



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rafael Estrela Nóbrega

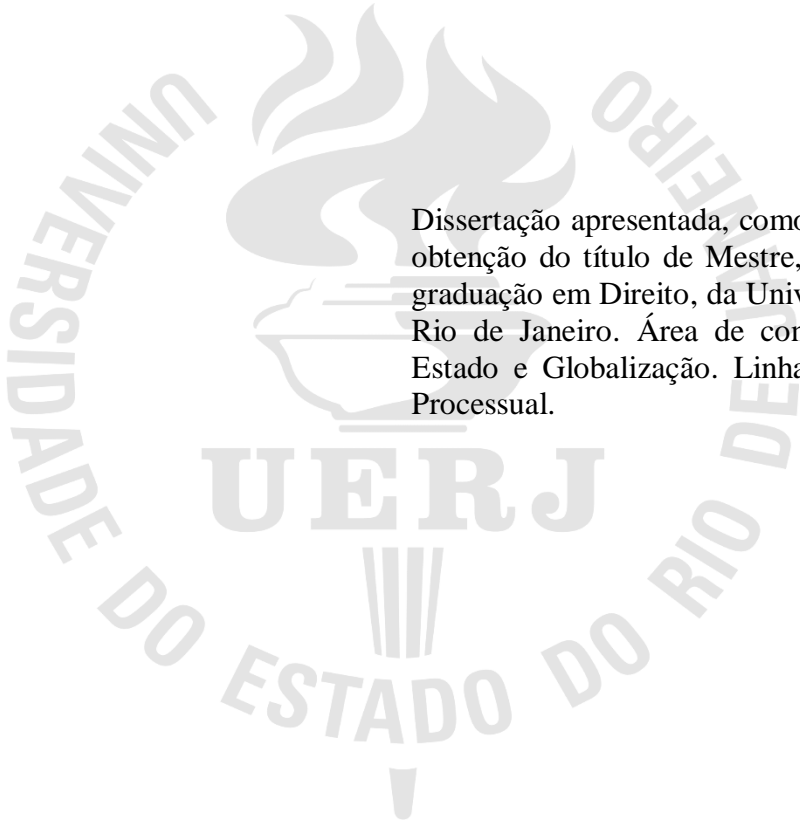
O juiz e a prova obtida por meio consensual no processo penal

Rio de Janeiro

2018

Rafael Estrela Nóbrega

O juiz e a prova obtida por meio consensual no processo penal



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

N754 Nóbrega, Rafael Estrela.

O juiz e a prova obtida por meio consensual no processo penal / Rafael Estrela Nóbrega. – 2018.

169 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Processo Penal - Teses. 2. Prova (Direito) - Teses. 3. Direito penal - Teses. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.1

Bibliotecária Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rafael Estrela Nóbrega

O juiz e a prova obtida por meio consensual no Processo Penal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovado em 20 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Orientador)
Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardino de Pinho
Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro
Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ

Prof. Dr. Antônio Santoro
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2018

DEDICATÓRIA

Ao meu saudoso pai que, em vida, me educou e me ensinou o caminho da retidão.

À minha querida Mãe, Manuela. Devo tudo a ela: quem sou e o que me tornei. Inúmeras foram às vezes que me abraçou, me acalentou, me protegeu e jamais me deixou desistir.

Chris, nada como viver ao seu lado. Esposa dedicada, Mãe admirável e amiga acima de tudo.

Obrigado pelo apoio incondicional, principalmente nos momentos de incertezas.

Ao meu filho Bernardo. Criança feliz e contagiante. Minha fonte de inspiração. Não conheço amor maior no mundo.

E, por fim, ao Guilherme que está chegando e será o mais novo integrante da família. Minha promessa de amor eterno.

AGRADECIMENTOS

Nada acontece sem a vontade Dele. Agradeço, acima de tudo, à Deus que me permite ter saúde e enfrentar os desafios da vida.

Ao querido Professor Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, cuja voz da experiência me guiou nas ideias do presente trabalho, me concedendo a honra de ser meu orientador.

Ao amigo e Professor Humberto Dalla, sua paciência, compreensão, dedicação ao aluno é que nos motiva a seguir em frente. A você minha eterna gratidão.

Ao Professor Flavio Mirza, pelos debates acerca do tema e por apostar na originalidade do presente trabalho.

Não posso deixar de agradecer pelas críticas, sugestões e pesquisas doutrinárias a três apaixonados pelo direito: Carla Kacelnik, Daniel de Oliveira Pontes e Renata Berlinski.

Há um tempo em que é preciso recosturar, reformar, reavivar as nossas roupas usadas que tanto nos deram alegria quando novas e que hoje apesar de gastas continuam quentes, macias e confortáveis porque possuem o formato do nosso corpo. Não devemos esquecer nossos antigos caminhos só porque achamos que nos levam sempre aos mesmos lugares, devemos aproveitá-los para encurtar a distância que nos levam a novos. É tempo de travessia: temos que ousar em fazê-la para nunca ficarmos a margem de outros.

Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado um com o outro. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou que um via um lado das coisas e outro de um outro lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.

Fernando Pessoa

RESUMO

NÓBREGA, Rafael Estrela. *O juiz e a prova obtida por meio consensual no processo penal*. 2018. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho pretende ressaltar as reformas na legislação que apontam para um crescimento do consensualismo no âmbito do direito penal, com uma conseqüente relativização do publicismo. A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil expressamente permitiu as convenções probatórias, tema inédito em nosso ordenamento jurídico. Para isso, abordará o histórico dos sistemas processuais, considerando suas peculiaridades acerca do consensualismo, bem como as raízes históricas do publicismo e privatismo e qual papel que exercem atualmente. Nesse viés, o trabalho se propõe a analisar a possibilidade de transposição da convenção probatória para o processo penal e, para a parte da doutrina que entende ser a mesma possível, discutir a sua influência nos poderes instrutórios do juiz. Esse tema deve ser abordado com a ciência de que o pressuposto da decisão justa é um processo cercado de garantias fundamentais e da liberdade que o sistema processual confere ao juiz na busca da verdade.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Consensualismo. Publicismo e privatismo. Produção probatória. Atuação do magistrado. Decisão justa.

ABSTRACT

NÓBREGA, Rafael Estrela. *The judge and the evidence obtained through consensual means in the Criminal Procedure*. 2018. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The present paper intends to emphasize the reforms in the legislation that point to an increase of the consensualism in the scope of the criminal law, with a consequent relativization of publicism. The entry into force of the New Code of Civil Procedure expressly permitted the conventions of evidence, an unprecedented theme in our legal system. In order to do this, it will address the history of procedural systems, considering their peculiarities about consensualism, as well as the historical roots of publicism and privatism and what role they currently play. In this bias, the paper proposes to analyze the possibility of transposing the evidentiary agreement to the criminal process and, for the part of the doctrine that it considers the same as possible, to discuss its influence in the investigatory powers of the judge. This theme must be approached with the science that the presupposition of a fair decision is a process surrounded by fundamental guarantees and the freedom that the procedural system confers on the judge in the search for truth.

Keywords: Criminal Procedural Law. Consensualism. Publicism and privatism. Proof production. Performance of the judge. Fair decision.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS – O PROCESSO CONSTITUCIONAL. PROCESSO JUSTO. JUSTIÇA PROCEDIMENTAL.....	14
2	NOVOS CONTORNOS DO DIREITO À PROVA: DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA. PECULIARIDADES DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....	19
2.1	Direito fundamental à prova.....	22
3	NOVOS LIMITES PARA A AUTONOMIA DA VONTADE NO PROCESSO PENAL - PUBLICISMO X PRIVATISMO.....	24
3.1	Paralelo das teorias com titularidade do direito à prova.....	52
3.2	Autonomia das partes e poderes instrutórios do juiz.....	57
4	O CONSENSUALISMO NO PROCESSO PENAL – FORMAS CLÁSSICAS (CONFISSÃO, CHAMAMENTO DE CÓ-RÉU, DIFERENTES ESPÉCIES DE COLABORAÇÃO PREMIADA).....	60
4.1	Confissão.....	70
4.2	Chamamento de correu.....	73
4.3	Colaboração premiada.....	74
5	CONVENÇÕES PROCESSUAIS COMO EXPRESSÃO DE CONSENSUALISMO. POSSÍVEL APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL.....	87
5.1	As convenções processuais: breve histórico no âmbito cível.....	90

5.2	Requisitos gerais dos negócios jurídicos – o artigo 104 do Código Civil.....	93
5.3	Requisitos do negócio jurídico processual – o artigo 190 do Código de Processo Civil.....	94
5.3.1	<u>Os requisitos de existência.....</u>	94
5.3.2	<u>Os requisitos de validade.....</u>	95
5.3.3	<u>Eficácia.....</u>	100
5.4	Análise dos requisitos e possível aplicação no Direito Processual Penal.....	102
5.4.1	<u>Pressuposto: aplicação subsidiária do CPC ao Processo Penal.....</u>	103
5.4.2	<u>Os requisitos relativos às partes.....</u>	108
5.4.3	<u>Considerações acerca do objeto: a indisponibilidade do direito em jogo e o respeito à ordem pública processual.....</u>	109
5.4.4	<u>A forma como instrumento de garantia.....</u>	110
5.5	Conclusão.....	110
6	A POSSIBILIDADE DE CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE DIREITO PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL.....	111
6.1	Considerações iniciais.....	111
6.1.1	<u>As convenções processuais sobre provas no Código de Processo Civil.....</u>	112
6.1.2.1	Hipóteses típicas de negócios jurídicos probatórios.....	113
6.1.2.2	Negócios atípicos.....	115
6.1.3	<u>Possibilidade de convenção no âmbito criminal.....</u>	116
6.1.3.1	A obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação penal pública.....	116
6.1.3.1.1	A discussão no ponto de vista histórico e no direito estrangeiro.....	117
6.1.3.1.2.	Análise no Brasil.....	121

6.1.3.2	A controvérsia sobre o ônus da prova em matéria criminal.....	125
6.1.3.3	Possível campo de aplicação das convenções probatórias.....	130
6.1.4	<u>Conclusão</u>	133
6.2	A prova ilegítima	133
6.3	A prova emprestada	135
6.4	A prova ilícita	137
6.5	As provas ilegais e as convenções	140
6.6	A garantia da não incriminação	141
7	A VINCULAÇÃO DO JUIZ NO EXAME DA PROVA ESTABELECIDNA NA CONVENÇÃO PROCESSUAL. A JUSTIÇA DA DECISÃO	142
7.1	Cabe recurso contra a não homologação da convenção?	153
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	156
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal entrou em vigor na época do Estado Novo, quando a população brasileira era de aproximadamente 41 milhões de pessoas, os índices de criminalidade eram extremamente baixos e as unidades penitenciárias ainda não conheciam as facções criminosas.

Passados mais de 70 (setenta) anos e com algumas mudanças legislativas na seara penal, ainda não foi possível encontrar um modelo ideal de justiça criminal que ao mesmo tempo possibilite uma sociedade mais segura sem se olvidar da proteção integral das garantias fundamentais.

Se de um lado, há os que são chamados de garantistas, como aqueles que preservam acima de tudo um direito penal mínimo, de outro há os que enxergam na paz social, um direito constitucional coletivo que pode se sobrepor, no caso concreto, a algumas garantias individuais. A persecução criminal deve atuar com eficiência para proteger a sociedade e a vítima em concreto, sendo o sistema de justiça criminal preciso na busca da verdade.

Procura-se o equilíbrio dessas forças.

Todavia, notoriamente, há um grande sentimento de revolta contra a impunidade.

E, por óbvio, isso passa por um descontentamento das regras processuais que não satisfazem uma persecução penal adequada com análise profunda das provas e, por fim, uma sentença que realmente espelhe o fato criminoso.

A credibilidade da justiça criminal está umbilicalmente vinculada a uma decisão justa.

O preço de se condenar um inocente é assemelhado a absolvição de um culpado.

A sociedade não tolera ambas as hipóteses.

Para tanto, a prova no processo penal é extremamente importante, a fim de que o julgador seja munido dos melhores elementos a proferir uma decisão que não deixe dúvidas acerca de sua legitimidade.

Com foco nesse objetivo, o presente trabalho se propõe a analisar o poder do julgador diante da nova tendência do direito processual em possibilitar uma participação mais direta e efetiva das partes no processo, principalmente no âmbito probatório.

O Código de Processo Civil dentre inúmeras novidades, apresentou o artigo 190 que prevê um amplo espaço de atuação das partes. O negócio jurídico processual inova no ordenamento pátrio e se bem utilizado por todos aqueles que integram a relação processual é uma esperança no descongestionamento do Poder Judiciário.

Ao menos no âmbito probatório, defendemos o seu aproveitamento no processo penal.

Dessa forma, começaremos o trabalho demonstrando como o Novo Código de Processo Civil ressaltou no ordenamento brasileiro a questão do consenso, abrindo às partes a possibilidade de atuar conjuntamente com o magistrado, não só na apresentação de provas, mas também, na discussão de questões processuais, como com o chamado contraditório participativo.

Em seguida, adentraremos no instituto da prova, sublinhando a sua importância no trâmite processual, como um direito fundamental das partes e como instrumento de solução do conflito proposto perante o juiz.

No terceiro capítulo abordaremos essencialmente a distinção entre o publicismo e o privatismo e seus reflexos na consideração da prova, bem como na atuação do magistrado. Faremos a análise histórica, primeiramente, para entender como chegamos a esses modelos da forma como são considerados nos dias atuais e entender a função dos institutos que deles decorreram, como o *plea bargaining* por exemplo.

Será demonstrada a diferença da atuação do magistrado em ambos os sistemas e a sua consequência, qual seja, uma análise da possível imparcialidade do juiz quando o mesmo não se atém apenas ao lastro probatório apresentado pelas partes, mas também, utiliza seus esforços para a produção de novas provas para obter a melhor solução para o litígio, não necessariamente a mais justa ou condizente com a verdade, o que varia conforme o indivíduo se encontre em locais que adotam o sistema do *civil law* e do *common law*.

Seguindo o raciocínio, será questionada a necessidade de apuração da verdade no processo. Nesse tópico, importante ressaltar as diferentes perspectivas de verdade, se é que isso possa ocorrer, como a denominada por alguns de verdade formal e a verdade material, em qual sistema cada uma é adotada e qual a atuação do juiz a depender de que verdade o mesmo está buscando.

O capítulo 04 se destina a apresentar como o consensualismo foi sendo trazido do processo civil para o processo penal, mencionando as legislações pioneiras em permitir que as

partes transijam sobre questões atinentes ao direito processual. Para que tal inovação fique mais clara, apresentaremos alguns exemplos da utilização do consenso no processo penal que já estão em vigor e em plena utilização no Brasil, como a colaboração premiada.

Seguindo nesse contexto, abordaremos as características dos negócios jurídicos em geral e as específicas para que nos mesmos seja possível a transação entre as partes do processo. E, posteriormente, trataremos especificamente, das convenções processuais no âmbito da instrução probatória no processo criminal, analisando a sensível situação da ação penal pública, de competência exclusiva do Ministério Público.

Por fim, discutiremos o grau de vinculação do magistrado às convenções processuais realizadas pelas partes, questionando quais os requisitos para sua homologação e, em caso de homologadas, se deve o juiz respeitá-las independente de quaisquer circunstâncias.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS – O PROCESSO CONSTITUCIONAL. PROCESSO JUSTO. JUSTIÇA PROCEDIMENTAL.

Um dos grandes desafios do Direito nos países que adotam precipuamente a sistemática do *civil law*, como o Brasil, é fazer com que a legislação acompanhe a realidade social, dada a necessidade de fundamentação analítica das decisões judiciais. Ocorre que, a burocracia na tramitação pela qual passam os projetos de lei faz com que os mesmos permaneçam na Casa de discussão por anos, quando não décadas. Não é incomum que ao passar a vigorar, uma norma já seja introduzida no cenário normativo necessitando de atualização. Em virtude disso, o ordenamento jurídico brasileiro sobrevive com tentativas de readequação de normas antigas e já ultrapassadas através de emendas, ou leis especiais que visam atualizar a normatização apenas de temas específicos.

Em 2015, rompendo esse paradigma, foi promulgado o Novo Código de Processo Civil, que revisitou antigos institutos, trazendo uma nova formatação e incluindo na lei novas praxes já utilizadas pelo Judiciário. Especialmente quando se fala de norma processual, é notória a influência da realidade fática em sua elaboração, devendo a mesma disseminar as práticas positivas, como, por exemplo, a celeridade e a duração razoável do processo. Com base nisso, a Comissão de reforma presidida pelo Ministro Luiz Fux perseguiu como objetivo a ser cumprido, o princípio constitucional da duração razoável dos processos.¹

Nesse sentido, cumpre ressaltar a constitucionalização do ordenamento jurídico, um movimento não tão recente, mas que está a cada dia mais inserido nos textos normativos. Isso porque, a Constituição Federal do Brasil é um texto complexo que abarca não só disposições organizacionais dos Poderes e do funcionamento dos Estados, mas também, e principalmente, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que tem sido aplicado e reconhecido como indispensável no âmbito tanto do Processo Civil, quanto do Processo Penal.²

¹ “É cediço que os tempos hodiernos reclamam por uma justiça acessível ao povo que conceda ao cidadão uma resposta justa e tempestiva apta a nutrir o respeito que o órgão que a presta, o Poder Judiciário, e a credibilidade necessária diante da cláusula pétrea constitucional da “inafastabilidade da jurisdição”. FUX, Luiz, *O novo processo civil brasileiro direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 02.

² “A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam

Com a internalização da Constituição no âmbito do direito processual, afirma-se que nasceriam duas disciplinas envolvendo tais ramos do direito: o direito constitucional processual, decorrente dos remédios constitucionais previstos na Constituição e com extensa aplicabilidade nos processos, e o direito processual constitucional, referente a necessária análise das normas processualistas através da ótica constitucional, da qual decorreriam algumas não recepções ou inconstitucionalidades.³

Para Dinamarco, a disciplina do direito processual constitucional consiste em ter a Constituição como parâmetro do processo, seja na análise do mesmo e seus institutos, bem como na relação entre os textos, examinando a influência que cada texto importa no outro, além de garantir, através do processo, as medidas previstas na Constituição.⁴

O autor encontra duas formas de influência da Constituição sobre o processo: a direta, consistente na análise das normas infraconstitucionais e sua compatibilidade com o texto constitucional, e a indireta, que decorre da atuação cotidiana dos juízos e tribunais, uma vez que o direito infraconstitucional é consequência das regras gerais determinadas pela Constituição na sua aplicação aos requerimentos efetuados pelos cidadãos em busca de seu direito subjetivo específico.⁵

Consoante ensina Theodoro Jr., “[...] o processo passou a ser comandado por princípios e regras da Constituição. Normas procedimentais traçadas pela legislação ordinária teriam de conviver, no dia-a-dia do foro, com a supremacia dos preceitos e garantias da ordem

a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, repercute também nas relações entre particulares, limitando sua autonomia da vontade em nome da proteção de valores constitucionais e de direitos fundamentais.” BARROSO, Luis Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. Disponível em <<http://revistas.unibrazil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/459>>, visualizado em 18/12/2017.

³ GABRIEL, Anderson de Paiva, *O contraditório participativo como traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito*. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla B. de; (Org.) *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*, 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 334-335.

⁴ E ainda acrescenta o autor, “A tutela constitucional do processo é feita mediante os princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país. Em sentido vetorialmente inverso da tutela constitucional do processo, apresenta-se o sistema processual como fator de efetividade das normas ditadas no plano constitucional, que ele promove de modo direto e de modo indireto.” DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 188-189.

⁵ *Ibid.*, p 190.

constitucional”⁶ e acrescenta Ítalo Augusto Andolina que “O processo, enquanto instituição constitucionalizada, passa a ser uma forma de garantia de todos os direitos fundamentais positivados na Constituição, “il processo é divenuto, entro l’ottica costituzionale, lo strumento precípua di garanzie.”⁷

Sobre o tema, leciona Canotilho que

O direito constitucional processual conforma também o direito processual constitucional. A pluralidade de processos jurisdicionais (penais, civis, administrativos, fiscais) não perturba a existência de um paradigma constitucional processual informado pelos princípios que se acabam de referir. A existência de um paradigma processual na Constituição portuguesa obriga a estudar e a analisar os diferentes processos não apenas na sua configuração concreta dada pela lei ordinária (os códigos processuais originários), mas também sob o ângulo da sua conformidade com as normas constitucionais respeitantes às dimensões processuais das várias jurisdições. O direito processual constitucional estará também, nesta medida, vinculado ao paradigma constitucional do processo.⁸

Esse processo cercado de valores constitucionais permite a efetivação dos direitos fundamentais. De acordo com Antonio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco “é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios”.^{9 10}

Ao se falar em processo constitucional, não se pretende criar um ramo autônomo da ciência jurídica, mas sim enxergar os institutos processuais a partir de valores consagrados num Estado Democrático de Direito.

⁶ THEODORO JR., Humberto. *Desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe; AMORIM, Daniel; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 235.

⁷ ANDOLINA, Ítalo Augusto. *Il Modello costituzionale del Processo Civile. Genesis*. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v.4, jan./abr. 1997.

⁸ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, apud, DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, *A constitucionalização do Novo Código de Processo Civil*. In DIDIER, Fredie (coord.) *Coleção NOVO CPC Doutrina Seleccionada I Parte Geral*. Salvador: Juspodium, 2016, p 313.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª EDIÇÃO, São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁰ “Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV, e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna”. GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 226/227.

Durante a incorporação das ideias constitucionais ao novo Código de Processo Civil, um tema chama bastante a atenção, qual seja, o contraditório participativo, “através do qual os personagens do processo interagem, cooperam e dialogam, influenciando na convicção do julgador e permitindo a formação da dialética da melhor decisão, ao mesmo tempo em que a legitimam, tornando-a digna à luz do Estado Democrático de Direito.”¹¹

Tal instituto tem como visão a readequação do papel das partes no processo ao mecanismo democrático que se enraizou na sociedade brasileira desde a elaboração da Constituição Federal e que vem gerando frutos maiores com o passar dos anos. É o que Cappelletti, sob a influência anglo-americana, denominou de *fair hearing*, atualmente também chamado de processo justo, espaço no qual são asseguradas as partes o contraditório participativo¹². Ao juiz compete o exercício constitucional e legal de gestor do processo, comportamento que guarda relação com uma visão moderna de sua função, conduzindo o procedimento para que ao final seja proferida a decisão mais adequada ao caso concreto, sem se olvidar, é claro, da participação democrática das partes.¹³

A inércia da jurisdição uma vez rompida, exige do juiz a solução do conflito deflagrado, que se dá através do processo cercado das garantias constitucionais. A gestão da marcha processual é competência exclusiva do juiz, com uma postura ativa para a justa composição do litígio.¹⁴

¹¹ GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo como traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito*. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla B de; (Org.). *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*, 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016, v., p. 08.

¹² “Outro requisito positivo do acesso à justiça é o contraditório participativo, como o direito de influir eficazmente na decisão através de um diálogo jurídico com ampla oportunidade de oferecimento de alegações e de produção de provas, que sejam efetivamente consideradas pelo julgador.” GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3ª, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

¹³ Também acerca do contraditório participativo, menciona-se a questão da instrução probatória afirmando Jose Roberto dos Santos Bedaque que: “A atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 160.

¹⁴ “Para tanto, é crucial que o magistrado arrogue-se à competência constitucional e legalmente reconhecida de gestor do processo, comportamento esse consentâneo com a visão mais moderna de sua função, assumindo a direção do procedimento, estabelecendo a marcha processual mais adequada para o processo.” MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*. In: *O novo processo civil brasileiro direito em expectativa*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 180.

O processo quando cercado de todas as suas garantias constitucionais, conduzido por um juiz imparcial¹⁵ e realmente preocupado em proferir uma decisão que espelhe o ocorrido fora dos autos, atende os anseios do Estado Democrático de Direito.

A decisão judicial reflete o resultado final dos argumentos fáticos e jurídicos opostos pelas partes, consubstanciado no contraditório dialético, sem se olvidar do comportamento do juiz na condução do processo a um resultado justo.

É imperioso mencionar que tal atuação constitucional deve ser aplicada com a mesma força no âmbito do processo penal que está ainda mais defasado, tendo em vista que o Código de Processo Penal data de 1941, quando ainda nem se especulava na elaboração de uma Constituição Cidadã.

Com efeito, muita coisa mudou entre o Código de 1941 e a Constituição de 1988; a alteração foi de estrutura, foi subjacente, o que provoca uma ruptura de grande monta que deita raízes profundas na estrutura jurídico-política. Urge, pois, que se faça uma reforma radical no Código de Processo Penal brasileiro, de forma que aquela diretriz constitucional se imponha plenamente. As reformas parciais que têm sido feitas não superam o descompasso, na medida em que disposições legais, produzidas de acordo com uma concepção superada, não convivem adequadamente com novas disposições, orientadas por outros princípios.¹⁶

A nova ordem constitucional inaugurou um sistema de amplas garantias individuais, voltada à proteção ao cidadão contra eventual abuso do Estado, sendo o processo o único instrumento viável de aplicação da lei penal. Os direitos subjetivos das partes, nesse sentido, devem ser devidamente protegidos no caso concreto. Além disso, a atividade jurisdicional deve se estruturar em consonância com preceitos constitucionais (juiz natural, imparcialidade, motivação, por exemplo), como condições prévias para a realização de um processo garantístico. Portanto, a Constituição traz duas ordens de garantias: as individuais e as estruturais, sendo imperioso que ambas sejam observadas para que a jurisdição possa ser prestada legitimamente.¹⁷

¹⁵ “E o acesso à justiça pressupõe juízes independentes e responsáveis, o que constitui um dos grandes desafios do nosso tempo. Somente eles podem exigir dos demais Poderes do Estado o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos, assegurando a convivência de todos num verdadeiro Estado Democrático de Direito. Eles não podem ser arbitrários ou corruptos, muito menos imunes a qualquer sanção, mas obedientes à lei e responsáveis civil, penal e disciplinarmente pelos abusos que cometerem.” GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3ª, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

¹⁶ GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2014, p. 34-35.

¹⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 17-20.

A filtragem constitucional deve ser exercida pelo intérprete ao analisar as regras contidas na lei processual penal, tendo em vista que as reformas pontuais não foram suficientes para adequar o Código de 1941 aos novos ditames constitucionais.^{18 19}

2 NOVOS CONTORNOS DO DIREITO À PROVA: DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA. PECULIARIDADES DA PROVA NO PROCESSO PENAL.

Inicialmente, é importante observar que a expressão “prova” apresenta uma pluralidade de significados jurídicos. Por vezes, refere-se à atividade probatória em si, em outras, ao resultado advindo dessa atividade e, ainda, aos meios de prova.²⁰

Nesse contexto, o vocábulo pode ter uma acepção objetiva ou subjetiva.²¹ Quando se quer indicar o ato de provar ou as técnicas voltadas à instrução, utiliza-se o sentido objetivo. Por outro lado, ela é subjetivamente identificada quando se refere ao resultado da atividade, tomando em conta a sua atuação na convicção do magistrado.

