamento jurídico. Cremos que uma tentativa de melhorar o modelo consensual pátrio poderia levar em consideração essas diferentes esferas do consenso e estabelecer delimitações mais precisas. Assim, sugerimos a adoção de um modelo consensual com a seguinte estrutura:

### **7.3.1. Consenso como alternativa ao exercício da ação penal**

Adotando esse direcionamento, a transação penal se firmaria como um instrumento pré-processual, sem reconhecimento de culpa e com a possibilidade de retomada da persecução nas situações em que se verificasse o descumprimento das obrigações estabelecidas. O acordo do acusador com o autor do fato seria uma saída alternativa à instauração do processo penal, concretizando o princípio da oportunidade.

Conforme já ressaltado, a transação, da forma como está regulada atualmente, aproxima-se apenas em parte dessa idéia. Contudo, para evitar as divergências interpretativas, seria necessário que, no âmbito legislativo, fossem tomadas algumas posições que afastassem as dúvidas que ainda pairam na aplicação do instituto. Assim,

caberia ao legislador prever, expressamente, a natureza não condenatória da decisão que homologa o acordo e, ao invés de sanções penais, fixar um rol de medidas ou obrigações a serem observadas pelo suposto autor do fato como condição para o posterior arquivamento. Necessário ainda que houvesse a previsão legal de oferecimento da denúncia ou adoção de outra providência pelo órgão acusador na hipótese de não cumprimento injustificado. Conseqüentemente, a decisão homologatória seria uma sentença meramente terminativa, sem acarretar coisa julgada material.

O Projeto de Lei n. 7.308/2006, que propõe alterações na Lei n. 9.099/95 e atualmente está em tramitação, segue esse caminho. Entretanto, continua a prever a multa e a restrição de direitos como penas e é omissivo quanto ao caráter não condenatório da sentença, apesar de que essa conclusão pode ser inferida.

Finalmente, por deixar em aberto o tema da responsabilidade, o mais adequado é que a transação, estabelecida nesses moldes, se restringisse, efetivamente, à pequena criminalidade, podendo manter-se o atual limite de dois anos. Importante destacar que a transação penal não entraria em conflito com o campo de incidência da suspensão condicional do processo, dada a característica de ser uma iniciativa direcionada para evitar o início do processo.

### **7.3.2. Consenso como alternativa ao rito**

Afora a transação e caso se pretendesse expandir o acordo sobre a pena para infrações de maior ofensividade, uma medida cabível seria a criação de um procedimento abreviado, alternativo ao rito ordinário e fundado no consenso entre o ministério público e o acusado. O Código de Processo Penal, com a reforma efetuada pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, desdobra o procedimento comum em ordinário, sumário e sumaríssimo. Tem-se como parâmetro, nos dois primeiros casos, a pena máxima de quatro anos, e, no rito sumaríssimo, o limite de dois anos, consoante regulado pela Lei n. 9.099/95.<sup>571</sup> Com a introdução de um rito abreviado, para além dos procedimentos já previstos, haveria a possibilidade de conclusão mais célere do processo mediante o acordo entre as partes.

---

<sup>571</sup> O rito ordinário é cabível “quando tiver objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade”, enquanto o sumário, “quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade” (respectivamente, art. 394, §1º, incisos I e II, do Código de Processo Penal).



Em tal hipótese, o procedimento abreviado poderia ser cabível nas infrações em que o ministério público entendesse ser suficiente a aplicação em concreto de uma pena privativa de liberdade não superior a cinco anos. Adotar-se-ia, então, o critério da pena projetada, conforme recomendado pelo Código-Modelo para Ibero-América no art. 371. A idéia de pena projetada confere ao ministério público a atribuição de realizar um juízo de valor sobre a quantidade de pena adequada ao caso concreto. Embora isso estabeleça uma margem de subjetividade, é certo que haveria mecanismos de controle para garantir a segurança jurídica, a exemplo da exigência de que o acusador justificasse a sanção sugerida com base nas circunstâncias do art. 59, do Código Penal. Quanto ao limite de cinco anos, parece-nos apropriado pelo fato de manter o consenso na esfera do que ainda pode-se denominar de delitos de média gravidade. Nesse caso, o que se revela preponderante é a extensão efetiva da lesão ao bem jurídico, bem como as características pessoais do acusado.

A título de iniciativa, cumpriria ao ministério público, de ofício ou por solicitação do imputado, apresentar à autoridade judicial requerimento de adoção do rito abreviado. Requisito fundamental, porém, seria o reconhecimento do fato pelo acusado e sua concordância com o procedimento, devidamente assistido pela defesa. Na referida proposta o ministério público indicaria, motivadamente, a sanção a ser aplicada, assim como o cabimento de suspensão condicional da pena ou substituição por restritiva de direitos. O magistrado, após verificar em audiência a liberdade do consentimento e esclarecer as conseqüências dessa opção, poderia rejeitar o pedido se discordasse da pena sugerida ou entendesse necessário apurar melhor o delito. No entanto, caso acolhesse o acordo, proferiria sentença condenatória, aplicando a sanção pactuada, fundamentando-se no consenso e nos elementos probatórios existentes no processo.

