

# AS OPORTUNIDADES DE CONSENSO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ACUSADO E A HORIZONTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL

## OPPORTUNITIES FOR CONSENSUS BETWEEN THE PROSECUTOR AND THE ACCUSED AND THE HORIZONTALIZATION OF THE CRIMINAL JUSTICE

Larissa Rosa<sup>1</sup>

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo desenvolver a temática da resolução dos conflitos penais através do consenso entre o Ministério Público e o autor da infração ou acusado. O estudo é relevante em razão da existência, na referida prática, de princípios aparentemente conflitantes, quais sejam: o princípio da obrigatoriedade, que norteia, em regra, o processo penal brasileiro, e o princípio da oportunidade, essencial para o desenvolvimento de formas consensuais de resolução de conflitos. Para tanto, serão analisadas as principais características do modelo consensual implantado pela Lei n. 9.099/1995, especialmente, a transação penal e a suspensão condicional do processo, instrumentos adotados pela referida lei. Serão tratadas, ainda, as principais inovações do Projeto de Lei n. 8.045/2010, Projeto de novo Código de Processo Penal, no que se refere às formas de solução do conflito penal, com foco naquelas com base no consenso entre o titular da ação e o acusado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da obrigatoriedade; Princípio da oportunidade; Justiça consensual; Formas alternativas de resolução de conflitos penais.

**ABSTRACT:** This article aims to develop the theme of resolving criminal disputes through consensus between the prosecution and the offender or accused. The study is relevant because of the existence, in this practice, of apparently conflicting principles, which are: the principle of obligation, guiding, as a rule, the brazilian criminal process, and the principle of opportunity, essential for the development of forms of consensual conflict resolution. For this purpose, will be analysed the main features of the consensual model introduced by the Law n. 9.099/1995; especially the criminal transaction and the conditional suspension of proceedings, instuments adopted by the Act. It will be discussed the main innovations of the Draft Law n. 8.045/2010, draft of the new Code of Criminal Procedure, as regards the forms of criminal conflict solution, focusing on those based on consensus between the prosecution and the accused.

**KEYWORDS:** Principle of obligation; Principle of opportunity; Consensual justice; Alternative forms of criminal conflict resolution.

---

1 Mestranda e bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp.

2 Professora Doutora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca e da Universidade Paulista (UNIP) – Campus de Ribeirão Preto. Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH.

## **Introdução**

As formas consensuais de resolução dos conflitos surgem como alternativa para o sistema penal punitivo. Para a efetivação destas formas, é adotado um procedimento que terá como pressuposto a flexibilização por parte de todos envolvidos na persecução penal, pois o devido processo legal ordinário será afastado.

Diante desta flexibilização com relação às garantias e direitos dos envolvidos, surgem questionamentos a respeito da viabilidade desta forma de resolução de conflitos em um ordenamento que se fundamenta na garantia dos direitos fundamentais de seus cidadãos, como é o caso do modelo brasileiro.

Para tentar responder a estes questionamentos, o presente trabalho irá abordar as principais oportunidades de consenso entre Ministério Público e autor do fato ou acusado encontradas no ordenamento jurídico nacional, a fim de que se possa averiguar o possível conflito entre a discricionariedade do órgão acusador e as garantias do acusado.

Inicialmente, serão analisados os modelos de resolução dos conflitos penais que podem ser adotados no processo; na sequência, será analisado o princípio da oportunidade regrada, essencial para a efetivação do consenso no ordenamento brasileiro; após, será objeto de estudo a Lei n. 9.099/95, que instituiu, no Brasil, os Juizados Especiais e adotou o modelo consensual de solução de controvérsias. Neste item, serão analisados os instrumentos de consenso que foram adotados e a forma como eles têm sido aplicados na realidade nacional.

De forma conclusiva, será estudado o Projeto de Lei n. 8.045/10, projeto de novo Código de Processo Penal, visto que se este for aprovado e sancionado trará inovações ao ordenamento jurídico brasileiro no tocante às oportunidades de diálogo entre o Ministério Público e o acusado. Pretende-se desde já analisar os possíveis avanços ou retrocessos destas previsões legislativas.

O trabalho é bibliográfico, sendo analisadas conceitualmente as formas de resolução consensual dos conflitos penais, destacando-se como objeto principal de análise aquelas que envolvem o Ministério Público e o autor dos fatos ou acusado no âmbito da legislação nacional. Foram, ainda, utilizadas as normas constitucionais e a legislação infraconstitucional para sustentar os posicionamentos e fundamentos abordados. O desenvolvimento do trabalho se deu de forma dedutiva, partindo-se da premissa de que o consenso é uma evolução na forma de solução dos conflitos penais, contudo, a sua prática pode ocorrer de forma

distorcida.

