

# ESTRUTURA DA JUSTIÇA CRIMINAL: A POSSÍVEL SEPARAÇÃO DO MODELO CONTENCIOSO E DO CONSENSUAL E UMA PROPOSTA ALÉM

CRIMINAL JUSTICE STRUCTURE: THE POSSIBILITY OF SEPARATING THE LITIGATION  
AND NEGOTIATION MODELS AND A FURTHER PROPOSITION

**Fernanda Regina Vilares**

Doutora e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Procuradora da Fazenda Nacional. Professora da FGVLaw e IDP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7120976721046639>

ORCID: 0000-0003-4319-7926

[vilares@uol.com.br](mailto:vilares@uol.com.br)

**Resumo:** O artigo traz uma abordagem relativa a estruturas institucionais, sobretudo a do Ministério Público, para compreender a organização dos elementos essenciais no desempenho das diferentes formas de resolução de conflitos: contenciosa e consensual. Com foco no elemento pessoal, aduz a inadequação de membros com vieses cognitivos direcionados à litigância participarem da realização de acordos penais. Ao fim, lança a ideia de que a consensualidade do processo penal brasileiro precisa ser aprimorada para o alcance da efetiva pacificação dos conflitos.

**Palavras-Chave:** Estrutura - Justiça Criminal - Vieses Cognitivos - Consenso.

**Abstract:** The article offers an approach about institutional structures, mainly in the Prosecutor's Office, in order to better understand the organization of the essential elements to carry out the different ways to resolve conflicts: litigation and negotiation. Focusing on the personal element, it points out the inadequacy of the litigation-oriented members to participate in the legal settlements and/or negotiations. At last, the article suggests that consensus in the Brazilian Criminal Procedure should be enhanced in order to reach effective pacification in conflicts.

**Keywords:** Structure - Criminal Justice - Biases - Consensus.

*"...so even though we face the difficulties of today  
and tomorrow, I still have a dream."*

Martin Luther King Jr.

## Introdução

Dizer que o consenso vem assumindo um papel relevante do Processo Penal e na resolução de conflitos como um todo é lugar comum. Pouco (ou nada), porém, é dito sobre o aproveitamento de uma estrutura criada sob uma lógica totalmente diversa para a realização desse novo mecanismo de pacificação social.

Enquanto a estrutura institucional desenhada para a operacionalização da solução de conflitos adjudicada por terceiro cultiva em seus membros formatações mentais combativas, os mecanismos de acordo exigem uma mentalidade colaborativa e de confiança para que seja possível o alcance de uma composição de interesses autônoma. Nesse contexto, a reflexão que se pretende provocar com esse texto é: é possível promover a justiça criminal consensual dentro da estrutura criada para abrigar a justiça criminal contenciosa?

## 1. Estrutura da Justiça Criminal

A Constituição Federal do Brasil, produto do consenso entre os representantes do povo, traz, no seu Título IV, a organização dos Poderes da República. Nesse título, encontram-se capítulos correspondentes a cada um dos três poderes, além de um destinado às funções essenciais à justiça. Essa constatação revela o óbvio:

só é possível praticar um sistema de justiça comprometido com a solução pacífica de controvérsias (expressão utilizada no próprio preâmbulo da Constituição) com a colaboração e participação dos demais atores que desempenham essas funções ou atividades essenciais, nomeadamente, Ministério Público, Advocacia Pública e Privada e Defensoria Pública.

Analisando a essência da estrutura institucional que entrega a prestação jurisdicional no que se refere a fatos enquadrados como criminosos, identifica-se alguns elementos essenciais: o relativo a *peçoas*, ou seja, a quem exerce determinado papel; a organização, consistente no ente em que os atos são praticados; e o procedimento seguido, isto é, as normas que estabelecem como haverá essa entrega, descrevendo a própria atividade que deve ser realizada. Assim, as organizações são um dos elementos da estrutura existente com o fim de concretizar a função em apreço.

O interesse, portanto, é compreender a organização dos elementos essenciais de um sistema de Justiça Criminal, elegendos aqueles que aparentam maior relevância e avaliando suas conexões e consequências, a depender da modalidade de entrega da prestação jurisdicional a que se referir: contenciosa ou consensual. A perspectiva sobre como opera uma estrutura é preocupação central. No entanto, é impossível deixar de lado fatores subjetivos, como o sistema de crenças e valores dos seus membros.