Como todo instituto baseado no consenso, o rito abreviado também traz limitações na formação probatória, o que remete a uma das questões mais controversas dos acordos no processo penal que é o problema da renúncia a direitos por parte da pessoa acusada. Especificamente, o imputado aceita restrições à presunção de inocência e ao direito à produção da prova com a plenitude do contraditório e das oportunidades de defesa. Em contrapartida, tem sua situação jurídica definida com mais rapidez e elimina a incerteza quanto à quantidade da pena e a forma de cumprimento.

A estruturação de um procedimento abreviado no ordenamento jurídico brasileiro permitiria expandir os acordos sobre a pena para além das infrações de menor potencial ofensivo, sem, entretanto, autorizá-los em todo e qualquer tipo de crime. De fato, a negociação em torno da qualificação jurídica e da sanção em infrações graves, como ocorre no sistema norte-americano, é uma prática bastante questionável e que comporta riscos maiores, não obstante proporcione significativa celeridade. Enveredar por esse caminho não seria adequado para o sistema jurídico-penal pátrio, que ainda é visto com descredibilidade pela população. No entanto, parece-nos aceitável aumentar a esfera de incidência do consenso para infrações de média gravidade, não mais na fase pré-processual, e sim uma vez já iniciado o processo.

É nesse âmbito de um rito abreviado, portanto, que vislumbramos as possibilidades de avanço do consenso, notadamente em três aspectos: aumentando-se o rol de delitos solucionáveis por essa via, mediante o critério da pena projetada; autorizando-se a aplicação de pena privativa de liberdade decorrente do acordo; e admitindo-se o reconhecimento do fato pelo imputado como opção que integra sua autonomia da vontade. Tais mudanças, a nosso ver, não poderiam ser abrigadas no contexto da Lei n. 9.099/95. Não se trata de alterar o conceito de infração de menor potencial ofensivo, tornando-o cada vez mais abrangente, pois isso só acirraria o problema da ausência de discussão sobre a culpabilidade. Por outro lado, também não seria o caso de incluir o acordo sobre pena privativa de liberdade na transação, haja vista que a proposta da Lei n. 9.099/95 é de evitar o cárcere.

Desse modo, convém aperfeiçoar a disciplina da transação penal, sobretudo quanto às providências a serem adotadas na hipótese de descumprimento, o que requer mudanças na própria finalidade do instituto. Além disso, é necessário criar alternativas consensuais fora do sistema dos juizados e das infrações de menor potencial ofensivo para que o consenso avance para delitos mais graves.

O modelo do consenso, porém, deve ser visto sempre como uma forma de diversificar as possibilidades do sistema penal e não como um caminho a ser adotado como regra para o tratamento de qualquer tipo de infração criminal. Já tivemos a oportunidade de observar, quando discorreremos sobre o problema da renúncia a direitos fundamentais, que os acordos trazem algumas restrições às garantias. Conseqüentemente, qualquer movimento voltado para aumentar o espaço dos acordos na persecução há de ser

acompanhado do fortalecimento da defesa técnica, o que inclui melhoria no sistema da defensoria pública.

## CONCLUSÃO

Após esse estudo, e não obstante os posicionamentos já emitidos ao longo do trabalho, destacamos as seguintes considerações como essenciais para uma síntese conclusiva:

**1.** O advento da globalização e da pós-modernidade tornou mais evidentes as dificuldades do direito e do processo penal em acompanhar os avanços da sociedade. Conceitos sobre os quais a ciência jurídica se edificou – a exemplo da unidade, sistematicidade e previsibilidade – e que fundamentaram institutos e práticas ainda hoje prevalentes, têm sido, nas últimas décadas, desafiados por um contexto social em constante transformação;

**2.** Uma das principais demonstrações disso é a distorção entre o tempo do direito e o tempo social, o que gera problemas de eficácia para o ordenamento jurídico, sobretudo no que diz respeito a seus mecanismos processuais;

**3.** A morosidade do processo, civil e penal, tornou-se, então, crítica permanente, incentivando a busca por soluções, que se manifestaram tanto dentro do próprio processo – como os mecanismos de simplificação e de conciliação – quanto fora dele. Nesse caso, destacam-se os modos alternativos de resolução dos conflitos, utilizados principalmente nas demandas civis, mas que também trouxeram repercussões no âmbito criminal;