O estudo desta temática se faz necessário para que a legislação e a prática penal possam evoluir cada vez mais na forma de resolução consensual dos conflitos, concretizando uma alternativa ao modelo punitivo de solução dos conflitos penais.

## **1 Os modelos de resolução do conflito penal**

De acordo com Luiz Flávio Gomes e Antônio de Molina (2012, p. 408 e ss) existem três principais modelos de resolução do conflito penal: o dissuasório clássico, o ressocializador e o consensual.

Para o modelo dissuasório clássico, a pena deve possuir a finalidade estritamente retributiva, ou seja, a punição estatal deve ser suficiente para a reprovação e a prevenção de outros delitos. Neste contexto, não há espaço para a ressocialização ou reparação dos danos, sendo rechaçada qualquer forma de flexibilização da punição.

O modelo ressocializador trouxe, para o sistema penal, alternativa à aplicabilidade da pena. Esta teria o papel complementar de reintegrar o criminoso à sociedade. No novo modelo há evolução no sentido da preocupação com os indivíduos envolvidos na relação criminosa.

Com a intenção de dar continuidade a esse fenômeno de integração das partes à resolução dos conflitos, surge o modelo consensual. A flexibilização da resposta para o delito é a chave, pois o acordo é previsto como forma almejada de solução dos conflitos penais. Como ferramentas de solução consensual, surgem a conciliação, a mediação e a negociação.

A conciliação, forma de consenso entre as partes, é representada, no Brasil, pela composição ou reparação dos danos, pela transação penal e pela suspensão condicional do processo, institutos consagrados pela Lei n. 9.099/95, que serão melhor analisados em um próximo tópico.

A mediação penal é ferramenta típica de resolução dos conflitos da chamada justiça restaurativa, modelo de justiça que surge como alternativa ao modelo clássico punitivo. A justiça restaurativa propõe o empoderamento das partes e a observação do conflito a partir de uma ótica individualizada, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, como a gravidade do delito, as condições em que ele ocorreu, as consequências suportadas pela vítima, os estigmas suportados pelas partes, entre outros aspectos relevantes. O diálogo é

extremamente valorizado, assim como a reparação da vítima e a responsabilização do autor dos fatos. A pena, principalmente a privativa de liberdade, não faz parte dos objetivos principais desse modelo de justiça. Embora existam algumas iniciativas isoladas no Brasil, ela ainda não foi efetivamente implantada no contexto brasileiro.

A negociação, por sua vez, surge como meio consensual de resolução dos conflitos criminais no sistema norte-americano, principalmente através do chamado *plea bargaining*, acordo realizado entre o acusado e o órgão acusador, tendo como conteúdo a tipificação do delito, a pena a ser aplicada, as formas de execução da pena, entre outros aspectos penais relevantes. Esta ferramenta também não foi positivada no processo penal brasileiro.

O surgimento dos modelos de resolução dos conflitos penais coincide com a evolução do pensamento criminológico a respeito do que deve ser valorizado para a solução do conflito penal. No modelo que prima pela retribuição, existe um verdadeiro isolamento das partes. O Estado é o único responsável por resolver o conflito, sendo o acusado e a vítima tratados em um escalonamento inferior. Com o modelo ressocializador e, principalmente, com o modelo consensual, as partes foram valorizadas e passaram a ter papéis determinantes no desenrolar do procedimento criminal para a sua solução.

O modelo consensual propõe a chamada horizontalização do processo penal, na medida em que prevê e valoriza formas de soluções em que as partes e o diálogo são essenciais para que o conflito seja resolvido. Mais do que isso, as partes passam a ter a oportunidade de atuar em paridade com o órgão acusador. O empoderamento das partes é importante para que a resposta ao delito seja coerente com o que a sociedade almeja.

A humanização alcançada pela horizontalização da justiça penal legitima o sistema penal. O tratamento individualizado e a possibilidade da efetiva participação das partes são objetivos que devem ser tratados como corolários do devido processo legal. O respeito às novas regras procedimentais para a efetivação de soluções consensuais, podem não se enquadrar no modelo tradicional de produção de provas e ritualização dos procedimentos, mas valorizam os indivíduos envolvidos no conflito penal de forma inusitada, permitindo que participem da solução do próprio conflito.

Existem diversos institutos que buscam alcançar esta aproximação entre o Ministério Público e o acusado, mas algumas reflexões devem ser feitas para entender se esta horizontalização está consolidada na prática forense e se há uma relação equânime entre os sujeitos envolvidos para a resolução do conflito penal.

## **2 O princípio da oportunidade regrada**

Na concretização de procedimentos consensuais, existirá, de um lado, o princípio da oportunidade regrada e, de outro, a autonomia da vontade do imputado.

