

---

## CONSENSUALIDADE E O DIREITO SANCIONADOR: ADEQUAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO FATOR LIMITANTE DO PODER PUNITIVO ESTATAL

---

*CONSENSUALITY AND PUNITIVE RIGHT: ADEQUACY  
OF CONSENSUS SPACES TO FUNDAMENTAL RIGHTS  
AND GUARANTEES AS A LIMITING FACTOR OF STATE  
PUNITIVE POWER*

*Raniere Rocha Lins*

*Advogado da União com atuação no Departamento de Patrimônio Público e Probidade da Procuradoria-Geral da União. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Pós-Graduado em Prática Processual nos Tribunais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Consensualidade e sua (in) compatibilidade com o Direito Sancionador: adequação aos limites impostos ao Poder Punitivo do Estado pelos Direitos e Garantias Fundamentais; 1.1 Argumentos contrários ao uso da consensualidade no exercício do Poder Punitivo do Estado; 1.2 Argumentação favorável à utilização de espaços de consenso no âmbito do Direito Sancionador; 2 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo busca, a partir de revisão bibliográfica, aclarar os motivos pelos quais o Estado passou a estabelecer uma ponte de diálogo com as partes na repressão de ilícitos. E até que ponto esse diálogo/consensualidade é compatível com o Direito Sancionador à luz dos limites impostos ao poder punitivo estatal pelos direitos e garantias fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consensualidade. Direito Sancionador. Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** Based on a bibliographic review, this article seeks to clarify the reasons why the State started to establish a dialogue with the parties in the reproof of illicit acts. And to what extent this dialogue is compatible with punitive right in light of the limits imposed on the state's punitive power for fundamental rights and guarantees.

**KEYWORDS:** Consensuality. Punitive Right. Fundamental Rights.

## INTRODUÇÃO

Alinhando-se à ideia do estímulo a soluções dialógicas, o Direito Sancionador Brasileiro desenvolveu ferramentas capazes de substituir os métodos tradicionais de aplicação das sanções previstas em lei pelas autoridades competentes por soluções de consenso entre as partes.

Incorporou-se a tendência mundial da Administração Pública Consensual (ou dialógica). Vale dizer, um Estado que privilegia a cooperação e o diálogo entre as partes, deixando de prevalecer a ideia de que o Direito Sancionador não abriria margem para negociações ou transações. Houve uma quebra de paradigma (HEINEN, 2015, p. 233).

Deveras, em prol de uma gestão pública mais moderna, apta a contemplar as emergentes necessidades da coletividade (PALMA, 2010, p. 11), e diante da insatisfação com os resultados até então obtidos, marcados muitas vezes pela morosidade, o Direito Sancionador buscou novos caminhos, que pudessem garantir respostas mais céleres e eficientes aos comportamentos desviados, com amplo destaque à consensualidade, rompendo-se, assim, o modelo clássico adversarial.

Há quem faça a associação desse movimento crescente também à globalização, que trouxe consigo uma demanda por eficiência. Moreira Neto retrata bem o tema com a seguinte lição:

Na elaboração da norma; na sua execução político-administrativa; na fiscalização da sua boa aplicação e na sua execução contenciosa, em todas as fases, a consensualidade é sinal de celeridade, de precisão e de acerto – numa palavra, de eficiência – que se espera do direito em tempos de mundialização (2006, p. 41-47).

Para além disso, pode-se entender que a globalização acendeu o fenômeno da importação de institutos de ordenamentos estrangeiros, na linha do que Vasconcellos chama de transplantes ou traduções legais (2014, p. 175)<sup>1</sup>, considerando que zonas de consenso se revelam de grande incidência em países originados pela *common law*, tornando-se característica mais recente, da segunda metade do século XX para cá, em países que adotam a *civil law* (LEITE, 2013, p. 21)<sup>2</sup>.

1 O autor destaca a influência da *common law* sobre o incentivo à introdução de mecanismos negociais na justiça criminal em regiões da Europa e da América Latina, como Itália, Alemanha e Brasil.