**Kleber Garcia Teixeira** e **Claudio Luis de Camargo Pentead**, baseados nos estudos de **Pierre Bourdieu** sobre estrutura, definem-na como "um conjunto de relações entre os agentes que

se reproduzem ao longo do tempo e de certa forma invariantes". Para explicar essa manutenção mais ou menos invariável de determinadas práticas, recorre-se à categoria de "habitus", também introduzida por **Bourdieu**.<sup>1</sup>

Em apertada síntese, os autores concluem que muito do que os agentes são é determinado pelas estruturas incorporadas por meio de modos de pensar e agir internalizados. Assim, é a coincidência entre as estruturas mentais incorporadas pelos agentes e as estruturas objetivas que garantiria a reprodução das estruturas sociais fundamentais de uma ordem social.<sup>2</sup>

Com isso, consolidamos duas premissas sobre estrutura da Justiça Criminal: i) é a organização dos elementos essenciais que a compõe em seu aspecto operativo, de ação e execução (os quais serão apontados a seguir); e ii) surge e se mantém como consequência da relação entre os agentes (pessoas) e de suas crenças decorrentes do que aprenderam em sua experiência pessoal e profissional.

Identificam-se três elementos essenciais: i) pessoal; ii) organizacional; e iii) procedimental. Uma análise detida de cada um deles revela-se necessária.

## 2. Elementos da estrutura da Justiça criminal contenciosa

Os elementos essenciais da estrutura da Justiça Criminal não podem ser analisados isoladamente. Isso porque, como afirmado, a organização existe como consequência da interação das pessoas que, por sua vez, aplicam e ajudam a criar as regras que regem sua atuação. De qualquer maneira, é útil apresentar as perspectivas enfocadas em cada um desses componentes.

No que tange ao aspecto pessoal, tradicionalmente, são sujeitos processuais o autor, o réu e o juiz. **Guilherme Madeira** opta pela expressão atores processuais, por entender que ela reforça, semanticamente, a ideia do sistema acusatório, ao revelar que cada parte desempenha um papel específico no processo.<sup>3</sup>

Alguma cautela faz-se necessária para diferenciar o sujeito em um determinado processo representado por uma pessoa física que nele atuará com todos os seus predicados humanos, incluindo as crenças e vieses cognitivos, do aspecto organizacional, representado pela instituição que esse indivíduo integra.

Sob o aspecto organizacional, caracterizado pelo resultado do conjunto de pessoas unidas em um ambiente materialmente existente e voltado à execução de uma função ou atividade de forma primordial, é possível afirmar que o Ministério Público exercerá a função de acusador, restando aos demais órgãos mencionados como "Funções Essenciais à Justiça" pela Constituição Federal o exercício do direito de defesa em suas mais diversas manifestações (advocacia pública ou privada e defensoria pública). O Poder Judiciário é aquele que deve solucionar o conflito apresentado de forma definitiva.<sup>4</sup>

Por fim, no que tange ao procedimento, no Processo Penal tradicional, contencioso, com plena concretização do princípio acusatório, será observado o exercício da dialética em sua forma mais acentuada possível. Acusação e defesa devem apresentar tese e antítese bastante antagônicas, propiciando o surgimento da melhor síntese possível.<sup>5</sup>

O sistema é projetado para produzir os melhores resultados epistemológicos e evitar falsos positivos ou negativos, havendo uma clara predileção por evitar condenações injustas. Todavia, há que se contar com um fator de interferência: os vieses cognitivos dos atores processuais. Nas palavras de **Miller**: "confirmation bias leads humans to preferentially attend to evidence that confirms their existing beliefs and to ignore or dismiss evidence that goes against their belief".<sup>6</sup> Reconhece-se que a valoração da prova feita

por alguém de tradição persecutória será diversa daquela feita por quem atuou a vida toda como advogado de defesa. Por essa razão, a indicação de magistrados aos tribunais tenta sopesar membros oriundos de diferentes carreiras. Deveria uma preocupação de raízes similares permear a estrutura que promove a justiça criminal consensual?