**4.** Apesar da diversidade dessas iniciativas, pode-se dizer que revelaram a insatisfação com a prestação jurisdicional, anunciando o surgimento de novas formas pelas quais a sociedade se organiza e se relaciona com o Estado;

**5.** Na esfera penal, o anseio por celeridade, eficiência e simplificação encontra limitações consideráveis, dada a função de garantia ínsita ao processo penal. Qualquer providência adotada em relação ao indivíduo acusado de cometer uma infração deve respeitar um procedimento que assegure as garantias constitucionais e preserve, em última análise, a dignidade da pessoa humana;

6. No entanto, não nos parece correto que a idéia de eficiência processual seja vista apenas sob o aspecto negativo, isto é, como um propósito desenfreado de diminuir a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais. Afinal, o processo deve ser concebido como um instrumento para ser eficiente, atingindo os resultados mais proveitosos com os menores custos para a sociedade e as pessoas nele envolvidas. Isso porque a atuação do Estado, nos seus mais diversos segmentos, e talvez utopicamente, também há de ser norteada, entre outros critérios, pela eficiência;

7. Efetividade e eficiência são características atribuíveis a um processo penal que observe as garantias do imputado e o interesse social por segurança, em um procedimento cuja celeridade não comprometa a correção da atividade jurídica. Desse modo, eficiência e garantias só são incompatíveis quando se reduz o conceito daquela a parâmetros meramente quantitativos de prestação jurisdicional;

8. O discurso da eficiência marca profundamente o tema da justiça penal consensual. A adoção dos acordos entre acusação e defesa vincula-se, em um primeiro plano, ao objetivo de enfrentar os transtornos decorrentes do aumento da pequena e média criminalidade, o que representou uma sobrecarga para o aparato estatal encarregado de realizar a justiça. Mediante os acordos, alguns tipos de delitos poderiam ser resolvidos de maneira mais rápida e com custos menores para o sistema, sem prejuízo de vantagens para as partes;

9. Em outra perspectiva, contudo, a justiça consensual apresenta-se como um novo modelo de processo penal, caracterizado por ser menos repressivo, por estimular a participação, o diálogo, o acesso à justiça, bem como por valorizar os interesses da vítima. Configura-se, enfim, como uma abordagem diferenciada para determinada categoria de infrações, que integra o chamado “espaço do consenso”. Quando assume esses propósitos, o modelo consensual guarda semelhanças com as práticas de justiça restaurativa, embora seja mais restrito;

10. No direito estrangeiro, a principal referência em termos de acordos no processo penal é o *plea bargaining*, que se destaca pelas amplas possibilidades de negociação entre acusação e defesa. Em parte por inspiração nesse modelo, seguiram-se mudanças legislativas na Europa continental e América Latina, adotando-se o consenso como mecanismo para evitar o desenvolvimento normal do processo. Entretanto, apesar da

influência norte-americana, os institutos consensuais europeus e latino-americanos diferem substancialmente do *plea bargaining*, havendo, portanto, uma grande diversidade de experiências;

**11.** Da análise dos países estrangeiros incluídos nesse estudo, nota-se que as críticas ao modelo consensual são bastante parecidas, referindo-se, entre outros aspectos, ao aumento dos poderes do órgão acusador, à aplicação de pena sem aferição de culpabilidade, aos riscos para a defesa do imputado, aos episódios de coerção, à debilidade do controle jurisdicional e à renúncia a garantias constitucionais;

**12.** Na América Latina, o princípio da obrigatoriedade da ação penal prevalece, sendo que as reformas legislativas introduziram critérios de oportunidade e saídas alternativas ao processo. Em se tratando de procedimentos abreviados, nos quais, em regra, insere-se o consenso, foram adotados textos legais que em muito se aproximam das recomendações contidas no Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América;

**13.** No Brasil, a justiça consensual abrange a composição civil, a suspensão condicional do processo e a transação penal, conforme previsto na Lei n. 9.099/95. As objeções mais relevantes dizem respeito à transação, tida como instituto que permite a imposição de pena sem processo e a violação das garantias constitucionais. Além disso, alguns problemas processuais permanecem dividindo a doutrina, a exemplo das dúvidas sobre o procedimento a ser seguido na hipótese de descumprimento injustificado do acordo;

**14.** Defendemos nesse estudo que a justiça consensual penal brasileira, apesar de determinadas práticas que desvirtuam os fins da Lei n. 9.099/95, constitui um instrumento importante para conferir ao processo penal maior efetividade. Isso porque estabelece tratamento jurídico adaptado a um tipo específico de criminalidade, contribuindo para que a reação ao delito seja proporcional e adequada. Mediante a atuação dos juizados especiais criminais é possível incentivar um modelo de justiça que valorize a participação e a busca por soluções que melhor atendam aos interesses da sociedade, da vítima e do autor do fato;

