

COORDENAÇÃO

Daniel de Resende Salgado

Luis Felipe Schneider Kircher

Ronaldo Pinheiro de Queiroz

Justiça Consensual

**Acordos
criminais, cíveis
e administrativos**

Apresentação

MAURO CAMPBELL MARQUES

Prefácio

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

2022

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E VERDADE: HÁ ALGUM TIPO DE CONCILIAÇÃO POSSÍVEL?

LUIS FELIPE SCHNEIDER KIRCHER¹

Sumário • 1. Introdução – 2. A verdade no processo penal – 3. A transação penal, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o ANPP: uma justiça sem verdade? – 4. Os *standards* de prova no âmbito da justiça negocial: a necessidade do juiz fiscalizar as bases factuais do acordo – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, mesmo que com grandes controvérsias teóricas², ao menos para uma tradição racionalista³, o processo penal *standard* ou tradicional é visto como um mecanismo epistêmico. Isso significa dizer que a verdade é importante no ambiente processual, especialmente quando se pensa no direito probatório.

Outrossim, a justiça criminal brasileira sempre teve um forte cunho de impenibilidade, não havendo, como regra, grandes espaços para a negociação. Como tradição, sempre se pensou o processo penal, no Brasil, a partir de uma lógica de conflito, com o embate dialético entre acusação e defesa.

¹ Procurador da República. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em processo penal pela USP. Ex-Defensor Público Federal. Palestrante.

² Um dos defensores do afastamento da “centralidade da verdade” no processo é: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 387-396; LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

³ Por todos, veja-se: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Isso começou a ser alterado com a previsão constitucional, no art. 98, I, da CR/88⁴, da possibilidade da busca de soluções dialogadas ou consensuais no processo penal brasileiro. Depois, o tema foi verticalizado com a densificação dessa mudança de paradigma na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95), que trouxe as medidas despenalizadoras da transação penal, da suspensão condicional do processo e da possibilidade de celebração de acordo civil perante o juiz criminal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, com efeitos cíveis e criminais.

Esse foi o início da introdução de espaços de consenso no direito processual penal brasileiro. Com isso, buscou-se um reforço da autonomia da vontade dos diversos sujeitos processuais a fim de se buscar resultados concertados em uma nova lógica de resolução de casos criminais.⁵⁻⁶

Nesse particular, deve-se ressaltar que a forma de regulação do Direito representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico da civilização. As diferentes ideologias condicionam o tratamento dos instrumentos penais na evolução histórica de cada nação, dependendo, portanto, da cultura.⁷

⁴ “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.”

⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Acordos Processuais no Processo Penal*. In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, p. 149-178, 2016. p. 158.

⁶ O outro seria o enfrentamento da ineficiência e disfuncionalidade ou crise do sistema criminal. Nesse ponto, em tom crítico, ver: LOPES JR. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficácia Antiguarantista*. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; GARCIA, Nicoláz Rodriguez. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Ed. J.M. Bosch, 1997. p. 18 e ss.

⁷ Em termos gerais: NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.p. 44-49. Especialmente: “o direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta, por isso, só possível não necessária e histórico culturalmente condicionada) ao problema também humano da convivência no mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e condicionalidade de toda a cultura - não é “descoberto” em termos da objectividade essencial pela “razão teórica” e no

O processo penal, em especial, tem forte atuação sobre a liberdade das pessoas, refletindo, no seu microcosmos, a espécie de relação que um dado Estado tem com os cidadãos, bem como a posição desses na sociedade. Assim, em uma concepção autoritária de Estado, esse tem supremacia sobre os indivíduos, sendo o processo penal dominado pelos interesses estatais (o acusado é visto como mero objeto); já em uma concepção liberal, o indivíduo passa a estar no centro das preocupações (o acusado é visto como sujeito de direitos).⁸

Num ambiente liberal, busca-se proteger a pessoa contra a hipertrofia do poder e do seu exercício arbitrário e abusivo. É estruturado, dessarte, um processo penal de partes e, mais importante para o que se está tratando, o “reconhecimento de uma certa disponibilidade, pelas partes, do objeto do processo”⁹.