Seja como for, a prova será o cerne do processo.^{22 23} Isso porque o objetivo principal da jurisdição é efetivar um resultado prático favorável ao titular do direito, e a identificação dessa

¹⁸ “A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”. PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 6ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.08.

¹⁹ “Sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução criminal. Pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, tendo o ônus de alegar e provar determinada prática delituosa, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa.” JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 317.

²⁰ MIRZA, Flávio. *Reflexões sobre a avaliação da prova pericial*. In: BASTOS, M.; COUTINHO DE AMORIM, P. S. M. (Org). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 205-207.

²¹ DIDIER JR., Freddie et al, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. vol. 2. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015, p. 39.

²² MIRZA, Flávio. Op. cit., p. 206.

²³ “O convencimento do juiz precisa ter ligação umbilical com a demonstração desses fatos. Ou seja, a prova, que deve retratar o mais fielmente possível a realidade, busca convencer o juiz, para que o mesmo profira uma decisão racional. Assim, há um encadeamento entre a afirmação de fatos, a verdade e a demonstração da afirmação acerca dos fatos. Sem dúvida alguma, tal relação entre a verdade, a existência dos fatos e a prova acerca dos mesmos, dará base a um provimento meritório justo”. MIRZA, Ibid., p. 206.

titularidade pressupõe a análise dos elementos fáticos demonstrados nas provas. Assim, o resultado do processo depende essencialmente da administração dos elementos de prova que tenham sido trazidos aos autos.^{24 25}

Percebe-se, então, que a prova tem uma importante função instrumental tanto para as partes, na busca de influir na convicção do juiz, quanto para o magistrado, como meio para averiguar as alegações dos litigantes.^{26 27}

Nesse sentido, é um instrumento de reconstrução racional dos fatos discutidos, cumprindo importante função social de “dar segurança às relações sociais e comerciais, prevenir e evitar litígios e delitos, servir de garantia dos direitos subjetivos e dos diversos *status* jurídicos”²⁸. Tal ideia funcionalizada, destaque-se, deve ser cumprida pela prova em qualquer espécie de processo (Cível, Penal, Trabalhista...), sendo irrelevante existir eventuais diferenças procedimentais.²⁹

Malatesta, sobre a importância da relação entre prova e convencimento, chega a apontar, até mesmo, que, se a prova não gerar convencimento, não é uma prova. A natureza persuasiva seria inerente, em um caráter lógico, ao instrumento probatório.³⁰

Mittermaier também trabalha com a prova como “a soma dos motivos geradores” da certeza do juiz, necessário para que se faça a devida aplicação da lei, em especial da legislação penal.³¹

²⁴ DIDIER JR., Freddie et al, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. vol. 2. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015, p. 38.

²⁵ “As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos”. GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 8. Ed. São Paulo: RT, 2004. p. 141.

²⁶ MIRZA, *Reflexões sobre a avaliação da prova pericial*. In: BASTOS, M.; COUTINHO DE AMORIM, P. S. M. (Org). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011., p. 207.

²⁷ “O ‘direito à prova’ é uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões”. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal Italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 83.

²⁸ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. in Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 259.

²⁹ Ibid.

³⁰ MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 91.

³¹ MITTERMAIER, C. J. A.. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 1996, p. 55.

No que tange ao aspecto voltado ao magistrado, cumpre-se destacar, também, a função demonstrativa da prova, porquanto não se presta somente a persuadir, a convencer. Essa é uma visão insuficiente do fenômeno probatório. É imprescindível que ela exerça um papel na reconstrução racional dos fatos postos em juízo.³²

Assim sendo, um uso adequado do livre convencimento motivado depende de as conclusões do juiz mostrarem-se logicamente escoradas nos elementos dos autos, possibilitando seu controle e evitando qualquer arbítrio. Essa é a importância da função demonstrativa.^{33 34}

A função demonstrativa apresenta duas concepções da prova, a metajurídica e a formal. Enquanto a primeira trata a prova de forma técnica, viabilizando uma máxima amplitude na busca da verdade, ou seja, objetivando alcançar a sua plenitude; a concepção formal cinge-se às afirmações apresentadas pelas partes, fixando formalmente os fatos.³⁵

A prova, no direito processual, possui duas facetas: a objetiva, em que a prova é caracterizada como o instrumento para demonstrar a existência de um fato; e a subjetiva, em que a prova atua no convencimento do julgador.³⁶ Uma vez que a parte possui o encargo de atestar a existência dos fatos que narrou e a veracidade de suas alegações, a produção probatória passa a ser um direito constitucionalmente assegurado³⁷, vez que decorre do direito ao

³² TARUFFO, Michelle, *La prueba de los Hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 349.

³³ MIRZA, Flávio. *Reflexões sobre a avaliação da prova pericial*. In: BASTOS, Marcelo Lessa; COUTINHO DE AMORIM, Pierre Souto Maior (Org). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 209.

³⁴ “A partir do momento em que se concebe a função demonstrativa (ou confirmatória) da prova, admite-se a possibilidade de uma fixação dos fatos próxima à verdade fenomênica. E esta fixação será tanto mais próxima da realidade fenomênica quanto maior for a importância conferida pelo sistema à busca da verdade”. GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 56.

³⁵ *Ibid.*, p. 70-71.

³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *A prova e a iniciativa do juiz no novo código de processo civil: disputa entre garantismo e ativismo judicial*. p. 402.

³⁷ “O direito à prova é tão importante quanto a garantia do acesso à justiça, porque de nada adianta assegurar às partes a possibilidade de trazer suas pretensões ao conhecimento do Poder Judiciário se a essas mesmas partes não forem assegurados todos os meios de convencer o julgador”. BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p. 69. Ainda, o autor ainda cita Nicola Picardi: “La prova è il cuore del processo. Si tratta, più precisamente, di una serie di strumenti con i quali vengono verificate le ipotesi di fatto formulate nel processo, al fine di consentire al giudice di attingere la verità ‘probabile’ (única verità conseguibile, dati i limiti immanenti della conoscenza umana) e pervenire, così, ad una applicazione ‘giusta’ delle norme giuridiche alla fattispecie controversa.” PICARDI, Nicola. apud BASTOS, Marcelo Lessa, *Processo penal e a*

contraditório e à ampla defesa.³⁸ Por essa razão que, ao analisar a necessidade da produção da prova, em caso de dúvida deverá o magistrado deferir-la, sob pena de cerceamento de defesa da parte que a requer.

Atualmente, com a chegada do novo Código de Processo Civil, a prova adquire outras funções, além daquelas restritas ao processo contencioso. De acordo com o art. 381 do NCPC, a parte pode solicitar a produção antecipada da prova em três casos: quando houver receio de seu perecimento durante o curso do processo, quando for útil para ensejar qualquer outro meio de solução de conflito ou quando faça com que a parte certifique-se da necessidade ou não de ajuizar uma demanda judicial. Portanto, a prova não tem mais como único objetivo o convencimento do juiz, mas também das partes, ensejando a diminuição de demandas sem fundamentos ou carecedoras de material probatório.³⁹

2.1 Direito fundamental à prova

Qualquer análise sobre o direito probatório deve partir da ideia de que a prova é um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, extraído, por alguns, do direito de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV),⁴⁰ e, por outros, do direito ao contraditório (CF, art. LV)⁴¹. A importância dela é tamanha que se admite, no CPC de 2015, demanda autônoma com o único fito de produção de provas (art. 382 e ss.). Nesse caso, a prova deixa de ser mero instrumento

gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

³⁸ TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Mauricio Ferreira apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *A prova e a iniciativa do juiz no novo código de processo civil: disputa entre garantismo e ativismo judicial.* p. 403.

³⁹ “a percepção de uma função persuasiva da prova permite concluir que a finalidade desta não é apenas investigar e alcançar a verdade, mas também atribuir credibilidade e legitimidade à conclusão alcançada pelo juiz acerca dos fatos. O efetivo contraditório na produção de provas serve para justificar o resultado da prova, o que contribui para a justiça da decisão tanto quanto a conformidade da decisão com a verdade dos fatos”. GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal.* 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 57.

⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais.* vol. 2. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 162.

⁴¹ DIDIER JR., Freddie et al, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória.* vol. 2. 10ª ed., Salvador: Editora JusPodium, 2015, p. 41.

do trâmite processual para passar a ser o próprio objeto sobre o qual trata o processo, assumindo, assim, um novo *status*.

A partir da categorização do direito à prova como direito fundamental, é possível extrair importantes efeitos práticos para as partes no curso do processo judicial. Didier sintetiza cinco situações jurídicas decorrentes desse direito: faculdade de requerer a prova, prerrogativa de produzi-las, participação na produção dela, manifestação sobre as provas produzidas e exame da prova pelo magistrado.⁴²

O fato de ser direito fundamental, é claro, não impede que se imponham restrições legítimas a ele.⁴³ Uma primeira barreira importante, como aponta Michelle Taruffo, é o princípio da relevância, de modo que devem ser admitidas todas as provas positivas ou negativas ao direito alegado, desde que relevantes.⁴⁴ A eventual exclusão da prova também pode resultar de um conflito de valores, tendendo à proteção de interesses processuais ou extraprocessuais (por exemplo, o sigilo profissional).⁴⁵

Em outra perspectiva, o direito à prova não é apenas um direito fundamental em si, mas sim um elemento vital para assegurar a efetividade de outras garantias processuais de igual estatura, como o contraditório, a ampla defesa e o acesso à justiça. Isso porque de nada adianta afirmar que as partes podem atuar em juízo, se não se oportunizar, de forma ampla, a produção de provas para sustentar as alegações das partes, de modo a efetivamente influir na convicção do magistrado. Caso contrário, as garantias processuais seriam meramente formais e vazias.⁴⁶

A prova por constituir o cerne do processo, exige um encadeamento lógico que se inicia com a afirmação dos fatos em juízo, a necessidade do magistrado esclarecer os pontos controvertidos e fundamentar sua decisão com base naquilo que foi devidamente comprovado nos autos.⁴⁷

⁴² DIDIER JR., Freddie et al, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. vol. 2. 10ª ed., Salvador: Editora JusPodium, 2015, p. 41.

⁴³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*. vol. 2. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

⁴⁴ TARUFFO, Michelle. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 57.

⁴⁵ *Ibid*, p. 58.

⁴⁶ *Ibid*, p. 56.

⁴⁷ “La prueba en el proceso penal es aquella actividad encaminada a procurar la convicción de Juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificaciones” DEU, Tereza Armenta. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. vol. 2. Ed. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2004. p. 271.

A reconstrução dos fatos expostos no processo deve corresponder o máximo possível à realidade histórica, conferindo ao julgador uma reprodução, se não exata, ao menos a mais próxima do que ocorreu. A reconstrução da verdade⁴⁸, se é que isto é possível, deve se dar através da prova, observado sempre o contraditório e a ampla defesa.

Logo, as partes assentam seus argumentos procurando apresentar uma versão convincente e verossímil para a defesa de seus interesses, cabendo a cada um a prova dos fatos que componham o suporte fático para as normas que pretendem ver incidir em seu favor.⁴⁹

3 NOVOS LIMITES PARA A AUTONOMIA DA VONTADE NO PROCESSO PENAL - PUBLICISMO X PRIVATISMO

Para chegarmos ao movimento recente de atuação das partes e do juiz no processo, é necessária a análise de uma evolução histórica desse comportamento, considerando, ainda, que este cenário guarda forte relação com o desempenho dos negócios jurídicos processuais.

Nas precisas lições de Taruffo,

o processo reflete verdadeiro produto da cultura de um povo, do seu ambiente social, político, econômico e cultural. Logo, o estudo desses conceitos é primordial para que se entenda as ideias predominantes que influenciaram a natureza do processo reinante à época.⁵⁰

⁴⁸ “A rigor, a verdade, se possível de ser alcançada, há de ser uma só, sendo certo que qualquer processo (civil, penal, trabalhista ou administrativo) almeja atingi-la. Não há dúvida de que é pressuposto do ideal de justiça chegar à real ocorrência dos fatos. Assim, parece-nos impróprio falar em verdade real ou formal. Avançando na discussão, passou-se a considerar uma verdade processual, ou seja, aquela que emerge dos autos. O convencimento do juiz haveria de subsumir-se ao provado, chegando-se, então, à verdade. A verdade processual, como afirma Badaró, seria uma verdade judicial, aproximada tanto quanto possível da realidade, detendo-se a pesquisa sobre a mesma ao que está nos autos. Assim, teríamos uma verdade possível ou processual, reflexo de um elevadíssimo grau de probabilidade de que os fatos tivessem ocorrido da forma alegada pelas partes”. MIRZA, Flavio. *Prova Pericial Em busca de um novo paradigma*. Juiz de Fora: Editar. 2016. p. 54-55.

⁴⁹ “Essa sentença sobre a verdade dos fatos da acusação teve por base a prova. Fornecer a prova desses fatos é dever do acusador; o acusado só tem que destruir as provas adversas, e produzir as que forem em sua defesa. Uma terceira pessoa, o magistrado preparador, por sua parte estabelece a prova dos diferentes fatos de importância decisiva para o processo; e os juízes, enfim baseiam sua decisão sobre aqueles fatos que consideram demonstrados. Já se vê, pois, que é sobre a prova que versam as prescrições legais mais importantes em matéria de processo criminal”. MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 3ª ed., 1996. p.12.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano. v. 63, n. 1, mar. 2009. p. 63-92.

De acordo com a ótica liberal do século XIX, “o processo visava garantir a plenitude dos direitos subjetivos dos cidadãos e não a observância do direito objetivo ou a salvaguarda do interesse público. A jurisdição e o processo estavam a serviço do cidadão”.⁵¹

As Revoluções Liberais trouxeram consigo uma visão de desconfiança em relação ao Estado, em geral, e, no que interessa ao presente trabalho, ao juiz, em particular.

Nesse contexto, as normas processuais passaram a restringir, sobremaneira, os poderes do magistrado na condução do feito. Era vedado, por exemplo, que ele praticasse atos de ofício, tais como a verificação dos pressupostos processuais, o impulso oficial ou a produção de provas não requeridas pelas partes.⁵²

Imperava nesse tempo a desconfiança do juiz, sendo as partes responsáveis por toda a movimentação do processo, não se podendo, nem mesmo, reconhecer de ofício as matérias processuais sem o devido requerimento pelo interessado.⁵³

O processo, destarte, estava ligado a uma visão liberal de mundo que, no espectro da separação de poderes, dava primazia à função legislativa, restando à atuação jurisdicional se conformar aos estritos limites da lei emanada do Parlamento.⁵⁴ Assim sendo, qualquer participação do juiz no curso do processo representaria uma ilegítima intervenção do Estado na liberdade dos indivíduos.

A relação travada em juízo era verdadeiramente uma “coisa das partes”⁵⁵ e os sujeitos parciais arcariam com as vantagens e as desvantagens das estratégias que escolhessem.

⁵¹ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In *Revista de Processo*, ano 33, nº 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 30-31.

⁵² *Ibid*, p. 30.

⁵³ “Assim, no Estado Liberal Clássico, a luz da ideologia burgo-liberal e do caldo cultural da época, o processo era visto como um duelo privado, no qual as partes atuavam com autonomia, sendo a intervenção do juiz reduzida ao mínimo (talvez em decorrência com a desconfiança com que os magistrados eram vistos, sendo frequentemente ligados à nobreza, repudiada pela Burguesia de então), limitando-se a atuar como boca da lei, isto é, atendo-se às possibilidades estritamente legais. GABRIEL. Anderson de Paiva. *O contraditório participativo como traço distintivo no Estado Democrático de Direito*. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla B de; (Org.). *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016, v., p. 333-350.

⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Reedição, Coimbra: Almedina, 2006, p. 94.

⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. v. 20, n. 26, p. 197–210, jul./dez., 2004, p. 208.

Mesmo após a ascensão do publicismo, e a concessão de amplos poderes ao magistrado, alguns autores ainda contestam a expansão da interferência estatal no desenrolar do processo.⁵⁶ Padeceria de paternalismo a ideia de que um agente público poderia conhecer melhor da situação litigiosa do que as partes a quem interessa a resolução daquela controvérsia.

Juan Montero Aroca, um dos grandes representantes dessa corrente, critica arduamente a ideia de que o aumento das prerrogativas dos juízes seria uma necessidade da técnica processual.⁵⁷

Para o autor, o processo civil, como instrumento de garantia dos direitos subjetivos dos cidadãos, funda-se na ideia de que os atos processuais não são deveres ou obrigações, mas faculdades das partes, cuja realização ou inobservância atraem para elas, respectivamente, consequências benéficas ou prejudiciais, mas não uma exigência comportamental.⁵⁸

Desse modo, não deve o Estado-juiz atuar no sentido de exigir condutas dos sujeitos, nem suprir eventuais desleixos da atuação deles. Cada um, necessariamente, deveria arcar com os bônus e os ônus da estratégia processual que adotou.

Em reação a essa formulação do processo, a partir do fim do século XIX, mais precisamente com o Código Austríaco de 1895, com influência dos pensamentos socialistas de Anton Menger, surge a corrente publicista.⁵⁹ Essa linha de pensamento preconizava a absoluta supremacia do interesse público sobre o privado, como forma de realização de justiça social por meio do Estado-juiz.⁶⁰ Nessa linha buscava-se a verdade material e a realização da justiça a qualquer preço, colocando em patamar inferior a iniciativa das partes e a imparcialidade do julgador. Havia uma ampla intervenção do Estado-Juiz na condução e desenvolvimento do

⁵⁶ Apresentando a corrente, por ele designada de neoprivatismo, e criticando os seus argumentos, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. v. 20, n. 26, p. 197–210, jul./dez., 2004, p. 208.

⁵⁷ AROCA, Juan Montero. *El mito autoritario de la 'buena fé' processual*. In AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2006, p. 330.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 339.

⁵⁹ [GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In Revista de Processo, ano 33, nº 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 30-31.](#)

⁶⁰ “A base de todo o modelo publicista do início do século XX era, pois, a modificação do escopo da jurisdição, que deixa de ser a consecução dos objetivos almejados pelas partes para se tornar a concretização dos interesses públicos. Conquanto seja o jurisdicionado quem veicule uma pretensão em juízo, seu papel é de mero provocador da função estatal até então inerte, a qual, a partir daí, passa a caminhar sozinha e com interesses não necessariamente coincidentes com aqueles buscados pelo autor”. ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 60-61.

processo. O processo era centrado na figura do juiz, direcionado a resolução dos conflitos, isto é, as partes possuíam atuação limitada, pois o foco era o interesse público.^{61 62 63}

Tal como o privatismo deu sua tônica no liberalismo, o publicismo ganhou força com a expansão do fascismo, bem como dos regimes socialistas soviéticos.⁶⁴ Assim, em seu nascedouro, identificou-se com ideias impregnadas de autoritarismo, o que, no âmbito processual, acarretou a construção de uma relação jurídica baseada nos poderes do juiz, desconsiderando por completo a perspectiva e os interesses das partes.^{65 66}

⁶¹ “O enfraquecimento do *laissez-faire* no campo econômico, político e social em geral e, o Código de Processo Civil Austríaco de Klein, ao lado da construção científica de Bullow, foram determinantes para a consolidação do paradigma publicista do processo civil, especialmente nos países de tradição jurídica da *civil law*.” MULLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

⁶² Anderson de Paiva Gabriel traz a distinção da evolução dos magistrados segundo François Ost: “O primeiro remete ao juiz Júpiter, típico do Estado Liberal Clássico, e que se limitava a atuar como boca da lei, isto é, limitava-se a reproduzir a vontade do legislador. As partes atuavam com autonomia, sendo a intervenção do juiz reduzida ao mínimo. Contudo, o excessivo liberalismo abalou ainda mais os ideais de igualdade, ensejando a opressão socioeconômica de parte da sociedade e conseqüente eclosão de movimentos sociais e revoluções em busca de melhores condições de vida e efetiva concretização dos direitos fundamentais. O juiz Hércules surge nesse contexto, em que a passividade anterior é substituída por um ativismo excessivo, motivado por uma incessante busca pela realização da denominada “Justiça Social”. Por fim, preconiza Ost uma terceira tipologia de Juiz, que conjugaria as virtudes das anteriores à necessidade contemporânea de legitimação das decisões por meio do diálogo e da efetivação do contraditório participativo. Trata-se da figura do Juiz “Hermes”, em analogia ao Deus Grego da Comunicação, consubstanciando a disseminação do uso da mediação, do *amicus curiae*, das audiências públicas”. OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez*. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho. Universidad de Alicante, n. 14, 1993.

⁶³ “Em resumo, ao tomar como base de toda a atividade jurisdicional a concretização de interesses públicos através do processo, o modelo social ou publicista reúne as seguintes características: (i) presença de juiz gestor, que participa - seja deferindo, determinando, presidindo, fiscalizando ou chancelando - de todos os atos processuais; (ii) ausência de liberdade das partes e pouquíssimo poder de disposição, tanto de direitos materiais como processuais; (iii) exigência de atuação de boa-fé e de cooperação das partes e de seus patronos para a consecução dos fins idealizados pelo Estado para a jurisdição; (iv) outorga de poderes instrutórios ao juiz e perseguição da verdade real no processo; (v) predomínio da oralidade sobre a escritura.” ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 63.

⁶⁴ [GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, in *Revista de Processo*, ano 33, n° 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 30-31.](#)

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ O aumento dos poderes do juiz se detecta, depois, também com referência às escolhas e às adaptações do procedimento e das técnicas de resolução das controvérsias. A título de exemplo, basta recordar como na justiça civil o recurso aos pronunciamentos de urgência se tornou agora muito frequente, e as medidas cautelares ou antecipatórias tendem a definir a controvérsia. Em outros termos, a tutela cautelar e a antecipatória, ou, como se queira, as tutelas de cognição sumária, perfilham-se como uma forma de substituição da tutela de cognição plena e exauriente. Do mesmo modo, o processo administrativo é definido de modo muito frequente pelo êxito do pronunciamento não motivado prolatado em sede de suspensão. Quanto ao processo penal, ter-se-á a seguir oportunidade de sublinhar o fenômeno da “substituição” da decisão instrutória em relação ao juízo e à utilização do encarceramento preventivo como técnica inquisitória “premiada”. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Org e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 04-05.

Percebe-se, assim, que, em um primeiro momento, o publicismo se mostrou em Estados identificados com regimes autoritários. O cenário é marcado por uma exacerbada concentração de atos processuais, além de um forte ativismo judicial, sobretudo em matéria probatória, na busca a qualquer preço da verdade material.⁶⁷

Alguns autores, contudo, defendem que inexistente uma ligação necessária entre publicismo e autoritarismo. Pico I Junoy, por exemplo, defende que a justiça é um ideal da comunidade e, portanto, em um Estado de Direito, o juiz deve ser dotado de todos os meios e poderes para alcançá-la, sendo imprescindível que ele tenha mecanismos para buscar a certeza quanto aos fatos.⁶⁸

Para essa corrente, uma vez que o processo está nas mãos do juiz, ele não pertence mais às partes e sim ao Estado que se utilizará de todos os meios e poderes que estiverem ao seu alcance para atingir a justiça.⁶⁹ E para isso, o magistrado pode se utilizar da sua iniciativa probatória que, por si só, não remete a uma atuação autoritária, devendo ser delimitada aos fatos

⁶⁷ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, in *Revista de Processo*, ano 33, n° 164. São Paulo: ed. *Revista dos Tribunais*, outubro de 2008, p. 30-31.

⁶⁸ PICO I JUNOY, Joan apud *Ibid*, p. 32.

⁶⁹ *Ibid*.

já trazidos ao processo e dando a oportunidade às partes para se manifestarem, concretizando a sua imparcialidade.^{70 71 72 73 74}

⁷⁰ Contudo, como afirma Aroca: “o juiz não deve utilizar seus conhecimentos privados sobre os fatos e as fontes de prova. Essa utilização da ciência privada, em sua visão, provocaria uma fusão entre a função do juiz e a da testemunha, ocasionando, ao final, uma incompatibilidade entre ambos os papéis”. MONTERO AROCA, Juan. et al. apud WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. *O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119/2016, p. 201 – 240, Mar - Abr / 2016, p. 03. Isso porque, segundo Bernd Schünemann e a sua teoria da dissonância cognitiva, “toda pessoa tenderia a procurar a conformidade entre o seu conhecimento e a sua opinião, evitando ou desfazendo qualquer contradição entre ambos, em prol de um equilíbrio cognitivo. Fazendo-se presente uma dissonância cognitiva (contradição entre conhecimento e opinião), manifestar-se-ia para o sujeito uma tendência em reduzi-la ou desfazê-la. Assim, dois efeitos seriam verificáveis: ‘(...) por um lado, segundo o chamado efeito inércia ou perseverança (mecanismo de autoconfirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o princípio da busca seletiva de informações, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

⁷¹ “Acerca de esta eventual pérdida de la imparcialidad judicial, debo efectuar diversas reflexiones que nos ofrecerán una visión crítica de esta objeción, y nos conducirán a defender que no es más que una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador: a) En primer lugar el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quien puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna; b) En segundo lugar, postular la protección de la imparcialidad, como fundamento de la inactividad probatoria del juzgador civil, y otorgar a la vez dicha facultad a los jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, especialmente del penal, y contencioso-administrativo, significa reconocer y legitimar que estos jueces y tribunales puedan ser parciales si proceden de oficio a practicar prueba, conclusión ésta por nadie compartida; c) En tercer lugar, debo advertir la contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba, y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar una prueba, o de hacer preguntas a los litigantes o testigos; d) En cuarto lugar, se objeta a la iniciativa probatoria aquí analizada la predisposición –aún inconsciente como señala Gutiérrez de Cabiedes– del órgano jurisdiccional a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados ex officio; e) Finalmente, en quinto lugar, también se ha objetado el peligro del eventual uso abusivo que el juzgador puede efectuar de sus facultades probatorias. A mi entender, la citada atribución limitada de poderes al juez civil soslaya este peligro, y en cualquier caso, de existir un ejercicio arbitrario o extralimitado de tales poderes, dicha actuación deberá ser corregida a través de los oportunos recursos. Por otro lado, esta actuación abusiva del juzgador no deja de ser un supuesto excepcional y, como tal, no constituye motivo o razón suficiente para impedir su iniciativa probatoria”. PICO I JUNOY, Juan. *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, p. 111-114.

⁷² “En primer lugar, la prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia. En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Sólo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su «conocimiento privado» al margen de los resultados que figuran en los autos. Y finalmente, en tercer lugar, es necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda la actividad probatoria.” Ibid., p. 117-118.

⁷³ No mesmo sentido BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 119-121, ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no*

Nesse sentido, afirma Ada Pellegrini Grinover:

O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção sempre que necessário. Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tenha encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior a sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.⁷⁵

Para essa parte dos doutrinadores, tanto a iniciativa probatória do juiz quanto a sua ausência podem gerar prejuízos, vez que o juiz não sabe, de antemão, a realidade dos fatos narrados pelas partes.⁷⁶ Assim, não há outro modo de se buscar a verdade que não seja a

Processo Civil. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 84, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação objetiva da demanda no processo civil*. Rio de Janeiro, 2013, p. 127.