**15.** Muito embora na transação – e no modelo consensual como um todo – as garantias não sejam asseguradas em plenitude, o cuidado em esclarecer ao autor do fato suas alternativas, em disponibilizar uma defesa técnica efetiva, em evitar pré-julgamentos e

imposições, oferece a proteção necessária para que o acordo não seja mecanismo de violação de direitos;

**16.** Certamente nem tudo pode ser resolvido pelo consenso. Seria ilusório imaginar uma sociedade na qual os culpados reconhecessem sempre seus erros e as pessoas – para além de seus ressentimentos e perdas – se dispusessem ao diálogo. A coerção ainda é um traço marcante na justiça criminal. Contudo, o consenso é possível e desejável, pelo menos para um grupo reservado de delitos;

**17.** No que diz respeito às possibilidades do consenso no ordenamento brasileiro, sugerimos que a transação seja considerada uma saída alternativa ao processo que não tenha como consequência uma decisão definitiva sobre o conflito envolvendo *jus puniendi* e *jus libertatis*. À semelhança dos arquivamentos condicionados existentes em outros países, sua função seria a de fixar medidas que, uma vez não cumpridas, ensejariam o início da ação penal. Acreditamos que essa mudança seria importante para superar as discussões atuais sobre a aplicação de pena sem discussão de culpabilidade;

**18.** Por outro lado, acreditamos que a expansão dos acordos para delitos de média gravidade poderia acontecer não mais em sede de transação, mas sim de procedimento abreviado. Dessa forma, seria introduzido um rito fundado no acordo entre acusação e defesa, com reconhecimento dos fatos e possibilidade de aplicar pena privativa de liberdade em sentença de natureza condenatória. Defendemos, por consequência, que o avanço do consenso se dê pela criação de um novo rito e não por modificações no conceito de infração de menor potencial ofensivo;

**19.** Na hipótese, porém, de a transação ser mantida como está atualmente – ou seja, sem ingressar no tema da responsabilidade – parece-nos prudente que se restrinja a infrações de pequena gravidade, atendidos ainda requisitos quanto à personalidade e antecedentes do autor;

**20.** Reitere-se ainda que os acordos no processo penal não devem ser ampliados apenas com o intuito de diminuir a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais, sem que se providenciem mudanças mais profundas e estruturais no ordenamento jurídico;

**21.** Entendemos que o modelo consensual tem a função de contribuir para uma cultura de confiança dos jurisdicionados na realização da justiça, tornando acessíveis os meios legais de solucionar as pendências que perturbam o convívio na sociedade;

**22.** No Brasil e em outros países da América Latina, a efetividade da justiça consensual depende de questões mais complexas, que envolvem aspectos sociais, econômicos e culturais. Em razão disso, imperioso ter presente que reformas normativas, por si sós, não promovem mudanças imediatas. Do mesmo modo, não é razoável esperar que o modelo consensual seja o único responsável por resgatar a credibilidade da justiça;

**23.** Da experiência com os juizados especiais criminais no Brasil, argumenta-se que houve um entusiasmo inicial exacerbado, seguido de incontáveis distorções práticas, o que significaria o fracasso da Lei. Discordamos de tal entendimento, acreditando que dificuldades como a burocracia, o formalismo e o exercício precário da cidadania – ainda presentes no Estado brasileiro e, por consequência, no ordenamento jurídico – não devem servir de obstáculo para que se continue construindo um sistema penal mais humano, democrático e efetivo.



## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- AERTSEN, Ivo. O desenvolvimento da justiça reparadora orientada para a vítima: a problemática e a experiência belga. Ministério da Justiça de Portugal, Direção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), *Newsletter*, maio 2004, p. 17-21. Disponível em: <[www.dgae.mj.pt](http://www.dgae.mj.pt)>. Acesso em: 30 out. 2008.
- AGUILERA MORALES, Marien. *El principio de consenso: la conformidad en el proceso penal español*. Barcelona: Cedecs, 1998.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ALBINO, Maria Clara; MARQUES, Carla. Justiça restaurativa e mediação penal: os primeiros passos no ordenamento jurídico-penal português. Ministério da Justiça de Portugal, Direção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), *Newsletter*, mar. 2007, p. 2-10. Disponível em: <[www.dgae.mj.pt](http://www.dgae.mj.pt)>. Acesso em: 30 out. 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. (castellana). Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA, Jorge et. al. *As reformas processuais e a criminalidade na década de 90*. Disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio\\_9.html](http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_9.html)>. Acesso em: 20 jan. 2008.
- ALVARADO, Victor Raúl Reyes. El proceso especial de terminación anticipada y su aplicación en el distrito judicial de Huaura a partir de la vigencia del Código Procesal Penal del 2004. Disponível em: <[http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/marzo/22/resolucion\\_procesal.doc](http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/marzo/22/resolucion_procesal.doc)>. Acesso em: 19 set. 2007.
- AMARANTE, Diego A. et. al. *Código Procesal Penal de la Nación anotado con jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.
- AMBOS, Kai. *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*. Santa Fé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

AMBOS, Kai. *Estudios de derecho penal y procesal penal: aspectos del derecho alemán y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

ANCEL, Pascal. Verbete “Contractualisation”. In: CADIET, Loïc (dir.). *Dictionnaire de la justice*. Paris: PUF, 2004, p. 231-236.

AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

AUBERT, Nicole. Un individu paradoxal. In: AUBERT, Nicole (dir.). *L'individu hypermoderne*. Ramonville Saint-Agne, 2006, p. 13-24.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a Lei 9.099/95, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 16, out./dez. 1996, p. 127-136.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Conciliar ou punir? – Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55-79.

BAAMONDE, Xulio Ferreiro. *La víctima en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2005.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BATISTA, Weber Martins. Suspensão condicional do processo. In: *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei nº 9.099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 351-417.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BETETA, Christian Jaime Salas. El principio de oportunidad y la terminación anticipada: el derecho penal premial en el Perú. Disponível em: <<http://www.amag.edu.pe/webestafeta2index.asp?warproom=articles&action=read&idart=328>>. Acesso em: 19 set. 2007.

BINDER, Alberto M. *Justicia penal y Estado de derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. La médiation: du droit imposé au droit négocié? In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (dir.). *Droit négocié, droit imposé?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 419-435.

\_\_\_\_\_. Verbete “Alternativo”. In: ARNAUD, André-Jean et. al. (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2 ed. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 13-16.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOND, James E. *Plea bargaining and guilty pleas*. New York: Clark Boardman, 1975.

BONINI, Valentina. Imputato e pubblico ministero nella scelta del rito ‘patteggiato’, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XL, genn./mar. 1997, p. 1182-1201.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BROWN, Jeff. Meriti e limiti del patteggiamento. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (org.). *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 131-149.

CADIET, Loïc. Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit. In : CHEVALIER, Pierre ; DESDEVISES, Yvon ; MILBURN, Philip (dir.). *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d’une autre justice*. Paris : La Documentation Française, 2003, p. 255 - 265.

\_\_\_\_\_. *Efficiencia versus equidade?* In: CLOSSET-MARCHAL, Gilbert et. al. (org.). *Mélanges Jacques van Compernelle*. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 25-46.

- CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da 'justiça absoluta' e o fetiche da 'gestão eficiente' do sistema, *Revista do Ministério Público*, São Paulo, ano 21, n. 84, out./ dez. 2000, p. 31-47.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Diritto, democrazia e globalizzazione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2002 (reimpressão).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. (2ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARIO, Robert. *Justice restaurative: principes et promesses*. Paris: L'Harmattan, 2005.
- CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo (coord.). *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7.11.1984)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 23-36.
- CARVALHO, Salo. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 129-160.
- CÉRÉ, Jean-Paul, De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: le 'plaider coupable' à la française. In : *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. Paris: Dalloz, 2004, p. 388-402.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. da tradução. Trad. Eliana Granja et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CHAMARRO, Ismael Moreno. *El proceso penal: Ley de Enjuiciamiento Criminal comentada*. Barcelona: Deusto, 2005.
- CHEVALIER, Pierre ; THUAU, Marielle. Les MARL : perspectives et enjeux européens. In : CHEVALIER, Pierre ; DESDEVISES, Yvon ; MILBURN, Philip (dir.). *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*. Paris : La Documentation Française, 2003, p. 37-44.
- CHIAVARIO, Mario. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, ano 49, n. 2, avril-juin 1997, p. 427-435.
- \_\_\_\_\_. La justice négociée: une problématique à construire. *Archives de Politique Criminelle*, Paris, n. 15, 1993, p. 27-35.

CHOLET, Didier. *La célérité de la procédure en droit processuel*. Paris: LGDJ, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Consenso e oportunidade. In: *Jornadas de direito processual penal: o novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 319-358.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139-147.

CYMBALISTA, Tatiana. *Poursuites et alternatives aux poursuites en droit pénal comparé (droit français, droit bresilien)*. Tese de Doutorado. Université Panthéon-Assas (Paris II), 2005.

DALEY, Richard M. *Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattito*. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (org.). *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 151-177.

DEDDA, Enrico Di. *Il consenso delle parti nel processo penale*. Padova: Cedam, 2002.

\_\_\_\_\_. *Il consenso delle parti nel processo penale: i riti alternativi al dibattimento dopo la legge 12.6.2003, n. 134*. Padova: Cedam, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris: PUF, 1992.