2 Os espaços de consenso surgiram a partir de experiências positivas no Direito Alienígena, o que fez o legislador brasileiro importá-los ao país. De certo modo há uma aproximação desses instrumentos de consensualidade com o sistema jurídico da *common law*, notadamente, o utilizado pelos norte-americanos, no qual o sistema acusatório rege-se, em grande parte, pela figura do *plea bargaining*, por meio do qual as

Com base nessa perspectiva, vários mecanismos de consensualidade foram criados no Direito Sancionador Brasileiro como ferramenta auxiliar do Estado na prevenção e repressão de atos ilícitos. Em regra, no campo do direito sancionador, os espaços de consenso levam: a) à não instauração do processo sancionatório; b) à suspensão do processo, com a imposição de condições ao infrator para que, uma vez cumpridas, haja a extinção processual ou; c) à substituição ou à redução da sanção aplicável ao final do processo (PALMA, 2010, p. 192)<sup>3</sup>.

No mesmo sentido, Vasconcellos destaca que a justiça consensual (ou negocial) se pauta pelo afastamento do acusado da posição de resistência, com a renúncia ao devido transcorrer do processo, implicando em regra o seu encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma de sua fase, com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção, em contraprestação a um benefício imputado ao agente (2014, p. 41)<sup>4</sup>.

Diante desse cenário, com cada vez mais presente a atuação consensual no campo do direito sancionador, a realidade nos impõe o dever de avaliar se é compatível esse modo de agir com o Poder Punitivo do Estado, buscando formas de conciliar o seu exercício aos limites impostos pelos Direitos e Garantias Fundamentais, previstos na Constituição Federal.

## **1. A CONSENSUALIDADE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O DIREITO SANCIONADOR: ADEQUAÇÃO AOS LIMITES IMPOSTOS AO PODER PUNITIVO DO ESTADO PELOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

### **1.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO USO DA CONSENSUALIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO**

A atuação consensual tem sido objeto de várias críticas, inflamando a sua capacidade de causar ofensas a premissas básicas do Estado Democrático de Direito, em especial, ao devido processo legal, do qual decorrem outros

---

partes envolvidas em ações penais dispõem com razoável liberdade a respeito do reconhecimento de culpa e da aplicação de sanções (PINTO, 2016, p. 52).

- 3 Palma, orientada pela doutrina italiana, faz a divisão dos acordos na Administração Pública em integrativos ou substitutivos. Os acordos integrativos correspondem aos acordos firmados entre a Administração Pública e o administrado com vistas a modelar o ato final, o qual, contudo, continua sendo de competência unilateral da Administração. Por sua vez, o acordo substitutivo –, substitui o provimento imperativo e unilateral pelo acordo de natureza consensual firmado entre Administração e administrado (2010, p. 119-120).
- 4 Aqui é válido destacar que autores têm feito a linha distintiva entre justiça consensual e negociada. Na justiça consensual há limites bem definidos para a atuação das partes, sendo a margem de discricionariedade delimitada por força normativa, sem tanta abertura de espaço para discussão fora dos parâmetros estabelecidos. Por sua vez, na justiça negociada as partes possuem mais autonomia para a formulação das propostas e na definição de seu conteúdo, havendo uma margem ampla de negociação (ANDRADE, 2018, p. 58).

direitos e garantias fundamentais, cuja titularidade beneficia aos acusados em geral e teriam por finalidade servir como instrumento de limitação do poder punitivo estatal (VASCONCELLOS, 2014, p. 322).

Nesse passo, chama-se a atenção para o risco de que a atuação consensual deságue num utilitarismo puro, pautado em discurso eficientista, que busca a punição a qualquer custo, de modo a relativizar os direitos e garantias fundamentais de proteção ao acusado (ALENCAR, 2017, p. 305).

E aqui é válido destacar que, malgrado o Direito Sancionador tenha espaço em diversos ramos do direito, cada um com sua especificidade, existe um conjunto de normas agrupáveis debaixo da categoria que se pode designar como Direito Processual Punitivo, aplicáveis a todas as esferas.

Isso porque as esferas de responsabilização se estruturam a partir de quatro elementos essenciais, vale dizer, os bens jurídicos tutelados, os ilícitos fixados, as sanções estatais oponíveis e o processo estatal regular a ser observado, organizados sistematicamente a partir de um núcleo básico principiológico que orienta o Estado no que toca ao exercício do seu poder punitivo (OLIVEIRA, 2018, p. 22).