O princípio da oportunidade, como o próprio nome indica, representa uma escolha, ou seja, uma possibilidade que pode ser ou não aproveitada por quem a titulariza. No âmbito penal, essa faculdade indica que o titular da ação penal poderá abrir mão de um direito seu, o que pode significar abdicar de intentar a ação penal, requerer sua suspensão, mediante certas condições, negociar a punição do autor ou, até mesmo, pedir a extinção de punibilidade do autuado ou acusado.

Este princípio, no entanto, será delimitado pelos critérios legais e até mesmo pelo controle judicial, ou seja, o titular da ação penal deverá seguir alguns requisitos já estabelecidos, não tendo plena liberdade para alcançar o consenso.

A autonomia da vontade do imputado, de outro lado, significa dizer que ele terá a chance de escolher afastar alguns de seus direitos garantidos pelo devido processo legal ordinário, com a finalidade de obter outros benefícios que lhe serão proporcionados pela forma consensual de resolução do conflito.

No Brasil, vigora, em regra, o princípio da obrigatoriedade em relação ao órgão público acusador. O Ministério Público (titular da ação penal, em regra) não tem a faculdade em agir; havendo notícia do crime, o órgão acusador tem o dever agir.

No contexto nacional, o princípio da obrigatoriedade encontra aliado no princípio da indisponibilidade da ação penal, visto que este indica não poder o órgão acusador desistir da ação penal proposta, injustificadamente.

O princípio da oportunidade, no entanto, tem sido cada vez mais valorizado no Brasil. Pode-se vislumbrar como razão para isso, a necessidade de buscar, em relação às infrações de menor potencial ofensivo, procedimentos mais informais, simplificados e céleres, bem como a necessidade de individualização no trato das questões penais, discussões essenciais no campo da adequação social.

A imposição de pena, objetivo maior do modelo tradicional do sistema punitivo, não tem obtido sucesso com os resultados apresentados pela privação de liberdade, pois a

reincidência é extremamente elevada e a prevenção quase inexistente. Assim sendo, a adoção de outras formas de sanção e controle social tem sido cogitadas, na medida em que parecem representar melhor os anseios de proporcionalidade entre a conduta criminosa e a punição.

É preciso destacar que os princípios da oportunidade, obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal estão amparados pelo princípio da legalidade, afinal, todos encontram morada em dispositivos legais adotados pelo ordenamento brasileiro.

A partir destas reflexões, surge o questionamento se é possível manter em vigor princípios opostos sem prejudicar a coerência do sistema.

É necessário averiguar se a forma como o princípio da oportunidade foi adotado no Brasil realmente possibilita o consenso e se, diante das possibilidades proporcionadas pelo sistema, o processo penal caminha para um contexto mais democrático a partir de uma maior liberdade de acusação ou se, inversamente, acaba por tornar o infrator refém de um modelo autoritário e opressivo com roupagem de consenso.

Para tentar responder a estes questionamentos suscitados, os próximos itens discorrerão sobre as principais formas de resolução consensual do conflito penal adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque naquelas em que o autuado ou acusado e o Ministério Público são protagonistas.

### **3 A Lei n. 9.099/95 e o modelo consensual de justiça**

A Lei n. 9.099/95, atendendo ao preceito constitucional – art. 98, I, instituiu os Juizados Especiais e, no campo criminal, representou verdadeira revolução ao trazer instrumentos e soluções consensuais à persecução penal.

Ensina Luiz Flávio Gomes (2012, p. 489) que, para a instituição do modelo consensual, cada um dos envolvidos na persecução penal deve abrir mão de parcela dos seus direitos garantidos pelo devido processo penal tradicional:

Para se estabelecer o modelo consensual de Justiça Criminal, como se percebe, em primeiro lugar, o legislador elegeu a via processual (princípio da oportunidade). Isso significa que para haver consenso ou conciliação urge que o Ministério Público abra mão da via processual clássica, regida pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em segundo lugar, do acusado se espera que abra mão do devido processo penal clássico (contraditório, provas, recursos etc.), em troca de alguns benefícios consideráveis [...] Em terceiro lugar, do Estado, retirou-se a forma de reação clássica que é a prisão.

As inovações propostas por esta lei surgem em boa hora, pois cada vez mais situações pareciam não se encaixar nas expectativas do paradigma processual penal vigente. E, como bem aponta Howard Zehr (2008, p. 86-87), este é o momento em que um modelo paradigmático surge para substituir (ou complementar) outro, provocando uma revolução no modo como vemos e compreendemos o mundo.

O âmbito de aplicação desta lei é restrito aos delitos de menor potencial ofensivo, sendo assim considerados as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a processo especial.

Além deste critério da natureza da infração penal, a competência dos Juizados é definida quando inexistir circunstância que desloque a competência para o juízo comum. Este deslocamento ocorrerá nas hipóteses em que haja conexão ou continência com infração penal comum (art. 60, parágrafo único), nos casos de impossibilidade de citação pessoal do autuado (art. 66, parágrafo único), bem como se evidenciada a complexidade da causa (art. 77, § 2º).