⁷⁴ No mesmo sentido, afirma Magalhães Noronha que “não bastante gozar de livre convencimento, está ele jungido aos autos; não se pode socorrer de elementos estranhos – *quod non est in actis non est in mundo*. Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência, etc., o conduzirão nesse exame e apreciação. É o que constitui o livre convencimento, ou a livre convicção, nos termos do art. 157. Está isso bem longe, como se vê, do arbítrio judicial: primeiro, porque o magistrado tem que se ater aos autos, depois porque não os pode apreciar seguindo seu capricho ou fantasia”. NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 91.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In: Verdade e Prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016, p. 05.

⁷⁶ Abstraindo-se de faculdades mediúnicas, não se pode antecipadamente saber se o resultado de tais iniciativas probatórias do juiz, no exercício de seus poderes instrutórios, aproveitará ao autor ou favorecerá ao réu. O endereço do beneficiário é desinfluyente. Não ao absentismo judicial, a pretexto de, a partir daí, extrair a imparcialidade do órgão judicante. CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição*. Francesco Conte; apresentação José Carlos Barbosa Moreira; prefácio Michele Taruffo. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

conferência probatória das informações trazidas ao processo.⁷⁷ Dessa forma, a atuação do juiz não prejudicará as partes, bem como a recíproca será verdadeira.⁷⁸

O juiz não pode ser apenas uma imagem, um ser distante do processo e das partes, mas, ao contrário deve atuar conjuntamente com elas, de forma a proferir a decisão mais justa ao caso concreto.^{79 80}

⁷⁷ Aury Lopes Junior apresenta, baseado na doutrina de Taruffo, três linhas de discussão entre a verdade e a função da prova: “A primeira posição sustenta que as provas são uma espécie de nonsense, ou algo que na realidade não existe e tampouco são um meio para determinar a verdade dos fatos. É assim para todos que pensam ser epistemologicamente, ideologicamente ou por outros fatos, impossível considerar que a verdade dos fatos é realmente estabelecida no processo de um modo racional... Nessa linha, a ‘verdade’ dos fatos passa a ser irrelevante, ou, ao menos, contingencial para o processo... em síntese, as provas não serviriam para determinar os fatos, mas seus procedimentos constituiriam ritos destinados a reforçar na opinião pública o convencimento de que o sistema processual implementa e respeita valores positivos como a igualdade de armas, a correção do litígio e a vitória de quem tem razão. Assim, a prova e seus respectivos procedimentos de obtenção seriam meios, não orientados aos fins racionais internos ao processo, mas sim para dar aparência de legitimidade racional a um mecanismo teatral, cuja função seria dissimular a realidade irracional e, muitas vezes, injusta das decisões judiciais.

A segunda concepção situa a prova no terreno da semiótica e das narrativas do processo. A premissa fundamental é que o processo é uma situação na qual se desenvolvem diálogos e se narram fatos. ... não existe uma determinação de veracidade, ou melhor, não é a verdade elemento fundante. Cada prova é tomada como um fragmento da história, um pedaço da narrativa, interessando pela dimensão linguística e semiótica do processo como uma das tantas ocorrências do debate. As provas são utilizadas pelas partes para dar suporte à *story of the case* que cada advogado propõe ao juiz. A decisão final é a adoção de uma ou outra das narrativas.

A terceira posição é o clássico discurso racionalista, que defende a possibilidade de determinar a verdade no curso do processo. Claro que seus adeptos se apressam em ‘relativizar’ a verdade, buscando abrigo na categoria de ‘verdade judicial’, e acabam caindo no lugar comum. Taruffo afirma que ‘o termo provas, faz referência sinteticamente ao conjunto de meios através dos quais aquela reconstrução (dos fatos) é elaborada, verificada e confirmada como verdadeira”. LOPES JUNIOR, Aury. *O problema da “verdade” no processo penal*. In: Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016, p. 71-73.

⁷⁸ “Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social” GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In: Verdade e Prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016, p. 04.

⁷⁹ “O juiz deixa de ser um mero expectador de uma disputa das partes, passando a agir ativamente para a justa composição do litígio. A prevalência do conteúdo sobre a forma demonstra completa alteração nos paradigmas processuais, que afasta uma concepção do processo civil no liberalismo clássico, criando uma legislação sintonizada com a ideia de um Estado Social de Direito”. MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*. p.181. In *O novo processo civil brasileiro direito em expectativa*. Coord: Luis Fux, Editora Forense, 2011.

⁸⁰ “O juiz dos tempos modernos tem que se preocupar, portanto, não apenas com os ‘extremos processuais’, mas com o iter processual em sua inteireza: deve, nesse cenário, a todo tempo, mostrar-se integrado, interessado, atuante e, sobretudo, colaborador. A função de construir uma decisão justa não mais se esgota no momento de proferir a sentença; a atuação jurisdicional característica de um processo justo impõe que todo ato processual seja resultado de uma efetiva participação democrática.” FARIAS, Marcio. 2016. Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 174-175. E citando Calamandrei afirma que: “é ainda mais enfático, ao criticar o juiz que, ao se manter durante todo o processo mudo e inescrutável, numa posição de esfinge, contribui diretamente para o prolongamento do feito, vez que obriga os advogados a “falar às cegas”, gastando tempo e energias para convencê-lo sobre algum ponto em que eventualmente ele já esteja convencido e, por outro lado, correndo o risco de deixar de se posicionar acerca de ponto sobre o qual o magistrado ainda esteja em dúvida.”

Tal entendimento era corroborado pelas ideias de Menger que

propondo o fim do direito privado e a aproximação do processo civil ao processo penal e ao processo administrativo, o sistema processual que daí resultou, que se poderia denominar de “social”, ao contrário do que poderia parecer, não era anti-liberal ou autoritário, mas profundamente humanista, ..., porque preocupado em desconstruir a figura do juiz burocrático, em faze-lo descer do pedestal de superioridade e de distanciamento em que o colocava o liberalismo, para aproximá-lo da realidade da vida e do drama humano das partes através da oralidade, fortalecendo a busca da verdade, exaltando os aspectos éticos, a boa-fé e o espírito de colaboração que devem prevalecer no relacionamento entre o juiz e as partes.⁸¹

No mesmo sentido, Giovanni Verde defende que não haverá autoritarismo se o aumento dos poderes do juiz observar as garantias do contraditório e da ampla defesa.⁸² O contraditório entre as partes, sem qualquer intervenção judicial, pode gerar distorções, não se admitindo uma postura inteiramente contemplativa do magistrado em uma relação jurídica de que, essencialmente, ele faz parte – daí a configuração do processo como *actus trium personarum*.⁸³

E assim, foram criados o Código Italiano de 1940 e o brasileiro de 1939,

como instrumento da realização do bem comum, ..., dirigido por um juiz que o impulsiona e que não se satisfaz com a iniciativa probatória das partes, mas que de modo paternalista, vai em busca da verdade e da realização do seu ideal de justiça, com ou sem a colaboração das partes.⁸⁴

Barbosa Moreira, por sua vez, rechaça a ideia de que o fato de a legislação surgir em período autocrático deixa-a, de forma automática e irreversível, apegada a um caráter antidemocrático.⁸⁵ Como exemplos, cita a lei da ação popular (lei 4.717/65) e a lei da ação civil pública (lei 7.347/85), ambas surgidas durante a Ditadura Militar, mas que, em si, nada atentam contra um regime garantista de processo, além de apontar casos de alterações nas leis processuais pelos regimes nazifascistas que, posteriormente, foram entendidas compatíveis com a redemocratização.⁸⁶

⁸¹ CAPELLETTI, Mauro apud Leonardo Greco, *Publicismo e privatismo no processo civil*. [in Revista de Processo, ano 33, nº 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008](#), p. 40.

⁸² *Ibid.*, p. 34.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.* p 41.

⁸⁵ “Acompanhamos a posição de Barbosa Moreira quando o autor afirma que a solução não reside no ‘cerceamento da atividade do juiz’, mas sim no controle da atividade judicial, o que se dá por meio da fundamentação. O maior intervencionismo estatal por meio do juiz no processo, a revelar o fenômeno do publicismo, não nos parece necessariamente que se está diante de modelo regido por ideologia autoritária ou fascista”. MULLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In Temas de direito processual, nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89.

O renomado professor aponta, ainda, que não é uma característica dos governos autoritários o fortalecimento dos poderes do magistrado.⁸⁷ Ao contrário, o movimento ocorre no sentido de concentrar prerrogativas no âmbito do Poder Executivo. Como exemplos, cita a edição, após o Golpe de 1964, do Ato Institucional 1/64, que permitiu a demissão de juízes vitalícios, e do Ato Institucional 3/66, que excluiu da apreciação do Judiciário os atos praticados com base nele.

No mesmo sentido, ressalta Leonardo Greco que

mesmo em períodos democráticos, são editadas leis processuais autoritárias, que tratam o processo sob a perspectiva do juiz ou do interesse público, e não do cidadão ou do jurisdicionado, pois... podem pretender submeter o acesso à justiça dos cidadãos ao que considerem ser os superiores interesses da sociedade. Dois exemplos desse autoritarismo tivemos no Brasil, através da EC 3/93, que criou a força vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade, e da EC 45/2004, que criou a súmula vinculante⁸⁸.

No período pós II Guerra, como dito anteriormente, adentramos em um ambiente dominado pelos direitos humanos e sua efetividade. A partir do Estado constitucional de direito, tendo como característica principal a subordinação da norma a uma Constituição rígida, o próprio processo sofre mutações, não havendo mais conflito entre o interesse particular e o interesse público, sendo este último mais um dos interesses particulares, devendo o juiz tutelar ou não o direito, na medida em que ele é acobertado pela legislação.⁸⁹

Nesse processo civil, que é o do nosso tempo, não colhe falar-se de processos objetivo, de recurso no interesse da lei ou de jurisdição de tutela da ordem jurídica. Toda vez que esses conceitos são invocados para reduzir o alcance da tutela dos interesses dos destinatários, a jurisdição civil está sendo deturpada. Nenhum processo civil tutela o direito objetivo... O processo civil tutela as situações subjetivas agasalhadas pelo direito objetivo, ainda que indeterminadas ou indetermináveis sejam essas situações. O direito objetivo é meio e não fim da jurisdição civil.⁹⁰

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o papel do juiz no sistema socialista não mais se manteria, tendo a nova Ley de

⁸⁷ No mesmo sentido afirma Taruffo: “Algunos autores sostienen la teoria de que un papel activo del tribunal, sobre todo en la recopilacion de pruebas, es autoritário per se y determina uma naturaliza autoritaria del proceso civil, pero esto carece de fundamento. Historicamente no hay connexion significativa alguna entre la idea de um papel activo del tribunal y la naturaleza autoritaria de los regímenes políticos, dado que esta idea surgió también en muchos países no autoritários.” TARUFFO, Michele, *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltran Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 112.

⁸⁸ Leonardo Greco, *Publicismo e privatismo no processo civil*. In *Revista de Processo*, ano 33, n° 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 37.

⁸⁹ *Ibid.* p. 43.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 42.

Enjuiciamento Civil espanhola de 2000 exitado em transformar o processo em uma tutela dos direitos subjetivos do cidadão, a partir das suas perspectivas, limitando os poderes do juiz.⁹¹

O magistrado autoritário, da fase socialista/comunista, que se entende destinado a fazer a justiça entre os homens é substituído pelo juiz liberal e garantista que objetiva apenas efetivar o direito subjetivo daqueles que lhe recorrem.⁹² Dessa forma, é inegável atestar que no âmbito processual, tanto civil quanto penal, os magistrados vêm tendo suas prerrogativas limitadas com vistas a expandir a sua imparcialidade.⁹³

Nesse sentido, em uma realidade onde não importa a verdade real⁹⁴ e sim a vontade de vencer de cada parte, é necessário que a participação de cada personagem no processo seja expressamente delimitada para que não se confundam, sendo deixado de lado o papel de assistencialista do juiz, que acabou sendo destinado a terceiros como, por exemplo, o Ministério Público.

Com relação ao papel do juiz nesse novo aspecto dos direitos humanos, questiona-se a imparcialidade da sua atuação efetiva junto às partes. É certo que não se pode comparar as realidades fáticas de países com índices de desenvolvimento diversos, onde nos países com menos desigualdades sociais, as partes são capazes e suficientes para declarar e demonstrar as suas alegações e trazer o impulso necessário ao processo, enquanto que em países com mais desigualdades sociais, a intervenção do juiz aparece para restabelecer o equilíbrio da relação discutida no processo.⁹⁵

⁹¹ AROCA, Juan Montero apud Leonardo Greco, *Publicismo e privatismo no processo civil*. In *Revista de Processo*, ano 33, nº 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 32.

⁹² Atualmente se vislumbram as figuras do juiz ativo, que atua de forma integrativa e supletiva, não havendo necessidade da sua atuação instrutória se as partes munem o processo com todas as informações necessárias e, por outro lado, o juiz autoritário, que limita a realização de provas apenas aos meios que o próprio define. THEODORO JUNIOR, Humberto. *A prova e a iniciativa do juiz no novo código de processo civil: disputa entre garantismo e ativismo judicial*. p. 421.

⁹³ GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 32.

⁹⁴ “A verdade dos fatos pode ser útil, mas não é uma meta do processo: trata-se mais de um subproduto ou efeito colateral de um processo cujo objetivo é resolver o conflito entre as partes e somente no interesse particular delas... Em uma teoria como tal, a principal função das provas não é a de fornecer a base para o conhecimento verdadeiro dos fatos em litígio. Pelo contrário, a produção probatória é concebida como um meio que as partes podem usar na defesa de sua própria causa individual, ou simplesmente como uma maneira de cumprir um dever processual.” TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução Joao Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.

⁹⁵ “Contemporaneamente, o posicionamento que defende a concessão de amplos poderes ao órgão jurisdicional na produção de provas parte do pressuposto de que: a) a busca da verdade integra o interesse público de que o processo culmine numa decisão justa; e b) a imparcialidade do juiz não está comprometida com a iniciativa probatória, já que, ao determinar a produção de certo meio de prova, o magistrado não sabe ainda que resultado

“Seguramente, quanto menos interventivo for o juiz, maior será a aparência da sua imparcialidade, mas me parece que não cabe confundir o ativismo moderado e subsidiário com a perda daquele atributo, essencial à própria jurisdição.”⁹⁶ Nesse sentido, leciona Taruffo:

... um processo em que o juiz dispõe de poderes instrutórios não implica qualquer ‘autoritarismo’ processual, podendo tais poderes configurar-se como puramente supletivos e integrativos em relação aos das partes, e podendo o juiz desenvolver um papel inteiramente secundário ou marginal na colheita das provas.^{97 98 99 100}

A imparcialidade do magistrado estaria tão comprometida através da sua atuação efetiva, já eivada de preconceitos acerca das alegações das partes, se não lhes permitisse uma ampla oportunidade de influir em sua convicção, quanto se o juiz se mantivesse inerte, porém

alcançará; logo, não estará favorecendo a qualquer das partes, apenas reequilibrando-as.” GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias*: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 43.

⁹⁶ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In *Revista de Processo*, ano 33, n° 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 44-45.

⁹⁷ TARUFFO, Michele apud *Ibid.* p. 45.

⁹⁸ “O poder do juiz, nessa matéria, não é o de suprir a inatividade da parte interessada, se a matéria não é de ordem pública. Se tivesse esse poder se colocaria mais como parte do que como juiz. Deverá agir apenas para sair do estado de perplexidade em que o deixaram as provas oferecidas pelos litigantes; apenas para formar convencimento seguro diante da incerteza em que se encontrar, dadas as provas oferecidas, havendo sinais de que poderão ser completadas; para um lado ou para o outro; nunca para completar a prova no sentido de fazer pesar a balança para um lado ou para outro; nunca para fazer prova que poderia ser e não foi proposta pela parte a quem cumpria o ônus de provar. Não é porque a prova seja deficiente que o juiz tomará a iniciativa de completá-la, mas sim porque a prova colhida o tenha deixado perplexo, em estado de não poder decidir com justiça”. SANTOS, Moacir Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4 ed. V.1, n. 235, São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 336.

⁹⁹ “Adianta-se que o juiz determinar diligências para esclarecer dúvidas sobre pontos relevantes do processo ou mesmo trazer para os autos provas não requeridas pelas partes, seja documental, pericial, sejam testemunhas referidas ou mesmo outro tipo de prova, não significa estar ele, juiz, trazendo algum fato ao processo, o que lhe seria vedado, em virtude da inércia. Uma coisa é trazer um fato ao processo, imputar um fato supostamente criminoso a alguém – atividade que, no sistema acusatório, para se preservar a figura de um juiz imparcial, é privativa do autor; outra coisa, bem diferente, é apurar se os fatos já trazidos pelo autor ou eventualmente alegados pelo réu procedem ou não, traduzem ou não a realidade do que efetivamente aconteceu. Uma coisa é imputar, alegar um fato; outra coisa é buscar a prova do fato imputado ou alegado. Neste particular – buscar a prova do fato imputado ou alegado – não há que se exigir inércia do juiz”. BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova*: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.14.

¹⁰⁰ “A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará negavelmente o encontro de uma parcela desta”. GRINOVER, Ada Pellegrini apud *Ibid.*, p.206-207.

já com opiniões formadas sobre determinado fato, não as colocando para debate e para uma possível alteração.^{101 102 103 104}

Tal conclusão também será observada diante da interpretação feita pelo juiz das narrativas das partes e dos documentos do processo se utilizando de um método matemático científico, pois como demonstra a ciência em outros campos, o raciocínio dedutivo objetiva a legitimação daquela hipótese. Ou seja, “qualquer intérprete, seja o magistrado ou a própria parte, já interpreta os fatos de um caso imaginando seu possível resultado”, decorrente da sua história, da qual não consegue se desvincular.^{105 106}

¹⁰¹ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In *Revista de Processo*, ano 33, n° 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 45.

¹⁰² “Si tuviéramos de tachar de parcial al juez que ordena la realización de una prueba, solamente porque el resultado de esta sea capaz de beneficiar a uno de los litigantes logicamente su eventual abstención merecería la misma crítica, ya que la falta de la prueba causaría beneficio para el otro litigante.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, 2001, pag. 174, citando as *IX Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal* (Rivera, abril de 1997), sob o título “*Breves Reflexiones sobre algunas tendencias contemporáneas des proceso penal.*”, in ver. *De P`roc.*, n° 86, p.196.

¹⁰³ “Nesse cenário qualquer irregularidade de forma procedimental surge como motivação suficiente para a anulação de todo o processo, ainda que para a reparação do ato, com evidente prejuízo para a atividade jurisdicional. O juiz sempre estará no epicentro do processo, ora pecando por excesso, quando deveria ser inerte, pra por insuficiência, quando lhe quiserem mais ativo, mesmo quando apenas para o dever de fundamentação (nunca bastante) de seus atos”. PACELLI de OLIVEIRA, Eugenio. *Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro*. In *Verdade e prova no processo penal*. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016, p. 104.

¹⁰⁴ “Cuando el juez no es especialmente activo al interrogar a un testigo, como sucede con bastante frecuencia, el resultado más probable del testimonio será inexacto y escasamente útil para descubrir la verdad de los hechos.” TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltran Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 127.

¹⁰⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer, *Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da ‘busca da verdade real’ na instrução e fundamentação das decisões*. São Paulo: LTr, 2009, p. 04.

¹⁰⁶ No mesmo sentido: “a prova serve muito mais à elaboração do discurso justificativo que propriamente à formação do convencimento do juiz”. HARTMANN, Erica de Oliveira apud *Ibid.* p. 06.

Por essa razão que se desmistifica o princípio do livre convencimento do juiz^{107 108 109} acerca das provas produzidas no processo, vez que vem sendo utilizado como instrumento para que os magistrados decidam previamente apesar de provas contrárias, por vezes até laudos técnicos. Dessa forma, a decisão a ser tomada pelo magistrado deve ser baseada nas regras processuais que estabelecem a dinâmica do ônus da prova, isto é, a parte que não logrou comprovar o seu argumento receberá uma sentença desfavorável.^{110 111}

Tal posicionamento se coaduna com a ideia da persuasão racional, pela qual deverá o magistrado ater-se aos fatos mencionados pelas partes, às provas produzidas no processo, considerando a instrução probatória em sua totalidade, e somente então, tomar a sua decisão.¹¹²

Sustenta a doutrina que deve ser eliminada a expressão “livre” da ideia de livre convencimento motivado, pois seria tal vocábulo que abriria as portas da discricionariedade e do objetivo de legitimação da decisão pelas provas. Isso porque

o livre convencimento motivado envolve, imprescindivelmente, a ideia de sopesamento das provas, e, para isso, todas elas haverão de ser, necessariamente,

¹⁰⁷ “...o sistema de provas legais e o sistema do livre convencimento se contrapõem, configurando modelos extremos na atribuição de valor aos elementos probatórios, com a particularidade de que, quando se trata de prova legal, há atribuição de valor pela lei; já quando se trata de livre convencimento, há apreciação judicial”. GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 170.

¹⁰⁸ “...embora prova seja sinônimo de liberdade, é sempre liberdade com a prova, liberdade de apreciação da prova; de maneira alguma se pode cogitar de liberdade com prescindência da prova.” SENTIS MELENDO, Santiago apud *Ibid* p. 243.

¹⁰⁹ “O livre convencimento motivado, para quem ainda admite a expressão, não é sinônimo de discricionariedade ou de arbítrio judicial na valoração das provas.” BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. *Alguns problemas atuais da prova civil: Atividade probatória*. Organizado por Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier. Coleção doutrinas essenciais: processo civil. Vol. 4 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 141.

¹¹⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer, *Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da ‘busca da verdade real’ na instrução e fundamentação das decisões*. São Paulo: LTr, 2009, p. 06-07.

¹¹¹ “... o julgador não está tão livre na formação do seu convencimento a ser exarado na decisão de condenação; a certeza pessoal do magistrado basta desde que ela possa ser demonstrada racional e objetivamente com base nos elementos de prova disponíveis no processo”. PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. In Revista da Ajuris, ano XXXV, nº 111, set 2008, p. 104.

¹¹² GUEDES, Clarissa Diniz. Op. cit. p. 174-175.

avaliadas, aceitando-se umas com poder de convicção e outras não, mas necessariamente se dizendo por que não são aceitas.^{113 114 115}

A iniciativa instrutória oficial encontra limite na obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial, tanto no momento de determinar a produção de uma prova, quanto no momento de valorá-la.

O limite da atuação do juiz também encontra posições conflitantes quando analisamos as diferenças entre os sistemas, pois em países que adotam o *common law*, a regra é a inercia do juiz enquanto que em países que adotam o *civil law*, como o Brasil, a falta de atividade por parte do magistrado vai de encontro ao que está disposto nas regras de processo civil.^{116 117} De

¹¹³ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda apud SCHMITZ, Leonard Ziesemer, *Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da 'busca da verdade real' na instrução e fundamentação das decisões*. São Paulo: LTr, 2009, p. 07.

¹¹⁴ “Estabeleceu-se o dever de apreciar não a prova que livremente escolher, mas todo o conjunto probatório existente nos autos. Repeliu-se a tendência esboçada em certa corrente jurisprudencial que reconhecia ao juiz o dever de justificar a conclusão a que chegou, expondo apenas as razões capazes de sustenta-la... O novo Código, de tal sorte, esposou a teoria, até então minoritária nos tribunais, mas não menos expressiva, de que sentença e acórdão haverão de examinar os vários fundamentos relevantes deduzidos na inicial e na contestação, justificando porque não são acolhidos”. THEODORO JUNIOR, Humberto, *A prova e a iniciativa do juiz no novo código de processo civil: disputa entre garantismo e ativismo judicial*. p. 411-412.

¹¹⁵ “O convencimento só é livre no sentido de que não acarreta pré-avaliações legais que vinculem o juiz; não é livre, por outro lado, das regras da lógica e da racionalidade em geral. Afinal, de nada adiantaria produzir amplo e rico material probatório, se o juiz pudesse simplesmente desconsiderá-lo na hora de tomar a decisão.” RAMOS, Vitor de Paula. *Direito Fundamental à prova*. Revista de Processo, n. 224, p. 51, out./2013.

¹¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, 2004, p. 48. O autor trata do tema ao analisar as diferenças do papel do juiz e das partes durante a instrução probatória nos dois sistemas: “... duas posições diametralmente opostas: confiar de maneira absoluta no labor das partes, às quais ficará a tarefa reservada com exclusividade, mantendo-se o órgão judicial totalmente inerte; ou então, ao contrário, incumbir o juiz de proceder ele mesmo à apuração dos fatos, desprezando a possível colaboração das partes”.

¹¹⁷ “Otro principio general fundamental que se aplica en todos los sistemas probatorios modernos es el de la participación de las partes en la práctica de las pruebas. El principio es intrinsecamente inherente a aquellos sistemas, como los de common law, donde son las partes las que, en esencia, llevan a cabo la presentación de las pruebas. Es menos obvio, en cambio, en algunos sistemas de civil law en los que es el juez quien principalmente lleva a cabo el desahogo de pruebas. En esos sistemas, la participación de las partes en la práctica de las pruebas se suele asegurar por medio de disposiciones legales específicas y/o de normas constitucionales.” TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 122.

um lado se encontra o *adversarial system*, regido pela iniciativa das partes (*common law*)^{118 119}
^{120 121}, e de outro, o *inquisitorial system (civil law)*, dirigido pelo magistrado.^{122 123}

¹¹⁸ Tal diferenciação deriva da própria construção do sistema inglês, em que todas as decisões, seja no âmbito penal como no âmbito civil, eram tomadas pelo júri: “... o juiz devia manter-se inerte em matéria probatória. O convencimento que importava, no tocante às questões de fato, era essencialmente dos jurados. Considerava-se verdadeiro atentado à soberania do júri a intervenção, em tal domínio, do magistrado. Não era a este, mas àquele, que as partes deviam dirigir-se, para assegurar crédito às respectivas versões dos fatos”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. Sétima Série, 2001, pag. 164.

¹¹⁹ “É que pelo sistema da *comon law* o papel do juiz não é dizer o direito e, sim, conduzir o processo, dirigi-lo para que o júri decida todas as questões de fato. O protagonismo decisório cabe, portanto, nesse sistema, ao júri, sendo certo que o juiz se coloca como mero intermediário entre as partes e o júri. Daí é natural que ele não se interesse pela busca da verdade, deixando ao alvedrio das partes, em paridade de armas, a apresentação de seus argumentos e a comprovação dos argumentos apresentados, que são direcionados exclusivamente à formação do convencimento dos jurados. A parte decisória, cabe, portanto, aos jurados”. BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.145.