Desse modo, mesmo em um campo do direito processual no qual os interesses sejam vistos como evidentemente públicos, como o penal, o movimento da convencionalidade vem avançando fortemente. Em especial, a partir do marco constitucional do modelo processual de partes, em que há um reforço do consentimento e de resultados concertados entre os sujeitos processuais.¹⁰

Obviamente que a ideia de que o réu ou investigado é obrigado a aceitar acordos mediante renúncia ao exercício de seus direitos e garantias fundamentais constitui crítica ao modelo consensual de processo penal. Entretanto, é necessário dizer que se está num ambiente negocial no qual o réu renuncia alguns direitos assistido por seu advogado, voluntariamente e verificando os custos e benefícios da pactuação, nunca de forma obrigatória¹¹.

domínio da filosofia especulativa ou teórica, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela “razão prática” e imputado à responsabilidade poética da filosofia prática” (p. 47).

⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 58-73.

⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 65.

¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020. p. 200.

¹¹ Nessa perspectiva, calha a lembrança que “o pior serviço, na perspectiva da sociedade democrática e liberal, que pode prestar-se à defesa dos direitos individuais é invocá-los sem razão bastante como entidades absolutas que recusam à partida todo o equilíbrio com direitos inalienáveis da comunidade.” In: DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 27.

Isso porque, como se sabe, atualmente os dois vetores fundamentais de base do processo penal são complementares: garantismo e eficiência. Não é possível se pensar em um processo eficiente que atrepele os direitos e garantias fundamentais, sobretudo no marco do processo penal constitucional estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e das imposições convencionais em termos de resguardo dos direitos humanos.¹²

Assim, um dos objetivos do surgimento das soluções negociadas no ambiente processual penal é privilegiar a autonomia do indivíduo. Isso porque a partir da sua vontade, a atuação do sujeito passivo ganha importância na determinação da velocidade do procedimento, pois ele pode abreviar, acelerar ou mesmo evitar o processo criminal, auferindo algum tipo de benefício ao não resistir, ou resistir menos.

Ademais, é preciso reforçar que esse não é um fenômeno localizado no Brasil, pois em vários outros países do mundo ocidental os institutos convencionais vêm ganhando espaço no ambiente criminal. No âmbito da tradição jurídica de *common law*, tem-se, por exemplo, o *plea bargain* estadunidense¹³⁻¹⁴; já na *civil law*, há o *patteggiamento sulla pena* na Itália¹⁵, a *conformidad* na Espanha¹⁶, os acordos sobre a sentença penal na Alemanha, etc.¹⁷

Essa tendência ganhou ainda mais força nos últimos anos em nosso país, com a previsão da colaboração premiada em diversas leis, bem como da introdução do acordo de não persecução no Código de Processo Penal.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.19.

¹³ Para um panorama explicativo, ver: CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. *Criminal procedure*. 2ª ed. Estados Unidos: Wolters Kluwer, 2013. p. 813-845; FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*, Stanford: Stanford University Press, 2003.

¹⁴ No caso *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260 (1971), a Suprema Corte Americana considerou o *plea bargaining* um componente essencial da administração da justiça estadunidense, uma vez que se todas as acusações criminais fossem submetidas a um julgamento em grande escala, os Estados e o Governo Federal precisariam multiplicar por muitas vezes o número de juízes e tribunais. Um ano antes, no caso *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 753 (1970), a mesma Corte havia declarado a constitucionalidade do instituto.

¹⁵ Para um panorama explicativo, ver: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 17º ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 789-804.

¹⁶ Para um panorama explicativo, ver: GARCIA, Nicoláz Rodriguez. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Ed. J.M. Bosch, 1997.

¹⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020. p. 201-202.

Então, pode-se dizer que, nos últimos 20 anos, houve uma forte expansão dos mecanismos de consenso.

Nesse sentido, há quem a veja como uma forma de tornar o processo mais simples, mais rápido, mais eficiente, mais democrático (participativo) e mais próximo da sociedade. Além disso, aponta-se como “uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro”, rompendo dogmas seculares como o da obrigatoriedade da ação penal.¹⁸

Ocorre que esse modelo consensual também coloca em xeque a tradicional função epistêmica do processo penal. Isso porque, como referido, sempre se pensou na apuração e julgamento acerca de hipóteses de fato, através da busca pela verdade por meio da produção (completa) de elementos de prova.