É preciso que se diga, no entanto, que, ainda que a competência seja deslocada para a justiça comum, se a infração, em razão da sua pena, puder sujeitar-se à aplicação dos institutos despenalizadores, isso deverá ser feito.

O procedimento previsto para o Juizado deverá respeitar os critérios da oralidade, informalidade, celeridade e economia processual, devendo ser simplificados e objetivos.

Os objetivos da lei são a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena que não seja privativa de liberdade, coadunando-se com os princípios dos modelos consensuais de resolução dos conflitos.

A conciliação proposta na Lei n. 9.099/95 pode ocorrer através da composição civil dos danos, acordo pré-processual realizado entre a vítima e o autor dos fatos, objetivando a reparação dos danos (materiais, morais ou estéticos) sofridos pela vítima. Outra forma de conciliação ocorrerá através da transação penal, mas, neste caso, o acordo será entre o autor dos fatos e o representante do Ministério Público. A suspensão condicional do processo, por sua vez, surge como proposta do órgão acusador ao acusado, quando já houver processo instaurado.

Estes instrumentos foram instituídos para viabilizar a solução do conflito através do

consenso entre as partes. Para os fins almejados por este trabalho, serão abordados a seguir a transação penal e a suspensão condicional do processo.

### **3.1 A transação penal**

A transação penal possibilita acordo entre o autor de infração de menor potencial ofensivo e o Ministério Público, sendo a proposta oferecida pelo acusador público em momento pré-processual, antes da apresentação da peça inicial acusatória e, se aceita e homologada pelo juiz, impedirá a instauração da ação penal, daí porque se diz que há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal (MESSA, 2014, p. 832 e 845).

Inicialmente, vale dizer que a transação penal somente será cabível para os delitos de menor potencial ofensivo que, pela lei, devem ser de ação pública incondicionada ou condicionada quando houver necessidade de representação.

Na audiência preliminar, se não ocorrer a conciliação entre a vítima e o autor dos fatos, sendo infração de ação penal pública condicionada, ou independente da representação, caso a infração seja de ação pública incondicionada, e não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos e/ou multa(s), em conformidade com o caso concreto, respeitando-se as peculiaridades do autuado e da gravidade do delito.

A lei pretendeu deixar claro que a transação ocorrerá nos casos em que não seja hipótese de arquivamento. Todavia, devido ao grande número de procedimentos que tramitam perante os juzados especiais criminais, este requisito, recorrentemente, não tem sido analisado, o que é prejudicial ao autuado, pois a proposta só deveria ser feita nos casos em que o representante do Ministério Público entendesse pela necessidade do processo ser instaurado.

É hipótese do princípio da oportunidade regrada, pois o Ministério Público tem autorização legal para, no lugar de oferecer a denúncia, oferecer proposta de transação penal, medida evidentemente despenalizadora.

Para Guilherme Nucci (2012, p. 430), “a transação abrange a decisão de não litigar, aceitando o agressor, desde logo, a penalidade – restrição de direito ou multa – sugerida pelo órgão acusatório”.

Existem algumas situações que impedem a proposta de transação penal, como no caso do autor da infração ter sido condenado à pena privativa de liberdade pela prática de crime; ou ter sido beneficiado por este benefício anteriormente no prazo de cinco anos; ou se os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente ou os motivos e circunstâncias do delito não indicarem ser necessária e suficiente a adoção desta medida (art. 76, § 2º).

Analisando este dispositivo, destaca Guilherme Nucci (2012, p. 456) que os antecedentes a serem considerados podem ser a vida pregressa criminal (condenações anteriores, com trânsito em julgado); a conduta social, entendida como o modo de comportamento do autor do fato na comunidade onde vive; a personalidade, que é interpretada como o conjunto de características específicas de alguém; os motivos, como fatores que contribuem para o cometimento da infração penal; e, as circunstâncias que seriam os demais elementos que circundam a prática da infração penal de maneira peculiar.

É possível vislumbrar, portanto, que a transação penal representa um momento de consenso limitado. Os limites impostos são variados, pois alguns delitos não podem ser submetidos a tal proposta, seja em razão da pena imposta, seja em razão das circunstâncias em que o delito ocorreu; alguns indivíduos não terão direito à proposta, em razão de sua reincidência, antecedentes, conduta social ou personalidade.

De outro lado, para os casos em que é cabível, a proposta quanto à pena a ser aplicada deve ser certa tanto qualitativamente, quanto quantitativamente. Deve haver proporcionalidade e adequação entre o delito perpetrado, a personalidade e as condições do agente.