¹²⁰ “Insofar as reliance on party-structured information is concerned, the Continental understanding of “adversarial” style departs much further front the pure conflict-solving from than do common-law ideas. On the Continent, it is not felt that the contest style has been. Tolared if the decision maker hears an argument ex parte – by one party alone-on the condition that the other side is subsequently permitted to comment and challenge: auditor el altera pars (let the other party also be heard) is all the Continental “contradictory” process demands. In contrast, Anglo-American procedural law is on the whole much less tolerant of any action before the decision maker that does not take place in the presence of both parties, especially where the term “decision maker” includes both judge and jury.” “Na medida em que se baseia em informações estruturadas pelas partes, a compreensão no Continente do estilo “adversarial” parte muito mais longe da pura resolução de conflitos do que as ideias da *common law*. No Continente, não se sente que a concepção da contestação tenha sido violada se o tomador de decisão ouve um argumento ex parte – por uma única parte – com a condição de que o outro lado seja posteriormente autorizado a comentar e contra-argumentar: *audita et altera pars* (permita que a outra parte também seja ouvida) é tudo o que o processo do “contraditório” continental exige. Em contrapartida, o direito processual anglo-americano é, em geral, muito menos tolerante de qualquer ação perante o tomador de decisão que não ocorre na presença de ambas as partes, especialmente onde o termo “tomador de decisão” inclui juízes e jurados”. DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of Justice and State Authority*. Tradução livre. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 135-137.

¹²¹ “Se há uma coisa que não interesse de modo algum ao processo *adversary* é justamente a verdade. Aliás: os intérpretes mais rigorosos da concepção adversarial do processo frisam que a verdade dos fatos não é um objetivo do processo, não devendo ser buscada. Essa, de fato, pode requerer tempo, custos e atividades processuais; além disso, pode aprofundar (ao invés de amenizar) o conflito entre as partes, tornando, pois, mais difícil a solução da controvérsia. Por conseguinte, a busca da verdade é contraproducente do ponto de vista da eficiência do procedimento como instrumento utilizado para uma rápida solução da controvérsia. Substancialmente, a verdade não só não é um valor, como é evidentemente um desvalor”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 133.

¹²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit., p. 159.

¹²³ “Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo”. DAMAŠKA, Mirjan R. Op. cit. p. 3. Tradução livre.

A mesma lógica também é aplicável ao Processo Penal – não apenas o brasileiro, mas, de modo geral, daqueles países que seguem a tradição romano-germânica.¹²⁴

O sistema inquisitivo, que passou a ser adotado no século XVI na Europa, decorreu da insatisfação com o sistema acusatório próprio, no qual as próprias partes davam início à persecução penal, tendo o Estado tomado para si a responsabilidade de reprimir os delitos praticados, sem que tal demanda fosse delegada ao bel prazer dos particulares. Tomando como parâmetro o sistema anterior e determinado a se contrapor ao mesmo, o sistema inquisitivo realocava todas as funções processuais (acusar, defender e julgar) para as mãos do magistrado, o que acabou gerando dúvidas acerca da sua imparcialidade.^{125 126 127} Verifica-se, assim, que o sistema inquisitivo vai de encontro a todas as garantias do Estado Democrático de Direito.

Já o sistema acusatório, tem como principal característica a separação das funções que antes encontravam-se todas nas mãos do juiz.¹²⁸ Esse somente irá se manifestar após provocação da parte, que detém o ônus da acusação, permitindo-se ao acusado usar de todas as suas armas para defender-se, cabendo às partes a produção das provas que serão analisadas pelo

¹²⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 210.

¹²⁵ “No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação”. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 47.

¹²⁶ “A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a ‘vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.’ O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, são em seu encaixe guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

¹²⁷ “No processo inquisitório, o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. A gestão das provas estava concentrada, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse. Trabalha o sistema inquisitório, assim, com a premissa de que a atividade probatória tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade. Considera-se possível a descoberta de uma verdade absoluta, por isso admite uma ampla atividade probatória, quer em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos para a descoberta da verdade”. LIMA, Renato Brasileiro de. *Código penal comentado*. 2ª ed, Salvador: Juspodium, 2017, p. 17.

¹²⁸ “Acredita-se que a consagração do sistema acusatório, caracterizado pela absoluta separação entre as funções de acusar e de julgar e, por conseguinte, com a consequente imposição ao juiz da inércia e da correlação entre a imputação e a sentença, aliado a previsão de instrumentos processuais para que as partes possam recusar o juiz parcial, sejam medidas suficientes para garantir-lhe a imparcialidade”. BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.09.

magistrado, posteriormente.¹²⁹ Além disso, os atos do processo tornam-se públicos, dispensando-se o sigilo que era dominante no sistema inquisitivo. A publicidade possibilita o acompanhamento da atuação do magistrado e dos demais agentes com a fiscalização de sua atuação.^{130 131 132 133 134}

¹²⁹ “...existe um consenso na doutrina processual penal garantista de que a iniciativa e ingerência excessivas do juiz em matéria probatória comprometem o princípio da presunção da inocência, sob o prisma do *in dubio pro reo*. Se a insuficiência probatória se soluciona, sempre, mediante absolvição do réu, e se ao órgão acusador incumbe o ônus de provar a prática do delito pelo réu, a iniciativa do juiz na produção de provas envolverá sempre o risco de modificar este panorama. Evidencia-se, portanto, o comprometimento da imparcialidade, na medida em que o juiz poderá assumir o papel análogo ao do acusador, cumprindo, no lugar deste, o ônus de provar a prática do crime pelo réu”. GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 45.

¹³⁰ “No processo inquisitório, reforça-se o mito da verdade e estrutura-se um procedimento que dá ao juiz a gestão da prova, para ele atuar ativamente na busca da prova, em nome de uma (pseudo) verdade. Logo, deixa de ser um procedimento em contraditório. No sistema acusatório, a verdade não é fundante, pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de crença, de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz”. LOPES JUNIOR, Aury. *O problema da “verdade” no processo penal*. In Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, p. 77.

¹³¹ “A principal e única diferença definitiva remete à extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, no sistema inquisitório, o qual recolhe a prova (antes de qualquer outro) e determina a sua produção. No sistema acusatório, por outro lado, o juiz tem, primordialmente, a função de garante das regras do jogo, cabendo às partes apresentarem suas provas, licitamente obtidas, razão por que é imprescindível a paridade de armas. O que se nota na estrutura inquisitória, portanto, é uma fusão das funções de acusador e juiz e a consequente confusão entre o que seriam métodos para acusar e métodos para julgar... Nesta esteira, o sistema processual brasileiro é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio unificador é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial*. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo. *Processo penal e a democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 254-257.

¹³² “Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime. No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual pena brasileiro*. In: Separata ITEC, ano 1, n° 4 – jan/fev/mar 2000.

¹³³ “Por conseguinte, as reais diferenças concernem somente ao alcance do poder que o juiz possui para a produção das provas de ofício. Dessa forma, há diferenças quanto à abrangência desse poder: enquanto alguns sistemas apoiam-se exclusivamente nas partes para a compilação e produção das provas, outros conferem ao juiz poderes ativos mais ou menos extensos para dispor de provas não oferecidas pelas partes. Cumpre ressaltar, entretanto, que em muitos casos os juízes não fazem uso efetivo dos poderes de que são dotados, resultando em sistemas muito menos centrados no juiz do que aparentam ser se consideradas exclusivamente as regras dispostas em seus códigos”. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução Joao Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 109.

¹³⁴ “De fato, a justiça criminal clássica sempre foi imposta e não negociada, simbolizada na indisponibilidade da ação penal e no princípio inquisitivo, com a prevalência do juiz. Todavia, contemporaneamente, a partir do modelo acusatório, tem aumentado a contratualização também no processo penal. Vê-se o crescimento de uma justiça penal consensual, com o reforço da autonomia da vontade que favorece a busca de resultados consertados

Importante se destacar, no entanto, essa absoluta correlação entre atividade judicial e sistema inquisitivo não se mostra acertada. A respeito, inclusive, chega-se a apontar que mesmo os juízes da inquisição espanhola tinham o dever de autocontenção, vinculando-se às provas trazidas pelas partes. Tal constatação, no “auge” do sistema inquisitivo demonstra o desacerto do estabelecimento do dogma de que o juiz, para respeitar as garantias precisa necessariamente ser passivo.¹³⁵

Na verdade, a maior ou menor atividade do magistrado é uma opção política de cada ordenamento jurídico. A autorização para que ele participe mais ativamente da instrução decorre do interesse público em evitar a ocultação de fatos ou de prova, estando muito longe de representar uma autorização ao arbítrio.¹³⁶

Sobre o tema, afirma Ada Pelegrini que

não faz o menor sentido pretender tolher o juiz da iniciativa probatória a pretexto de resguardar o sistema acusatório. O sistema acusatório moderno é fruto da evolução de um sistema acusatório puro¹³⁷, de viés privatista, com a influência recebida do modelo inquisitivo medieval no que concerne ao seu viés publicista.¹³⁸ Daí conferir-se ao Estado, através do órgão acusador (Ministério Público), a iniciativa oficial de impulso processual; e ao Estado, através do órgão julgador, a missão de instruir o feito, suprindo eventuais lacunas probatórias deixadas pelas partes, sem que isto seja capaz de desfigurar o modelo acusatório que foi por opção adotado.¹³⁹

entre os diversos sujeitos processuais (o agente criminoso, o Ministério Público, a vítima)”. CABRAL, Antonio do Passo. *As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta*. In: Direito processual. Coord: Carlos Eduardo Guerra de Moraes e Ricardo Lodi Ribeiro. Org: Flavio Mirza. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, p. 145.

¹³⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 202-203.

¹³⁶ Ibid. p. 228-229.

¹³⁷ “Relata que, no tempo dos juízos de Deus e dos duelos, admitia-se a violência entre acusador e acusado, que eram colocados frente a frente. Já, no sistema acusatório, ainda que se mantivesse a ideia de um combate, ele deveria pautar-se em procedimentos dotados de maior cientificidade, visto que vigorava ‘um combate que se trava, combate em qual são postas em jogo todas as potências do espírito; no qual a palavra e a persuasão são as armas permitidas’”. MITTERMAIER apud FARIA, Andre. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte, 2011, p. 25.

¹³⁸ “Ao comparar o sistema inquisitivo e o acusatório, pode-se afirmar que no sistema acusatório, enquanto o fato não for provado, há a presunção de inocência, a busca de incutir na mente do juiz a convicção da criminalidade do réu e a permissão do debate oral e público; e que, por outro lado, o sistema inquisitivo fundamenta-se nas informações secretas e em uma investigação prévia, supõe a probabilidade e possibilidade de ocorrência do fato, presume a culpa e para tanto busca encontrar provas e indícios que corroborem com as suposições e propõe-se a fornecer ao julgador elementos suficientes para que a presunção de culpa seja substituída pela certeza da condenação”. ALMEIDA JUNIOR apud Ibid, p. 25.

¹³⁹ BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.189.

Assim,

a conclusão que se pode tirar é a de que o juiz se mantém imparcial quando determina a produção de provas de ofício, suplementando a atuação das partes. É um erro tolher o juiz desta iniciativa a pretexto de preservar sua imparcialidade, dado o compromisso direto e imediato que teia, na visão dos que assim defendem, com a presunção de inocência e com o *in dubio pro reo*, porque, assim agindo, o juiz, em última análise, estaria parcialmente comprometido com uma das partes litigantes, a saber, o réu. E isto não seria imparcialidade e, sim, parcialidade *pro reo*, o que é, tanto quanto um juiz inquisidor, igualmente indesejável num processo moderno e democrático.¹⁴⁰

Entre o *adversarial system* e o *inquisitorial*, propugna-se a possibilidade de o juiz assumir a posição de “defensor”. Isso porque a preservação da liberdade do réu e a repulsa às condenações injustas também estariam inseridos como deveres do magistrado. O julgador apenas precisaria estar atento para as questões que fossem favoráveis ao acusado. Contudo, essa postura, inevitavelmente, representa uma violação da imparcialidade, até mesmo porque a isenção pressupõe a inexistência de qualquer interesse preferencial a ser preservado pela autoridade judiciária¹⁴¹

Além dessa, a doutrina apresenta mais uma divisão que teria por base a atuação do juiz, qual seja, a diferença entre o processo civil e o processo penal. No primeiro, a iniciativa seria das partes, ficando o juiz como árbitro da situação, mantendo a sua imparcialidade. Já, no processo penal, como a sua instauração decorria do fato de que ninguém podia ser punido sem o devido processo, o Estado, como detentor do *ius puniendi*, assumia a função também de acusar.^{142 143 144}

¹⁴⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.210.

¹⁴¹ Para a doutrina e a crítica acerca dessa posição, vide ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 229-232 e 406-407.

¹⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual*. Sétima Série, 2001, pag. 202.

¹⁴³ Por outro lado afirma Clarissa Guedes: “E assim é porque, no âmbito do direito processual civil, a iniciativa instrutória do magistrado – seja ela ampla ou meramente supletiva – é vista como fator de reequilíbrio das partes. No processo penal, ao revés, o fator de reequilíbrio da relação jurídica consiste, justamente, em deixar que o juiz se distancie da atividade probatória para que o Ministério Público se desincumba do ônus de demonstrar, além de toda dúvida razoável, a culpabilidade do réu”. GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 47.

¹⁴⁴ Para Clarissa Guedes, “o processo civil caminha para a extirpação das regras de prova legal ainda vigentes, a fim de transformá-las em simples critérios, isto é, diretrizes não vinculantes à atuação do juiz, que, para exercer a persuasão racional, deve gozar da maior liberdade possível, sem ficar adstrito a normas gerais e abstratas que: a) preestabeleçam o tipo de prova cuja eficácia seja suficiente à demonstração de determinados fatos ou b) instituem uma ordem de preferência entre certos meios e elementos de prova. Em suma, no estágio atual do processo civil, ganha ênfase a liberdade do juiz que, sem se descuidar de critérios lógico- racionais (não-legais ou vinculantes), deve formar sua convicção sobre os fatos a partir do caso concreto. Em contrapartida, o processo

No processo penal pátrio, já se encontra alguma influência do sistema processual penal dos Estados Unidos, falando-se de um processo “adversarial”, o que leva ao que chamamos de “fundamentalismo do sistema acusatório”¹⁴⁵. O processo é concebido como “coisa das partes”, que nos faz lembrar a estrutura do processo penal ateniense, da Grécia antiga. O juiz penal é absolutamente inerte, como se o Estado não tivesse interesse de buscar um resultado correto, nada obstante a deficiência da atividade de uma das partes. Aposta-se na dúvida e incerteza, torcendo-se para que o princípio da presunção de inocência não seja afastado.¹⁴⁶

Para Liebman, a função assistencialista do juiz¹⁴⁷ em determinadas situações poderia ser delegada a terceiros, como, por exemplo, o Ministério Público, que passaria a assessorar a parte desamparada na instrução probatória, fazendo com que o juiz se mantivesse equidistante de ambas as partes do processo, não havendo meios para macular a sua imparcialidade.¹⁴⁸

Mas o doutrinador reconhece a essencialidade do impulso oficial

para que seu tempo de duração não seja um castigo para quem tem razão, mas apenas o que necessariamente justifique o intervalo entre a postulação e a solução, apto a assegurar às partes o mais amplo exercício do direito de defesa, ao juiz a mais adequada cognição da causa e a todos o diálogo e a interação indispensáveis para que o resultado a ser obtido seja construído com consistência pelo juiz, com a efetiva participação dos principais interessados, que são as partes... A crise de morosidade não justifica a supressão do diálogo humano, muito menos a intolerância do juiz, pois

penal resgata a legalidade das regras de provas legais negativas, a elas acrescentando critérios legais ou jurisprudenciais mais rígidos para a obtenção de prova mínima à condenação do réu. Como resultado, há uma diminuição da liberdade de convencimento do juiz, mas não se o obriga a julgar de forma desvinculada do caso específico. Ao mesmo tempo em que impele o magistrado a preencher critérios minimamente objetivos para ensejar a condenação, o sistema de valoração no processo penal exige um conjunto de elementos probatórios suficientes para afastar a presunção de inocência. E este conjunto deve ser valorado pelo juiz a partir da persuasão racional, que está umbilicalmente ligada à legalidade, sob as formas mais diversas”. GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 341-342.

¹⁴⁵ “O sistema acusatório está adstrito a três pontos fundamentais, que estão em sua base teórica, a saber: a impossibilidade de se prestar a jurisdição penal sem que haja uma prévia acusação; acusação esta a ser formulada por um órgão diverso daquele que irá julgar; vinculação do órgão julgador, objetiva e subjetivamente, aos limites fáticos impostos pela acusação, a que compete, com exclusividade, submeter ao órgão jurisdicional a matéria de fato e as pessoas a serem acusadas.” BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.175.

¹⁴⁶ JARDIM, Afranio Silva. *Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão*. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 14, 2014, disponível em <http://www.e-publicações.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523>.

¹⁴⁷ “Não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis”. BAUR, Fritz apud THEODORO JUNIOR, Humberto, *A prova e a iniciativa do juiz no novo código de processo civil: disputa entre garantismo e ativismo judicial*. p. 419.

¹⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio apud GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*, Sao Paulo: LTr, 2009, p. 53.

a celeridade não é por si mesma um valor superior a outros valores humanos que estão em jogo no processo.¹⁴⁹

Não obstante, o papel das partes é de suma importância e devem todos os sujeitos do processo atuar com a boa-fé que é esperada, uma vez que

se a tutela jurisdicional efetiva do direito da parte-adversa exige a produção dessas provas, a parte atingida não pode invocar a sua privacidade ou a sua liberdade para sacrificar o acesso à justiça da outra... Ainda que se acredite que a parte sempre queira vencer, não pode o juiz preconceituosamente presumir que para alcançar esse objetivo ela venha a contrariar comandos éticos e jurídicos. A crença na boa-fé das partes é um fator importante no respeito aos direitos subjetivos processuais das partes e na busca da justiça substantiva.¹⁵⁰

Conclui-se, que nesse embate a razão estaria com os publicistas, pois

a busca da verdade não é autoritária, desde que respeitada a liberdade das partes de dispor dos seus próprios interesses, sua dignidade humana e a de quaisquer outras pessoal, e desde que não seja preconceituosa e direcionada tendenciosamente a demonstrar apenas uma determinada verdade.¹⁵¹

Como afirma Calamandrei,

Na verdade, enquanto para o exercício da ação e para a concreta determinação do tema da demanda todo poder de iniciativa reconhecido ao juiz seria incompatível com a própria natureza do direito privado, não se pode dizer igualmente que o caráter disponível da relação substancial controvertida leve necessariamente a fazer com que dependa da iniciativa da parte a escolha e a colocação em prática dos meios de prova. Há, sem dúvida, também no novo processo civil, alguns meios de prova, tais como a confissão e o juramento decisórios, cujo mecanismo processual está em estreita relação com o poder que as partes têm de dispor da relação substancial; de sorte que o pleno rendimento probatório destes institutos só é possível quando a utilização dos mesmos esteja condicionada à instância de parte e à avaliação que cada uma delas faça do próprio interesse. Mas, em geral, ao conferir ao juiz o poder de escolher e de utilizar por si os meios de prova que considere mais idôneos para constatar a verdade, no âmbito delineado pelas petições das partes, não se contradiz com o caráter disponível da relação controvertida.¹⁵²

Em que pese, não pretendermos no presente trabalho discutir os vários significados do conceito de “verdade” para o direito, esta nossa visão é algo subjetivo e toda essa análise é válida porque “a eficácia dos direitos dos cidadãos somente será real se a justiça for capaz de revelar com segurança a verdade dos fatos dos quais eles resultam.”¹⁵³

¹⁴⁹ GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*. In *Revista de Processo*, ano 33, nº 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 48.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 50.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 46.

¹⁵² CALAMANDREI, Piero apud BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.182.

¹⁵³ GRECO, Leonardo, *op. cit.*, p. 45-46.

Jolowicz acrescenta que uma decisão judicial precisa satisfazer a dois requisitos: ter se originado em um processo cercado de garantias e resultar da correta aplicação do Direito aos fatos, o que é essencialmente a tarefa do juiz, sendo denominada de justiça substantiva.¹⁵⁴

Seja como for, identificamos, em pontos extremos, dois modelos processuais. Em um lado, um juiz inerte, expectador do processo, com completa indiferença em relação a eventuais deficiências carregadas pelas partes. No outro, a hipertrofia do juiz,¹⁵⁵ perseguindo a justiça a qualquer custo, sendo praticamente irrelevantes os direitos subjetivos das partes envolvidas.

Um dos grandes motivos para essa discussão permanecer até os dias de hoje é a associação existente entre a justiça e a verdade.¹⁵⁶ Além de termos a nossa legislação apresentando literalmente essa relação (tanto no CPC de 1973 quanto no de CPC de 2015 há normas mencionando a verdade como objetivo da instrução probatória, como, por exemplo, os arts. 319, IV, 369 e 378 CPC 2015), há também farta doutrina que corrobora tal pensamento, sendo certo que sempre há autores que buscam superar tal premissa.^{157 158}

O conceito de verdade pode ser buscado a partir de uma perspectiva objetiva, quando independente do sujeito que a julga ou subjetiva, quando se foca no destinatário das informações. Se, por um lado, existem certas correções necessárias entre as provas e os fatos,

¹⁵⁴ JOLOWICZ, John Anthony. *Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil*, RePro 135/160, ano 31, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.2006.

¹⁵⁵ GODINHO, Robson Renault. *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios Processuais* (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 1). 1ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407.

¹⁵⁶ Como afirma Taruffo: “um acerto verdadeiro dos fatos pode ser, e aliás deve ser alcançado no processo, com condição de justiça da decisão”. TARUFFO, Michele apud THEODORO JUNIOR, Humberto, *A prova e a iniciativa do juiz no novo código de processo civil: disputa entre garantismo e ativismo judicial*. p. 409.

¹⁵⁷ “Não há nenhuma possibilidade racional de inferir, daquilo que é, aquilo que deve ser ou que deve ser feito. Uma vez que a bondade é inconcebível sem a maldade, não apenas o ser e a bondade, mas também o ser e a maldade são indissociáveis. Uma vez que, em si, o ser não contém nenhum critério que nos permita distinguir o bem do mal – o bem não é mais ou menos ‘ser’ do que o mal -, não é possível chegar ao conhecimento daquilo que devermos fazer através daquilo que somos; somos tão bons quanto maus”. KELSEN, Hans apud SCHMITZ, Leonard Ziesemer, *Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da ‘busca da verdade real’ na instrução e fundamentação das decisões*. São Paulo: LTr, 2009, p. 02.

¹⁵⁸ “A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que ‘é bom para nós’ e o que ‘há de melhor’, caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Tao logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica mormente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos”. HABERMAS, Jurgen apud Ibid. p. 02.

por outro não se pode olvidar que fenômenos externos atuam na convicção na intimidade do juiz.¹⁵⁹

O conceito de ‘verdade’ é tão subjetivo que a sua aplicação no âmbito jurisdicional decorre da teoria da correspondência, ou seja, “uma proposição é verdadeira se o estado das coisas às quais essa proposição dá sentido existir”.¹⁶⁰ A verdade aqui discutida será aquela originada da interpretação pelo magistrado de documentos que narram os fatos ocorridos e pelos quais as partes litigam, ou seja, trata-se de uma verdade fictícia.

No mesmo sentido, Malatesta prefere trabalhar a prova como realidade explicada. Refere-se o renomado autor que as provas não são propriamente quanto ao fato real, mas quanto a uma ideia. O estabelecimento da verdade dos fatos no juízo criminal seria, em verdade, a preponderância de razões afirmativas para se acreditar, com grau de certeza, em determinada versão, que leve a um juízo de certeza.¹⁶¹

Novamente há posicionamentos contrários, como o de Michele Tarruffo¹⁶², porém tal rivalidade doutrinária não gera maiores frutos, uma vez que a utilização do termo “verdade” objetiva, exclusivamente, a legitimação do conteúdo interpretativo pré-concebido e reproduzido na sentença.^{163 164}

Em realidade,

os fatos são interpretados, primeiramente, pelas próprias partes; reinterpretados pelos advogados e, por fim, pelo juiz, após ouvir deles versões passadas pelas testemunhas, documentos, etc. por isso, o juiz opera com verossimilhança... Uma coisa é o objeto;

¹⁵⁹ MITTERMAIER, C. J. A.. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3ª ed., Campinas: Bookseller, 1996, p. 60-62.

¹⁶⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer, *Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da ‘busca da verdade real’ na instrução e fundamentação das decisões*. São Paulo: LTr, 2009, p. 02.

¹⁶¹ MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed., Campinas: Bookseller, 2005, p. 87-88 e 107.

¹⁶² O autor efetua críticas a essa falta de credibilidade em face do termo ‘verdade’ em sua obra *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução Joao Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 95-104.

¹⁶³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer, op. cit, p. 03.

¹⁶⁴ “A verdade real, em um modelo inquisidor do ‘juiz presidente da instrução’, tem sido utilizada como um álibi teórico para justificar tanto a busca de elementos de ‘convicção’ pelo juiz, quanto de argumento performático para motivar uma decisão que padece de coerência e integridade, vale dizer, de uma decisão que possui pouco ou nenhum – fundamento jurídico. STRECK, Lenio Luiz O que é isto – a verdade real? - uma crítica ao sincretismo filosófico de terrae brasilis. Cit., p.365.

outra, é a noção do objeto que se consegue transmitir por meio da palavra. A realidade do processo pode não ser a realidade dos fatos.¹⁶⁵

Ainda sobre a importância da verdade na consecução do processo, a doutrina afirma existir diferença entre o processo civil e o processo penal, pois enquanto no processo civil há mecanismos para obstar a realização de determinadas provas, do que decorre o conhecimento de apenas parte da verdade; no processo penal, a instrução probatória deve ser a mais ampla e abrangente possível para que se obtenha a descrição mais próxima da verdade real.^{166 167 168 169}

Essa divisão não é livre de objeções. Em ambos os ramos, a verdade deve advir da reconstrução histórica dos fatos, por meio da atividade instrutória realizada e submetida ao crivo do contraditório.¹⁷⁰

Como afirma Barbosa Moreira, “*No existen, ni pueden existir, dos verdades, una material y outra formal: la verdad, en relación a los hechos, es una sola*”.¹⁷¹

¹⁶⁵ MANZI, Jose Ernesto apud SHMITZ, Leonard Ziesemer, *Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da ‘busca da verdade real’ na instrução e fundamentação das decisões*. p. 09-17.

¹⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Processo civil e processo penal: mão e contramão?*. In Temas de Direito Processual, Sétima Série”, Saraiva, 2001, pag. 207.

¹⁶⁷ Como afirma Julio Maier: “o direito processual penal objetiva más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico-procesales, por la transcendencia que en él tiene el interés público (estatal), el cual desplaza al interés privado por la averiguación de la verdad.” MAIER, Julio apud BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, 2001, p. 208.

¹⁶⁸ Para Eugenio Florian, ““(…) dado que está dominado por un interés público, es necesario que la verdad resplandezca en sutotalidad sin ninguna clase de limitaciones. En él se averigua la llamada verdad material” FLORIAN, Eugenio. apud LINHARES, Raul Marques. *O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119/2016, p. 201 – 240, Mar - Abr / 2016, p. 16.