Tal ocorre porque normalmente os sistemas processuais penais buscam, como objetivo, a redução do número de erros judiciais, especialmente quanto aos fatos. Por essa razão central, a averiguação da verdade (o que ocorreu no mundo), entre outras razões¹⁹, torna-se um dos escopos do processo.²⁰

A grande questão posta, então, é com relação à verdade, ou melhor, questiona-se: a verdade é expungida ou relativizada no processo penal negocial? Se a busca pela verdade é algo central no âmbito do processo penal e isso é feito por meio da produção, valoração, decisão e justificação sobre os elementos de prova, é possível alguma conciliação?

É certo que, para responder essas questões, é imprescindível examinar cada um dos institutos negociais para ver qual é o suporte fático exigido para a sua celebração e as repercussões de cada um deles. E mais, deve-se esclarecer, como premissa, qual é o papel da verdade no processo penal brasileiro.

Além disso, como tema correlato, é indispensável falar sobre os *standards* de prova e, em especial, quais são os que incidem no âmbito dos institutos negociais. Com isso, permitir-se-á um controle mais qualificado dos acordos, reforçando-se as garantias processuais do imputado (sobretudo a

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 36-41.

¹⁹ Para um amplo panorama do tema, ver: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

²⁰ LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006. p. 1.

presunção de inocência), qualificando a seara negocial e conciliando-se, ao menos de forma parcial, com a busca da verdade por correspondência.

2. A VERDADE NO PROCESSO PENAL

De início, pode-se mencionar que os objetivos do processo penal tradicional são: atingir uma decisão materialmente correta, obtida em conformidade com o ordenamento jurídico e, com isso, reestabelecer uma certa ordem social. De tal modo, o Estado proibiria a vingança privada, tomando para si o monopólio do poder de outorgar uma pena.²¹

Ademais, o Estado passa a ter a obrigação de proteção dos cidadãos, devendo criar um arcabouço normativo que possibilite a persecução e julgamento do infrator. O reestabelecimento da relativa ordem social quebrada pelo cometimento do crime ocorre quando da conclusão definitiva do procedimento com o eventual arbitramento da responsabilidade.²²

Esse modelo clássico de processo penal assegura, portanto, em síntese, que ninguém será privado da sua liberdade sem o respeito ao devido processo legal. Ele funciona como um mecanismo cognitivo para verificação completa da hipótese fática posta em juízo, principalmente a sua procedência factual, respeitando o *standard* de prova devido (fala-se, normalmente, em “além da dúvida razoável”).²³

Dito de outro modo, sempre se acreditou que o conflito e o contraditório formavam o arcabouço basilar para resolver os casos penais de forma mais justa. Notadamente porque isso fomenta a busca pelas provas e um confronto de ideias da qual resulta uma síntese com mais informações para que se possa proceder ao julgamento (função heurística).²⁴

O resultado do processo somente seria correto se respeitadas três premissas básicas: a correta interpretação jurídica, a correta atividade

²¹ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad.: Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 2-3.

²² ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad.: Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 2-3.

²³ BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: BOTTINI, Pierpaolo; MOURA, Maria Tereza Rocha Assis (Org.). *Colaboração premiada*. 1. ed. São Paulo: RT, p. 127-149, 2018. p. 137.

²⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 135 e ss.

epistêmica e o respeito ao devido processo legal.²⁵ Portanto, a operação valorativa acerca do material fático é indispensável para que se obtenha uma decisão adequada.

A verdade por correspondência passa a estar no centro do ambiente processual²⁶, professando que é a realidade de que se fala que faz verdadeiro ou falso aquilo que se diz²⁷. Obviamente que essa constatação é válida mesmo que o conhecimento e a verificabilidade sobre o enunciado não sejam atingíveis de modo absoluto ou, em outros termos, a sua veracidade não depende do fato dela poder ser demonstrada ou conhecida.

Então, pode-se perceber que a verdade tem um papel de relevo nesse modelo, sob pena de se desconfigurar o próprio princípio da legalidade, uma vez que somente se pode punir alguém caso essa pessoa tenha praticado efetivamente a conduta proibida no tipo penal²⁸. A prova e a verdade têm, pois, uma relação teleológica.