DEU, Teresa Armenta. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (reimpressão da 1ª edição de 1974).

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIÉZ, Luis Alfredo de Diego. *Justicia criminal consensuada: algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Itália y Portugal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

EKEU, Jean-Paul. *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*. Paris: Cujas, 1993.

ENCINAS, Emilio Eiranova (coord.). *Código procesal penal alemán – StPO*. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ERBANI, Stefano. Aplicazione della pena su richiesta della parti. In: LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto (dir.). *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Milão: Giuffrè, 2003, v. VI (procedimenti speciali), p. 293-561.

FALCONE, Roberto A.; MADINA, Marcelo A. *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: 2005.

FANCHIOTTI, Vittorio. Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*. In: AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif (org.). *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 270-297.

\_\_\_\_\_. Origini e sviluppo della “giustizia contrattata” nell’ordinamento statunitense. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 27, ano XXVII, 1984, p. 56-101.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. Tempo do direito, tempo da economia. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 2, 22 maio 1997.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ FUSTES, Maria Dolores. *La intervención de la víctima en el proceso penal: especial referencia a la acción civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

FERNANDO, Paula et. al. *Monitorização da reforma penal: primeiro relatório semestral*, 2008. Disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/pdf/monitorizacao\\_reforma\\_penal.pdf](http://opj.ces.uc.pt/pdf/monitorizacao_reforma_penal.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 8. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna: Il Mulino, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FORTE, Cristina. Patteggiamento e sospensione condizionale della pena, *L'Indice Penale*, Padova, ano IV, n. 1, genn./apr. 2001, p. 253-293.

FRIEDMAN, Lawrence M. Verbete “Jurisdicização”. In: ARNAUD, André-Jean et al (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2 ed. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 437-440.

GARCÍA, José Antonio Tomé. El estatuto de la víctima en el proceso penal según la decisión marco del Consejo de La Unión Europea de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español. In: DEU, Teresa Armenta; INCHAUSTI, Fernando Gascón (coord.). *El derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Colex, 2006, p. 259-295.

GARCÍA, Luís Rodolfo Ramírez; URBINA, Miguel Angel. Informe nacional da Guatemala. In: MAIER, Julio B. J. et. al. (coord.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 443-508.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

\_\_\_\_\_. *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 1997.

GARSSE, Leo Van. A mediação no âmbito da justiça penal? Algumas reflexões baseadas na experiência. Ministério da Justiça de Portugal, Direção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), *Newsletter*, maio 2004, p. 12-16. Disponível em: <www.dgae.mj.pt>. Acesso em: 30 out. 2008.

GASPAR, António Henriques. Processos especiais. In: *Jornadas de direito processual penal: o novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 361-377.

GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo Lemos. *Juízados especiais criminais – Lei nº 9.099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIAMBRUNO, Silvana. *Il giudizio abbreviato*. Padova: Cedam, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95: Lei dos juizados especiais criminais. In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flavio. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 438-496.

GOMES, Luiz Flávio. Infracciones de bagatela y principio de insignificancia. In: ARÚS, Francisco Bueno et. al. (dir.). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 753-765.

\_\_\_\_\_. *Suspensão condicional do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio et. al. *Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de processo penal anotado e comentado*. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

GRILLI, Luigi. *Corso di procedura penale*. Padova: Cedam, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_. *Infrações ambientais de menor potencial ofensivo*. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 119-123.

\_\_\_\_\_. *Conciliação e juizados de pequenas causas*. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 175-241.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio et. al. *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei para a Conciliação, Julgamento e Execução das Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 402-409.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRUNVALD, Sylvie; DANET, Jean. *La composition pénale: une première évaluation*. Paris: L' Harmattan, 2004.



GUARIGLIA, Fabrício; BERTONI, Eduardo. Informe nacional da Argentina. In: MAIER, Julio B. J. et. al. (coord.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 35-73.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Trad. Adail Uirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 15. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. Trad. Augusto Silva Dias. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15-25.

HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006.

IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

JARVERS, Konstanze. Profili generali del diritto processuale penale tedesco. Trad. Stefania Filice. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XLVI, fasc. 3, luglio/sett. 2003, p. 930-949.

JEULAND, Emmanuel. *Droit processuel*. Paris : LGDJ, 2007.

JUNG, Heike. Le procès pénal en République Fédérale d'Allemagne. In: DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procès pénal et droits de l'homme : vers une conscience européenne*. Paris : PUF, 1992, p. 108-116.

JUY-BIRMANN, Rodolphe. Le système allemand. In : DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procédures pénales d'Europe*. Paris : PUF, 1995, p. 69-124.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais : a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KING, Nancy et. al. When process affects punishment: differences in sentences after guilty plea, bench trial, and jury trial in five guide lines states. *Columbia Law Review*, New York, v. 105, 2005, p. 959-1009.

