



ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL E A SUA COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Michelle Souza Calado Lima Carneiro

Graduada pela Faculdade Gama e Souza.
Advogada.

Resumo – Os espaços de consenso no processo penal geram controvérsia doutrinária. Os institutos da justiça negocial são criticados por serem alegadamente incompatíveis com princípios constitucionais importantes como o da presunção da inocência, o direito ao silêncio, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. O objetivo desse trabalho é analisar o acordo de não persecução penal, a delação premiada e a transação penal e demonstrar como tais institutos violam os princípios constitucionais.

Palavras-chave – Processo Penal. Espaços de Consenso. Princípios Constitucionais.

Sumário – Introdução. 1. O acordo de não persecução penal e o princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio. 2. Delação premiada como meio antiético de extorsão da prova e a sua inconstitucionalidade. 3. Transação penal e a sua inconstitucionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo discutir a constitucionalidade dos institutos que integram os espaços de consenso no processo penal brasileiro, tais como o acordo de não persecução penal, a delação premiada e a transação penal, uma vez que existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Na justiça brasileira, diante da sobrecarga de processos, é comum que em alguns casos haja a ocorrência da prescrição. Soma-se a isso o fato de que diante de uma resposta excessivamente morosa às práticas criminosas, a efetividade do processo acaba ficando comprometida, o que pode despertar na população um sentimento de impunidade.

Dessa forma, perante a necessidade de conferir uma maior eficiência na resolução dos conflitos penais, tem crescido cada vez mais no Brasil, a ideia da expansão dos espaços de consenso, ou seja, a criação de mecanismos que permitam uma maior aplicação da justiça consensual. Consiste em um meio alternativo que permite o encerramento da persecução penal de forma antecipada.

Contudo, questiona-se a constitucionalidade dos espaços de consenso no processo penal, o qual também chamamos de justiça penal negocial. A aplicação consensual da pena acaba por causar prejuízos ao processo penal democrático, já que não há um efetivo consenso entre as partes, podendo se assemelhar mais a um ‘contrato de adesão’ por parte do investigado,

que deve aceitar os termos impostos pelo Ministério Público, caso contrário, não será beneficiado.

Além disso, outro fator de críticas é que os institutos da justiça penal negocial, mitigam o princípio da necessidade do Processo Penal. Isto porque, admitem a aplicação de pena sem prévio processo ou, ao menos, sem integral processo, na medida em que a negociação poderá ocorrer antes de iniciada a instrução e implicará aceleração procedimental pela imediata aplicação da pena, o que ocasiona o afastamento do modelo processual tradicional.

Os princípios constitucionais são os pilares de todo o ordenamento jurídico, pois orientam como o operador do direito deve agir diante das situações concretas a ele apresentadas no cotidiano. Além disso, garantem a legalidade, conferem igualdade e segurança jurídica a todos os jurisdicionados, concretizando o que chamamos de Estado Democrático de Direito.

A doutrina e a jurisprudência têm questionado a constitucionalidade da justiça negocial, assim como a sua eficácia como instrumento "despenalizador". É importante discutir sobre o tema, apresentar as particularidades de cada instituto e analisar se eles são benéficos aos investigados, assim como o seu reflexo na sociedade.

Inicia-se o primeiro capítulo do artigo científico apresentando o instituto do acordo de não persecução penal, e uma análise sobre a sua constitucionalidade diante do princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

O segundo capítulo analisa a constitucionalidade do instituto da delação premiada, e visa a discutir se os seus requisitos são éticos e lícitos e a sua eficácia contra os crimes de "colarinho branco".

Por fim, o terceiro capítulo aborda as peculiaridades da transação penal, questiona a sua constitucionalidade, tendo em vista que por meio desse instituto é possível a aplicabilidade da sanção penal apenas com indícios de autoria e materialidade, dispensando o contraditório e a ampla defesa.

A pesquisa jurídica é desenvolvida pelo método dedutivo em que, com base nas informações coletadas e apresentadas, faz-se uso de uma cadeia lógica de raciocínio, para defender uma tese.

A abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, porque a pesquisadora pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – a fim de sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.



1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DIREITO AO SILÊNCIO

O acordo de não persecução penal (ANPP) é um negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o Ministério Público (MP) e o autor de um crime, o qual deve confessar formalmente a prática do delito.