Como nos ensina Osório, é possível avaliar, de forma, global, as garantias básicas do sistema repressivo, seja quando se trate de processos administrativos, seja quando se trate de processos judiciais, pois:

A garantia do devido processo legal indica já pelo ângulo formal, a necessária submissão do processo sancionador ao Estado de Direito, à legalidade, à segurança jurídica e a todas as cláusulas constitucionais que abrigam direitos fundamentais relevantes nas relações punitivas (2019, p. 406).

Nesse aspecto, os direitos e garantias fundamentais que decorrem do devido processo legal e que, geralmente, são referenciados como postos em xeque pela atuação consensual nas relações punitivas, são a ampla defesa e o contraditório, a presunção de inocência e o direito a não autoincriminação, além da falta de legítima voluntariedade na solução consensuada. Essa é a lição de Pereira ao exaltar a limitação desproporcional dos direitos e garantias fundamentais em prol de uma maior eficácia na persecução estatal, a saber:

A doutrina é prolífera na menção a princípios e garantias violados pelo recurso aos pentiti, podendo referir-se, entre outros: o direito ao silêncio, o papel do interrogatório como meio de defesa, o nexó retributivo entre pena e delito, o princípio de materialidade, a moralidade pública, ampla defesa e contraditório [...] igualmente encontram-se referências

doutrinárias de diversos direitos e garantias que seriam desatendidos na adoção do prêmio, podendo referir-se, entre outros: o princípio da igualdade, de estreita legalidade, ônus da prova, a publicidade e o contraditório (2013, p. 319).

Sob o primeiro prisma, iniciam-se as críticas destacando que a atuação consensual no Direito Sancionador não seria legítima, uma vez que não haveria propriamente uma composição das partes na formulação do acordo. Acredita-se que o poder de coerção do Estado desequilibraria a relação jurídica estabelecida, de modo a comprometer a livre manifestação de vontade do agente que se senta à mesa com o Poder Público (CASARA, 2015, p. 193).

Isso porque, sempre haveria a ameaça de o Estado se utilizar dos meios à sua disposição para encetar uma persecução mais veemente contra os infratores que se neguem ou desistam da via consensual (FERNANDES, 2005, p. 268)<sup>5</sup>.

Nesse ínterim, como no Direito Sancionador, em regra, os espaços de consenso se pautam pelo reconhecimento da culpabilidade do agente, tal fato ocasionaria a ofensa ao direito da não autoincriminação (VASCONCELLOS, 2014, p. 41-42). Com efeito, dados os vícios de vontade inerentes à consensualidade, acredita-se que o infrator se sentiria coagido ou pressionado a reconhecer sua culpabilidade, abdicando das suas garantias constitucionais, com vistas ao benefício prometido face à solução dialógica.

Outro ponto de crítica refere-se ao obstáculo ao exercício do direito de defesa, na medida em que os instrumentos consensuais levam o acusado a sair da sua posição de resistência à pretensão punitiva do Estado, inviabilizando eventualmente alegações aptas a afastar a aplicação de sanções pelo Poder Público (VASCONCELLOS, 2014, p. 61).

Com efeito, nutre esse pensamento o fato de que nas soluções de consenso se estabelece mecanismos de simplificação processual, alternativos procedimentais, justamente, com o fim de acelerar a resposta estatal à prática de ilícitos (LEITE, 2013, p. 63). Desse modo, medidas desse jaez afrontariam o devido processo legal, consubstanciado, notadamente, no exercício regular do contraditório e da produção probatória, pois incompatíveis ao desenvolvimento dos espaços de consenso.

A atuação consensual limitaria naturalmente o espaço do exercício do direito à defesa e de todos os seus direitos consecutórios, na medida em

5 Há autores que comparam à consensualidade no Direito Sancionador aos tempos de inquisição. Isso porque, impõe-se uma intimidação ao acusado para que reconheça sua culpabilidade, sob pena de uma sanção mais grave se respeitado o devido processo. Vale dizer, por meio de fatores de coação obtém-se a sua confissão, utilizando-se desta prova como fundamental para o juízo condenatório (CÓRDOBA, 2005 apud VASCONCELLOS, 2014, p. 172).

que a concessão ampla do seu exercício representaria verdadeiros entraves à eficiência e celeridade que se prega da solução consensuada.

Dada essa premissa, os mecanismos negociais seriam capazes de subverter a presunção de inocência, considerada uma das pedras de toque da configuração de um processo punitivo democrático, ao passo que não haveria a necessidade de produção de lastro probatório sólido, desincumbindo o Estado de colher elementos à aplicação da sanção (VASCONCELLOS, 2014, p. 172).