A epistemologia sobre a qual repousa o modelo cognitivista tem como substrato um realismo mínimo, no qual se concebe o conhecimento dos fatos como uma relação entre o sujeito que conhece e o mundo real. As condições e obstáculos institucionais que obstam falar-se em conhecimento de verdades absolutas não invalidam o modelo (já que sempre se trabalha com um conhecimento probabilístico).²⁹

E mais, a atribuição aleatória de consequências jurídico-penais (sanções), como através de um sorteio, por exemplo, retiraria a vinculação entre as condutas criminosas praticadas pelos membros da sociedade e a probabilidade de sancionamento pelo seu cometimento. E, por conseguinte, não

²⁵ TARUFFO, Michele. "Idee per una teoria della decisione giusta". In: *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002. p. 224-226.

²⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 19.

²⁷ GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a Social World*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 59-68.

²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 244-246.

²⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010 [1999]. p. 61.

COLABORAÇÃO PREMIADA NO QUADRO DA TEORIA GERAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

ANTONIO DO PASSO CABRAL¹

Sumário • 1. Introdução. Autocomposição em matéria penal e processual penal – 2. Objeções à justiça penal negociada. A contemporânea visão do devido processo penal abarcando as flexibilizações convencionais ao procedimento – 3. Colaboração premiada. Terminologia, evolução histórica do instituto e base normativa no direito brasileiro: 3.1. Desacertos da doutrina e da jurisprudência em posicionar a colaboração premiada na teoria dos negócios jurídicos; 3.2. Objeto e natureza jurídica da colaboração premiada: negócio jurídico (material e/ou processual); 3.3. Partes na colaboração premiada; 3.3.1. Ausência de legitimidade para o estado-juiz. O juiz não tem capacidade negocial e não pode interferir no conteúdo da negociação; 3.3.2. Legitimidade para celebrar acordos processuais na colaboração premiada. Prerrogativas do Ministério Público para os acordos envolvendo pretensão punitiva e efeitos da ação penal; 3.3.3. Legitimidade do delegado de polícia: objeto restrito às prerrogativas investigativas (não dos efeitos da ação penal) em inquéritos policiais (excluídos os procedimentos investigativos de outros órgãos); 3.3.4. O papel do juiz na colaboração premiada: os limites da homologação; 3.3.5. Parâmetros para controle formal do negócio jurídico pelo juiz; 3.3.6. Efeitos da não homologação. Não há invalidação necessária da investigação ou do processo. Deve-se provar prejuízo e causalidade. Impossibilidade de o juiz modificar as cláusulas – 4. Conclusão. A disponibilidade sobre a ação penal e o processo penal no direito brasileiro e os espaços de negociação.

¹ Professor Associado de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorado na Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Professor Visitante nas Universidades de Passau (2015) e Kiel (2016, 2017), Alemanha, e na Universidade Ritsumeikan, Japão (2018). Senior Lecturer na Peking University, China (2019). Procurador da República no Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO. AUTOCOMPOSIÇÃO EM MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL

Como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro, seguindo os passos de outros sistemas ao redor do mundo, vem se orientando para uma “justiça negociada”, um movimento de empoderamento das pessoas (naturais e jurídicas) e instituições para que possam, por meio de *mecanismos autocompositivos*, resolverem os conflitos em sociedade.

Essa tendência se espalhou, depois de muito tempo, também pelo direito penal e o processo penal. Cada vez mais, as vítimas das infrações penais começaram a ter papel de destaque, e aos poucos se abriu espaço para *actos negociais* entre particulares e os órgãos de persecução penal, pelos quais os envolvidos definem o resultado do processo penal utilizando de instrumentos *convencionais*.

A justiça criminal tradicional sempre foi imposta e não negociada, simbolizada no princípio inquisitivo e na indisponibilidade da ação penal pública (condenatória), com a conseqüente prevalência do juiz.²

Todavia, contemporaneamente, a partir do modelo acusatório, tem aumentado a convencionalidade também do processo penal, onde se vê o crescimento de uma “justiça penal consensual”³ com reforço do consentimento e de resultados concertados entre os diversos sujeitos processuais (o agente criminoso, o Ministério Público, a vítima).⁴ Surgem cada vez mais

² VAN DER KERCHOVE, Michel. Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle, in CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008, p.189-191.

³ PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual, in *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁴ PIN, Xavier. *Le consentement en matière pénale*. Paris: LGDJ, 2002, *passim*; McTHENIA, Andrew W.; SHAFFER, Terry L. For reconciliation, in *Yale Law Journal*, nº 94, 1985, p.1660 ss; SALVAGE, Philippe. Le consentement en droit pénal, in *Revue de Science Criminelle*, 1991, p.699; TULKENS, Françoise; VAN DER KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice impose, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996, p.445; G’SSELL-MACREZ, Florence. Vers la justice participative? Pour une négociation ‘à l’ombre du droit. *Recueil Dalloz, Chroniques*, out, 2010, p.2451-2453; PIERANGELLI, José Henrique. *Consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: RT, 1989, p.67 ss; ANDRADE, Manuel Costa. *Consentimento e acordo no direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra ed., 1991, p.382 ss.

possibilidades de mediação penal,⁵ composição amigável dos danos entre agente e vítima, inclusive com aplicação participativa e negociada da pena.⁶ São exemplos desses institutos cooperativos a colaboração premiada, o acordo de não persecução penal, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a composição civil dos danos etc. (art. 4º, § 4º da Lei nº 12.850/2013; arts. 74, 76 e 89 da Lei nº 9.099/95).

No processo penal dos ordenamentos do *common law*, o instituto convencional mais conhecido é a *plea bargain* norte-americana.⁷ Todavia, novamente se deve frisar que este movimento é convergente também nos ordenamentos do *civil law*. Os institutos do *patteggiamento sulla pena* na Itália,⁸ da *conformidad* na Espanha,⁹ e os acordos sobre a sentença penal na Alemanha (§257c da *Strafprozessordnung*),¹⁰ são exemplos da mesma tendência em países de tradição romano-germânica.

⁵ CARTIER, Marie-Elisabeth. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale. *Revue Générale des Procédures*, 1998, p.1 ss; DE LAMY, Bertrand. Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale), in CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *Approche critique de la contractualisation*. Paris: LGDJ, 2007, p.149 ss; CHEMIN, Anne. Le rapport sur la “justice de proximité”: des propositions “faciles à mettre en oeuvre”. *Le Monde*, 26.02.1994.

⁶ Falamos aqui da participação na formação do juízo sobre a pena aplicável, e não apenas na responsabilização, ou seja, não se trata somente de buscar o arrependimento do próprio apenado. Neste sentido, VAN DER KERCHOVE, Michel. Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle, *Op. cit.*, p.198.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito* ou um novo “princípio”? Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p.17 ss.

⁸ A aplicação de pena por requerimento conjunto das partes (art.444-1 do *Codice di Procedura Penale* italiano). CHIAVARIO, Mario. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 49, nº 2, abr-jun, 1997, p.427 ss; *Idem*, La justice négociée: une problématique à construire. *Archives de Politique Criminelle*, nº 15, 1993, p.27 ss. Muito tempo atrás, Leone já admitia os negócios processuais no Processo Penal: LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Napoli: Pipola, 1954, p.142 ss.

⁹ A *conformidad* traduz-se numa declaração de vontade emitida pelo arguido em processos abreviados, pela qual se declara conformado com a qualificação mais grave formulada pelo acusador e com a pena solicitada pelo MP, sempre que esta não seja maior que seis anos de prisão (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, art. 695 ss, 787, 801, dentre outros). Na doutrina, Cf. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1997, *passim*.

¹⁰ PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess: Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*. Göttingen: Universitätsverlag, 2011.

Em outros textos, tratei das convenções processuais,¹¹ e mais especificamente sobre as possibilidades de celebração de acordos a respeito da ação e do processo penal.¹²

O tema é espinhoso, e começou a ser mais debatido com mais tecnicismo há pouco tempo. Com efeito, sempre houve dificuldade de enquadrar os negócios jurídicos no estudo do direito penal e do processo penal. Essa dificuldade metodológica, em especial nos sistemas de tradição romano-germânica,¹³ também se mostra no raro rigor técnico com que o tema tem sido tratado no Brasil. Muitas têm sido as objeções por aqui a um modelo de justiça penal negociada.

2. OBJEÇÕES À JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA. A CONTEMPORÂNEA VISÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL ABARCANDO AS FLEXIBILIZAÇÕES CONVENCIONAIS AO PROCEDIMENTO

Quando da emergência de uma verdadeira avalanche da justiça penal negociada no Brasil, que se verificou a partir da edição da atual lei do crime organizado (Lei n. 12.850/2013), muitos advogados criticaram esse modelo de negociação no processo penal.