O compromisso do investigado será o cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, e em troca o Ministério Público se compromete a promover o arquivamento do feito, conforme preceitua o art. 18, §11, da Resolução n. 181¹ do CNMP. Segundo Renato Brasileiro², quando as condições impostas ao investigado são cumpridas, não há mais interesse processual em propor a ação penal, já que a pretensão punitiva estatal foi satisfeita com o cumprimento das obrigações pelo investigado. Outra consequência do devido cumprimento das condições pelo investigado é a declaração da extinção da punibilidade pelo juízo competente, conforme disposto no §13 do artigo 28-A do Código de Processo Penal³.

O objetivo da celebração do acordo é providenciar um processo mais rápido, um resultado mais legitimador e com uma certeza da culpabilidade do agente, já que este se vê obrigado a confessar circunstanciadamente a prática do delito.

O acordo de não persecução penal tem previsão legal no artigo 18 da Resolução n° 181⁴, de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a qual versa sobre as investigações criminais realizadas pelo Ministério Público por meio do denominado procedimento investigatório criminal. Este modelo de justiça penal negociada foi recentemente incluído no art. 28-A do Código de Processo Penal⁵ pela Lei n°. 13964/19, o chamado Pacote Anticrime⁶:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

¹ BRASIL. *Resolução n° 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*, de 07 de agosto de 2017. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 210.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶ BRASIL. *Lei n° 13964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 01 abr.2021.



O ANPP tem a sua constitucionalidade questionada, uma vez que viola princípios constitucionais ao ter como principal requisito para a formalização e a homologação do acordo, a exigência de confissão do crime.

Na legislação brasileira, o princípio da presunção de inocência é a regra, segundo o art. 5º, LVII, da CRFB/88⁷, dessa forma o cidadão só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No momento em que o investigado declara culpa para ter acesso ao benefício do ANPP, ocorre uma violação ao princípio constitucional da presunção da inocência, pois antecipa a culpa ao período pré-processual, desconsiderando a sua averiguação mediante o devido processo legal.

Nesse sentido, há a Declaração Universal de Direitos Humanos⁸ aprovada pela ONU, que em seu artigo 11 dispõe: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

O Direito ao silêncio é um dos princípios consagrados na Constituição da República⁹ no art. 5º, inciso LXIII, a qual preceitua: “o preso será informado de seus Direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

No ANPP, o investigado é obrigado a renunciar o direito ao silêncio, porque ou ele confessa o fato criminoso ou não será beneficiado. Algo totalmente em desacordo com as garantias constitucionais, já que a confissão só será considerada válida se for espontânea, conforme ensina o doutrinador Luiz Flávio Gomes¹⁰: “o acusado tem todo Direito de não falar nada (Direito ao silêncio); se falar, tem o Direito de nada dizer contra si mesmo; mesmo dizendo algo contra si, tem o Direito de não confessar. A confissão, por sinal, só constitui prova válida quando for espontânea”.

A exigência da confissão além de violar os referidos princípios constitucionais, também está em desacordo com os pactos internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos - Decreto nº. 678/9¹¹, a qual foi recepcionada pela Constituição da República

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mar 2021.

⁸ UNICEF. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 141-142.

¹¹ CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.



Federativa do Brasil, em seu art. 5º, § 2º. O Pacto de San José da Costa Rica¹² prevê em seu art. 8.2, "g":

Toda pessoa acusada de delito tem Direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem Direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: Direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Da mesma forma, não há compatibilidade com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - Decreto nº 592/92¹³ que dispõe em seu art. 14.3, "g": “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: “[...] De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

O Código de Processo Penal¹⁴ é uma lei infraconstitucional, sendo assim, não deveria apresentar um instituto que simplesmente ignora o que está disposto na Constituição da República e nos Pactos Internacionais, os quais são normas cogentes e, portanto, inderrogáveis.

Impor uma confissão, além de violar as normas legais, pode não ser benéfico ao investigado, tendo em vista que ao confessar o crime este tem o conhecimento e a aceitação dos fatos, mas não necessariamente quanto às suas consequências jurídicas. Pois, caso o investigado não cumpra todas as obrigações por ele assumidas, o Ministério Público poderá oferecer a denúncia, conforme preceitua o artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁵, §10º e §11º. Assim sendo, a denúncia a ser oferecida pelo MP pode trazer, como suporte probatório, inclusive uma confissão formal e circunstanciada do investigado por ocasião da celebração do ANPP.