¹⁶⁹ “Quanto às regras que concernem à admissão, à produção – e, por vezes, até mesmo à valoração das provas – pode-se observar que essas podem limitar ou condicionar de modos diferentes a busca da verdade; isso não implica, entretanto, que essas determinem a descoberta de uma verdade diferente daquela que se poderia descobrir fora do processo. Pode-se somente dizer que essas produzem um déficit na apuração da verdade que se dá no processo, já que, por exemplo, obstam a produção de provas relevantes à apuração dos fatos cujo conhecimento é importante para a decisão. Esse déficit não implica que haja uma verdade processual: implica somente que, em um processo em que vigem normas limitadoras da possibilidade de servir-se de todas as provas relevantes, apura-se somente uma verdade limitada e incompleta, ou – nos casos mais graves – não se apura verdade alguma. O problema, então, não concerne à verdade, mas aos limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos – 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 107.

¹⁷⁰ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 38.

¹⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Breves observaciones sobre tendencias contemporaneas del proceso penal*. In Temas de Direito Processual, Sétima Série, Saraiva, 2001, pag. 218.

Contudo, tanto o processo civil quanto o processo penal parecem caminhar em direção oposta a tais entendimentos, vez que no processo civil vem sendo ampliado o rol de mecanismos de busca da prova¹⁷², enquanto que no processo penal, a instrução probatória vem sofrendo certas limitações.¹⁷³

Mais uma vez se socorrendo dos ensinamentos do saudoso professor Barbosa Moreira,

o processo civil era ‘coisa das partes’. Queria isso dizer, em apertada síntese, que aos litigantes, e só a eles, competia não soa a iniciativa de provocar o funcionamento da máquina judiciária, mas também a marcação do ritmo em que ele havia de mover-se, a determinação das matérias de que devia ocupar-se o órgão julgador, a escolha dos meios de que este poderia utilizar-se para resolver a contenda. Ao juiz reserva-se o papel de árbitro adstrito a mais rigorosa neutralidade. Diversamente se passavam as coisas na esfera do processo penal. Titular do *ius puniendi*, o Estado tinha que ser aí o protagonista; ou, mais exatamente, tomava a seu cargo as duas funções principais: a de acusar e a de julgar.¹⁷⁴

Contudo, com o passar do tempo, as ideias preponderantes nesses dois ramos do direito foram se adaptando as realidades sociais e descartando qualquer tipo de atuação que viesse a ensejar, novamente, os erros do passado. O processo civil passou a se inspirar, também, no direito público para a aplicação do direito civil (privado), enquanto que no processo penal a busca desenfreada, sob qualquer circunstância e a qualquer custo pela verdade passou a ser tomada como um equívoco.

Ganhou corpo o pensamento de que, ao menos em hipóteses de pequena gravidade, melhor seria favorecer uma solução consensual, capaz – além de tudo – de abreviar os processos, atenuar a sobrecarga de trabalho dos órgãos judiciais e até impedir, em certa medida, o contínuo agravamento do sério problema da superlotação carcerária.¹⁷⁵

¹⁷² Tal afirmação está corroborada “em quatro sinais: (i) o desfavor em que vem caindo o antigo princípio da enumeração taxativa das provas utilizáveis, já substituído em várias legislações, pelo da atipicidade dos meios de prova; (ii) o incremento dos poderes instrutórios exercitáveis de ofício pelo órgão judicial; (iii) a progressiva redução, quando não o abandono, das constrições impostas pelo velho sistema da ‘prova legal’ à valoração dos elementos probatórios pelo juiz; (iv) a atribuição aos membros da coletividade em geral do dever de contribuir para a cabal apuração dos fatos.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, 2001, p. 209.

¹⁷³ Circunstâncias que trazem tal indicativo são: “(i) a inclinação para restringir, em vez de ampliar, a atuação do juiz no campo da instrução probatória; (ii) a limitação, em regra, das provas suscetíveis de consideração pelo órgão julgador às produzidas na sessão oral de julgamento, com exclusão das colhidas nas fases preliminares do feito.” *Ibid.*, p. 210.

¹⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Processo civil e processo penal: mão e contramão?*. In *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, Saraiva, 2001, p. 202.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 204-205.

Com relação, especificamente, à verdade, ressalta Barbosa Moreira, que no processo civil o magistrado contentava-se com a ‘verdade formal’ enquanto que no processo penal era necessária a busca da “verdade material ou real”.^{176 177 178 179 180 181 182 183 184}

¹⁷⁶ “Conquanto as denominações de verdade real e verdade formal não ‘apunten a conceptos diferentes de lo que se entiende por verdad’, o direito processual penal ‘objetiva más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico-procesales, por la transcendencia que en el tiene el interes publico (estatal), el cual desplaza al interes provado por la averiguacion de la verdad.” MAIER, Julio apud BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Proceso civil e processo penal: mão e contramão?*. In Temas de Direito Processual, Sétima Série, Saraiva, 2001, p. 204-205.

¹⁷⁷ “Evidente que não se trata daquela verdade real de outrora, a que se dedicou o período inquisitorial da Idade Média. Mas da busca da verdade como forma de realização de um direito da parte, o direito à prova dos fatos que alega, e de um dever do juiz, ainda que de caráter subsidiário, de tentar reconstruir os fatos o mais próximo que puder chegar da realidade, a fim de que sua sentença possa tornar vencedor aquele que tem efetivamente o melhor direito”. BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.1.

¹⁷⁸ “Lá, na esfera civil, se o réu acionado por Cr\$100,00, diz, mentirosamente, que já pagou 50 e o autor aceita a afirmação, não cabe ao juiz averiguar se o fato é verdadeiro ou falso. No juízo criminal, acontece exatamente o contrário. Não importa que o réu condesse ou que o Ministério Público aceite a alegação de uma causa de exclusão do crime ou que haja sido arguido um fato extintivo da punibilidade. O juiz procura colher a prova de tudo quanto possa levar a conhecer os fatos reais, verdadeiros”. TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v.1, p. 267.

¹⁷⁹ Para Gustavo Badaró, “não há diferença entre processo civil e penal quanto à finalidade de alcance da verdade; “o que existe são limites distintos para a obtenção da verdade, o que não quer dizer que, do ponto de vista da teoria do conhecimento, haja ‘verdades’ distintas”. BADARÓ, Gustavo Righi Ivahy. apud GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo., p. 78-79.

¹⁸⁰ “Ambos os processos buscam equilibrar a busca da verdade e o risco de equívocos em conformidade com a espécie de relação material analisada; mas é, justamente, a diversidade da natureza das relações em jogo no processo penal e no processo civil que determina métodos diversos para a consecução da igualdade material no processo através da distribuição dos erros.

A exigência de um modelo de constatação fundado, via de regra, na preponderância de uma das teses fáticas pressupõe uma relação jurídica estruturalmente igualitária, ao passo que a exigência de um modelo de constatação mais rigoroso para a condenação penal pressupõe uma desigualdade estrutural a ser compensada juridicamente. No processo penal, a desigualdade na distribuição dos erros desvenda uma disparidade apenas aparente de armas e visa, tanto quanto no processo civil, à igualdade material. Em ambos os casos, há distribuição de riscos de equívocos judiciais.

Entretanto, não há como afirmar, a priori, que no processo civil esta distribuição dos riscos de equívoco privilegie mais ou menos a busca da verdade que no processo penal. Tudo o que se pode inferir é que a exigência de níveis de certeza mais ou menos elevados para se decidir em favor de uma ou de outra parte é orientada por princípios totalmente diversos no processo civil e no processo penal, justamente pela disparidade das questões substanciais tratadas em cada seara.

Portanto, os métodos de busca da verdade e os paradigmas para assegurar a igualdade material em cada processo divergem a ponto de afastá-los consideravelmente no que concerne ao tratamento da admissão, produção e valoração da prova, mas não o suficiente para se concluir que um destes processos esteja menos preocupado, em todos os aspectos, com a busca da verdade como finalidade da prova”. Ibid., p. 88-89.

¹⁸¹ “O princípio da verdade material possui uma clara vinculação com o princípio inquisitivo. Jorge de Figueiredo Dias aponta, como objetivo do princípio da investigação (ou princípio inquisitório) a obtenção das bases de decisão pelo juiz, permitindo-se a ele a busca por provas além dos limites estabelecidos pelas partes, por isso também o nomeando de princípio da verdade material”. WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques.

Para Ferrajoli, contudo,

“A verdade que aspira o modelo substancial do direito penal é chamada *verdade substancial oumaterial*, quer dizer, verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente delimites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida ‘verdade substancial’, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. Em sentido inverso, a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade *formal* ou *processual*, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética “verdade substancial”, no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da *falsidade formal* ou *processual* das hipóteses acusatórias. Este, ademais, é o valor e, também, o preço do ‘formalismo’, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos,

O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119/2016, p. 201 – 240, Mar - Abr / 2016, p. 13.

¹⁸² “A grande maioria da doutrina brasileira insiste em dizer que o processo penal é regido pelo princípio da verdade material. Contudo, não se dá conta que esta ideia vem legitimar o sistema inquisitório e toda a barbárie que o acompanha, na medida em que tem o processo como meio capaz de dar conta ‘da verdade’; e não de ‘uma verdade’, não poucas vezes completamente diferente daquela que ali estar-se-ia a buscar.

Assim, é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, como se viu, o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual pena brasileiro*. In: Separata ITEC, ano 1, n.º 4 – jan/fev/mar 2000.

¹⁸³ “La contraposición entre verdad real y verdad formal, mediante la cual algún procesalista há creído expresar en fórmula sintética una diversidad esencial de objeto entre la instructoria penal y la instructoria civil (de suerte que, si tuviese fundamento tal contraposición, solamente sería verdadera historiografía la que se realiza en las aulas penales), no corresponde en modo alguno a la verdadera naturaleza de los procesos, los cuales, aun serviéndose de diferentes métodos de investigación, sedirigne al mismo y único fin, que es la busca de la verdad simple y una, sin anáhdidos y sin calificativos.” CALAMANDREI apud FARIA, Andre. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte, 2011, p. 57.

¹⁸⁴ Para Magalhães Noronha, “dois são os sistemas quanto à colheita de provas: o da verdade legal e o da verdade real. O primeiro, também chamado de verdade formal, existe quando a lei estabelece o valor das provas; há hierarquia entre elas; seu valor é fixado aprioristicamente, consideradas, então, as provas em semiplenas, plenas e pleníssimas. O juiz está vinculado a sua classificação. Já no outro sistema, o magistrado não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos da prova, mas é livre na sua escolha e aceitação. Não há regras predeterminadas a sua crítica. Assim, v.g., pode ele aceitar o testemunho de um homem de bem contra o de dois de má fama, de vida escusa e condenável”. NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 91.

justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrárias quanto intoleráveis”.¹⁸⁵

A doutrina moderna fez com que se passasse a ter mais interesse em buscar a verdade real no processo civil através do aprimoramento dos mecanismos de produção de prova¹⁸⁶, e, por outro lado, restringindo tais mecanismos no processo penal.^{187 188}

Para Jorge de Figueiredo Dias,

obtenção de uma decisão que declare o direito do caso concreto, deverá esta ser alcançada com o respeito a três critérios: ser obtida de uma maneira processualmente admissível e válida; se apresentar como justa em relação ao direito substantivo; conferir ao direito declarado segurança e estabilidade.¹⁸⁹

3.1 Paralelo das teorias com titularidade do direito à prova

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 1ª edição. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

¹⁸⁶ O que se demonstra por quatro fatos: “(a) o desfavor em que vem caindo o antigo princípio da enumeração taxativa das provas utilizáveis, já substituído em várias legislações, pelo da atipicidade dos meios de prova; (b) o incremento dos poderes instrutórios exercitáveis de ofício pelo órgão judicial; (c) a progressiva redução, quando não o abandono, das restrições impostas pelo velho sistema da ‘prova legal’ à valoração dos elementos probatórios pelo juiz; (d) a atribuição aos membros da coletividade em geral do dever de contribuir para a cabal apuração dos fatos.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Processo civil e processo penal: mão e contramão?*. In *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, Saraiva, 2001, p. 209.

¹⁸⁷ “Duas circunstâncias, pelo menos, justificam semelhante impressão em ordenamentos contemporâneos: a inclinação para restringir, em vez de ampliar, a atuação do juiz no campo da instrução probatória, e a limitação, em regra, das provas suscetíveis de consideração pelo órgão julgador às produzidas na sessão oral de julgamento, com exclusão da colhidas nas fases preliminares do feito. Acrescente-se ao que ficou dito um traço inerente a modalidades de solução consensual do processo-crime, hoje vistas em geral com bons olhos: se, de acordo com a lei, o acusado pode aceitar a inflição de uma pena, ou até tomar a iniciativa de pleiteá-la, sem averiguação judicial do suposto fato delituoso, nem declaração e culpa, perde relevância a vinculação, anteriormente julgada essencial, entre a apenação e a demonstração da responsabilidade criminal do réu”. *Ibid.* p. 210.

¹⁸⁸ “(...) é possível extrair três conclusões fundamentais, que devem guiar todo o estudo do direito probatório tanto no processo civil como no processo penal: a verdade é um valor essencial, mas não o único determinante à justiça do processo e da solução nele alcançada; existem limitações à atividade probatória que se sobrepõem à busca da verdade; a prova é também veículo para argumentação e influência nas decisões judiciais, razão por que sua produção não pode prescindir do contraditório”. GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 67.

¹⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. apud WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. *O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119/2016, p. 201 – 240, Mar - Abr / 2016, p. 15.

Da leitura dos modelos publicista e privatista, nota-se que ambos refletem, principalmente, no campo probatório e na titularidade do direito a prova. O fato de o juiz ser mais ativo ou mais passivo acarreta consequências na condução do processo.¹⁹⁰ Por isso, a importância de sua análise.

Nesse contexto, temos que a visão privatista do processo como “coisa das partes” dá aos sujeitos parciais um amplo campo de atuação. Pico i Junoy¹⁹¹ traz – para posteriormente criticá-los – os elementos usados pelos defensores do privatismo como base para justificar a ideia de que a titularidade do direito à prova deve ser exclusiva das partes, vedando-se qualquer iniciativa, ainda que supletiva, do magistrado.

Primeiramente, o autor aponta o argumento tradicionalmente usado de que há um interesse privado discutido no processo, de modo que as partes deveriam ser livres para sua disposição.

Em segundo lugar, o interesse em buscar um resultado favorável seria exclusivo dos sujeitos parciais em busca do acolhimento de suas pretensões. Os litigantes teriam o melhor conhecimento acerca de seus interesses e, por isso, estariam mais aptos para definir a atividade probatória.

Em terceiro, haveria uma incompatibilidade entre o direito das partes à produção da prova e a intervenção do magistrado. A atuação judicial embaraça a prerrogativa dos litigantes em se valer dos meios probatórios que consideram mais oportunos e convenientes para a resolução da demanda.

Outro ponto trazido pelo autor seria a influência ilegítima do magistrado sobre a carga probatória. Agindo de ofício, o juiz se sub-rogaria no ônus de alguma das partes de produzir a prova sobre determinadas alegações, o que não poderia ser aceito.

Pico i Junoy destaca, ainda, como principal óbice levantado pelos privatistas em relação a um maior ativismo do juiz nesse campo, a ideia de que a titularidade de poder instrutório vulnera a devida imparcialidade do magistrado.¹⁹² Para essa corrente, deveria haver uma nítida

¹⁹⁰ “Somente juízes independentes podem exigir dos demais Poderes do Estado o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos, assegurando a convivência de todos num verdadeiro Estado Democrático de Direito. Mas juízes independentes não são juízes arbitrários e corruptos, imunes a qualquer sanção, que se sobrepõem à lei, mas juízes obedientes à lei e plenamente responsáveis civil, penal e disciplinarmente pelos abusos que cometerem como quaisquer outros servidores públicos.” GRECO, Leonardo. *Acesso ao direito e à justiça*. In: Estudos de direito processual. Faculdade de Direito de Campos, p. 213.

¹⁹¹ PICO I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Bogotá: U. Javeriana, 2011, p. 104 e et seq.

¹⁹² *Ibid.*, p. 110.

separação entre as atividades de investigar e julgar, sob pena de violação das garantias das partes.

O último argumento levantado é justamente o da aproximação dos poderes instrutórios com regimes autoritários, em uma ideia de exacerbação de prerrogativas dos agentes estatais,¹⁹³ tal como discutido no ponto anterior.

Trata-se, em síntese, de um modelo de processo dito adversarial, que fortalece a posição das partes. Levando-o ao extremo, tem-se “uma competição entre as partes perante um juiz passivo e não há preocupação com o conteúdo da decisão ou o resultado das provas, bastando que se observe a gestão do processo de acordo com a vontade das partes”.^{194 195}

Do lado oposto, em uma perspectiva estatizante da jurisdição, tem-se um modelo chamado inquisitorial. Nele, o processo “organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista”,¹⁹⁶ o que, no campo probatório, leva a um juiz ativo, que se arvora à investigação dos fatos.

Também em uma perspectiva publicista, ainda que um pouco mais temperada, Barbosa Moreira defende a titularidade de poder instrutório pelo magistrado.¹⁹⁷ O autor reconhece que, regra geral, a prova será produzida pela parte a quem supostamente aproveita. Discorda, contudo, dos que defendem que, não vindo aos autos alguma comprovação de fato relevante, o juiz deva se manter inerte, limitando-se à aplicação de regras sobre o ônus probatório previstas

¹⁹³ PICO I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Bogotá: U. Javeriana, 2011, p. 114.

¹⁹⁴ GODINHO, Robson Renault. *A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro*. In *Civil Procedure Review*, v.4, n.1: 36-86, jan-abr. 2013, p.64. Disponível em www.civilprocedurereview.com. Acesso em 02/09/2016.

¹⁹⁵ “No que diz respeito ao processo, a ideia fundamental, ao centro do *adversary system*, é de que o melhor modo – e, aliás, o único modo – para se resolver controvérsias seja confiar no confronto entre os sujeitos envolvidos no conflito. Trata-se da concepção que Roscoe Pound definira, a seu tempo, como *Sporting theory of justice*: como em uma competição esportiva, de fato, é o confronto entre os competidores que determina o êxito da partida, estabelecendo quem é o vencedor. Além disso, como em uma competição esportiva, o papel do juiz não pode ser outro senão o de um *passive umpire*: sua tarefa é garantir o regular desenvolvimento da partida; entretanto, ele não pode interferir no comportamento dos competidores, e, sobretudo, não pode influir de maneira alguma sobre o resultado final. O juiz, em outras palavras, deve limitar-se a registrar o êxito da partida: não faz parte da sua função decidir quem venceu, tampouco quem mereceu vencer ou que deveria por justiça vencer, com base em critérios diferentes e independentes dos que governaram o confronto. Em uma competição esportiva não vence quem é justo que vença ou quem tem razão: vence – e, ao fim e ao cabo, é justo que vença – quem prevaleceu sobre o adversário. Em um processo estruturado como uma competição esportiva não vence quem tem razão: tem razão quem vence”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 132.

¹⁹⁶ DIDIER JR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In *Revista de Processo*, nº 198, pp. 207-217. São Paulo: RT, agosto de 2011, p. 208.

¹⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In *Temas de direito processual*, nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

no CPC. Como afirma Pico i Junoy,¹⁹⁸ o reconhecimento de um direito à prova das partes não exclui um certo grau de iniciativa autônoma do juiz.

Afirma-se, então, que alcançar a justiça da decisão, muitas vezes, depende desse trabalho mais ativo do magistrado.

Assim, o poder instrutório do magistrado seria ínsito ao seu poder decisório já que o “Estado-juiz não existe simplesmente para exercer uma atividade jurisdicional qualquer, não é um mero fabricante de sentenças, mas sim realizador de uma atividade voltada para a produção de uma decisão justa”.¹⁹⁹ Dessa forma, não há um mero interesse privado nas resoluções das lides civis, mas um interesse público em tornar efetiva e justa a função jurisdicional.²⁰⁰

Diante disso, o uso de presunções e de ônus legalmente estabelecidos deve ser residual, apenas quando não se mostrar possível a obtenção da prova, não devendo ser usados por mera desídia das partes em instruir o processo. Isso porque uma decisão escorada neles não permite ao juiz saber se prolatou, ou não, um provimento que compõe de forma justa a lide que lhe foi apresentada.

Afasta-se, desse modo, o argumento de que a atividade de instrução instaurada pelo juiz invadiria o espaço de competência das partes. Afinal, se, para julgar, o órgão depende dos elementos fáticos e jurídicos, por via de consequência, a apuração fática entra em seu campo de atuação.²⁰¹

Não haveria, então, uma usurpação de função da parte, pois a atividade de provar, como aspecto inerente da competência para julgar, também se incluiria no campo de poder – na verdade, poder-dever – do magistrado.²⁰²

¹⁹⁸ PICO I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Bogotá: U. Javeriana, 2011, p. 107.

¹⁹⁹ PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Comentários aos arts. 1º - 15 do CPC*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.], coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 60.

²⁰⁰ PICO I JUNOY, op. cit., p. 105.

²⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In Temas de direito processual, nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

²⁰² Marçal Justen Filho aduz que a noção de “poder-dever” ou de “dever-poder” implica a ideia de que o agente público tem a obrigação de praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ele confiado. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 147.

O argumento de que essa atuação judicial viola a imparcialidade é igualmente refutada pelas razões expostas a seguir.²⁰³

Verifica-se, de início, a ausência de uma prévia valoração da prova no momento em que a autoridade judiciária determina a sua produção. Quando o juiz determina uma perícia de ofício, por exemplo, não tem conhecimento de antemão de quem será beneficiado pelas conclusões do laudo do *expert*. O perito esclarecerá, naturalmente, algum ponto obscuro da causa, o que acabará por ser favorável a alguma das partes. Contudo, tal benefício advém em um momento posterior, como consequência da atividade probatória, não como causa que deflagrou a atuação oficiosa.

Barbosa Moreira destaca com propriedade, ainda, que não apenas um juiz ativo pode ter sua imparcialidade violada. Ao contrário, o autor demonstra que, diversamente do que defendem os privatistas, a omissão judicial igualmente não goza, em si, necessariamente, de neutralidade.

Nesse sentido, não se pode perder de vista que a não produção de provas também acarreta consequências jurídicas benéficas a uma das partes e maléficas à outra. Não satisfeito o ônus de provar, o julgamento se dará de acordo com a distribuição da carga probatória, muitas vezes podendo ocorrer em sentido favorável àquela parte que se prejudicaria pelo esclarecimento dos fatos.

Concluindo seu posicionamento, o ilustre professor destaca que o poder instrutório tem o valor de promover uma reconstrução mais fidedigna da verdade dos fatos.²⁰⁴ Ainda que a completude do conhecimento seja uma utopia, os ordenamentos buscam assegurar que ela seja alcançada no maior grau possível.

No mesmo sentido, Afrânio Silva Jardim defende o poder instrutório do juiz como condizente com o princípio da verdade real ou da busca pela verdade real. De fato, mesmo que não se possa alcançar uma verdade plena e absoluta pelo processo, o magistrado não pode se eximir de tentar afastar a dúvida antes de formar seu convencimento para o julgamento.^{205 206}

²⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In Temas de direito processual, nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96.

²⁰⁴ *Ibid*, p. 97.

²⁰⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão*. In Revista Eletrônica de Direito Processual, p. 6-10, vol. 14, 2014, p. 8. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523>. Acesso em 08/09/2016.

²⁰⁶ Como afirma Montero Aroca: “a função da jurisdição deve se centrar em que o juiz é o último garante dos direitos que o ordenamento reconhece ao indivíduo, notadamente os direitos fundamentais. Ora, afigura-se óbvio que, como garante de direitos fundamentais – seja de que ramo forem tais direitos –, o juiz deve cuidar de

Em síntese, vemos que cada teoria produz um modelo distinto de direito probatório, definido a partir do alcance que se deseja dar à atuação das partes ou do titular do órgão jurisdicional.

3.2 Autonomia das partes e poderes instrutórios do juiz

A partir da vinculação do processo aos direitos fundamentais, em particular, e à Constituição, em geral, as leituras sobre privatismo e publicismo passam a ganhar uma nova ótica. Trata-se de um momento histórico de superação das atrocidades da 2ª Guerra Mundial ou, no caso brasileiro, de redemocratização do país após um regime autoritário – marcada pela promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição passa a ter uma supremacia material, impondo a interpretação dos demais ramos do direito a partir da sua pauta ética e axiológica. Esse fenômeno, identificado pela doutrina como filtragem constitucional, impõe ao intérprete, ao aplicar qualquer norma, verificar sua compatibilidade com a Carta Magna e, além disso, interpretá-la de modo a conferir máxima efetividade aos fins constitucionalmente pretendidos.²⁰⁷

Nesse contexto, forçosamente, as relações entre Estado e indivíduo passam por uma releitura, que, no campo processual, repercutem na formação de um modelo de efetividade e de garantismo que na visão de parte da doutrina, da qual discordamos, não se dá no modelo positivista.²⁰⁸ Há, assim, uma busca por uma tutela jurisdicional adequada aos interesses em

resguardá-los da melhor forma possível, o que traz à tona a relação entre prova e verdade no processo. Logo, a busca da verdade como objetivo do processo também se coaduna com esta concepção, na justa medida em que a verdade não está excluída como premissa relevante à garantia, pela via judicial, dos direitos fundamentais”. AROCA, Montero apud GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 401-402.

²⁰⁸ “No garantismo, o juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver, quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da verdade formal)”. LOPES JUNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. p. 07. Disponível em < <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/instrumentalidade-garantista-do-processo-penal> > , visualizado em 18/12/2017.

jogo, em que se reconhece a preponderância legítima do interesse das partes, relegando a um plano periférico os interesses públicos na jurisdição.²⁰⁹

Potencializa-se, também, no processo, a ideia de autorregramento da vontade, dada à relevância constitucional do valor da liberdade. A liberdade, como direito fundamental, possui uma eficácia objetiva, que irradia por todo o ordenamento, além de trazer um dever estatal de proteção e promoção.²¹⁰

Nessa esteira, com respeito ao regime público do processo, defende-se que o ambiente processual possa ser regulado pelas partes sem que elas sofram restrições irrazoáveis ou injustificadas.²¹¹ Exemplo disso é a cláusula geral de negócios jurídicos processuais constante do art. 190 do CPC.

Tais reconhecimentos não importam, entretanto, em um retorno ao privatismo processual. Como bem descreve Robson Renault Godinho,²¹² a valorização da autonomia deve ser lida “dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade”, não sendo, portanto, uma liberdade irrestrita de controle do processo concedida às partes, devendo as mesmas observarem e respeitarem os parâmetros de direitos fundamentais basilares do ordenamento, atendo-se a eles.

Desse modo, as visões clássicas de privatismo e de publicismo tornam-se superadas, devendo-se harmonizar a autonomia das partes e os poderes do juiz a partir dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.²¹³

Essa releitura da divisão do trabalho entre juízes e partes projeta-se para o campo probatório, forçando-se a reformulação de conceitos, em atenção a uma perspectiva do Judiciário como concretizador de direitos fundamentais.

²⁰⁹ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In Revista de Processo, ano 33, n° 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 41.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 296-297.