LAGBEIN, John H. Comprendiendo la breve historia del *plea bargaining*. Trad. (castellana) Lorena Iraizoz, *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2001, p. 59-70.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, 2004, p. 1-64.

LARGUIER, Jean; CONTE, Philippe. *Procédure pénale*. 21 ed. Paris: Dalloz, 2006.

LAURENT, Philippe. *Contrat et droit pénal*. Lille: Atelier National de Reproduction des Thésés, 2001 (Tese de Doutorado em Direito apresentada à Université de Droit, d'Economie et de Sciences d'Aix-Marseille, jan. 2001).

LAUWAERT, Katrien. Quadro legal da mediação vítima-agressor na Eurora continental. Ministério da Justiça de Portugal, Direção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), *Newsletter*, dez. 2003, p. 12-22. Disponível em: <www.dgae.mj.pt>. Acesso em: 30 out. 2008.

LEO, Guglielmo. Giudizio abbreviato. In: LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto (dir.). *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Milão: Giuffrè, 2003, v. VI (procedimenti speciali), p. 1-291.

LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles (em colaboração com Sébastien Charles). *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. 2ª reimpressão. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 49-103.

LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99-128.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Juizados especiais criminais. In: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 433-810.

LOZZI, Gilberto. L'applicazione della pena su richiesta delle parti, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XXXII, genn./mar. 1989, p. 27-52.

\_\_\_\_\_. Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XLV, ott./dic. 2002, p. 1159-1192.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCrim, 2005.

MADLENER, Kurt. Celeridad y eficacia en el proceso penal alemán. In: ARÚS, Francisco Bueno et. al. (dir.). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 837-856.

MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès*. Paris: La Documentation Française, 2004.

MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 2003.

MARCOLINI, Stefano. *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*. Milano: Giuffrè, 2005.

MARY, Philippe. De la justice de proximité aux maisons de justice. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelles, ano 78, mars. 1998, p. 293-303.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DE PORTUGAL. *A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Almedina, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 1998, t. IV.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.24-437.

MOLINS, François. Plaidoyer pour le “plaider coupable”: des vertus d’une peine négociée. In : *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. Paris: Dalloz, 2004, p. 418-421.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006, p. 403-430.

\_\_\_\_\_. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual* (8ª série). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-27.

MOURA, José de Souto de. Le procès pénal au Portugal. In: DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procès pénal et droits de l’homme : vers une conscience européenne*. Paris: PUF, 1992, p. 91-107.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_; CHOUKR, Fauzi Hassan. Breves notas acerca do Seminário “Las reformas procesales penales en América Latina”, Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 8, n. 97, dez. 2000, p. 13.

MUERZA ESPARZA, Julio J. *El proceso penal abreviado*. Navarra: Aranzadi, 2002.

MUSSO, Rosanna Gambini. *Il “plea bargaining” tra common law e civil law*. Milano: Giuffrè, 1985.

NASHERI, Hedieh. *Betrayal of due process: a comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada*. Lanham: University Press of America, 1998.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação penal*. São Paulo: Malheiros, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. 1, p. 263-335.

PALIERO, Carlo Enrico. *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*. Padova: Cedam, 1985.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Por caminhos da (s) reforma (s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEREIRA, Rui. Perspectivas de reforma do processo penal. In: CRUZ, Branca Martins da (coord.). *Crise da justiça: reflexões e contributos do processo penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2007, p. 11-21.

PIN, Xavier. La privatisation du procès pénal. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 2, avril/juin 2002, p. 245-261.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1988.

PITA, Maria Paula Díaz. *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputado en el procedimiento abreviado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

POKORA, Sophie. La médiation pénale. In: *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. Paris : Dalloz, 2004, p. 412-417.

POSNER, Richard A. Valores y consecuencias: una introducción al Análisis Económico del Derecho. In: POSNER, Eric A. (comp.). *El análisis económico del derecho y la Escuela de Chicago: lecturas en honor de Ronald Coase*. Trad. Maria Teresa Beingolea e Claudia Delfino. Lima: UPC, 2002, p. 267-280.

PRADEL, Jean. *Manuel de procédure pénale*. 13. ed. Paris: Cujas, 2006.

\_\_\_\_\_. Le consensualisme en droit pénal comparé. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, número especial, 1984, p. 329-370 (Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia).

\_\_\_\_\_. La célérité de la procédure pénale en droit comparé. *Revue Internationale de Droit Penal*, Toulouse, v. 66, 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup> trimestres 1995, p. 323-342.

\_\_\_\_\_. Notas sobre as recentes reformas do processo penal em França. Trad. Cláudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 8, jan./mar. 1998, p. 37-50.