No mesmo sentido, Tulkens afirma que:

Se cada pessoa deve ser considerada inocente até que sua culpa seja estabelecida em um julgamento, o que acontece com a presunção de inocência quando o próprio acusado, nos estágios iniciais do procedimento, sinaliza a renúncia a tal princípio (2005, p. 710).

No modelo consensual, portanto, não haveria de se falar em uma apuração detalhada dos fatos, com vistas à verdade real (CASARA, 2011, p. 148). O reconhecimento da culpabilidade do agente supriria a ampla produção probatória, conferindo-se quase que valor absoluto à autoincriminação, de modo a expropriar os papéis de cada uma das partes (CASARA, 2015, p. 193).

Firme nessas compreensões, doutrinadores destacam que a atuação consensual seria incompatível com o Direito Sancionador, pois acarreta o afastamento do direito à prova, à defesa, à presunção de inocência, gerando inevitáveis distorções das relações jurídicas e das premissas do processo no Estado Democrático de Direito, este como instrumento de limitação do poder punitivo estatal (VASCONCELLOS, 2014, p. 304). Em poucas palavras, esse tipo de atuação estatal ensejaria a renúncia ou não exercício inconstitucional de direitos e garantias fundamentais caracterizados como indisponíveis (TÁVORA, 2009, p. 192).

Entre todos, cita-se Vasconcellos, crítico da atuação consensual no campo do Direito Penal. Para ele, o direito ao processo e ao julgamento seriam opções democráticas fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, visto que a culpabilidade só poderia ser afirmada após o transcorrer completo do procedimento, com o respeito às regras do devido processo legal, devidamente comprovada por meio de lastro probatório produzido licitamente e sob o crivo do contraditório. Nas suas lições:

A punição estatal depende inevitavelmente da comprovação da culpabilidade por meio de provas produzidas pelo acusador suficientes ao rompimento da presunção de inocência, em atenção aos princípios

da necessidade e da jurisdicionalidade; ou seja, a imposição de uma sanção penal pelo Estado depende indissociavelmente do processo (*nulla poena sine iudicio*). Consolida-se, assim, a instrumentalidade do processo como limitação/legitimação do poder punitivo estatal, configurando-se ferramenta de proteção aos direitos fundamentais do imputado (2014, p. 334).

Não só isso, pontua-se ao risco de a atuação consensual ser a porta de entrada à lógica economicista ou de mercado no Direito Sancionador, causada pela busca desmedida por celeridade e eficiência. Relativizam-se os direitos e garantias fundamentais, em troca de uma postura utilitarista, baseada em resultados, própria de cenários mercadológicos. Chama-se, assim, atenção ao fenômeno que denominam de mercantilização ou privatização do Direito Sancionador (ANDRADE, 2018, p. 113)<sup>6</sup>.

## 1.2 ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEL À UTILIZAÇÃO DE ESPAÇOS DE CONSENSO NO ÂMBITO DO DIREITO SANCIONADOR

Dado a esse contexto, malgrado relevantes às críticas ao modelo de atuação consensual no Direito Sancionador, pensa-se ser possível compatibilizá-lo aos direitos e garantias fundamentais, como fatores limitantes do poder punitivo estatal, na contramão da linha que defendem alguns autores.

Nesse contexto, é de suma importância ressaltar que a proposta que aqui se defenderá não busca afastar os procedimentos do Direito Sancionador calcados na lógica adversarial. Muito pelo contrário, malgrado se entenda que as relações punitivas do Poder Público podem dispor de espaços de consenso, é clara a compreensão de que ambos os modelos de atuação coexistam e se complementem, não sendo recomendável, pois, um Direito Sancionador permeado de modo absoluto pela lógica adversarial ou dialógica (ANDRADE, 1995 apud ANDRADE, 2018, p.57).

O que acontece é que o efetivo exercício do Direito Sancionador pode ocorrer de diversas maneiras, seja por meio de mecanismos beligerantes ou mecanismos outros consensuais. Para tanto, cabe ao Poder Público decidir de forma fundamentada qual o melhor caminho para exercer a sua pretensão punitiva e o porquê naquele caso a escolha de determinado modo de agir em detrimento dos demais.