²¹¹ DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 17ª ed., Salvador: Editora JusPodium, 2015, p. 132-134.

²¹² GODINHO, Robson Renault. *A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro*. In Civil Procedure Review, v.4, n.1: 36-86, jan-abr. 2013, p. 39. Disponível em www.civilprocedurereview.com. Acesso em 02/09/2016.

²¹³ Ibid.

Por um lado, rejeita-se o culto ao juiz inerte, pretensamente neutro, pois ele se transformaria em um mero “fantoche” das partes, abrindo campo fértil para simulações e fraudes e causando graves danos à confiança dos cidadãos na atividade judiciária.²¹⁴

Por outro, é igualmente indesejável que o magistrado aja sistematicamente como um investigador, colocando em risco sua imparcialidade devida para o exercício adequado da jurisdição.²¹⁵

Deve-se atentar, ainda, que o comportamento do magistrado e das partes precisa se pautar pelo princípio da cooperação, em uma condução cooperativa do processo.²¹⁶ Isso significa dizer que o procedimento não é determinado pelas partes, como defendia o privatismo, tampouco é conduzido de forma inquisitorial pelo órgão jurisdicional, como formulado em uma perspectiva publicista mais exacerbada. É necessária a formação de um modelo participativo para que se desenvolva o processo em um ambiente democrático.²¹⁷

Tendo isso em vista, deve-se buscar a interpretação do art. 370 do CPC (que consagra os poderes instrutórios do magistrado) de forma a privilegiar, no maior grau possível, tanto a autonomia das partes quanto o bom exercício do mister jurisdicional.

Rejeitadas as interpretações extremadas, que arguem a inconstitucionalidade do dispositivo ou conferem ao magistrado os mais amplos poderes no campo probatório, Didier²¹⁸ propõe alguns parâmetros para equacionar a questão.

Para o autor, em linha de princípio, compete ao juiz uma atividade probatória suplementar a das partes, no caso de permanência de dúvidas, já que a aplicação das regras do ônus da prova pressuporia o esgotamento dessa fase, inclusive com a intervenção oficial.

²¹⁴ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In Revista de Processo, ano 33, nº 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 44.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ DIDIER JR., Freddie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In *Revista de Processo*, nº 198, p. 207-217. São Paulo: RT, agosto de 2011, p. 212.

²¹⁷ “Na verdade, o espírito do NCPC é alçar a ética, a honestidade e a lealdade das partes como *standards* de conduta, facilitando a gestão do processo pelo juiz e permitindo que se chegue à solução de mérito mais justa e efetiva. Em outras palavras, o que se preconiza é uma atuação proba e correta dos indivíduos na exposição dos fatos, na defesa dos seus direitos e na identificação das questões que reclamam a intervenção judicial, colaborando com o juiz para que mérito seja resolvido em tempo razoável”. MAZZOLA, Marcelo. *Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. Curitiba: CRV, 2017, p. 53-54.

²¹⁸ DIDIER JR., Freddie et al, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. vol. 2. 10ª ed., Salvador: Editora JusPodium, 2015, p. 89-91.

Excepcionalmente, seria possível pensar em uma atividade substitutiva pelo magistrado, em caso de vulnerabilidade econômica ou técnica de uma das partes.

Por fim, o órgão julgador, em vista a cooperação e o autorregramento da vontade, deve respeitar eventuais negócios jurídicos processuais válidos em que os sujeitos parciais disponham sobre provas – seja sobre espécie de provas, seja sobre carga probatória.

Por sua vez, Leonardo Greco²¹⁹ sintetiza a questão da seguinte forma:

A busca da verdade não é autoritária, desde que respeitada a liberdade das partes de dispor dos seus próprios interesses, a sua dignidade humana [...], e desde que não seja preconceituosa e direcionada tendenciosamente a demonstrar apenas uma determinada verdade. Em caráter subsidiário, para suprir as deficiências probatórias das próprias partes, especialmente o abismo de comunicação que separa as partes do juiz, ela constitui um importante fator de equalização das desigualdades processuais.

Em corroboração com o entendimento acima exposto, acrescente-se que a correta apreciação dos fatos é um dos requisitos para a prolação de uma decisão justa – em conjunto com um procedimento que observe as garantias fundamentais e com a correta aplicação das normas jurídicas.

Desse modo, a busca pela verdade compõe o que se espera da atividade jurisdicional, o que, de forma alguma, eximir-la-á de respeitar o campo reservado à autonomia das partes.

4 O CONSENSUALISMO NO PROCESSO PENAL – FORMAS CLÁSSICAS (CONFISSÃO, CHAMAMENTO DE CÓ-RÉU, DIFERENTES ESPÉCIES DE COLABORAÇÃO PREMIADA)

A utilização do consensualismo no âmbito do direito penal decorreu da análise da eventual dicotomia entre o princípio da oportunidade²²⁰ e o princípio da legalidade, vez que

a eficácia do processo não representa unicamente a aplicação do *ius puniendi*, ou seja, uma condenação, com a conseqüente aplicação de uma sanção criminal, mas também, a proteção de todos os direitos fundamentais, mais precisamente do *status libertatis*

²¹⁹ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In Revista de Processo, ano 33, n° 164. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2008, p. 44.

²²⁰ “o conteúdo do princípio da oportunidade é constituído, exclusivamente, pelos caos em que o MP, tendo notícia de crime, possa ainda decidir sobre a abertura do inquérito e aqueles em que, tendo indícios suficientes relativamente ao autor do crime, possa ainda decidir sobre a dedução da acusação.” CAEIRO, Pedro. *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema*. In: Revista do Ministério Público, n. 84, ano 21, Out./Dez. 2000. P. 32.

do cidadão com a aplicação de uma sanção adequada, voltada a funcionalidade do processo e da própria pena.^{221 222}

O processo penal de consenso busca aproximar os sujeitos processuais para, em conjunto, encontrarem a melhor solução legal para pacificar a tensão causada pelos interesses diversos surgidos com a prática do delito, servindo, simultaneamente, às finalidades tradicionais, preventivas, do direito penal, ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à reabilitação do autor.²²³

Ao contrário do que parece num primeiro momento, o consenso no processo penal não visa afastar o conflito do poder de decisão do juiz, mas sim otimizar o sistema penal para cuidar dos processos mais relevantes.²²⁴

Entretanto, essa utilização, pelo processo penal, de um maior espaço de consenso para as partes não vem sem alguma polêmica, apresentada por diversos autores da matéria.

Aponta-se que se privilegia um juízo de suposta diminuição da impunidade em detrimento da violação certa das garantias fundamentais do processo. Representaria, para essa visão mais crítica, a consagração de um direito penal meramente simbólico e despido de real efetividade e, pior, desconsiderando direitos básicos do acusado.²²⁵

Contudo, o contraponto feito é o de que os direitos e garantias fundamentais do processo penal voltam-se à proteção da pessoa acusada. Desse modo, não se pode apagar, em abstrato, a possibilidade de o indivíduo se conduzir da forma que melhor lhe aprouver contra o interesse punitivo estatal, incluindo, em um campo determinado, a possibilidade de concordância de

²²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62.

²²² Rafael Serra Oliveira afirma que: “Ao contrário do que sustenta parte da doutrina, a proposta de consenso não possui ligação com o princípio da oportunidade ou com o princípio da celeridade, uma vez que, por definição, não faculta às partes transigirem sobre a acusação – apenas modifica a maneira de interagirem – e também não cria mecanismos voltados a acelerar o processo penal em detrimento das garantias fundamentais do cidadão, sendo certo que a rapidez na solução do conflito é apenas uma consequência quase sempre atrelada à adoção de um processo orientado pela relação consensual.” OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 79.

²²³ *Ibid.*, p. 76.

²²⁴ “Nos processos em geral, e, em especial, no processo penal, vários são os fatores que podem influenciar o interesse na obtenção de uma determinada vantagem à parte, ainda que seja relativa ao reconhecimento de sua responsabilidade. Podem ser elencadas a possibilidade de uma punição abrandada, a preservação da imagem pessoal frente à publicidade que o processo determina, eventual interesse em ver-se desculpado junto à sociedade ou à parte adversa, fazer com que haja um desvio na percepção de sua responsabilidade, evitar gastos, dentre outros”. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 23.

²²⁵ TASSE, Adel El. *Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval*. In *Ciências Penais*. vol. 5, p. 269-283, jul-dez, 2006, p. 1-2 (versão digital).

restrições a direitos fundamentais. O importante é que se estabeleçam critérios legais para essa limitação voluntária, além de garantir o amplo acesso à defesa técnica e a oferta de outras vias para se insurgir contra a pretensão acusatória.²²⁶

Conferir poderes para se escolher normas ou pessoas para se sujeitarem à persecução penal poderia acarretar uma aplicação desigual da lei, violando a isonomia de tratamento aos cidadãos, a partir de critérios de poder político ou financeiro do autor da infração.²²⁷

Além disso, não se poderia correr o risco de o processo penal ingressar em uma lógica de mercado, “negociando-se” a liberdade. Haveria uma espécie de “mercantilização utilitária” dessa relação jurídica, danosa aos direitos dos cidadãos.²²⁸

Não é de hoje que o processo penal vem sofrendo duras críticas por mais celeridade e eficiência. O ritmo lento e os diversos recursos postos à disposição das partes contribuem para o descrédito da justiça penal, provocando a impunidade e a sensação de que ricos e poderosos quando acusados de crimes são imunes à punição estatal.²²⁹

Ademais, é evidente que a ciência jurídica, como um todo, e a administração da justiça, em especial, não acompanharam a complexidade da sociedade atual, intensamente industrializada e globalizada, com exigência de soluções rápidas e eficientes.²³⁰

²²⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 34-35.

²²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais* (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil). 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106-108.

²²⁸ *Ibid.*, p. 112-114.

²²⁹ “A cobrança por eficiência e celeridade do processo penal guarda conexão com o advento de um tipo de sociedade que requer respostas mais prontas aos acontecimentos por parte das instituições. Assim, ao sistema penal cabe encontrar meios eficazes de reagir contra a proliferação de condutas delitivas, o que é apenas um dentre tantos outros problemas que desestabilizam a vida em comunidade. Se, por um lado, o processo penal não pode ser excessivamente rápido e simplificado, no intuito de atender a exigências externas; por outro, ignorar as mudanças inerentes à evolução social pode significar perda de credibilidade como meio legal de resolução de conflitos, dando cabimento à adoção de outras práticas talvez não tão legítimas e garantistas”. LEITE, Rosimere Ventura. *Op. cit.*, p. 20.

²³⁰ *Ibid.*, p. 45.

A maior consensualidade, nesse ponto, atuaria como mecanismo apto a equilibrar o necessário respeito às garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, dotar os órgãos de persecução penal de instrumentos que lhes permitam bem desempenhar o seu papel.²³¹

Para que possa ser aplicado o consenso, devem ser analisados seus fundamentos e verificada a presença dos mesmos no caso concreto. Pode-se dizer que há três patamares para a análise da aplicação dessa sistemática:

No âmbito sociológico, costuma-se enfatizar a estigmatização social do processo, de condenação e do encarceramento, bem como na ressocialização mediante o cumprimento voluntário da sanção. Em termos de política criminal, critica-se a hipertrofia do direito penal, a incapacidade de sancionar todos os comportamentos criminais, e o abandono à pessoa da vítima. Já no plano jurídico, clama-se pela simplificação do procedimento, no interesse da justiça material, em contraste com um formalismo legal, e na direção das consequências jurídicas, ou seja, da efetividade da aplicação do direito -, tanto no plano material como no processual.²³²

Tendo sido feita tal análise a doutrina apresenta alguns fundamentos, ou seja, situações em que se torna clara a vantagem da aplicação do método consensual em detrimento da observância estrita da legalidade. Entre eles estão: a dignidade da pessoa e a estigmatização²³³,

²³¹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. In Custos legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, p. 2.

²³² HASSEMER, Winfried apud GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76.

²³³ “Para determinados acusados, o fato de responder a um processo criminal, de ser objeto de investigação, de comparecer às audiências é mais danoso do que a aplicação de uma sanção penal, como ocorre com os acusados de um delito, cuja sanção final é uma multa... Sempre que se possa chegar ao término antecipado do processo, com a manutenção de seus fins, se estará evitando as consequências danosas de sua duração excessiva, que representa uma carga ao acusado, do ponto de vista psíquico, familiar ou profissional.” Ibid., p. 79.

a dignidade da pessoa da vítima²³⁴, a incidência proporcional do *ius puniendi*²³⁵, tratamento integrador, restaurativo e preventivo²³⁶ e adequação à finalística processual²³⁷.

A aproximação dos envolvidos e a imposição de uma sanção escolhida em comum acordo pelas partes, no caso da mediação, são medidas benéficas a todos. A vítima se satisfaz com o ressarcimento do dano e com a ciência de que a ofensa sofrida foi apenada; o desviante é dignamente tratado e recebe uma punição que ele mesmo considerou justa; e a sociedade não é tomada pelo sentimento de impunidade e, ao mesmo tempo, não sofrerá as consequências da exclusão social da pessoa decorrente da sua submissão às cerimônias degradantes típicas do modelo pena clássico.”²³⁸

No Brasil, observa-se já, há muito, a aplicação de métodos de consenso. Um exemplo emblemático é o oferecimento da transação pelo Ministério Público quando se tratar de infrações de menor potencial ofensivo. Presentes os requisitos determinados em lei, o membro do *Parquet* deverá propor a transação, não sendo uma escolha discricionária, como afirma a Lei 9.099/95.^{239 240}

²³⁴ “O descaso com a vítima, após ter sido atingida pela infração, seu etiquetamento, a falta de apoio psicológico, as pressões a que se vê submetida, a necessidade de reviver o delito através do comparecimento em juízo, é uma realidade em nosso ordenamento jurídico... O consenso influi na participação das vítimas no processo penal, possibilitando-se o acordo a respeito dos danos e da vedação da incoação penal”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83-85.

²³⁵ “...entendo possível a utilização de métodos de consenso para resolver o processo criminal, principalmente na criminalidade de menor ofensividade. Possível porque depende, fundamentalmente, do sujeito passivo do processo, da vontade de interação e da participação na solução processual, além da previsão legal”. *Ibid.*, p. 91.

²³⁶ “A aplicação de uma medida criminal negociada ou aceita pelo autor do fato, é mais eficaz que a imposta pela força hierarquizada, fria e silenciosa de uma condenação. O autor, quando tem a possibilidade de discutir dialeticamente a sanção criminal ou outra medida a ela equiparável, se sente responsável pelo cumprimento, o que fará com mais segurança”. *Ibid.*, p. 96.

²³⁷ “Sendo assim, se encaminha a garantir a realização das finalidades da própria sanção penal, como retribuição jurídica voltada à possível ressocialização. Mantida a licitude dos meios, pode chegar-se à realização dos fins da pena, com a adoção de soluções de consenso. Utilizar-se-ia uma metodologia diferenciada para atingir os mesmos fins, com menos danos ao imputado”. *Ibid.*, p. 99.

²³⁸ OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 130.

²³⁹ “A lei só cuida da proposta de aplicação da pena com relação à ação penal pública, condicionada ou não. Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, a visão tradicional de que a vítima só tem interesse na reparação civil do dano provocado pelo crime, mas não na aplicação da pena, levou o legislador a não prever a transação para os crimes de ação penal privada. No entanto, Ada Pellegrini Grinover et al. destacam que a evolução dos estudos sobre a vítima demonstra que esta tem interesse, ainda, na punição penal e que não existem razões ponderáveis para deixar à vítima somente duas alternativas: buscar a punição plena ou a ela renunciar”. QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Transação penal*. In A influencia do novo CPC e da Lei de Mediação nos Juizados Especiais Criminais. Org: Humberto Dalla Berrnardina de Pinho e Juliana Jarczun, 1ª ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2016.

²⁴⁰ “Muito embora o caput do art. 76 diga que o Ministério Público “poderá” formular a proposta, evidente que não se trata de mera faculdade. Não vigora, entre nós, o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele “poderá” converter-se-á em “deverá”, surgindo para o suposto autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito.

A transação penal representa aceitação da proposta, feita pelo MP, de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa antes da instauração formal do processo. Substitui, assim, o oferecimento da denúncia criminal, mas nunca poderá levar a imposição de pena privativa da liberdade.²⁴¹ Nesse caso, o Ministério Público provocará a manifestação jurisdicional, mas não deduz uma pretensão acusatória comum e sim uma pretensão alternativa.²⁴²

Se a persecução deve ser deflagrada mediante ação penal pública mediante requerimento ou ação penal privada, é possível ainda o acordo civil impeditivo, previsto no artigo 74 da lei 9.099/1995, como primeiro momento da audiência preliminar no rito dos juizados.²⁴³ Trata-se de mecanismo que permite, para além da composição das partes, uma proteção à vítima da infração criminal.²⁴⁴ Uma vez que o acordo seja proposto e aceito, ele acarreta a renúncia do direito de queixa ou de representação (artigo 74, par. un.).

Ainda no que tange à lei dos juizados, criou-se também a figura da suspensão condicional do processo (artigo 89 da lei 9.099/1995). Por meio dela se permite, posteriormente à denúncia, que se suspenda o andamento do feito para que se aguarde a execução de condições exigidas do acusado, em especial no que tange à reparação da vítima.²⁴⁵

Aqui, a convenção também não se encontra à disposição da parte autora. Se presentes os requisitos legais, são imperiosas a propositura e a negociação da suspensão condicional do processo, ainda que o acusado possa exercer seu direito de recusá-la, como estratégia de

Não havendo apresentação da proposta, por mera obstinação do Ministério Público, parece-nos, poderá fazê-la o próprio Magistrado, porquanto o suposto autor do fato tem um direito subjetivo de natureza processual no sentido de que se formule a proposta, cabendo ao juiz o dever de atendê-lo, por ser indeclinável o exercício da atividade jurisdicional". TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 92.

²⁴¹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. In Custos legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, p. 9.

²⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil)*. 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 330.

²⁴³ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 156.

²⁴⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 316 e 322.

²⁴⁵ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Op. cit., p. 9.

defesa.²⁴⁶ Uma vez cumpridas as condições exigidas, o acordo projeta-se para o campo material, extinguindo a punibilidade.²⁴⁷

Há, igualmente outras formas de colaboração processual (como gênero), que correspondem à confissão, ao chamamento de corréu, à delação premiada e à colaboração em sentido estrito, como qualquer benefício de natureza processual. Apesar de ausente uma melhor sistematização, o legislador muitas vezes trabalha esses conceitos quando fala, em lei da denúncia, colaboração espontânea, confissão espontânea, colaboração efetiva e voluntária, revelação espontânea e revelação eficaz. Trabalharemos, adiante, as respectivas previsões legais.²⁴⁸

Ressaltam os doutrinadores que a possibilidade da utilização de meios de ajustamento entre as partes decorre, inicialmente, do art. 3º do Código de Processo Penal²⁴⁹, aliado ao art. 15 do NCPC²⁵⁰ que conjuntamente afirmam que o Código de Processo Civil poderá ser utilizado para integrar e complementar o Código de Processo Penal. O NCPC trouxe ainda o artigo 190²⁵¹ que é também chamado de cláusula geral de convencionalidade, e o art. 191 que traz a previsão do que vem sendo conhecido como “processo calendário”.²⁵²

²⁴⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 189.

²⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais* (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil). 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 366.

²⁴⁸ ESSADO, Tiago Cintra. *Delação premiada e idoneidade probatória*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 101, p. 203-227, mar-abr, 2013, p. 2 (versão digital).

²⁴⁹ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

²⁵⁰ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

²⁵¹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²⁵² “O processo calendário consiste numa importante técnica de gestão compreendida como modelo de governança judicial, e reverbera na dispensa dos atos processuais extremamente morosos e burocratizados, como as publicações e intimações das partes para as providências cabíveis ou para o comparecimento em audiências, cujas datas já tiverem sido designadas no calendário.” VIDAL. Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea*. In CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. GRECO, Leonardo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Inovações do CPC/2015*, GZ: Rio de Janeiro, 2016, p. 101/143.

Contudo, parte dos doutrinadores se insurge contra a aplicabilidade de tal cláusula no processo penal, tendo em vista que a matéria penal, comumente, abrange direitos indisponíveis.

Ocorre que, cada vez mais, os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, vêm prevendo em suas legislações a possibilidade de renúncia e disposição de direitos pelas partes, como, por exemplo, nos Estados Unidos, onde se pode renunciar ao julgamento pelo júri, solicitando o julgamento por um juiz togado ou alterar a competência territorial. Tais requerimentos serão respeitados, desde que tenham sido firmados de forma consciente e voluntária pela parte.²⁵³ Existem, também, outras técnicas²⁵⁴ que têm sido difundidas ampliando a disposição dos direitos.

Há tempos que doutrinadores vem explicitando a possibilidade da utilização das transações também no âmbito dos direitos públicos.²⁵⁵ Um dos motivos para essa mudança seria a alteração da máxima de que todo direito público é indisponível, afirmando-se que há graus de indisponibilidade, o que permitiria a realização de acordos.^{256 257}

²⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. *Acordo processuais no processo penal*. p. 150-153.

²⁵⁴ Entre elas está a chamada “protocolo institucional” que é “firmado coletivamente por instituições (tribunais, OAB, associações de peritos) e destinada a desenhar, através de instrumentos consensuais de base negocial, formalidades para a prática de atos processuais”. Ibid. p. 153.

²⁵⁵ “Friedrich Carl Von Savigny, há mais de 150 anos, já afirmava que o contrato era um instrumento presente no direito público e no direito internacional.” SAVIGNY, Friedrich Carl apud Ibid. p. 155.

²⁵⁶ “Mesmo nos direitos civis mais publicizados, podemos ver exemplos evidentes. Um deles é o direito de família, que sempre foi o estatuto da ordem pública e da indisponibilidade no direito privado. Hoje, existem flexibilizações consensuais para a guarda de filhos menores, para o regime matrimonial e para o divórcio”. Ibid. p. 155.

²⁵⁷ Afirma a doutrinadora Carolina Tupinambá: “Defendemos que o processo trabalhista estará melhor servido diante da possibilidade de escolha pelo juiz, em diálogo com partes, do procedimento que melhor lhes convier para a efetivação do direito discutido. (...) o princípio da valorização do diálogo direciona o processo trabalhista para um clima informal, com espaço para a condução procedimental moldada para o conflito subjacente sem que implique afastamento de garantias processuais”. TUPINAMBÁ, Carolina apud Ibid. p. 157.

No direito penal há institutos específicos como o do *plea bargain*^{258 259 260} nos Estados Unidos, o *patteggiamento sulla pena*²⁶¹ na Italia, a *conformidad*²⁶² na Espanha, e, no Brasil, a colaboração premiada, a transação penal, a suspensão condicional do processo, entre outros.²⁶³

No direito estadunidense, a *plea bargaining* é “um processo de negociação através do qual o réu aceita confessar culpa em troca de alguma concessão por parte do Estado, que pode ser de dois tipos básicos: (1) redução no número ou na gravidade das acusações feitas contra o

²⁵⁸ “Consiste em uma negociação entre a acusação e a defesa, podendo resultar na confissão da culpa ou na declaração de que o arguido não pretende discutir a questão da culpa”. MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. *A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, ano X, n° 60, p. 35.

²⁵⁹ Sobre o instituto discorre Aury Lopes Junior, “Possivelmente, a única vantagem da *plea negotiation* seja a celeridade com que são realizados os acordos e com isso finalizados os processos (ou sequer iniciados). Sob o ponto de vista do custo administrativo, existe uma considerável economia de tempo e dinheiro. Também para o acusado, a estigmatização é menor, salvo nos casos (não pouco frequentes) em que um inocente admite uma culpa inexistente. De qualquer forma, não há dúvida de que sempre é melhor uma sentença justa, ainda que tardia, que o imediatismo da injustiça”. LOPES JUNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. p. 14. Disponível em < <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/instrumentalidade-garantista-do-processo-penal>> , visualizado em 18/12/2017.

²⁶⁰ “O *plea bargaining* norte-americano e a transação penal partem da premissa segundo a qual é salutar a solução do processo sem o enfrentamento do mérito do conflito de interesses propriamente dito. São muitos os fatores que sugerem tal medida, destacando-se, dentre eles, a celeridade e a não interposição de recurso, já que, ao menos no campo das ideias, há um acordo justo decorrente da livre manifestação dos envolvidos”. Contudo, há importantes diferenças entre os sistemas, como o autor menciona: “A situação do réu norte-americano é muito diferente da situação do acusado brasileiro. A amplitude do *plea bargaining* confere a percepção no sentido de que, uma vez ocorrendo o julgamento, o acusado fica em situação verdadeiramente vulnerável. Veja-se que o acusador, dependendo do caso, sequer fica limitado aos limites impostos pela moldura penal alusiva ao delito, em tese, praticado. Isso ocorre no chamado *charge bargaining*, no qual as possibilidades de alteração da imputação são praticamente ilimitadas... No Brasil, a situação é outra. A transação penal não tem a mesma extensão do *plea bargaining*, seja no que atine aos delitos que a admitem, seja no que se refere à atuação do Ministério Público. O legislador constitucional limitou a aplicação da transação penal àquelas infrações de menor potencial ofensivo, as quais foram definidas pelo legislador ordinário como sendo as contravenções penais e os crimes com pena até dois anos de prisão. O acusado brasileiro fica muito mais à vontade para se manifestar quanto à transação penal quando percebe que o Parquet não pode extrapolar a moldura legal da imputação, quando informado de que se trata de um benefício cuja aceitação não significa o reconhecimento de sua culpa e, por fim, quando sabe que a proposta, por força de lei, apenas pode se referir à aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa. Em linhas gerais, pode-se afirmar o seguinte: o Juiz norte-americano tem atuação discreta, enquanto o brasileiro pode (em verdade, deve) ter atuação efetiva na produção das provas; o acusador norte-americano, sem qualquer dúvida, tem preocupações políticas que caracterizam a sua atuação, ao contrário do brasileiro; o defensor norte-americano não tem interesse no julgamento, seja por questão de celeridade, seja pelo seu despreparo, o que não ocorre com o brasileiro; o réu norte-americano tem medo das (quase ilimitadas) possibilidades acusatórias, enquanto o brasileiro sabe os limites da resposta penal que lhe pode ser imposta, caso não haja acordo.” COUTO, Marco. *Devido processo legal x due process of law* (transação penal x *plea bargaining*). In: Revista de Estudos e Debates. CEDES. v. 2, n° 2, jan-jun 2017, p.144-147.

²⁶¹ Refere-se a aplicação da pena por requerimento conjunto das partes.

²⁶² Refere-se a uma declaração e 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.

²⁶³ CABRAL, Antonio do Passo. *Acordos processuais no processo penal*. p. 159.

réu; e (2) redução da pena aplicada na sentença ou na recomendação de sentença feita pela acusação”.²⁶⁴ Não se trata de assunção de culpa pelo acusado, mas sim de um instrumento que visa impedir o ajuizamento de uma ação penal, sendo muito utilizado no direito norte americano.