PRADEL, Jean. Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale. Un'analisi di diritto francese, *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, Milão, ano XLVII, ott./dic. 2004, p. 949-960.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 75-88.

RACINE, Jean-Baptiste. *Les modes alternatifs de resolution des conflits: approche générale et spéciale*. Disponível em: <<http://www.gip-recherche-justice.fr/>>. Acesso em: 15 fev. 2008, p. 1-10.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (org.). *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 25-31.

\_\_\_\_\_. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br/2006/doutrina11.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIERA, Jaume Solé. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57-73.

SAAS, Claire. De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 4, oct./déc. 2004, p.827-842.

SANCHEZ, Jean-Lucien. Les Lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891). Disponível em: <<http://www.criminocorpus.cnrs.fr/article44.html>>. Acesso em: 5 jul. 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de administração e finanças*. São Paulo: Best Seller e Nova Cultural, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa (dir.). *Para uma agenda da reforma da Justiça*. Disponível em: <[http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio\\_agendareforma.html](http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_agendareforma.html)>. Acesso em: 20 jan. 2008.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 9-28.

SCHLÜCHTER, Ellen. *Compendio di procedura penale tedesca*. 2. ed. Trad. Stefano Giuliani. Padova: Cedam, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Trad. Silvina Bacigalupo e Lourdes Baza. Madrid: Tecnos, 2002, p. 288-302.

\_\_\_\_\_. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SICA, Leonardo. *Mediação penal e justiça restaurativa*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. Juizados especiais criminais: uma retrospectiva analítica dos 11 anos de vigência da Lei nº 9099/95. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano X, n. 237, nov. 2006, p. 22-37.

SENDRA, Vicente Gimeno et. al. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Colex, 1999.

SERRANO, Amaya Arnaiz. *Las partes civiles en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei nº 9.099/95. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coord.). *Processo penal e Estado de direito*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 309-326.

SMITH, Bruce P. Plea bargaining and the eclipse of the jury. *Annual Review of Law and Social Science*, Palo Alto, v. 1, dec. 2005, p. 133-136. Disponível em: <<http://arjournals.annualreviews.org>>. Acesso em: 9 mar. 2007.

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

SOHN, Byung-Hyun. *Le processus de dépenalisation en droit pénal contemporain*. Lille: Atelier National de Reproduction des Thèses, 2005 (Tese de Doutorado em Direito apresentada à Université Paris I Pantheon-Sorbonne, nov. 2005).

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*. Madrid: Civitas, 2004.

STIPPEL, Jörg; MARCHISIO, Adrián (coord). *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

STRUENSEE, Eberhard; MAIER, Julio B. J. Introdução. In: MAIER, Julio B. J. et al (coord). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 17-32.

SUTIL, Jorge Correa. Reformas judiciárias na América Latina: boas notícias para os não-privilegiados. In: MÉNDEZ, Juan E. et. al. (org.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Trad. Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 281-305.

TAVARES, José de Farias. *Estatuto do Idoso*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000.

TORRÃO, Fernando. Suspensão provisória do processo: justiça penal negociada? In: CRUZ, Branca Martins da (coord.). *Crise da justiça: reflexões e contributos do processo penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2007, p. 23-26.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TULKENS, Françoise. La procédure pénale: grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux. In : DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procès pénal et droits de l'homme: vers une conscience européenne*. Paris : PUF, 1992, p. 33-46.

\_\_\_\_\_. La justice négociée. In: DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). *Procédures pénales d'Europe*. Paris: PUF, 1995, p. 551-584.

TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. La justice penale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Bruxelles, ano 76, mai 1996, p. 445-494.

VERNY, Édouard. *Procédure pénale*. Paris: Dalloz, 2006.

VIGORITI, Vincenzo. Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XXI, fasc. 4, ott./dic. 1978, p. 847-871.

VILAR, Silvia Barona. *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

\_\_\_\_\_. *Seguridad, celeridad y justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (coord.). *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7.11.1984)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 1-7.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/95. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15-56.

WYVEKENS, Anne. Justice de proximité et proximité de la justice. Les maisons de justice et du droit, *Droit et Société*, Paris, n. 33, 1996, p. 363-388.

ZACCHÈ, Francesco. *Il giudizio abbreviato*. Milano: Giuffrè, 2004.

ZAPPALÀ, E. I procedimenti speciali. In: SIRACUSANO, D. et. al. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2004, 2 v., p. 233-271.

ZILLES, Urbano. *Teoria do conhecimento e teoria da ciência*. São Paulo: Paulus, 2005.

ZINZIO, Valentina. *Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: profili applicativi e politico-criminali*. Disponível em: <<http://www.tesionline.com>>. Acesso em: 3 ago. 2008.

\*

\* \*