---

6 Fala-se também em justiça de liquidação ou justiça de supermercado (TULKENS, 2005, p. 712). Ou então, “McDonalldização” do sistema repressivo, a partir de processo e de julgamentos “fast-food” (BOHM, 2006 apud VASCONCELLOS, 2014, p. 178).



De fato, o que aconteceu foi que as qualidades da sociedade atual adepta à dinâmica e marcada por um alto grau de complexidade, revestida por uma pluralidade de ações, comportamentos e fenômenos sociais, fizeram reduzir o espaço e a legitimidade dos modelos adversariais e burocráticos, outrora, prevaletentes, pondo em destaque novas estruturas caracterizadas pelo diálogo e pela eficiência (ANDRADE, 2018, p. 62-63)<sup>7</sup>.

Então, os espaços de consenso não vieram para desvirtuar as estruturas e os fins do processo sancionador, nem muito menos para contrastar os direitos e garantias fundamentais dos acusados em geral, mas sim para propiciar com mais eficiência e agilidade a resposta do Poder Público aos atos infracionais de qualquer natureza.

Isso porque, a demora da resposta estatal frente a práticas ilícitas fez gerar o descrédito e desconfiança quanto à atuação das autoridades constituídas. Desse modo, pensou-se num modelo capaz de aproximar as partes a fim de que, em conjunto, encontrem uma solução adequada a pacificar a tensão causada em decorrência da prática do ilícito. Para Andrade, o consenso, assim, evita o enfretamento do caminho das instâncias formais, garantindo mais eficiência ao poder punitivo estatal e a reconstrução de laços antes perdidos (2018, p. 64).

Diferentemente do pensamento de alguns, os quais veem na atuação consensual uma espécie de mercantilização do Direito Sancionador, enxerga-se, deveras, uma tentativa de melhor atender à sociedade moderna e recuperar a credibilidade do sistema punitivo, por meio da dialeticidade e racionalização do seu exercício.

Em outras palavras, evita-se o seguimento de todas as fases próprias da lógica adversarial, resultando em ganho de eficiência, de modo a abrir espaço para a maior dedicação das autoridades competentes aos casos mais complexos ou de maior relevância social, sem a ofensa às garantias processuais dedicadas ao acusado (FERNANDES, 2005, p. 60).

Nessa linha, é válida a menção à teoria do garantismo penal integral, na qual se faz a crítica ao olhar voltado exclusivamente à necessidade de proteção dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que estão na condição de investigados, processados ou condenados, sem assegurar a proteção dos bens jurídicos de toda a coletividade, por meio de uma política repressiva eficiente. Na respectiva teoria, busca-se equilibrar os dois lados da balança (FISCHER, 2015, p. 42).

---

7 Na linha que expomos, para Andrade, o princípio da eficiência encontra-se vinculado a um novo modelo de Administração Pública, com maior participação dos administrados e centrado na ponderação de interesses. O Poder Público volta-se o seu olhar a uma melhor otimização de recursos, bem como a forma mais adequada de atender ao interesse público (2018, p. 67).

Nessa perspectiva, a eficiência e o direito à duração razoável do processo, ambos valores enraizados no texto constitucional, mostram-se vetores à adoção dos instrumentos de consenso. Entretanto, é natural que, esses vetores não possam ser transformados em premissas indestrutíveis, sob pena de desvirtuar a lógica do processo punitivo estatal. Deveras, o direito sancionador não é um fim em si mesmo, possuindo caráter instrumental de pacificação das relações sociais. Desse modo, não se admite o exercício do poder punitivo desvinculado de uma finalidade de interesse público suficiente para justificar sua imposição (MARQUES NETO, 2011, p. 177).

De fato, é recomendável que se busque alcançar a celeridade e a eficiência, mas com ideias de justiça, pois não se pode buscar o sancionamento a todo custo, sem o respeito mínimos às garantias fundamentais daqueles sujeitos à pretensão punitiva do Estado.