## 3. Especificidades da Justiça Criminal Consensual e uma possível solução

De uma maneira geral, no Processo Penal brasileiro são mecanismos consensuais: i) a suspensão condicional do processo; ii) transação penal; iii) acordo de não persecução penal; e iv) colaboração premiada. **Andrey Borges de Mendonça** classifica essa última como acordo de cooperação como instrumento de investigação, enquanto aponta as demais como integrantes da categoria acordos como técnica de simplificação e abreviação procedimental.<sup>7</sup> Percebe-se que:

não há uma inovação nos elementos pessoais e de organização da justiça criminal. Isso significa que, no ambiente consensual da justiça criminal, a alteração é meramente de regras processuais, notadamente a posição do juiz que figura como mero fiscalizador no modelo consensual. Alteram-se as normas sobre a forma de agir dos agentes do sistema, mas aquilo que o compõe de forma intrínseca, o fator humano e a instituição resultante da agregação de cada uma dessas pessoas e suas crenças, mantém-se intacto.<sup>8</sup>

De pronto, levanta-se a hipótese de que os mecanismos de abreviação processual talvez não tenham surtido o esperado resultado de celeridade processual, diminuição de reincidência e mudança cultural no tratamento de casos penais justamente porque houve uma mera aplicação de novas normas numa estrutura criada para uma lógica de litigância. A problemática aumenta na análise do acordo como instrumento de investigação. Isso porque o membro do Ministério Público pode atuar com uma mentalidade focada na utilidade dos elementos de prova apresentados em futuros processos contenciosos no caso da colaboração premiada ser indeferida ou das condições não serem cumpridas pelo colaborador.<sup>9</sup>

O diagnóstico não é inédito. **Figueiredo Dias**, em monografia dedicada aos acordos sobre a sentença, aponta diversos gargalos do sistema de justiça criminal e nos brinda com a conclusão de que os desafios são menos sobre conhecimento e teoria e mais sobre comportamento e prática, concluindo que:

O que tem radicalmente de mudar é a atitude – ou mais fortemente, se preferirmos, o espírito, a mentalidade – dos actores de administração da justiça sejam quais forem as razões, eventualmente boas, em que louva a postura actual.<sup>10</sup>

Nessa conjuntura, desponta como possível solução, a criação de uma estrutura especial para a justiça criminal consensual. Nela, haveria especial preocupação com a abertura a posturas colaborativas e soluções de "ganha-ganha", seja pela seleção de perfis, seja pela promoção de treinamentos aptos a introduzir uma nova cultura organizacional. Nas sensíveis palavras de **Figueiredo Dias**, os sujeitos do processo devem possuir espírito e atitude novos "face à renovada intencionalidade e funcionalidade comunitária de suas missões".<sup>11</sup> Não se desconsidera, todavia, que a resistência à mudança seria um grande entrave para que a criação de uma nova estrutura não fosse meramente formal e originasse um instrumento de consecução pleno do ideal de realização da pacificação de conflitos por meio do consenso.

Superada essa dificuldade, a pergunta que resta é: é suficiente? Não seria importante promover uma mudança mais ousada nas estruturas para atender ao fim último da jurisdição: a solução pacífica dos conflitos?

#### 4. Concluindo: um passo além

A dissociação do exercício dos modelos diversos de procedimento de justiça criminal, contenciosa e consensual, por atores especializados ainda representaria uma mudança linear, isto é, enxergaria o sistema de forma bidimensional, expandindo sua atividade de forma horizontal, sem promover maiores rupturas em sua natureza e no alcance da prestação jurisdicional.

Pequenas adaptações de um sistema já viciado em produção em massa e velocidade de processos vão resultar apenas em uma nova maneira de fazer processos em série, mas não proporcionarão um novo olhar ao caso criminal. É o que se observa na prática da transação penal, que se consolidou apenas e tão somente como uma aparente abreviação do processo nos Juizados Especiais. A pretensão de alterar um paradigma acabou engolida pela burocracia estatal.

**Jorge Figueiredo Dias** chama atenção para a perda de confiança no sistema de justiça criminal.<sup>12</sup> O processo penal não pode olvidar sua conexão com o direito material e deve servir à efetiva função de proteção de bens jurídicos.<sup>13</sup> Um olhar tridimensional – para dizer o mínimo – precisa ser implementado para que se possa, efetivamente, avançar e dar um salto qualitativo na execução da função jurisdicional e na solução do conflito.

Nesse sentido, o autor português constata que a chamada consensualização do processo penal português (igualmente do italiano, espanhol, francês e brasileiro) consiste apenas em meras concordâncias de propostas ou requerimentos de parte a parte. Não consubstanciam a utilização de estruturas e procedimentos de verdadeiro consenso, o que nos leva à reflexão sobre o que seria esse efetivo consenso e se devemos caminhar nessa direção.

Para ele, a filosofia de consenso contrapõe-se à filosofia de conflito e envolveria a “solução de um problema em que participa construtivamente e de modo inclusivo – num ambiente em que todas as opiniões são respeitadas e todas as contribuições avaliadas”, com uma efetiva melhora das estruturas de comunicação entre os diferentes sujeitos e as diversas formas processuais. Poderiam ser introduzidas “estruturas consensuais que atravessassem horizontalmente todo o processo penal em qualquer das suas

espécies e formas, que não apenas em foras especiais e abreviadas, simplificadas ou sumaríssimas”.