Além disso, quando o acusado não cumpre com o ANPP, o MP pode utilizar tal fato como motivo para não oferecer a suspensão condicional do processo conforme estabelece o art. 28-A, § 11 do CPP¹⁶.

Atualmente, no sistema processual penal, o réu não pode mais ser considerado coisa e a confissão não é mais considerada como a rainha das provas, deste modo ela deve ser valorada de acordo com a análise conjunta das demais provas existentes no processo, conforme preceitua o art. 197 do Código de Processo Penal¹⁷, no decurso da ação penal com a finalidade de garantir o exercício do contraditório e ampla defesa previsto no art. 5º, inciso LV, da CRFB/1988¹⁸.

¹² Ibidem.

¹³ PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 7.



Percebe-se que a condição de confissão no Acordo de não persecução penal pode ser considerada um ato abusivo porque é desnecessário, uma vez que a finalidade do instituto é dar celeridade processual aos crimes de menor potencial ofensivo, somado a intenção de uma ressocialização do delinquente, fatos independentes da necessidade da manifestação compulsória do investigado. Além disso, trata-se de um acordo extraprocessual, em que não existe um exame de mérito, pois, segundo o art. 28-A, § 4º, do CPP¹⁹, cabe ao juiz apenas a análise da voluntariedade e da formalidade do acordo.

Portanto, apesar do ANPP ter sido criado com o objetivo de colaborar com o sistema criminal brasileiro, trouxe inconsistências pela maneira como foi elaborado, já que houve a supressão das garantias constitucionais, o que prejudica o consenso penal em razão da necessidade da paridade de armas, e conseqüentemente, do respeito ao Estado Democrático de Direito.

2. DELAÇÃO PREMIADA COMO MEIO ANTIÉTICO DE EXTORSÃO DA PROVA E A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A delação premiada é um instituto do direito penal, que possui desdobramentos tanto no âmbito do direito material, quanto no direito processual penal. A palavra “delação” tem origem do *delatio* que tem como significado “acusar ou apontar”. Por outro lado, a palavra “premiada” é derivada do latim *praemium* e indica a “concessão de recompensa por algo”. Portanto, o conceito de delação premiada baseia-se na ideia de “recompensa ou concessão de prêmio em vista das informações dadas”.

A delação premiada tem por objetivo conceder uma vantagem a uma pessoa que está sob investigação, a qual durante a persecução penal, faz a confissão da autoria de um delito e atribui a terceiros, a participação ou o envolvimento na ação criminosa, ou concede informações importantes que auxiliem às investigações. O doutrinador Damásio de Jesus²⁰ ensina que a delação premiada se refere à incriminação de terceiro, a qual é realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no âmbito de seu interrogatório, ou outro ato processual. O legislador premia aquele que delatou, e concede a este benefícios como: redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando, etc.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰ JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 11 ago. 2021.



No ordenamento jurídico, não existe uma lei específica que regula as hipóteses de delação premiada, dessa forma inexistente uma padronização no tratamento do instituto, já que este tem previsão em várias leis especiais e no próprio Código de Processo Penal²¹, em seu artigo 159, § 4º, o qual preceitua: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Importante ressaltar que a delação somente será válida se houver provas que realmente corroborem as informações e estas forem prestadas de maneira voluntária, sem qualquer tipo de coação, conforme preceitua o art. 4º, caput, da Lei nº. 12.850/2013²². Caso contrário, as informações prestadas tornar-se-ão ilícitas, e serão decretadas nulas, tendo em vista que a presença de vícios no negócio jurídico firmado.

Observa-se que a delação premiada é um espaço de consenso que incita o agente a praticar uma conduta que é repelida pela humanidade, ou seja, a traição, a deslealdade. Já que consiste em um instituto por meio do qual o Estado oferece um benefício, seja de redução de pena ou até mesmo de perdão judicial, caso o indivíduo contribua com a justiça, prestando-lhe informações sobre o crime o que muitas vezes se trata de delatar um terceiro que participou do delito. É certo que o Estado não poderia se valer de meios antiéticos e muito menos poderia incentivar que os cidadãos se utilizem de expedientes contrários aos certames da moral.