Partindo dessa premissa, vale o esforço de rebater cada uma das principais ponderações no sentido da incompatibilidade da consensualidade com o Direito Sancionador. Nesta oportunidade, não se busca esgotar de forma exaustiva o tema, mas pontuar que é possível adequar a atuação consensual aos limites impostos ao poder punitivo do Estado pelos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, sob o primeiro prisma, quanto ao direito a não autoincriminação, supostamente violado pela atuação consensual, é de suma importância frisar que se trata de uma garantia àquela realizada de forma forçada ou coativa. Inclusive, é o que se extrai do art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, do qual o Brasil é signatário, nos moldes do Decreto nº 592/1992. Nos termos do respectivo dispositivo, “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Desse modo, nada impede que o infrator assim o faça de modo voluntário, sem sofrer coações ou ameaças de qualquer natureza. Deveras, cabe ao acusado, de acordo com seu âmago e liberdade de autodeterminação, avaliar se, naquela oportunidade, reconhecer a sua culpabilidade e, por conseguinte, não oferecer resistência à pretensão punitiva do Estado, atende melhor aos seus interesses.

Isso porque, a opção pela autoincriminação configura-se como uma maneira de exercer de forma negativa o seu direito de defesa, sendo o importante aqui que ele o faça de maneira livre e consciente. Com efeito, o acusado não é obrigado a se contrapor à pretensão punitiva estatal, podendo se conformar com ela e, daí, buscar junto ao Poder Público a solução mais que lhe pareça mais ajustada ao seu ato infracional. Vale dizer, configura-se efetivo exercício de defesa a busca pela solução consensuada, em troca de

posições de vantagens, uma vez que ato de defesa não compreende apenas uma postura reativa (HADDAD, 2005, p. 361)<sup>8</sup>.

E sob esse ponto de vista, ainda que se entenda que no espaço de consenso não se busca a verdade real, ancorada nos elementos probatórios produzidos, em contraditório, é preciso ter em mente que, mesmo no ambiente adversarial, tal valor não pode ser alcançado de modo absoluto.

Como nos ensina Andrade, “ainda quando trilhada toda a fase instrutória, também não se logra uma completa reconstrução dos fatos para se atingir uma verdade absoluta, até porque esta se mostra inalcançável no mundo frágil e incerto dos humanos” (2018, p. 105). Nos espaços de consenso, chega-se a uma verdade consensual ao invés de uma verdade processual.

Aliás, nesse processo de diálogo, embora exercido em menor grau do que numa lógica adversarial, não se tolhe o poder do acusado de contra argumentar, formular contraproposta, inclusive, sendo-lhe facultado o afastamento do espaço de consenso, caso entenda que as vantagens oferecidas não atendem aos seus interesses.

Deveras, o importante é que se tenha voluntariedade no ato, como imposição do Estado Democrático de Direito, vista sob as seguintes perspectivas: a) a conformidade, pois o ato não pode ter sido induzido mediante coações, ameaças e outros fatores que possam viciar a vontade do acusado; b) a inteligência do ato, vale dizer, o acusado há de ter pleno conhecimento das consequências da sua conduta, compreendendo devidamente a natureza da imputação que pende sobre si e os direitos a que pode estar renunciando - capacidade de negociação; e c) adequação, isto é, necessidade da existência de uma base fática que ampare o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado (VASCONCELLOS, 2014, p. 323)<sup>9</sup>.

Ocorre que voluntariedade do acordo não se confunde com espontaneidade. É dizer, não precisa que a solução consensual decorra de iniciativa do agente, podendo advir de terceiro que o incentive ou o convença de estabelecer o diálogo com o Poder Público (LIMA, 2016, p. 531)<sup>10</sup>.

---

8 Com efeito, na posição do autor, a presunção de inocência, instituída em benefício do acusado não é violada se, dada a liberdade de autodeterminação que comanda a conduta processual do réu, escolhe-se uma tese defensiva entre aquelas inseridas no conceito constitucional da ampla defesa.

9 Alguns autores partem das diretrizes fixadas na teoria do agir comunicativo, concebida por Jürgen Habermas. Para o filósofo alemão, o consenso válido deve ser fruto de um diálogo racional e horizontalizado, de entendimento mútuo fundado no reconhecimento recíproco entre os sujeitos partícipes. Com efeito, cada uma das partes deve ter condições de igualdade na oportunidade da fala, liberdade, como reflexo da ausência de coação, assim como as mensagens devem possuir o caráter inteligível, ser autênticas, assim como justas e legítimas à luz do contexto normativo vigente (HABERMAS, 2012 apud ANDRADE, 2018, p. 39-56).

10 Ensina-nos o autor que o ato espontâneo é aquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia.

Havendo a voluntariedade nesses termos, não se tem como proporcional obrigar o acusado a se submeter a um processo moroso, retirando-lhe a possibilidade de resolver sua situação de forma acordada/consensual, indo de encontro ao direito da duração razoável do processo e da liberdade da autodeterminação, ambos protegidos constitucionalmente.