A transação penal aparentemente ainda não pode ser considerada como uma forma completa de horizontalização da justiça penal, isso porque o Ministério Público assume uma posição de maior poder do que o investigado para a solução do conflito penal, não obstante se tratar de direito público subjetivo do autor do fato delituoso.

É exatamente nesta seara que a individualização da proposta deveria ter sucesso, visto que para cada indivíduo, no seu contexto de criminalização, deveria ser encontrada uma forma de consenso própria. O diálogo aqui seria fundamental para que o representante do Ministério Público conseguisse que a proposta fosse eficaz aos olhos da vítima (possibilitando uma reparação adequada) e, ao mesmo tempo, que fosse proporcional com relação à situação do acusado (possibilitando o encerramento da acusação, mas também uma verdadeira oportunidade de restauração).

O problema que tem se apresentado na prática é a ausência de tempo disponível para a efetivação da medida e também o comprometimento para que esta transação penal traga satisfação para os envolvidos. Usualmente, a proposta apresentada é a mesma para todos os investigados, sem observância de qualquer individualização no que concerne à pessoa do autor dos fatos ou ao delito pelo qual está sendo acusado. A necessidade de celeridade (encampada pela própria legislação) tem prejudicado a eficiência do instituto.

Além disso, seria interessante uma maior interação entre o Ministério Público e o autuado no momento de elaboração da proposta. Um diálogo traria certamente maior efetividade para a medida e possibilitaria uma horizontalização do poder de resolução do conflito.

Nesta linha de raciocínio, Ada Pellegrini Grinover (1997, p. 36) entende que a lei reservou pouco espaço para a “barganha penal”:

O Ministério Público, no termos do art. 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade, “deve agir”), mas sua “proposta”, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de princípio da discricionariedade regulada ou regrada (ou, ainda, oportunidade regrada).

Importante frisar que, aceita a proposta, não haverá condenação. O consenso atingido é considerado um benefício ao autor do delito. Desta forma, a sanção imposta não será considerada como pena e, por isso, não pode ser computada para efeitos de reincidência, nem será registrada em certidão de antecedentes.

Neste sentido, Nestor Távora e Rosmar Alencar (2012, p. 805) alertam que o autor do fato deve estar em liberdade no momento de aceitação da proposta apresentada pelo membro do Ministério Público. Ele poderá ou não aceitá-la ou então poderá fazer uma contraproposta. De qualquer forma, ele deverá ser informado desde o início de que a aceitação da transação penal não implicará reconhecimento de culpa ou reincidência, não havendo o registro de antecedentes criminais. Contudo, ele não terá novamente o benefício no prazo de cinco anos, em outro crime.

Por fim, é preciso ressaltar que este momento de consenso entre o Ministério Público e o investigado é supervisionado (regrado) pelo magistrado, que deverá apreciar o acordo realizado, homologando-o ou não.

### 3.2 A suspensão condicional do processo

A proposta de suspensão do processo deverá ser feita no momento em que o Ministério Público for oferecer a denúncia. Para que ela ocorra, o juiz deverá receber a denúncia, instaurando a relação processual. Este instrumento representa, portanto, uma mitigação do princípio da indisponibilidade do processo penal (MESSA, 2014, p. 845).

O momento adequado para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo deve ser, se possível, logo no início da persecução penal, pois um dos objetivos principais do benefício é evitar que o acusado passe pelo constrangimento do processo (ARAÚJO, 1997, p. 101).

A suspensão condicional do processo será cabível para aqueles crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei n. 9.099/95. São diversos os requisitos que devem ser respeitados para que a proposta seja cabível: o acusado não pode estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime e também devem estar presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o período de suspensão variará entre dois a quatro anos e, durante este período, o acusado se submeterá às seguintes condições previstas no art. 89, § 1º:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Além destas condições estabelecidas pela própria legislação, o juiz, observando a situação pessoal do acusado, poderá indicar outras, adequadas ao caso concreto. Isso demonstra a possibilidade de individualização do benefício.

As condições impostas durante o período de prova devem funcionar como restrição ao comportamento social do beneficiado, que tem como objetivo fazer com que este demonstre sua autodisciplina e senso de responsabilidade, por isso não podem causar situações vexatórias ou que lesem a dignidade da pessoa humana ou a sua integridade física.

Em regra, também não pode configurar como condição a imposição de penas

restritivas de direitos (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana), pois estas são modalidades de sanção disciplinadas no Código Penal, o que representaria verdadeira imposição antecipada de pena.

Existem algumas hipóteses de revogação da suspensão do processo. A revogação será obrigatória se o beneficiário vier a ser processado por outro crime durante o curso do prazo de suspensão ou se o beneficiário injustificadamente não efetuar a reparação do dano. Por outro lado, a revogação será facultativa se o beneficiário vier a ser processado por contravenção durante o curso do prazo de suspensão ou se descumprir qualquer das condições impostas.