A delação premiada traz valores que não estão consagrados na legislação brasileira, o que demonstra uma falta de congruência entre este instituto e os preceitos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil²³.

O Direito nasceu para refletir os anseios da sociedade. Dessa forma o ordenamento jurídico é consagrado em meios aos valores morais da sociedade. A delação premiada do modo como é realizada, baseada na traição e em valores egocêntricos, é inconciliável com espírito da Constituição da República²⁴ a qual consagra valores outrora mitigados, como a humanização, a solidariedade e a compaixão.

Desse modo, a delação premiada não deveria ser admissível no direito pátrio, como forma de atenuar ou excluir a pena de quem pratica ou é partícipe de crime. Tendo em vista que a quebra da confiança gera desordem e desagregação, sendo a delação um ato antiético, já que a própria sociedade tem uma aversão à traição das relações sociais e pessoais.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²² BRASIL. Lei nº 12850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 13 ago.2021.

²³ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁴ Ibidem.

Além disso, se a traição é tida como circunstância agravante ou qualificadora de crime conforme previsto no artigo 61, inciso II, letra "c" e artigo 121, § 2º, inciso IV, ambos do Código Penal²⁵, incentivá-la como forma de levar o agente a uma isenção ou a diminuição de pena não parece razoável.

A delação premiada desobedece ao princípio constitucional de *nemo tenetur se detegere*, o qual estabelece que o indivíduo tem o direito de não produzir provas contra si mesmo, sendo um direito fundamental do acusado, uma vez que as técnicas utilizadas pelo Estado conduzem a uma verdadeira inquisição e consequente extorsão da verdade.

Sendo a delação premiada inconstitucional, a sua obtenção, como prova ilícita, é vedada pela Constituição da República²⁶:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Além disso, o instituto ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório, por promover ao magistrado a faculdade de apreciar uma prova produzida sem a possibilidade de confronto e ciência da outra parte, e o princípio da dignidade da pessoa humana, ao submeter, na maioria das vezes, o réu a violações nos aspectos físicos e mentais de sua personalidade na busca por "alguma informação".

Nesse sentido, Bruno Lessa Pedreira²⁷ diz: “ao albergar em nosso sistema a delação premiada, estamos, pois, protegendo um instituto que afronta os princípios constitucionais, que vai de encontro ao espírito da Carta Política, restando-o como tal, inconstitucional”.

Ainda sobre o tema, o jurista brasileiro Bandeira de Mello²⁸ afirma que:

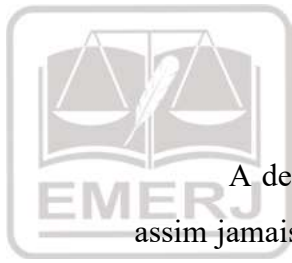
[...] é o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes dos componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

²⁵ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁷ SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. *A inconstitucionalidade da delação premiada*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11731>. Acesso em: 14 ago. 2021.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.



A delação premiada é obtida por meios dubitáveis por parte do poder público. Sendo assim jamais poderia ter valor probatório, tendo em vista que se vislumbra perante uma farsa, pois não há a livre e espontânea vontade de colaborar com a justiça, mas sim uma coerção.

Apesar de a delação premiada não estar de acordo com as normas constitucionais, e o incentivo de prática imoral para colheita probatória não poderia jamais ser prática oficial de Estado, sua eficácia contra os crimes conhecidos como de “colarinho branco” é inquestionável. Contudo, vale a pena passar por cima dos princípios constitucionais para condenar pessoas a qualquer custo?

A resposta é não. Porque a Constituição da República tem que ser a base do profissional do Direito. É a partir dela que se deve aplicar o direito e alcançar a justiça com a finalidade de manter o Estado Democrático de Direito. O instituto da delação premiada incentiva a desonestidade afastando a ordem jurídica da retidão. Alberto Franco²⁹ esclarece que carece à delação premiada uma justificativa brevemente ética, porque ao ser examinada somente pelo motivo de sua utilidade, pode expor todo o sistema legal, o qual é construído com base na dignidade da pessoa humana.