A via ordinária será sempre uma opção para que não possui interesse na consensualidade, estando plenamente assegurado o exercício de todas as garantias constitucionais. O que não pode, porém, é de modo abstrato suprimir a faculdade do acusado de resolver a sua situação de forma mais eficiente, evitando os efeitos estigmatizantes próprios da submissão ao longo processo punitivo estatal.

Isso, pois, a consensualidade permite que o acusado participe da construção da solução para o caso posto em análise, ofertando a si uma previsibilidade das sanções e medidas que eventualmente devem ser por ele cumpridas, sem contar os benefícios que geralmente podem advir da postura dialógica, em regra, melhorando o cenário se comparado aquele que lhe poderia ser imputado num processo punitivo convencional (ANDRADE, 2018, p. 109).

Entende-se que o caráter, em regra, irrenunciável dos direitos e garantias fundamentais não é apto a deslegitimar a consensualidade no âmbito do Direito Sancionador. Isso porque, a renúncia de direitos (ou exercício negativo) pode exatamente equivaler ao próprio exercício deles, sendo válida, sobretudo, quando propicia vantagens ou benefício ao seu titular (ANDRADE, 2018, p. 109).

É o caso, por exemplo do direito a não autoincriminação, pois, em determinadas situações, quando o agente faz a opção por não exercê-lo, busca uma posição de vantagem frente ao poder punitivo estatal, fato que representa uma forma do exercício do direito de defesa. Como já dito, defender-se não é apenas assumir uma posição de resistência à pretensão punitiva do Poder Público.

Assim, foge-se um pouco da noção até então enraizada, geralmente, em países ligados à *civil law* no sentido de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis ou de exercício cogente. Isso porque, encontra-se dentro da liberdade de autodeterminação do agente a faculdade de não os exercitar, de deles dispor ou de a eles renunciar (SILVA, 2004, p. 163-164)<sup>11</sup>. Com efeito, essa possibilidade é decorrente da própria titularidade do direito, como nos ensina Novais:

---

11 Afonso da Silva destaca que os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão. Assim, não teria nada mais coerente do que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais.

Se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, é um trunfo nas mãos do indivíduo (Dworkin), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem [...] o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito (2006, p. 235).

Apenas aqui se faz a distinção entre renúncia integral ao direito, isto é, privação por completa e irrestrita da sua titularidade, fato inadmissível à luz dos princípios do Estado Democrático de Direito, e a renúncia ao seu exercício. Neste último caso, é plenamente aceitável e justificável conforme as circunstâncias do caso, desde que, conforme anteriormente dito, seja feita de forma livre e consciente (NOVAIS, 2006, p. 227).

Entretanto, é válido destacar que existem critérios para disposição de uma posição jurídica tutelada, face à titularidade de um direito fundamental. Vale dizer, essa faculdade não pode ser exercida de maneira ilimitada e sem critérios, não sendo ela, portanto, absoluta (NOVAIS, 2006, p. 239 e 269).

Mas isso não significa vedar por completo que uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, negocie ou renuncie ao exercício de determinados direitos fundamentais, sob pena de violar um dos valores mais caros à sociedade contemporânea, qual seja, a liberdade de autodeterminação (MARMELSTEIN, 2016, p. 438). No mesmo sentido, pode-se mencionar a seguinte lição:

Não estará ele renunciando à titularidade desses direitos constitucionais, mas deles dispendo numa situação específica justamente porque deles é o titular. Essa renúncia deve ser enxergada como um exercício estratégico de tais direitos fundamentais, até porque a noção de irrenunciabilidade ou indisponibilidade absoluta equivaleria a negar a liberdade ao titular da proteção jurídica (ANDRADE, 2018, p. 232).

Deveras, as limitações aos exercícios dos direitos fundamentais devem se mostrar razoáveis, proporcionais e “decorram de manifestação de vontade livre e consciente dos efeitos que serão produzidos no processo, devendo existir meios que equilibrem tanto quanto possível as posições do indivíduo e do Estado” (LEITE, 2013, p. 34).