No caso de o beneficiário não dar causa à revogação e o prazo expirar, o juiz declarará extinta a punibilidade. Importante dizer, ainda, que a prescrição não corre durante o prazo de suspensão condicional.

Diferentemente da transação penal, o legislador não previu para a suspensão condicional do processo um requisito temporal para a formulação de nova proposta. Diante disso, não se pode estender a previsão de cinco anos (art. 76, § 2º, II) para o instituto em estudo, visto que isso representaria verdadeira analogia *in malam partem*, o que seria uma ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF).

A doutrina (LIMA, 2014, p. 260) entende que, para a proposta de nova suspensão, deve-se pelo menos respeitar o atual período de prova (dois a quatro anos), pois, enquanto não houver a extinção da punibilidade pelo decurso do prazo sem que tenha havido revogação, o acusado ainda estará sendo processado por crime, o que seria impedimento para a concessão do novo benefício.

Na prática, este instituto não tem obtido o sucesso que se esperava. O número de propostas aceitas e processos suspensos são inúmeros, contudo, esses números mascaram o insucesso do verdadeiro objetivo que seria o consenso entre o representante do Ministério Público e o acusado quanto à solução do conflito penal, notadamente porque “é ato bilateral, que pressupõe a concordância clara e inequívoca do acusado” (LIMA, 2014, p. 264).

Assim como na transação penal, parece que uma das principais culpadas por esta ausência de comprometimento é a busca incessante, no processo, de celeridade. O problema, é bem verdade, tem sido a ausência de distinção entre celeridade e pressa, além da falta de valorização das formas alternativas de solução dos conflitos penais.

Importante ressaltar que neste instituto não há discussão a respeito da culpabilidade

do acusado, isso porque é um benefício que pode apenas suspender o processo, e, se observadas algumas condições e cumprido o prazo estipulado, o processo será extinto e o acusado não será julgado por este delito. Caso a suspensão condicional do processo seja revogada, o processo retomará o seu curso, possuindo a parte acusadora o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado.

Sobre a natureza da suspensão condicional do processo, a doutrina, em geral, tem afirmado ser *nolo contendere* (GRINOVER et. al., 1997, p. 224; LIMA, 2014, p. 256), que consiste em uma forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, não admite culpa e nem proclama sua inocência.

Luiz Flávio Gomes (1997, p. 130) ainda diferencia o instituto da suspensão condicional do processo dos tradicionais mecanismos norte-americanos do *guilty plea* e do *plea bargaining*. O primeiro é considerado como uma forma de defesa, na medida em que o acusado confessa o fato criminoso que lhe foi imputado para poder ter acesso a benefícios, como a redução de pena. O segundo, é um pacto realizado entre o Ministério Público e o acusado, em que há um acordo sobre qual delito será imputado ao acusado e sobre qual a pena a ser aplicada (geralmente reduzida), oportunidade em que o acusado irá renunciar ao devido processo legal em nome da imediata aplicação da pena.

Por fim, importa ressaltar que, assim como na transação penal, a proposta de suspensão condicional do processo aceita deverá ser submetida à apreciação do juiz, que poderá homologar o acordo penal, a depender da legalidade da proposta e da aceitação.

Parece claro que o princípio da oportunidade regrada foi adotado pela Lei n. 9.099/95, pois o Ministério Público não pode simplesmente deixar de atuar; ele pode apenas dispor do processo penal, adotando uma via alternativa eleita pelo legislador (GRINOVER et. al., 1997, p. 229). Este princípio possibilita a efetivação dos preceitos constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade com relação às infrações consideradas de menor potencial ofensivo. O Ministério Público pode promover um tratamento mais individualizado do autor da infração ou acusado, o que retrata uma tentativa de maior adequação social com relação ao delito (PEREIRA, 2002, p. 28-31). “O princípio da adequação, aliás, está para a suspensão como o princípio da individualização está para a pena” (GRINOVER et. al., 1997, p. 292).

#### **4 O Projeto de Lei n. 8.045/10 e o contexto atual**

O Código de Processo Penal vigente (Decreto-Lei 3.689) data do ano de 1941 e, desde então, tem sofrido muitas modificações pontuais, como aquelas realizadas no ano de 2008, pelas Leis n. 11.689, n. 11.690 e n. 11.719. No entanto, essas reformas legislativas não tem sido suficientes para adequar o Código à sistemática democrática vigente no país desde a Constituição de 1988.

Para tentar solucionar esta defasagem da legislação processual penal, foi aprovado pelo Senado Federal, em 2009, o PLS 156, Projeto de novo Código de Processo Penal, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, como PL 8.045/2010.