Apesar disso, lá, também há alguma polêmica acerca do instituto. Alguns afirmam que representa a supressão de direitos fundamentais do acusado. Isso porque ela pode levar a uma confissão do inocente para evitar uma eventual condenação mais grave, em ambiente de disparidade de forças e nem sempre publicizado. Ela poderia reduzir também o efeito dissuasório da pena, por permitir que o acusado seja premiado pela delação, além de frustrar expectativas das vítimas e ser um caminho de tratamento desigual para os réus a partir de sua situação econômica.

Contudo, apontam-se também vantagens da utilização da *plea bargaining*. Diminuem-se os custos estatais com o procedimento e assegura-se uma condenação, sem a exposição da vítima à condição de testemunha em juízo. Para o réu, também representa um barateamento dos fatores econômicos do processo, além de evitar um prolongamento de um processo penal em seu desfavor com resultado incerto.²⁶⁵

Especificamente no processo penal já há mecanismos de transação sendo utilizados. Isso porque, ao contrário do que muitos pensam, nem sempre a decisão penal terá cunho sancionatório, como, por exemplo, nos casos de revisão criminal, habeas corpus, reabilitação.²⁶⁶ Nesses casos, não há qualquer óbice para que as partes possam efetuar alterações nos procedimentos.

Ainda no processo sancionatório, não podemos esquecer das ações penais privadas, em que o ajuizamento da demanda está implicitamente ligado a disponibilidade do direito pela parte. Se a vítima pode renunciar ao seu direito de proceder à ação, poderá, certamente, alterar regras procedimentais.

Por fim, até mesmo nas ações penais públicas é possível encontrar locais em que pode ser aplicada a maleabilidade do procedimento, como na “colaboração premiada, em que o MP

²⁶⁴ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. In Custos legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, p. 5.

²⁶⁵ Ibid., p. 6-7.

²⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Acordos processuais no processo penal*. p. 165.

deixa de propor ação em face do colaborador e como na suspensão convencionada do prazo para oferecimento da denúncia”.²⁶⁷ Como grande demonstração da aplicação de tais mecanismos em nosso processo penal foi editada a Resolução 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁶⁸ e a Resolução 179/2017 que prevê o termo de ajustamento de conduta, inclusive em casos de improbidade administrativa.²⁶⁹

4.1 Confissão

No presente capítulo, então, pretendemos demonstrar que o consensualismo não é um elemento absolutamente estranho ao processo penal, como poderia parecer à primeira vista.

Um primeiro instituto que se pode destacar é o da confissão. Não se desconhece que, ao passar dos séculos, muitos abusos já foram cometidos pelo poder estatal para obter confissões de formas ilegítimas, que nem sempre correspondem à verdade dos fatos. Ainda, tem-se que o acusado pode confessar como meio de evitar a persecução penal contra a pessoa que realmente cometeu o fato delituoso.

²⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Acordos processuais no processo penal*. p. 167.

²⁶⁸ “a resolução reconhece que a adoção e o desenvolvimento de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos é uma tendência mundial, decorrente do fomento a uma cultura de participação, diálogo, consenso e paz. Destaca que o acesso à justiça incorpora também a possibilidade de manejar outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, que podem ser utilizados pelo Ministério Público como garantia de proteção e de efetivação de direitos e interesses de repercussão social, mesmo que sejam indisponíveis; afirma que a autocomposição pode reduzir a litigiosidade nas causas do processo penal e do processo civil de interesse público (controvérsias envolvendo o Estado, nas ações coletivas, e nas ações e investigações penais pelas práticas restaurativas); ressalta que os meios autocompositivos levam ao empoderamento das partes na solução dos conflitos, diminuindo as relações de dependência do indivíduo em relação ao Estado; invoca como base normativa para a negociação tanto regras legais do direito penal como do direito processual civil; e determina que deve ser uma política pública estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já existentes, consolidando-as, bem assim ampliar e aperfeiçoar o uso dos mecanismos de autocomposição no âmbito do MP.” Ibid. p. 169.

²⁶⁹ Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.
§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado.

Contudo, abstraídas essas hipóteses de anormalidade, é indubitoso que a confissão é um demonstrativo de que o autor do crime pretende colaborar com o esclarecimento das questões atinentes ao caso penal.

Não se pode perder de vista que, por vezes, a confissão é igualmente um caminho válido para a defesa. Isso porque ela aparece como atenuante genérica da pena (CP, art. 65, III, 'd') e, até mesmo, combinado com outros fatores como ressarcimento do dano, causa extintiva de punibilidade em alguns crimes – por exemplo, apropriação previdenciária (CP, art. 168-A, §2º), sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A, §1º).

A confissão, quanto à natureza jurídica, é uma forma de testemunho do acusado, que deve ser ponderado com os demais elementos instrutórios dos autos. Não se pode, como em tempos idos, estabelecê-la como prova preferencial e absoluta, da mesma forma que também não se pode simplesmente desprezá-la. Assim, ela se presume verídica em abstrato e se avalia em concreto.²⁷⁰

O real valor da confissão no caso penal dependerá de alguns fatores como a sua verossimilhança, a credibilidade do acusado, a postura do juiz frente ao acusado e respeito aos demais elementos formais.²⁷¹

A verossimilhança afere-se não só a partir das leis da natureza, mas também com os demais dados probatórios constantes dos autos.

A credibilidade leva em consideração diversos aspectos. Em primeiro lugar, o acusado deve demonstrar que realmente conhece os fatos. Em segundo, seu estado físico e mental deve ser perfeito. Em terceiro, não pode ter interesses escusos em facilitar o verdadeiro autor do delito ou incriminar determinada pessoa. Em quarto, as informações prestadas devem ser precisas, persistentes e uniformes.²⁷²

²⁷⁰ MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed., Campinas: Bookseller, 2005, p. 446-449.

²⁷¹ MITTERMAIER, C. J. A.. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3ª ed., Campinas: Bookseller, 1996, p. 197-210.

²⁷² *Ibid.*, p. 197-202.

Ainda, não se ignoram os aspectos formais, que levam em conta elementos do direito positivo. É necessário que seja feita, pessoalmente e por pessoa capaz, perante agente competente, em ato solene e público, sendo posteriormente reduzida a termo.²⁷³

De se destacar que, no Brasil, aceita-se a confissão extrajudicial, ainda que não confirmada em juízo, desde que seja corroborada pelos demais elementos dos autos, devendo ser utilizada, inclusive, para fins de atenuação da pena.²⁷⁴

Não se aceita a confissão ficta, que decorre, no campo cível, da falta de contestação acerca dos fatos alegados (CPC, art. 344). A confissão, destarte, será necessariamente expressa para ser aceita como tal.²⁷⁵

Há três espécies de confissão: simples, complexa e qualificada. A confissão simples é a mera admissão do fato delituoso e de sua autoria. A confissão complexa nada mais é que uma confissão simples que tem por objeto duas ou mais imputações. Por fim, a confissão qualificada ocorre com a confissão do fato com a contraposição de um fato que beneficia o acusado, como uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.²⁷⁶

Seja como for, a confissão regularmente realizada, de qualquer espécie, representa, em algum grau, a colaboração do acusado com a persecução penal.

²⁷³ NUCCI, Guilherme. *Provas no processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 135-141; 162-168.

²⁷⁴ HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E FALSA COMUNICAÇÃO DE CRIME. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA COMO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DO ART. 65, III, "D", DO CP. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PENAS REDUZIDAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/2, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E DO CONCURSO DE AGENTES. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) - É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "a", do Código Penal. - No caso, a confissão extrajudicial do paciente, embora retratada em juízo, foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo, no caso, incidir a atenuante prevista no art. 65, inciso III, "d", do Código Penal em favor do paciente. Inteligência da Súmula n. 545 desta Corte. - Com o reconhecimento da atenuante da confissão, de rigor sua compensação com a agravante da reincidência, nos termos do decidido no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), segundo o qual é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. Precedentes. (...) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 420.127/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, 07 de 11 novembro de 2017, DJe 13/11/2017.

²⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 447.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 448.

4.2 Chamamento de correu

Também conhecida como delação – termo que evitaremos para não causar confusão com a colaboração premiada –, o chamamento de correu representa a afirmativa do acusado de que cometeu o fato delituoso, acompanhada da atribuição a terceiro da condição de comparsa no crime.²⁷⁷

Ela não é prevista expressamente no Código de Processo Penal, mas isso não impede que a incriminação de um réu quanto ao outro seja valorada pelo juiz, à vista do que constar dos autos.²⁷⁸

Tal como a confissão em si, também o chamamento de correu é objeto de desconfiança por parte da doutrina, muitas vezes com argumentos falsos, genéricos ou em forma de sofismas. Na verdade, as razões que podem levar ao descrédito do testemunho atingem qualquer testemunho, não apenas o chamamento de correu. Ou seja, seu valor pode, sim, ser desconsiderado, não por um especial desvalor, mas pelos mesmos fatores que reduzem a autoridade de qualquer testemunho, como o interesse de prejudicar alguém.²⁷⁹

Nesse contexto, há três requisitos essenciais para a regularidade do chamamento de correu. O primeiro é a confissão do acusado. O segundo é a correspondência com os elementos de provas dos autos. Por fim, ela deve ser feita judicialmente ou, no mínimo, confirmada em juízo, sempre sob o crivo do contraditório das partes.²⁸⁰ Por isso, o advogado do correu deve ter a faculdade de participar do interrogatório.²⁸¹

²⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 450.

²⁷⁸ NUCCI, Guilherme. *Provas no processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 195.

²⁷⁹ MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 471-475.

²⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.* p. 451.

²⁸¹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. OITIVA DA TESTEMUNHA SEM A PRESENÇA DO RÉU. AUSÊNCIA DE NULIDADE. NEGATIVA DE PARTICIPAÇÃO NO INTERROGATÓRIO DO CORRÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA. RECURSO PROVIDO. 1. O artigo 217 do Código de Processo Penal faculta ao juiz a inquirição da vítima ou da testemunha sem a presença do acusado, desde que devidamente representado por seu defensor e aquela manifeste constrangimento para depor em tal circunstância. 2. O devido processo legal, importante cláusula constitucional, congrega feixe de garantias que assegura, materialmente, o justo processo,

Assim, o chamamento deorr u representa mais um instrumento de colabora o no campo do processo penal, o que demonstra que já existe, há algum tempo, campo para o consensualismo no âmbito criminal.

4.3 Colabora o premiada

O instituto da colabora o premiada tem sua origem no chamado “Direito Penal Premial”^{282 283} que surgiu na década de 1970 em decorrência do crescimento do terrorismo político, tendo sido destaque na Itália com as legisla es antitr fico e antimáfia.²⁸⁴

Essas organiza es criminosas vêm se mostrando cada vez mais densas e complexas, com incalculáveis riscos e danos aos países, enquanto os instrumentos comuns da persecu o penal cada vez mais ineficientes para atingi-las.²⁸⁵ Nesse contexto, surge a delata o premiada

daí defluindo o fundamento para se estabelecer a franca possibilidade da participa o do advogado em interrogatório de réu diverso daquele que defende. 3. Recurso parcialmente provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp n  1181015/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, 19 de março de 2013, DJe 26/03/2013

²⁸² “Este agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración com las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado.” GARCIA DE PAZ, Isabel Sacnchez apud LIMA, Marcio Barra. *A colabora o premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio   atividade estatal de persecu o penal*. p. 289 in *Garantismo Penal Integral*, CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (Org.), Bahia: Juspodium, 2013.

²⁸³ “O direito penal premial engloba, portanto, a colabora o premiada, o arrependimento eficaz, a desistência voluntária, a confissão, o arrependimento posterior e os demais institutos que disponibilizam um pr mio (benefício) de acordo com o comportamento do acusado/imputado”. MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. *A colabora o premiada: um braço da justiça penal negociada*. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, ano X, n  60, p. 39.

²⁸⁴ LIMA, Marcio Barra. *A colabora o premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio   atividade estatal de persecu o penal*. p. 286-287 in *Garantismo Penal Integral*, CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (Org.), Bahia: Juspodium, 2013.

²⁸⁵ BALLAN JUNIOR, Octahydes; VASCONCELLOS, S ya L lia Lins de. *Colabora o Premiada: instrumento para efetiva o da política criminal brasileira*. In *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n  70, p. 711-736, fev/mar 2006, p. 44.

como instrumento efetivo de combate a essas redes de criminalidade, em especial o terrorismo, e, aos poucos, esse instituto projeta-se para o direito penal comum.²⁸⁶

Em especial, destaca-se a potencialidade de que a delação premiada permita que determinadas classes sociais e determinados crimes, que sempre foram “resguardados” do poder punitivo, possam sofrer a devida repressão por parte do Estado.²⁸⁷

A colaboração premiada, em si, pode ser conceituada como

toda e qualquer espécie de colaboração com o Estado, no exercício da atividade de persecução penal, prestada por autor, coautor ou partícipe de um ou mais ilícitos penais, relativamente ao(s) próprio(s) crime(s) de que tenha tomado parte ou pertinente a outro(s) realizado(s) por terceiros, não necessariamente cometidos em concurso de pessoas, objetivando, em troca, benefícios penais estabelecidos em lei.^{288 289}

A colaboração premiada pode ser definida como um negócio jurídico, estando presentes todos os seus requisitos, quais sejam: (i) as partes (o delegado²⁹⁰ acompanhado do Ministério Público ou Ministério Público e o acusado); (ii) a exteriorização da vontade do Ministério Público e do acusado em colaborar; (iii) a disponibilidade das partes acerca dos efeitos do acordo celebrado. Importante ressaltar que o benefício decorrente do acordo é individual, ou seja, em havendo mais de um réu, somente o colaborador será beneficiado.

Para o ato de delação, precisariam concorrer dois requisitos: a voluntariedade e a presença do defensor e do Ministério Público. A vontade deve ser livre, sem qualquer coação, sendo o colaborador devidamente assistido pela defesa técnica. Esses são os requisitos

²⁸⁶ PENTEADO, Jacques de Camargo. *Delação Premiada*. In Revista dos Tribunais. vol. 848, p. 711-736, junho de 2006, p. 1 (versão digital).

²⁸⁷ BALLAN JUNIOR, Octahydes; VASCONCELLOS, Sóya Lélia Lins de. *Colaboração Premiada: instrumento para efetivação da política criminal brasileira*. In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 70, p. 711-736, fev/mar 2006, p. 46.

²⁸⁸ LIMA, Marcio Barra. *A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal*. p. 291 in Garantismo Penal Integral, CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (Org.), Bahia: Juspodium, 2013.

²⁸⁹ “A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são negócios jurídicos processuais despenalizadores, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do colaborador”. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 1ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 29.

²⁹⁰ Bitencourt e Busato entendem que o delegado não deveria ser considerado parte, pois se tornaria um sujeito processual. Porém Fredie Didier Jr. afirma que o delegado é o responsável pela investigação e utiliza a sua capacidade negocial para a investigação e colheita de provas. DIDIER Jr, Fredie, BONFIM, Daniela. *Colaboração premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil*. In Civil Procedure Review, v. 7, n. 2, may-aug, 2016, p. 146-147.

intrínsecos ao ato.²⁹¹ Registre-se, por oportuno, que ser voluntário não representa, necessariamente, ser espontâneo, não havendo óbices a que o membro do *parquet* proponha a colaboração, respeitada, sempre, a integridade física e psicológica do acusado.²⁹²

No que tange a critérios formais, é preciso que essas manifestações sejam reduzidas a termo, além de se respeitar, por analogia, as exigências para o interrogatório do acusado (CPP, art. 185 e ss.).

Em um primeiro momento, cumpre ao magistrado realizar um juízo de legalidade da avença, aceitando-a caso observadas as exigências de regularidade legalmente exigíveis.²⁹³ Analisa-se tão somente a compatibilidade entre o acordo das partes e a legislação vigente.²⁹⁴

Indo adiante, para que possa produzir efeitos no direito material, interferindo, por exemplo, na punibilidade do imputado, as informações fornecidas devem apresentar resultado probatório relevante. Nessa ocasião, será aferida, judicialmente, a efetiva utilidade e importância dos elementos trazidos por meio da delação, ou seja, se ela, de fato, possui idoneidade probatória e material.²⁹⁵

Até a entrada em vigor da Lei 12.850/2013, a doutrina divergia acerca da possibilidade de uma sentença de condenação ser expedida com base apenas no conteúdo do depoimento do colaborador.²⁹⁶ Por outro lado, não se pode dizer que a mesma não teria qualquer valor processual, funcionando como *notitia criminis*, por exemplo, nos casos em que não estiverem

²⁹¹ ESSADO, Tiago Cintra. *Delação premiada e idoneidade probatória*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 101, p. 203-227, mar-abr, 2013, p. 5 (versão digital).

²⁹² PENTEADO, Jacques de Camargo. *Delação Premiada*. In Revista dos Tribunais. vol. 848, p. 711-736, junho de 2006, p. 8 (versão digital).

²⁹³ ESSADO, Tiago Cintra. Op. cit., p. 7-9 (versão digital).

²⁹⁴ Isso restou decidido no bojo do julgamento da PET 7074, em 29 de junho de 2017, acórdão ainda não publicado, em que se fixou a tese de que há “i) a atribuição do Relator para, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se limita ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença (...); ii) a competência colegiada do Supremo Tribunal Federal, em decisão final de mérito, para avaliar o cumprimento dos termos bem como a eficácia do acordo (...)”.

²⁹⁵ ESSADO, Tiago Cintra. Op. cit., p. 6-10 (versão digital).

²⁹⁶ “A questão a ser aprofundada é se essas declarações podem, por si só, desvirtuar o estado constitucional de inocência do acusado ... a quase totalidade das obras e posicionamentos doutrinários consultados não admitem que este elemento de prova tenha a força de, isoladamente, sustentar decreto de condenação”. PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. In Revista da Ajuris, ano XXXV, nº 111, set 2008, p. 96.

cumpridos todos os requisitos.²⁹⁷ Certo é que os fatos narrados pelo colaborador devem ser corroborados por outros meios probatórios para que possam ser utilizados como instrumento para condenação dos acusados.^{298 299}

Importante ressaltar a respeito da colaboração premiada, que o colaborador não pode invocar o direito ao silêncio e não somente porque, quando do acordo com o promotor renunciou ao mesmo, mas sim, e mais importante, por ser parte interessada na solução do conflito.³⁰⁰ Além disso, para que as informações obtidas sejam válidas no âmbito processual, devem ser submetidas ao contraditório, dando direito a defesa às partes mencionadas na colaboração de produzir prova contrária aos fatos apresentados pelo colaborador.

²⁹⁷ “O efeito de mera comunicação de crime é admitido quando não estiverem configurados os requisitos do instituto da colaboração premiada pelo fato, por exemplo, de o acusado se afirmar inocente, excluindo-se de atuação no fato delituoso ou conjunto subjetivo dos membros de quadrilha ou organização criminal. Também terá eficácia de mera *notitia criminis* as declarações do colaborador processual que não estiverem corroboradas por outros dados externos”. PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual* (delação premiada). In Revista da Ajuris, ano XXXV, nº 111, set 2008, p. 97.

²⁹⁸ Ao tratar do *common law*, o autor afirma que “a partir da segunda metade do século XX, a maioria dos estados passou a editar estatutos (*accomplice evidence statute*) incluindo a necessidade de o magistrado instruir o júri dos perigos da condenação com base em informação de co-autor não corroborada. Esses estatutos consignam a impossibilidade de condenar com base somente em testemunho de cúmplice. No entanto a legislação federal americana carece de regulação e a jurisprudência federal, ainda que em diversas oportunidades tenha se orientado no sentido de exigir a *corroboration*, há recentes decisões admitindo que o testemunho de colaborador pode constitucionalmente fornecer fundamento exclusivo para a condenação”. Já no sistema do *civil law*, na Itália, “Na vigência do código de 1930 as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais tinham a nota da discordância, oscilando posições de maior rigorismo, que viam na colaboração de arrependido mera *notitia criminis*, a decisões que afirmavam a eficácia probatória plena das declarações dos *pentiti*, chegando a ser considerada a ‘rainha das provas’ em um período de emergência penal no combate às organizações de tipo mafioso”. *Ibid.*, p. 99-100.

²⁹⁹ Para averiguar a credibilidade das informações apresentadas pelos delatores, a corte de cassação italiana estabeleceu um percurso em três fases: “(a) em primeiro lugar, deve-se verificar a credibilidade do declarante através de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo de sua colaboração; (b) posteriormente, analisa-se a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; (c) por último, valora-se a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração”. D’AMBROSIO, Loris apud BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada no Brasil e na Itália uma análise comparativa*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vo. 88/2011, p. 225-269, jan-fev/2011, p. 05.

³⁰⁰ “... a sua recusa em responder às perguntas da defesa terá efeitos sobre a medida dos elementos de corroboração que o magistrado deverá levar em consideração ao aferir a prova de incriminação destinada a desfazer a presunção de inocência, além, é claro, de poder refletir no grau de redução da pena ao delator. Por certo que as perguntas da defesa às quais o delator negou-se a responder terão que ter pertinência com o objeto da apuração, e das informações prestadas pelo declarante, destinando-se a afastar a imputação feita pelo colaborador; do contrário bastaria que a defesa fizesse uma série de indagações sem pertinência direta com o objeto da delação concreta ao defendente para retirar efeitos da colaboração processual ante o silêncio do delator. Caberá ao juiz, no caso concreto, aferir essas circunstâncias e a recusa do colaborador em responder, para extrair os efeitos daí advindos à força probante da delação e ao prêmio ao colaborador”. PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, p. 107.

Diferencia-se do chamamento de corr eu, uma vez que este   uma atividade colaborativa ocorrida apenas na fase judicial e sem reconhecimento de culpa. A delac o pode ocorrer na fase pré-processual, durante o processo ou mesmo após o trânsito em julgado,³⁰¹ sendo imprescindível que seja acompanhada pela confissão.^{302 303}

Em rela o   colabora o processual em sentido estrito, a diferencia o, primordialmente, envolve a natureza dos benefícios concedidos. Eles podem assumir caráter mais amplo na delac o, enquanto na colabora o processual *stricto sensu*, como decorre do próprio nome, as vantagens auferidas são restritas a medidas de natureza processual.³⁰⁴

Registre-se, entretanto, a existência de posicionamento para o qual a delac o premiada nada mais   que um chamamento de corr eu, quando se revelam integrantes do concurso de pessoas, ou uma confissão, quando se revelam bens, direitos objetos de uma ilicitude penal.

Seja como for, em comum têm que, todas devem ser confirmadas, em juízo, por outros elementos de convic o que lhes confirmam o caráter de certeza, para que possam ser devidamente aproveitadas. Essa confirma o   essencial para que esses institutos colaborativos não impliquem sacrifícios de direitos fundamentais ou acabem desacreditando o Poder Judiciário.³⁰⁵

³⁰¹ Nesse sentido: PENTEADO, Jacques de Camargo. *Delac o Premiada*. In Revista dos Tribunais. vol. 848, p. 711-736, junho de 2006, p. 10 (versão digital).

³⁰² ESSADO, Tiago Cintra. *Delac o premiada e idoneidade probatória*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 101, p. 203-227, mar-abr, 2013, pp. 2-3 (versão digital). Ainda que se possa sustentar que não   necessária a confissão, mas a mera conexão com o que se delata, cf. ESSADO, Tiago Cintra. *Delac o premiada e idoneidade probatória*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 101, p. 203-227, mar-abr, 2013, p. 4 (versão digital).

³⁰³ Segundo Diez, “a declara o de colaborador no processo penal não se pode considerar *stricto sensu* nem confissão e nem puro testemunho. E isso basicamente porque a primeira requer que os fatos confessados prejudiquem a quem realiza a declara o e não a um terceiro (...). Mas, por outro lado, tampouco cabe a sua qualifica o como pura prova testemunhal, já que o genuíno testemunho   o que procede de uma verdadeira testemunha, quer dizer, de um terceiro alheio ao objeto do processo, e não de quem   um imputado nele e, portanto, sujeito interessado”. DIEZ, Manuel Quintanar apud PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colabora o processual* (delac o premiada). In Revista da Ajuris, ano XXXV, n  111, set 2008, p. 106.

³⁰⁴ ESSADO, Tiago Cintra. Op. cit., p. 3 (versão digital).

³⁰⁵ PENTEADO, Jacques de Camargo. Op. cit., p. 4 (versão digital).

Em nosso ordenamento jurídico, a delação premiada foi inicialmente prevista na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)^{306 307}, e, enquanto parte da doutrina celebra a possibilidade de aplicação de um instituto que dificulta o crescimento da criminalidade tornando mais fácil a identificação e, conseqüentemente, a responsabilização dos autores dos crimes, há doutrinadores que entendem que tal instituto desvirtua os princípios penais e celebra a traição.

Argumenta-se que essa forma de colaboração desvirtua a dogmática penal garantista e o princípio da culpabilidade para, a partir de uma ótica utilitarista, privilegiar a punição a qualquer custo.

Além disso, seria uma ferramenta de processos tipicamente arbitrários, como ocorria no Código Filipino e nos Tribunais do Santo Ofício, por meio de uma grande pressão estatal sobre o indivíduo.³⁰⁸

Mesmo com as críticas, após a Lei de Crimes Hediondos, outros dispositivos foram inseridos em textos legais apresentando causas especiais de diminuição de pena em casos de colaboração premiada. Contudo, o instituto não era muito aplicado, vez que não havia qualquer regramento acerca da proteção do delator. Para sanar tal situação, a Lei 9.807/99 trouxe a organização de programas especiais de proteção a testemunhas, vítimas ou acusados que tenham, voluntariamente, colaborado para a investigação.

Seguindo na evolução da aplicação do Direito Penal Premial, a Lei 10.149/2000 que alterou a Lei 8.884/94 e trouxe o acordo de leniência, instituto específico para aplicação nos crimes contra a ordem econômica. A Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas) traz também a possibilidade de aplicação da delação premiada para a redução da pena.

³⁰⁶ Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

³⁰⁷ “... nessa primeira norma introduzida no país, prevendo a delação premiada, o legislador fez a opção por um rol taxativo das hipóteses contempladas com a possibilidade de diminuição da reprimenda ... à época, restou bastante clara a característica de excepcionalidade da concessão do beneplácito. De qualquer forma, a aplicação do benefício, além de restar limitada aos casos mencionados na lei (crimes hediondos, tortura ou terrorismo), dependeria ainda do grau de conhecimento do delator sobre as atividades da quadrilha, pois caso um participante de quadrilha ou bando que cometesse algum crime hediondo não tivesse informações que pudessem levar ao desmantelamento, obviamente não poderia ser alcançado pelo benefício legal da redução da pena, o que, atualmente, resta sufragado, pois leis posteriores ampliaram as possibilidades de concessão dos prêmios legais pela delação.” BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada no Brasil e na Itália uma análise comparativa*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vo. 88/2011, p. 225-269, jan-fev/2011, p. 10.

³⁰⁸ TASSE, Adel El. *Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval*. In Ciências Penais. vol. 5, p. 269-283, jul-dez, 2006, p. 2-5 (versão digital).