Criticou-se a colaboração premiada, de um lado, porque não traria maior “credibilidade” para o sistema de justiça penal. Segundo esse entendimento, o procedimento não teria publicidade devida, prevaleceria o “poder de barganha” do Ministério Público, e o juiz se transformaria em um “mero homologador”.¹⁴ Envergaram-se ainda muitos argumentos *ad terrorem* de que o Estado-acusação seria um “instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência,

¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 3ª ed., 2020.

¹² CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. in CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.149 ss.

¹³ “In tema di negozio, sostanzialmente, non vi è accordo su nulla: né sulla liceità della figura, né sulla definizione, né soprattutto sulla rilevanza nel diritto positivo, ed infine nemmeno sul método da impiegare nello studio di questo istituto”. RICCIO, Giuseppe. *La volontà delle parti nel processo penale*. Napoli: Jovene, 1969, p.5-6.

¹⁴ LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.143, maio, 2018, versão eletrônica, p.4-5.

obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança”. Falou-se de um “furor negociador da acusação”, que “pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” veria o processo penal transformar-se em uma complexa guerra”.¹⁵

Não se pode concordar. Tais críticas são fruto talvez de um eco de gerações passadas, que enxergavam o sistema de justiça penal hoje tal como aquele do séc. XIX, do juizado de instrução, de sistemas em que o protagonismo processual penal era do Estado-juiz.

Por outro lado, debateu-se fortemente na doutrina sobre se esse movimento de uma justiça negociada representaria uma ofensa ao princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV da Constituição. Mas será que o fato de as partes, por meio de negócios jurídicos, flexibilizarem o procedimento, representa uma violação ao *due process of law*?

Alguns autores afirmam haver ofensa ao devido processo legal, pois os acordos em matéria processual penal poderiam levar a condenações e imposição de penas sem observância do procedimento previsto na lei, o que seria vedado pela Constituição (*nulla poena sine iudicio*).¹⁶

Não se pode concordar. Não vejo qualquer arranhão ao devido processo legal. Primeiramente, é importante lembrar que a lei pode disciplinar o procedimento de diversas formas,¹⁷ e dentre elas, há em nosso ordenamento jurídico clara tendência de favorecer uma estruturação autocompositiva do procedimento. De outro lado, há que destacar também que não se trata de qualquer inobservância do procedimento garantido pela lei, em prejuízo das partes; trata-se de uma flexibilização que tem origem na manifestação de vontade das próprias partes. E, claro, tendo sido as partes, titulares das situações jurídicas processuais protegidas pelo devido processo legal, que dispuseram a respeito, não se pode nesses atos de disposição enxergar qualquer violação de direitos. Ao contrário, trata-se de mais um meio de exercer tais direitos.

¹⁵ É a imagem desenhada, de forma muito borrada, por LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in) eficácia do regime de liberdade individual. *Op.cit.*, p.4-5.

¹⁶ Geraldo Prado advoga a inconstitucionalidade do instituto da colaboração premiada, afirmando ser um retorno à Inquisição, incompatível com o sistema acusatório e porque faltaria um ambiente desinteressado necessário à produção das provas. PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual, in *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.73-77.

¹⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 18ª ed., 2014, p.838-840.

De fato, a justiça penal negocial traz a emergência de uma nova ordem, que permite negociação em espaços de consenso para obtenção de efeitos desejados pelas partes, com flexibilizações do procedimento.¹⁸

No processo penal negociado, o devido processo legal é o encontro de vontades (chamado por alguns de “devido processo consensual”;¹⁹ o trâmite do procedimento pode ser até abreviado, se comparado àquele da lei, mas o negócio jurídico, tendo como base o consenso, desenha um procedimento que não só é legal (porque autorizado por lei), como também devido, porque fruto da vontade dos envolvidos (*volenti non fit iniuria*).²⁰

Lembre-se ainda que o *nulla poena sine iudicio* e qualquer outra restrição à execução penal convencionalizada só levaria à inadmissibilidade de *alguns* negócios jurídicos de natureza *material* (referentes à pena, p.ex.), mas não dos negócios jurídicos *processuais*; e levaria apenas à impossibilidade de celebração de negócios jurídicos (materiais) referentes a algumas penas (restritivas de liberdade), mas não a outras, como penas de prestação pecuniária, sobre as quais deve haver ampla liberdade de negociação porque afetam sobretudo o patrimônio.