O referido Projeto de Lei, se aprovado e sancionado, trará diversas modificações para o processo penal brasileiro: institui a estrutura acusatória para o processo penal (art. 3º); garante o sigilo às pessoas envolvidas (art. 10); cria a figura do juiz das garantias (art. 14 e ss); institui o prazo de noventa dias para a conclusão do inquérito policial para o investigado solto, permitindo sua prorrogação (art. 31); designa o Ministério Público como destinatário do inquérito policial (art. 34); extingue a ação penal privada (art. 45); trata o interrogatório como meio de defesa do investigado (art. 64); traz o conceito de vítima (art. 90) e elenca, expressamente, alguns dos seus direitos (art. 91); impede o uso das provas ilícitas e as delas derivadas (art. 167); limita os recursos possíveis (art. 458 e ss); entre outras medidas.

Respeitando-se o recorte temático imposto neste trabalho, será avaliada a principal novidade na esfera de resolução consensual dos conflitos penais, materializada pela hipótese de consenso entre o Ministério Público e o acusado, através da aplicação imediata da pena, instrumento que está indicado nos arts. 283 e 284 do citado Projeto.

O art. 283 dispõe que, até o início da instrução, o Ministério Público e o acusado, através de seu defensor, poderão solicitar a aplicação imediata da pena. Essa possibilidade somente poderá ocorrer nos crimes em que a pena máxima prevista não seja superior a oito anos. Além disso, será exigida a confissão, total ou parcial, do acusado com relação aos fatos a ele imputados na inicial acusatória.

A aplicação da pena se dará pelo mínimo previsto na cominação legal ou poderá ser diminuída em até 1/3 deste mínimo, nos casos em que as condições pessoais do agente e as condições de menor gravidade do delito indicarem. Se houver cominação cumulativa de pena de multa prevista para o delito, ela deverá também ser aplicada no mínimo legal.

O acordo entre o Ministério Público e o acusado somente poderá ser efetuado se as partes dispensarem a produção das provas por elas indicadas e deverá ser homologado pelo juiz, que observará as condições pactuadas, notadamente o cumprimento formal dos requisitos legais. Essa homologação será considerada como sentença condenatória para todos os efeitos.

Se o acordo não for homologado, ele deverá ser desentranhado dos autos e nenhuma das partes poderá fazer referência a ele no prosseguimento do processo, tampouco o juiz em seus atos decisórios.

A partir dessas características, é possível vislumbrar que esta forma de consenso se diferencia em diversos aspectos dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo.

Primeiramente, destaca-se que o âmbito de aplicação é maior no Projeto de Lei, visto que o consenso poderá ser buscado em crimes em que a pena máxima cominada não ultrapasse oito anos. Certamente, a maior parte das infrações penais estará englobadas neste contexto.

Em outro aspecto, observa-se que nos institutos firmados pela Lei n. 9.099/95 não há condenação. O acordo entre o Ministério Público e o acusado permite a aplicação imediata de sanções (não é pena) ou a suspensão do processo. Já neste novo acordo instituído pelo Projeto de Lei, haverá a condenação do acusado e a imposição da pena ajustada.

A confissão faz parte da negociação. Para que o acusado possa ter o benefício da aplicação da pena no mínimo legal (ou até com maior redução, se for o caso), ele deverá confessar a prática dos fatos criminosos narrados na inicial acusatória.

A flexibilidade que pode ser apontada para o instituto diz respeito à opção que tem o acusado de confessar parcialmente os fatos a ele imputados. Além disso, o juiz poderá observar as peculiaridades do caso concreto ao ter a possibilidade de reduzir a pena em até um terço da pena mínima cominada em abstrato para o crime, a depender das circunstâncias pessoais do agente e da gravidade do delito cometido.

A aceitação da proposta de aplicação imediata da sanção será por questão de estratégia da defesa. De um lado, o acusado abrirá mão de exercer sua defesa e de tentar provar sua inocência, através da instrução criminal, para que, de outro lado, garanta, desde já, o benefício da redução da pena, que poderá não ser aplicado após a instrução.

Observa-se que não há um cerceamento dos direitos e garantias fundamentais do

acusado, pois ele terá acesso à proposta do Ministério Público e avaliará com a ajuda do seu defensor se este é o melhor caminho para a situação específica em que se encontra. Além disso, há um procedimento previsto na lei para que tal acordo seja efetivado, o que garante um devido processo legal.

Vale aqui, novamente, o princípio da oportunidade regrada, pois a liberdade de escolha entre ações e omissões está restringida pelos limites normativos.

Tratando-se de previsão legal expressa a respeito de uma possibilidade de solução consensual do conflito penal e sendo uma oportunidade (leia-se o acusado terá liberdade para optar por esta forma de resolução), não há que se falar em violação aos direitos e garantias do acusado.

Não se pode falar, em abstrato, que haverá um prejuízo ao acusado por ele estar abrindo mão da produção de provas e da presunção de inocência ao confessar. É preciso analisar que a estratégia de evitar um processo longo e uma pena mais grave pode ser um trunfo para a defesa.