3. TRANSAÇÃO PENAL E A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A transação penal é um instituto despenalizador pré-processual. Consiste em um acordo feito entre o acusado e o MP, em que aquele aceita cumprir as determinações e as condições propostas pelo promotor de justiça de maneira imediata, sem ter sido condenado, já que nem a denúncia foi oferecida, em troca do arquivamento do processo. Dessa forma, o processo é encerrado sem análise da questão e o acusado continua sem registros criminais.

O instituto tem previsão na Constituição da República³⁰ em seu art. 98, inciso I, e no art. 76, da Lei n.º 9.099/95³¹:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor

²⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: notas sobre a lei 8.072/90. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 7.

³¹ BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 31 ago.2021.



a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Apesar da transação penal ter previsão constitucional, faz-se necessário questionar a sua constitucionalidade assim como a sua eficácia como instrumento "despenalizador", uma vez que o seu procedimento viola claramente princípios constitucionais como o do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e a presunção de inocência.

A Carta Magna³² não regulamentou de que forma seria aplicada a transação penal. A regulamentação foi realizada pela Lei nº. 9099/95³³, em seu art. 76, que determinou a aplicação da transação penal antes do início do processo.

Os principais fundamentos pelos quais questiona-se a constitucionalidade desse instituto é o fato de que o seu procedimento é aplicar a pena sem processo e sem reconhecimento de culpa, o que viola o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal³⁴, ou seja, o devido processo legal, assim como há a ofensa à garantia da presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII da Carta Magna³⁵.

A transação penal colide frontalmente com o princípio do devido processo legal, já que o acusado irá cumprir uma pena sem ao menos saber se é culpado, já que sequer é oferecida denúncia.

O princípio do devido processo legal é definido por Nestor Távora e Rosmar Antonni³⁶:

O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais.

Importante ressaltar que, no processo penal, a inocência é presumida, cabendo a quem acusa demonstrar a culpa do réu. Caso não fique cabalmente demonstrada a culpa do acusado, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

Na transação penal, o acusado recebe uma pena sem ter exercido o seu direito de defesa, e sem existir um processo em andamento ou uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

No momento da audiência preliminar, durante a homologação da transação penal, perante o magistrado e o MP, o acusado precisa fazer uma opção que será pela diminuição de

³² BRASIL, op. cit., nota 7.

³³ BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 7.

³⁵ Ibidem.

³⁶ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivim, 2009, p. 52.



seus direitos, recebendo uma pena restritiva de direitos ou uma pena de multa, ou ainda enfrentar um processo, sem ao menos tendo sido ouvido ou produzido alguma prova em sentido contrário ao que foi registrado no Termo Circunstanciado de Ocorrência. Dessa forma, o réu pode se sentir constrangido e acabar aceitando a transação penal, mesmo sendo inocente por medo de enfrentar um processo.

Ressalta-se que a Carta Magna³⁷ não autorizou a aplicação da transação penal aos casos concretos dispensando-se o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e ignorando a presunção de inocência. É necessário que, a lei assegure, em todos os casos, os princípios constitucionais, caso contrário, as garantias constitucionais serão esvaziadas e não mais respeitadas, o que coloca em risco o Estado democrático de Direito.

Eugênio Pacelli de Oliveira³⁸, ao discorrer sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa, ensina que:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equívoco, único caminho para a imposição de sanção de natureza penal.

Antes da audiência preliminar, não é realizada nenhuma investigação, o que acaba fazendo com que a defesa não tenha elementos para avaliar se o instituto da transação penal realmente se constituiria em um benefício para o acusado, pois é bom lembrar que o processo penal pode resultar em uma absolvição inclusive por inexistência fática, conforme preceitua o art. 386, I do CPP³⁹.

No processo penal, o autor do fato não pode renunciar a uma garantia individual constitucional, indeclinável, que é a defesa técnica, pois ela é obrigatória, o acusado precisa se defender mesmo que não seja da sua vontade.

Outro ponto de inconstitucionalidade está no fato de que a homologação da transação penal ocorre antes que o MP ofereça a denúncia, configurando a existência de aplicação de pena sem processo, o que evidencia uma violação ao devido processo legal.