Portanto, entende-se como válida a renúncia ao exercício de direitos fundamentais, desde que haja a declaração expressa do titular do direito

ou da posição jurídica, sem vícios de vontade, de modo a respeitar o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, revela-se possível a restrição do exercício de determinados direitos fundamentais, em prol da eficiência, a qual se revela uma finalidade acolhida ou tolerada pelo sistema normativo-constitucional vigente.

Não estar-se-á, vale dizer, a defender que seja possível, via declaração de vontade, abdicar por completo, de forma desregrada, e *ad eternum*, a determinado direito fundamental. Mas sim que a liberdade da autodeterminação possa ser respeitada, em situações específicas e desde que atendam aos interesses do titular da posição jurídica tutelada, com a possibilidade de renúncia ao exercício de alguns direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (SILVA, 2008, p. 64).

## 2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a essas considerações, é inegável que os espaços de consenso alteraram a dinâmica do Direito Sancionador, outrora, quase que genuinamente pautado pela lógica adversarial, na qual um dos polos da relação detinha a responsabilidade de coletar robusto acervo probatório em busca de um juízo positivo à culpabilidade de quem se acusava, enquanto que o outro polo buscava resistir à essa pretensão, utilizando-se do contraditório e da ampla defesa, direitos que a ele eram garantidos pela Carta Magna.

Com a chegada dos espaços de consenso, há uma participação maior e direta das partes na construção da solução do caso posto, conferindo-se maior legitimidade, principalmente sob a óptica do acusado, se comparado aos espaços adversariais. Com efeito, as partes ampliam o diálogo entre si, dando-se um maior prestígio à autonomia da vontade e à liberdade de autodeterminação, com a possibilidade de disposição de posições jurídicas e concessões recíprocas.

O desafio, porém, é encontrar o equilíbrio entre os espaços de consenso, baseados muitas vezes em valores interligados à eficiência, com os limites impostos ao poder punitivo do Estado pelos direitos e garantias fundamentais, mas que, desde já, nos parece clara a possibilidade de conciliação.

Por isso, é de suma importância que haja balizas normativas às soluções consensuadas, com parâmetros bem definidos, com fim de garantir o mínimo de segurança jurídicas às partes que deles participem, com a previsão dos casos a elas sujeitas e os limites da sua extensão (ANDRADE, 2018, p. 111).

Há de se estabelecer critérios legais para os espaços de consenso, de modo que a renúncia parcial, voluntária e expressa do exercício de

parcela dos direitos e garantias fundamentais seja compatível com o Estado Democrático de Direito (LEITE, 2013, p. 35).

Os espaços de consenso são frutos do processo de tomada de decisões coletivas, os quais por opção legislativa configuram uma nova modalidade de devido processo legal (CUNHA, 2019, p. 276), mais céleres e eficientes, os quais não visam a flexibilizar ou esvaziar garantias dos acusados em geral, mas sim criar espaços dialógicos ou comunicacionais que possam abrigar soluções mais rápidas e efetivas baseadas no encontro de vontades.

Deveras, são postos em prática com o fim de se adequar à transformação ideológica, cultural e social dos tempos ditos pós-modernos. Nesse cenário, ao invés de negar ao imputado os benefícios que podem advir da solução consensual, retirando-lhe por completo a liberdade de autodeterminação, torna-se mais adequado buscar o aprimoramento dos espaços de consenso.

Como nos chama atenção Andrade, é natural que haja falhas e aspectos a serem aprimorados no que tange às vias de consenso, mas no processo punitivo convencional ou clássico também existem equívocos e pontos sujeitos a críticas. Ocorre que isso não constitui razão para desacreditar todo um novo modelo de solução de conflitos que inegavelmente tem ajudado a uma resposta mais efetiva do Estado (2018, p. 38).

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. In: Roberto Carvalho Veloso; Fernando Quadros da Silva. (org.). *Justiça Federal: estudos em homenagem aos 45 anos da AJUFE*. Belo Horizonte/MG: D'Plácido, 2017,v.1, p.289- 311.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O Poder Sancionador nas Agências Reguladoras. In: LANDAU, Elena (Coord), *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Governo e Governança em Tempos de Mundialização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, 2006, p 41-47.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 4º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MARRARA, Thiago (Coord). *Lei Anticorrupção Comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, 332f.



PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, São Paulo, v. 17, n. 59, 4 jul. 2013.

PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, a. 16, n. 190, p.49-56, dez. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 178f. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004.

TÁVORA, Nestor. *Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2009.

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Porto Alegre, 2014. 361 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS.