Luiz Flávio Gomes (2012, p. 486) ensina que:

O “espaço de 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 de igualdade de oportunidades, o de presunção de inocência, o da verdade real, o de ampla defesa, contraditório etc.

Adotar formas de aplicação do princípio da oportunidade regrada é uma forma de alcançar a adequação social nas decisões jurídicas (PEREIRA, 2002, p. 47), o que primária pelos direitos e garantias fundamentais do acusado de uma forma global.

No tocante à relação entre o Ministério Público e o acusado, este instituto aproxima-se mais dos acordos possibilitados no contexto norte-americano, pois o acusado também assume a culpa (e é condenado) na intenção de que o Ministério Público peça a redução da pena ou apresente a denúncia para um delito de menor gravidade.

Resta aguardar para ver se esta hipótese será aprovada e sancionada para que se possa observar na prática a evolução do referido instituto.

Afinal, é cediço que o sistema judicial brasileiro tem tido pouca credibilidade, não só por sua morosidade, burocracia e ineficácia, mas também pela incoerência usualmente apresentada entre o discurso firmado na legislação e as práticas processuais adotadas no

cotidiano forense.

Assim sendo, as tentativas de melhorar a realidade da persecução penal brasileira devem ser valorizadas, pois, conforme alerta Eugênio Raúl Zaffaroni (1991, p. 16), um sistema penal somente será considerado legítimo quando houver coerência entre o discurso empregado e o seu valor real na aplicabilidade diária.

### **Considerações finais**

A análise realizada objetivou o estudo das hipóteses de consenso entre o Ministério Público e o acusado e o que isso representaria para a contínua evolução do processo penal brasileiro.

Para que a possibilidade de consenso exista no processo penal é necessária a mitigação do princípio da obrigatoriedade ou, colocando de uma outra forma, é preciso que se adote o princípio da oportunidade de forma regrada.

Este princípio possibilita atender às regras lógicas e às garantias formais de um processo judicial penal democrático. A adequação social da decisão com relação ao delito perpetrado supera o possível afastamento de algumas garantias do devido processo legal ordinário.

O princípio da oportunidade adotado no ordenamento brasileiro em relação às infrações de ação penal pública é claramente regrado, isso porque o Ministério Público estará limitado às previsões legais e ao controle judicial e, em nenhum momento, será possível simplesmente dispor da ação penal, sem respeitar os requisitos e mandamentos legais. A lei pode ter abrandado a forma de resposta estatal, mas não deixou de exigí-la.

Assim, há pouco espaço para a verdadeira “barganha penal”. Nos institutos já efetivados pela Lei n. 9.099/95, a discussão entre o Ministério Público e o acusado não avança para as questões de culpabilidade e sanção penal. Existe uma “verdade consensual”, que pretende colocar um fim no litígio penal e não produzir provas para descobrir a verdade dos fatos.

De outro lado, pode-se concluir que o princípio da autonomia da vontade do acusado existe, pois é necessário que ele aceite a proposta do Ministério Público, para a efetivação da solução conciliada. No entanto, o consentimento para a não utilização dos seus direitos e

garantias fundamentais previstos para o devido processo legal ordinário, tendo em vista os benefícios outorgados pela forma consensual de resolução do conflito, deve ser assistido por defesa técnica hábil, a fim de que o acusado entenda o novo procedimento que está adotando e quais serão as consequências desta opção.

As formas de resolução consensual do conflito penal somente serão legítimas se o acusado puder obter essas informações para embasar sua escolha, o que permitirá que ele analise as propostas do Ministério Público e decida se o benefício é a melhor opção para o seu caso concreto.

O sistema brasileiro não está, assim, carente de inovação legislativa no campo das formas alternativas de solução dos conflitos. As práticas consensuais já têm sido adotadas (em abstrato) com êxito no âmbito criminal. Sua maior falha tem sido com relação à eficiência na aplicabilidade dos instrumentos existentes na prática forense. É preciso que a participação do autor dos fatos seja mais efetiva, pois o consenso tem como princípio a participação real das partes.

Um caminho que parece ser possível é a evolução destes instrumentos no sentido de maior horizontalização da sua efetivação, ou seja, a formação das propostas deveria observar os anseios dos envolvidos e dos objetivos de pacificação e adequação social. A resposta para o delito deve ser proporcional e suficiente, características que dificilmente serão preponderantes em um sistema em que o órgão acusador e o acusado não dialogam.

## Referências bibliográficas

ARAÚJO, Carla Rodrigues de. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

CORDEIRO, Euller Xavier. **A participação da vítima no processo penal**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5)

\_\_\_\_\_. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26. 09. 1995**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (volume 2).

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rogrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.