Além disso, o fato de a transação penal ocorrer antes do oferecimento da denúncia, não há como o réu sequer saber se ela seria recebida ou rejeitada pelo juiz. Dessa forma, é impossível para o acusado saber se a transação penal realmente seria um benefício.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 7.

³⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.32.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.



Ainda falando sobre a denúncia, no momento em que o Ministério Público faz o seu oferecimento, quando não há transação penal, ele não pede a aplicação desta ou daquela pena, mas apenas apresenta pedido de condenação. Logo, percebe-se que não é papel do órgão acusador propor ao acusado que ele opte por uma pena restritiva de direitos em detrimento de uma pena privativa de liberdade como ele o faz na aplicação da transação penal.

Pode-se concluir que a transação penal somente seria constitucional se fosse aplicada ao final da audiência de instrução e julgamento pelo procedimento estipulado pela Lei nº. 9.099/95⁴⁰, pois dessa forma, estar-se-ia garantindo o contraditório e a ampla defesa ao acusado.

Assim, posteriormente as alegações finais, o acusado teria a oportunidade de fazer uma análise do conjunto probatório produzido e preferir aceitar a proposta de transação penal, obtendo alguns benefícios. Contudo, se com a análise das provas em conjunto com a sua defesa, o acusado preveja que não haveria oportunidade para a decretação de uma sentença condenatória, já que conseguiu contrastar a acusação, poderia fazer a opção pela sentença, pois nesse caso a absolvição lhe seria muito mais benéfica que a transação penal.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se debruçou sobre a importante discussão acerca da análise da constitucionalidade dos espaços de consenso no processo penal. Tais institutos foram criados com o objetivo de substituir o modelo de uma solução meramente punitiva para uma solução mais construtiva (reparadora).

Contudo, os institutos da justiça negocial desvirtuam a essência do processo penal como instrumento de limitação do poder punitivo, ao violar os princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito ao silêncio, do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório.

Quando se tratou do acordo de não persecução penal foi constatada a violação ao princípio da presunção da inocência e do direito ao silêncio, já que o investigado tem a obrigação de confessar um fato criminoso ou não poderá ser beneficiado.

Na delação premiada, constatou-se que ela é baseada na traição e em valores egocêntricos, o que vai de encontro ao espírito da Constituição da República que consagrou valores como o da humanização, da solidariedade e o da compaixão. Viola o princípio de *nemo*

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 31.



tenetur se detegere, tendo em vista que as técnicas utilizadas pelo Estado conduzem a uma verdadeira inquisição e conseqüente extorsão da verdade.

Já na transação penal foi visto que o autor do fato celebra um acordo com o Ministério Público, antes que este ofereça a denúncia, para cumprir determinadas condições em troca do arquivamento do processo, uma nítida violação ao devido processo legal e a ampla defesa e o contraditório.

A Justiça negocial causa a distorção dos papéis dos atores da Justiça criminal, corrompendo, inclusive, a própria relação entre imputado e defensor técnico, o que corrobora para que sejam abertas brechas para abusos e arbitrariedades em meio ao cenário já intrusivo e seletivo da persecução penal.

Os espaços de consenso levantam a bandeira de que são a melhor alternativa para o acusado porque concedem a ele benefícios em vez de uma pena privativa de liberdade, mas mascaram que estão tirando dele os seus direitos fundamentais. Na verdade, os institutos da justiça negocial não distribuem benefícios, mas sim sanções.

Portanto, conclui-se que não restam dúvidas de que o cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência mundial. Contudo, no âmbito jurídico brasileiro sua aplicação ocasiona sérios riscos ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

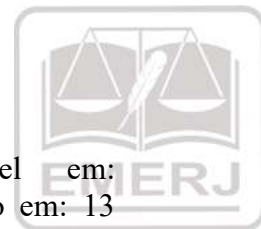
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. *Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*, de 07 de agosto de 2017. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 31 mar.2021.

_____. *Lei nº 13964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mar. 2021.



_____. *Lei nº 12850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: notas sobre a Lei nº 8.072/90. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: pacto de San José da Costa Rica. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACTO INTERNACIONAL sobre Direitos Civis e Políticos, de 06 de julho de 1992. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. A inconstitucionalidade da delação premiada. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11731>. Acesso em: 14 ago. 2021.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivim, 2009.

UNICEF. *DECLARAÇÃO Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 05 mar. 2021.