Atualmente, é cada vez mais comum a existência de modalidades delituosas contínuas, que se protraem no tempo e consistem em comportamentos habituais dos agentes, como efetivas atividades empresariais. Nesses casos, será frequente a existência de verdadeiras organizações criminosas, mas também podem ser práticas contínuas de agentes isolados, como um servidor público acostumado a se corromper ou um marido que diariamente agride sua esposa. Esses casos demandam tratamentos diferenciados no sistema, que precisa proporcionar um olhar global do fato. Para eles, não basta apreciar o passado, devendo haver uma constante observação do presente e uma preocupação peculiar com o futuro.<sup>14</sup>

Utilizar o sistema de justiça criminal atualmente conhecido nesses casos não resolve a causa do conflito e não estanca a prática (que não cessou no passado, repisa-se). Metaforicamente, a introdução de uma estrutura consensual no sistema de justiça criminal já existente funcionaria como uma troca de antibiótico para uma infecção que jamais cessará sem investigar e curar sua origem.

Nesse sentido, é preciso alterar o paradigma de resposta penal responsiva para uma resposta inclusiva. **Cláudia Cruz e Santos** (como tantos outros atores) traz à baila a proposta de justiça restaurativa “que se caracteriza não só pelas suas finalidades de reparação dos danos causados à vítima e de pacificação do conflito pessoal e interpessoal, mas também pela especificidade do seu processo”. Segundo ela, esses procedimentos, sim, adotariam um novo entendimento de consenso, “elevando-o a outro nível!”<sup>15</sup>

Não é apenas o consenso que pode ser elevado a um novo nível ou dimensão. O processo penal como um todo, encarado como o espaço em que os conflitos podem ser efetivamente pacificados pode e deve ter sua concepção alargada para, holisticamente, abarcar mais fatores e elementos com vistas a atingir esse escopo. Com isso, não se quer negar a existência de um processo penal tradicional, que seguirá tendo sua relevância para as modalidades simplificadas e isoladas de criminalidade. Quer-se, apenas, expandir sua capacidade de efetiva prestação jurisdicional para uma abordagem global do delito.

#### Notas

- 1 TEIXEIRA; PENTEADO, 2016, p. 47-48.
- 2 TEIXEIRA; PENTEADO, 2016, p. 49.
- 3 DEZEM, 2017, p. 687.
- 4 CANOTILHO, 2003, p. 668.
- 5 KHALED JR., 2009, p. 33.
- 6 MILLER, 2020, p. 4.
- 7 MENDONÇA, 2020.
- 8 VILARES, 2021, p. 297-298.

- 9 Idem, p. 303.
- 10 DIAS, 2011, p. 111.
- 11 Idem, p. 114.
- 12 SANTOS, 2020, p. 21.
- 13 Idem, p. 14.
- 14 MALAN, 2020.
- 15 SANTOS, 2020, p. 32.

#### Referências

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- DEZEM, Guilherme, *Madeira. Curso de Processo Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O fim do Estado de Direito ou um novo princípio. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal (desconstrução hermenêutica do mito da verdade real)*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- MALAN, Diogo. *Advocacia criminal holística e intervenção ampla para solução de problemas sociais*. *Conjur*, 4 nov. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/diogo-malan-advocacia-criminal-holistica>. Acesso em: 04 de nov. 2020.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Acordo de Não Persecução Penal e o Pacote Anticrime (Lei 13694/2019)*. In: GONÇALVES, Antonio Baptista. *Lei Anticrime: Um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial*. São Paulo: RT, 2020.
- MILLER, Richard B. *The Epistemology of Plea Bargaining*. *Social Epistemology – A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, v. 34, n. 5, p. 501-512, abr. 2020.
- SANTOS, Claudia Cruz. *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Editora Almedina, 2020.
- TEIXEIRA, Kleber Garcia e PENTEADO, Claudio Luis de Camargo. *Estruturas e instituições: um possível diálogo entre neoinstitucionalismo em políticas públicas e teoria social contemporânea*. *Research, Society and Development*, v. 1, n. 1, p. 43-62, 2016.
- VILARES, Fernanda Regina e VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Vieses cognitivos e funções dos atores processuais penais na justiça criminal negocial: análise sobre a atuação dos órgãos persecutórios*. In: SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MIRZA, Flávia (orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

Autora convidada