Ademais, as afirmações dos críticos não dão conta de que toda a construção da ideia de impossibilidade de imposição de pena sem processo se deu na ausência de consenso entre o Estado e o investigado/acusado. Entendia-se que o devido processo legal, no processo penal, exigiria sempre a judicialização da pretensão punitiva, seguida do exercício da ampla defesa pelo réu perante o juiz e pelo procedimento previsto na lei.

Ora, tal entendimento ignora que o devido processo legal, o dever de “observar procedimentos e normas da lei”, não significa que, *por consenso*, as partes envolvidas não possam acordar em torno de qual será este procedimento. Ignora ainda que a ampla defesa pode ser exercida antes do processo judicial e fora do âmbito Judiciário (note-se, p. ex., que o que justifica

¹⁸ LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. *Op.cit.*, p.2.

¹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019, mimeografado, 2021, no prelo, p.7.

²⁰ A Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que, se o próprio acusado abrir mão de suas garantias fundamentais de forma inequívoca, e desde que as cláusulas convencionais não ofendam interesses públicos, como a dignidade da pessoa humana. Vejam-se, a título de exemplo: CEDH, Caso Scoppola contra Itália (n. 10249/03), j. 17/09/2009; CEDH, Caso Natsvlishvili e Togonidze contra Geórgia (n. 9043/05), j.08/09/2014.

a produção de prova pela defesa antes do processo judicial é exatamente o princípio da ampla defesa).

Não obstante as inúmeras críticas de um setor da criminalística, é possível dizer que, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência brasileira, tem sido majoritária a concepção de que é constitucional a possibilidade de as partes acordarem em torno de aspectos penais e processuais penais. Mas o debate tem sido intenso.

Outra é a realidade no *common law*. Sem embargo, nos países de tradição anglo-americana, admite-se com muito mais tranquilidade que as partes possam dispor de suas situações jurídicas processuais (direitos, poderes, deveres, ônus etc.). E alguns institutos de uma justiça penal negociada daqueles sistemas jurídicos, sobre aspectos materiais e processuais, foram inspiradores dos primeiros instrumentos despenalizadores, de caráter consensual, que na década de 1990 começaram a ser positivados na legislação brasileira. Por exemplo, a transação penal brasileira tem inspiração na *plea bargain* norte-americana.²¹

Nesse cenário, é até certo ponto curioso perceber que como a doutrina brasileira do processo penal, que tanto se apoia em aspectos do direito dos EUA e outros sistemas do *common law*, cita jurisprudência e utiliza inúmeras referências de autores norte-americanos para algumas finalidades, reluta em retratar que, naquele sistema jurídico, grande parte das garantias fundamentais do processo penal são disponíveis, e podem ser objeto de renúncia convencional pelas partes por meio de diversos tipos de acordos, muitos deles a respeito da ação e o processo penais.²²

O que se vê, no Brasil, é que parte da doutrina invoca o processo penal anglo-americano de maneira seletiva, descurando de um de seus pilares,

²¹ PRADO, Geraldo. Transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed., 2006, p.44.

²² Vejam-se vários julgados da *U.S. Supreme Court* a respeito. Em *Shutte v. Thompson*, 15 Wall. 151, 159 (1873), a corte afirmou que "A party may waive any provision, either of a contract or of a statute, intended for his benefit". Em *Peretz v. United States*, 501 U.S. 923, 936 (1991), disse que "The most basic rights of criminal defendants are . . . subject to waiver". Em *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 10 (1987), admitiu-se renúncia, em acordo prévio ao processo, à alegação de duplicidade de imputação (*double jeopardy*). Em *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 243 (1969), afirmou-se que o acusado, ao confessar-se culpado por uma *guilty plea*, voluntariamente renuncia ao direito à não autoincriminação, ao julgamento pelo júri e a confrontar seus acusadores. Em *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 465 (1938), afirmou-se que o direito à assistência por advogado pode ser renunciado. Confirase ainda a amplitude que se dá às renúncias de regras que poderiam levar à ilicitude de prova em *United States v. Mezzanatto*, 513 U.S. 196 (1995).