Ela pode, ainda, ser encontrada no artigo 159, §4º do CP, com a redação dada pela Lei 9.269/96, de possibilidade da colaboração para o coautor ou partícipe do crime de sequestro que entregar os demais responsáveis pelo fato delituoso. No âmbito dos crimes financeiros, há dispositivo similar incluído pela Lei 9.080/1995 no art. 25, §2º da lei 7.492/1986, sendo a mesma ideia também encontrada nos crimes contra a ordem tributária (lei 8.137/1990, art. 16, par. un.).

A colaboração na lavagem de dinheiro também pode trazer benefícios específicos, podendo chegar, até mesmo, no perdão judicial, conforme regulado na Lei 9.613/1998, art. 1º, §5º com redação dada pela lei 12.683/2012.

Apesar de seu crescente aparecimento nas legislações, o instituto da colaboração premiada ainda gera muitas divergências, que têm como base três correntes: i) aqueles que a criticam afirmam que a concessão de prêmios ao delator caracteriza a indevida inserção de mecanismos de uma legislação de emergência³⁰⁹ no sistema normativo, em que os fins políticos justificariam os meios, não estando plenamente baseada nos meios legais, nem respeitando os limites do Estado Democrático de Direito, como para Ferrajoli³¹⁰, atacando-se o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência³¹¹; ii) aqueles que a defendem alegam que a utilização da colaboração premiada decorre da necessidade de sua aplicação, uma vez que não seria possível obter tal prova através dos outros meios previstos em lei³¹² e utilizados na persecução penal tradicional, além do intuito de romper a solidariedade existente nas organizações criminosas; iii) aqueles que ficam entre as duas correntes anteriores atestam que

³⁰⁹ “o conjunto de providências adotadas para garantir uma maior eficiência da repressão criminal e representa uma mutação das regras e dos princípios informadores do Direito Penal e Processo Penal. CHOUKR, Fauzi Hassan apud LIMA, Marcio Barra. *A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal*. p. 291 in *Garantismo Penal Integral*, CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (Org.), Bahia: Juspodium, 2013, p.295.

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi apud Ibid. p. 296.

³¹¹ TASSE, Adel El. *Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval* in *Ciências Penais*. vol. 5, p. 269-283, jul-dez, 2006, pp. 5, 6 e 8 (versão digital).

³¹² “O fortalecimento do poder investigativo do Estado representa mais do que simplesmente implementar, no sistema jurídico brasileiro, instituições de direito alienígena, as quais quebram a racionalidade própria do sistema de direitos e garantias constitucionais. Assim, não parece razoável que a melhora do poder persecutório possa decorrer da ideia simplista de terceirizar ao acusado supostamente arrependido, ao qual se oferece um benefício, a obrigação de produzir elementos de prova que o aparato estatal não é capaz de fazer... O aparato policial tem a obrigação de, por si próprio, valer-se de meios legítimos para a consecução satisfatória de seus fins não sendo necessário, portanto, que uma lei ordinária use do prêmio ao delator (*crownwitness*), como expediente facilitador da investigação policial e da efetividade da punição.” SARCEDO, Leandro. *A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 27, Jan-Jun 2011, p. 4.

a colaboração premiada objetiva trazer mais eficiência ao processo penal sem perder o garantismo.³¹³

A principal crítica dos doutrinadores ao instituto da colaboração premiada seria a que o mesmo impõe o abandono da ética^{314 315 316} por aquele que delata os fatos e os companheiros. Em um ponto extremado, o descuido ético poderia representar uma punição a qualquer preço, sem a aptidão de prevenir a criminalidade, ou mesmo se cometer infrações ainda mais graves para combater o crime, em evidente paradoxo.³¹⁷ Contudo, como argumenta Pacelli, “a revelação da existência de um crime é exatamente a revelação de uma conduta contrária à ética e ao Direito”.³¹⁸ Além disso, haveria um resgate do padrão ético mínimo do criminoso em colaborar com a justiça criminal.³¹⁹

³¹³ LIMA, Marcio Barra. Op. cit., p. 294-298.

³¹⁴ “Não se pode admitir, eticamente, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, “dedure” seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, um pacto criminoso, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Estamos, na verdade, tentando falar da imoralidade, da postura assumida pelo estado nesse tipo de premiação”. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração Delação Premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 22.

³¹⁵ “Em que pesem as críticas de ordem ética de alguns doutrinadores que salientam que o instituto premia o traidor, não nos parecem justas as contestações ao tema, sob o ponto de vista da sistemática processual, posto que a sua aplicação, sem sombra de dúvida, leva à exata descoberta da verdade real, permitindo a persecução penal com relação a traficantes e às suas quadrilhas, com vista à reclamada aplicação da lei penal, pelo que o resultado da colaboração, como é evidente, leva à aplicação de preceitos básicos da legislação penal e processual penal, figuras básicas da legalidade e da democracia.” TEOTONIO, Paulo José Freire, NICOLINO, Marcus Tulio Alves. *O Ministério Público e a colaboração premiada*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano 4, nº 21, ago-set 2003, p. 34.

³¹⁶ “Antes do pacto entre criminosos, há o pacto social que norteia a convivência comunitária. O criminoso rompeu com este pacto social e vive na clandestinidade, criando regras próprias que norteiam o estilo de vida criminoso. O delinquente, que insiste em viver suas próprias regras à margem das regras pactuais da sociedade, traiu esse pacto social. Quando esse criminoso resolve reparar a sua traição ao pacto social, rompendo com o silêncio do pacto criminoso (moralmente injustificável), nada mais está fazendo do que contribuir para que o pacto social (moralmente justificável) seja restabelecido. Ainda que se entenda que esse criminoso cometeu uma dupla traição (inicialmente, traiu o pacto social; e depois, o pacto criminoso), sua última suposta traição acaba trazendo grandes benefícios para a sociedade. Cotejando a fidelidade pactual, indubitavelmente, o pacto social sobrepõe moral, ética e juridicamente o pacto criminoso, de sorte que o rompimento do silêncio do pacto criminoso não pode ser visto como uma traição, mas, sim, como um restabelecimento do pacto social”. MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. *A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, ano X, nº 60, p. 43.

³¹⁷ PENTEADO, Jacques de Camargo. *Delação Premiada*. In Revista dos Tribunais, vol. 848, p. 711-736, junho de 2006, p. 5 (versão digital).

³¹⁸ LIMA, Marcio Barra. *A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal*. p. 296 in Garantismo Penal Integral, CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (Org.), Bahia: Juspodium, 2013, p.305.

³¹⁹ BALLAN JUNIOR, Octahydes; VASCONCELLOS, Sóya Lélia Lins de. *Colaboração Premiada: instrumento para efetivação da política criminal brasileira*. In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 70, p. 711-736, fev/mar 2006, p. 47.

Outra crítica apresentada é a de que a delação premiada não pode ser tomada como a principal metodologia da investigação criminal de um país, deixando-se de investir e trabalhar para encontrar soluções para os problemas enfrentados pelos órgãos investigatórios e persecutórios. Como diz Sarcedo: “um sistema processual penal que dependa primordialmente da confissão acabará se tornando, com o passar do tempo, menos confiável e mais sujeito a abusos”.³²⁰

Apesar das críticas anteriormente enumeradas, a doutrina consegue ressaltar inúmeros argumentos para a importância do instituto da colaboração premiada, como, por exemplo, que os meios probatórios clássicos não conseguem elucidar a totalidade dos crimes atuais, devendo ser sempre renovados e incorporadas novas técnicas investigativas, bem como que o Estado deve utilizar-se de todas as formas possíveis para garantir efetivamente a paz social e os direitos fundamentais da coletividade.³²¹

Com relação ao método de aplicação da delação premiada, ressalta-se que o Ministério Público não pode deixar de oferecer a ação penal, bem como uma vez que o acordo é firmado entre o delator e o *Parquet*, sem a presença do Poder Judiciário, cabe ao magistrado analisar a minuta e altera-lo ou não aceita-lo. Se, contudo, o acordo estiver conforme a legislação e preenchidos todos os seus requisitos, deverá o juiz homologá-lo.^{322 323} Diante de tal afirmativa,

³²⁰ SARCEDO, Leandro. *A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 27, Jan-Jun 2011, p. 2-6.

³²¹ PEREIRA, Frederico Valdez apud ARQUES, Antonio Sergio Peixoto. *A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, ano X, nº 60, p. 53.

³²² A homologação da colaboração premiada é pressuposto de eficácia da mesma, pois caberia ao órgão jurisdicional a análise dos fatos e a aplicação das consequências penais punitivas. DIDIER Jr, Fredie, BONFIM, Daniela. *Colaboração premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil*. Civil Procedure Review, v. 7, n. 2, may-aug, 2016, p. 159.

³²³ “Os acordos (*agrément*s) são submetidos ao juiz que, ainda que tenha o poder de não os aceitar e, inclusive, de suspender o cumprimento da condenação mediante certas condições por um determinado período de tempo (*probation*), se limita, sistematicamente, a homologá-los. Nem sempre são asseguradas as garantias enunciadas. Na prática, como regra, essas modalidades de reconhecimento de culpabilidade são efetuadas com um simples preenchimento de um formulário. Caso não seja aceita pelo juiz, a declaração e culpabilidade não pode ser considerada na sentença. Inclusive, permite-se que o acusado retire sua declaração de culpabilidade. Ademais, os acordos unicamente são revogáveis pela ocorrência de vícios de vontade do imputado, o que se interpreta restritivamente.” GIACOMOLLI, Nereu Jose. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.

conclui-se que a transação ocorre sobre o direito material e não sobre o direito processual.³²⁴
325 326

Entretanto, é forçoso se reconhecer que ainda pendem muitas controvérsias sobre o alcance dos “prêmios” que podem ser conferidos pelo Ministério Público. Há quem sustente que, se presentes os requisitos para o perdão judicial, o MP pode requerer o arquivamento com fulcro na ausência de interesse de agir para deflagrar a persecução penal.³²⁷

Parece mais adequado, nesse sentido, o entendimento de que a autoridade judiciária deve necessariamente atuar para homologar a avença e conceder eventuais medidas que envolvam extinção de punibilidade.³²⁸

³²⁴ “Fere o devido processo legal porque, em primeiro lugar, uma premissa fundamental é equivocada: o sistema negocial estadunidense (e o inglês) é fundado numa perspectiva eminentemente privada, em face da regência do princípio da oportunidade da ação e disponibilidade do conteúdo do processo. No sistema brasileiro, como se sabe, os princípios regentes são exatamente os opostos: obrigatoriedade e indisponibilidade”. SARCEDO, Leandro. *A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 27, Jan-Jun 2011, p. 6 citando Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. Revista de Estudos Criminais 22/80.

³²⁵ Segundo Andrey Borges de Mendonça: "Trata-se de mitigação ao princípio da obrigatoriedade, estabelecendo-se outra hipótese de discricionariedade regrada. Isso nada tem de novo no ordenamento jurídico, pois além da transação penal, já prevista na Lei 9099/95, há, por exemplo, o acordo de leniência realizado pelo CADE e previsto na Lei 12.529/2011, no qual sequer há previsão expressa de participação do MP ou do Judiciário. Assim, não nos parece haver qualquer inconstitucionalidade nesse acordo, por ser o MP titular exclusivo da ação penal pública, nos termos do art. 129, inc. I, da Constituição Federal. Como corolário, é impossível se impor ao MP, como instituição, que ofereça a ação penal, pois nem mesmo o STF pode impor ao PGR que ofereça denúncia. Se assim é, caso exista decisão institucional de não oferecimento da denúncia, com fulcro no acordo de imunidade, não haverá qualquer afronta ao ordenamento jurídico, desde que assegurado os devidos controles institucionais" MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado* (Lei nº 12.850/2013). In: Custos Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. vol. 4. 2013, p.20.

³²⁶ A colaboração premiada deve ser uma contribuição espontânea por parte do indiciado e ser realizada antes do oferecimento da denúncia. Porém, Paulo Jose Freire Teotonio e Marcus Tulio Alves Nicolino entendem que tal acordo também pode ocorrer durante o processo. “Também durante o trâmite do processo-crime, após, portanto, o oferecimento da denúncia, poderá o acusado ser beneficiado com a não aplicação da pena ou com a sua redução entre um sexto e dois terços. Bastará que faça revelação eficaz acerca dos demais integrantes da organização criminosa ou da localização do produto, da substância ou droga ilícita”. Os autores, porém, ressaltam que nesses casos, os requisitos para aplicação das benesses são um pouco diversos: “Primeiro que essas modalidades de benefício ao colaborador decorrem das revelações que fizer após o oferecimento da denúncia. De qualquer forma, a revelação deve ser eficaz, ou seja, deve produzir efeitos práticos quanto aos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou na localização do produto, substância ou droga ilícita... Por outras palavras, haverá necessidade de a polícia constatar a verossimilhança dos fatos narrados pelo acusado colaborador ou localizar o produto, substância ou droga ilícita ligada à atividade criminosa”. TEOTONIO, Paulo José Freire, NICOLINO, Marcus Tulio Alves. *O Ministério Público e a colaboração premiada*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano 4, nº 21, ago-set 2003, p. 28-29.

³²⁷ ESSADO, Tiago Cintra. *Delação premiada e idoneidade probatória*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 101, p. 203-227, mar-abr, 2013, p. 7 (versão digital).

³²⁸ PENTEADO, Jacques de Camargo. *Delação Premiada*. In Revista dos Tribunais, vol. 848, p. 711-736, junho de 2006, p. 9 (versão digital).

Nesse sentido, na petição 7265, em recente decisão de 14 de novembro de 2017, o Ministro Ricardo Lewandovski fixou que “não é lícito às partes contratantes fixar, em substituição ao Poder Judiciário e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador”. Isso porque o Estado exerce a jurisdição, de forma exclusiva, pelo magistrado.

Além disso, a intermediação do juiz, por meio do processo, é relevante porque, ao fim e ao cabo, pode-se entender que a responsabilidade do colaborador é inferior àquela afirmada ou mesmo inexistente, caso em que o delator deve ser absolvido, negando-se eficácia ao negócio entre as partes.³²⁹

Como fundamentos dessa decisão, o Ministro apresenta, primeiramente, que o artigo 4º da lei 12.850/2013 confere ao juiz a faculdade de aplicar o perdão judicial ou eventual redução de pena. Ainda, pelos ditames constitucionais (CF, art. 5º, LIV e LXI), ninguém pode ser preso sem o devido processo legal e sem ordem da autoridade judiciária, salvo hipótese de flagrante.

Importante registrar, de qualquer forma, que o perdão judicial previsto na lei das organizações criminosas não é exatamente o mesmo instituto previsto no CP, art. 107, IX, já que aquele é unilateral, enquanto este precisa ser discutido e consentido entre o colaborador e o MP, além de aprovado pelo juiz.³³⁰

Regime de pena, por sua vez, seria estabelecido, em normas cogentes, pelos artigos 33 e seguintes do Código Penal e 387 do CPP. Não seria lícita a sua alteração, destarte, por ato de vontade.

Apenas seria permitido ao *parquet*, dentro dos âmbitos de suas atribuições, deixar de oferecer denúncia, se o delator não for chefe da organização e for o primeiro a trazer as informações ao órgão ministerial (lei 12850/13, art. 4º, §4º).³³¹

³²⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; WUNDER, Paulo. *Os benefícios legais da colaboração premiada*, p. 29 (original cedido pelos autores).

³³⁰ *Ibid.*, p. 26.

³³¹ Ressalte-se que, nesses casos, é necessário que a colaboração feita seja, de pronto, eficaz e efetiva, ou que se suspenda a sua fruição até a real efetividade, dado que “a concessão deste benefício (deixar de oferecer denúncia) com eficácia e efetividade da colaboração pendentes, ou seja, ainda não plenamente demonstradas e sujeitas a condições futuras, tendo em vista que avaliar, apenas na sentença, a eficácia e a efetividade deste acordo, seria permitir que o colaborador pudesse mentir, enganar a Justiça e ganhar muito tempo até que eventualmente fosse descoberta a inutilidade do seu relato, sendo que a sua punição seria, no máximo, ser denunciado tempos depois PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; WUNDER, Paulo. *op. cit.*, p. 19 (original cedido pelos autores).

Na mesma decisão, ainda acerca de benefícios que podem ser oferecidos, rechaçou-se a possibilidade de suspensão contratual do processo penal e da prescrição. Do mesmo modo, não se aceitou a renúncia antecipada ao direito de não autoincriminação e de apresentar recursos.

De acordo com a Lei do Crime Organizado, enquanto estiver ocorrendo a investigação, o acordo de colaboração permanecerá em sigilo, sendo o mesmo quebrado após o recebimento da denúncia. Deve-se analisar, contudo, as características da situação fática com o fim de preservar a integridade física do delator e de sua família. Antes de tal regramento, doutrinadores defendiam o total sigilo do acordo, sustentando que o mesmo só deveria vir a público caso o delator fosse formalmente ouvido no processo, enquanto que outra parte da doutrina era veementemente contra o sigilo, afirmando que o mesmo feriria normas constitucionais.³³²

Informação relevante a respeito da colaboração premiada é a possibilidade de retratação, como afirma a legislação sobre o tema.³³³ Contudo, os autores divergem quanto ao momento de tal retratação: enquanto uns afirmam que a mesma pode ocorrer mesmo após a homologação, há uma segunda corrente que entende que pode ocorrer a retratação após a celebração do acordo, mas antes da homologação e, ainda, um terceiro entendimento que sustenta que a retratação somente poderia ocorrer na proposta, ou seja, antes de formado o negócio.³³⁴

Contudo, ainda que haja a retratação, ressalta a Lei que as provas colhidas poderão ser utilizadas, em face de terceiros, ressalvada a figura do colaborador, regra que decorre de interpretação a *contrario sensu* do art. 4º parágrafo 10º.

No âmbito do processo penal, cabe ao juiz avaliar não apenas a capacidade civil propriamente dita (art. 104, I, do CC), mas também assegurar que não houve violação a ampla defesa, considerando a defesa técnica e pessoal, sendo-lhe facultado, inclusive, ouvir o colaborador para confirmar a voluntariedade da sua cooperação (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850), bem como para avaliar se a defesa técnica está efetivamente exercendo o seu papel na orientação jurídica e se estão ausentes as causas de invalidade do negócio jurídico, previstas nos arts. 166,

³³² MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. *A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, ano X, nº 60, p. 56.

³³³ Art. 4º § 10. “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

³³⁴ DIDIER Jr, Fredie; BONFIM, Daniela. *Colaboração premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controla da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil*. Civil Procedure Review, v. 7, n. 2, may-aug, 2016, p. 160.

167 e 171 do Código Civil.

Importante dizer também que não há no ordenamento jurídico qualquer regramento acerca da estabilidade dos acordos de colaboração premiada, apesar de ser necessário um sistema de controle das decisões homologatórias. Assim, apesar de não haver um regramento próprio, é consenso de que pode o terceiro, prejudicado pela delação requerer a nulidade do acordo pela ausência de algum de seus pressupostos de validade, por meio de ação autônoma, como o habeas corpus e o mandado de segurança. Nesse caso, entende Didier que a regra do art. 4º §10º da Lei 12.850/2013 não poderia ser aplicada.³³⁵

Há divergências com relação à natureza jurídica do instituto da colaboração premiada em nosso direito processual penal. Ela é entendida como: a) fonte de prova, pois através dela chega-se a pessoas e coisas que geram provas, como, por exemplo, a testemunha do acidente; b) meio de prova, ou seja, a forma como a prova será introduzida no processo, sendo, no caso, o depoimento da testemunha; c) meio de obtenção de prova, sendo o meio que gera acesso a tais provas, como no caso da interceptação telefônica.³³⁶

O melhor enquadramento³³⁷ para a delação premiada parece ser justamente esse último, de meio de obtenção de prova.³³⁸ A colaboração, em si, é neutra, podendo tanto contribuir para

³³⁵ O autor defende que não seria possível a utilização das provas obtidas na delação, pois: a norma deve ser interpretada restritivamente, ou seja, somente com a retratação, expressamente mencionada, poder-se-ia utilizar as provas e com a invalidação, o ato homologado perde a sua eficácia. DIDIER Jr, Fredie; BONFIM, Daniela. *Colaboração premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil*. Civil Procedure Review, v. 7, n. 2, may-aug, 2016, p. 178.

³³⁶ MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. *A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, ano X, nº 60, p. 40-41.

³³⁷ ESSADO, Tiago Cintra. *Delação premiada e idoneidade probatória*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 101, p. 203-227, mar-abr, 2013, p. 3 (versão digital).

³³⁸ Assim tem entendido o STF. Veja-se: EMENTA Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre

a atividade estatal, quanto não produzir qualquer resultado relevante no bojo do processo. Por isso, a caracterização como meio de obtenção de prova apresenta-se como a mais adequada.³³⁹

Isto é, a delação não é, em si, um elemento instrutório, “mas apenas o canal pelo qual essa prova pode ser atingida”,³⁴⁰ necessário especialmente em casos de investigações complexas em organizações criminosas.

Incumbe se destacar que, mesmo após submetida ao contraditório e apurada a sua utilidade, diante do artigo 4º, §16 da lei 12850,³⁴¹ a palavra do delator não assume a eficácia plena de prova, porque apenas pode sustentar uma condenação se corroborada por demais elementos constantes dos autos.³⁴²

5. CONVENÇÕES PROCESSUAIS COMO EXPRESSÃO DE CONSENSUALISMO. POSSÍVEL APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL.

Como abordado no capítulo anterior, o consensualismo se manifesta, há muito tempo, de forma diversas no âmbito do processo, em geral. Mesmo no processo penal, conforme vimos,

os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada (...). 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. (...). 12. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, 27 de agosto de 2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

³³⁹ ESSADO, Tiago Cintra. *Delação premiada e idoneidade probatória*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 101, p. 203-227, mar-abr, 2013, p. 4 (versão digital).

³⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; WUNDER, Paulo. *Os benefícios legais da colaboração premiada*. p. 7 (original cedido pelos autores).

³⁴¹ Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

³⁴² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; WUNDER, Paulo. op. cit.. 10-12 (original cedido pelos autores).

não é possível excluir de forma categórica e definitiva todo o espaço para a atuação da autonomia da vontade.³⁴³

No passado, essa discussão era ignorada pela maior parte da doutrina processualista, nada obstante algumas previsões específicas do Código de 1973 que poderiam deflagrar debate sobre o tema.³⁴⁴

A predominância publicista vigente em nossa ordem processual relegou a um plano secundário para a maioria dos autores uma reflexão acerca da importância de se conferir às partes um campo de influência no curso do procedimento, dado que elas são as maiores interessadas no seu resultado.³⁴⁵

Contudo, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, a matéria ganha novos contornos, em especial com a consagração expressa na legislação de um amplo espaço para as convenções processuais³⁴⁶, ou seja, de negócios jurídicos firmados pelas partes de modo a promover determinadas alterações no rito seguido. Parte dessa mudança é decorrente dos novos princípios de cooperação³⁴⁷ e colaboração das partes trazidos ao ordenamento pelo novo CPC e da crise de credibilidade que o Poder Judiciário vem sofrendo, sendo necessário reinstaurar o equilíbrio no âmbito processual entre as partes e o magistrado.³⁴⁸

³⁴³ “Em verdade, as convenções processuais não se voltam a pôr fim ao conflito; destinam-se tão somente a regulamentar as “regras do jogo” conforme seja acordado pelas partes. Funcionam como o “instrumento do próprio instrumento”, ou de modo referido anteriormente, em via integrativa, metaprocessual, tendo em vista que representam acordos sobre os atos processuais das partes para a modificação do procedimento ou de suas situações jurídicas processuais, não com vistas à disposição do direito material, mas do direito processual.” VIDAL, Ludmilla Camachi Duarte. *Convenções processuais: do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle*. 2017. Tese (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 88.

³⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In Temas de direito processual, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87.

³⁴⁵ GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. In MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290.

³⁴⁶ Para Ludmilla Vidal, as convenções processuais podem ser classificadas, de acordo com o momento de sua celebração, como: “prévias (pré-processuais, antecedentes) ou incidentais (concomitantes, interlocutórias), vale mencionar, realizadas quando há litispendência – ajustadas, por exemplo, no escritório do advogado de uma das partes –, ou ainda na expectativa de que, na hipótese de ser instaurado um litígio sobre determinável situação envolvendo a relação jurídica formada pela negociação, este será regido por um regramento diverso daquele previsto na legislação.” VIDAL, Ludmilla Camachi Duarte. Op. cit., p. 127.

³⁴⁷ “Teixeira de Sousa anota que a cooperação traz deveres tanto às partes quanto ao juiz. Para os litigantes, sobressaem as obrigações de esclarecimento e de litigância de boa-fé; já em relação ao magistrado, impõe-se a observância de série de poderes-deveres, ou deveres funcionais, a saber: esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio”. SOUSA, Miguel Teixeira de. apud Ibid.

³⁴⁸ “A propósito, é preciso ressaltar que, enquanto um método adequado, embora não seja seu objetivo dar uma solução final ao conflito, mas regulamentar as “regras da partida”, os acordos processuais podem propiciar o

Vale ressaltar que, entre nós, as convenções processuais, são importante instrumento de acesso à justiça, em especial por dois motivos: i) representam uma terceira via para a solução dos conflitos, além do regime rígido da legislação e do procedimento, ainda novo e pouco utilizado, da arbitragem que dispense um alto custo, além de não possuir métodos de coercibilidade; ii) permitem uma maior flexibilização do procedimento ao litígio que pretende solucionar, mediante maior concessão de poder aos litigantes.^{349 350}

Reconheceu-se, assim, expressamente, no âmbito cível, que os sujeitos parciais, como destinatários da prestação jurisdicionais, são os mais aptos a conformar o rito às necessidades do caso concreto, sem prejudicar as finalidades do processo de assegurar a paz social e a ordem pública.^{351 352}

Nesse contexto, os negócios jurídicos processuais, segundo Leonardo Greco, são “todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes”.³⁵³ O professor registra, ainda, que a convenção pode se caracterizar pela sede do ato – em juízo – ou pela sua qualidade de promover efeitos para o processo.

resgate de credibilidade da sociedade perante o Poder Judiciário, na medida em que conflito se desenvolverá em sintonia com os anseios dos cidadãos em litígio, elevando o grau de legitimação das decisões judiciais”. VIDAL, Ludmilla Camachi Duarte. *Convenções processuais: do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle*. 2017. Tese (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 74.

³⁴⁹ “Na realidade, o princípio democrático, em coordenação com esses fatores e, principalmente, em consonância com o princípio dispositivo em sentido processual ou princípio do debate, desvenda a possibilidade sobre a estruturação dos atos processuais para as partes adequarem o procedimento de acordo com suas reais necessidades ou conformarem as suas posições jurídicas processuais. No processo, a autonomia se revela pelo princípio dispositivo, e desconsiderá-la representa violação ao núcleo essencial deste”. *Ibid.*, p. 142.

³⁵⁰ “Eis a tônica das convenções processuais: adaptar (princípio da adaptabilidade) o procedimento, adequando-o (princípio da adequação) à melhor tutela pela qual clamam as especificidades do caso sub judice. Flexibilizando-se o procedimento, torna-se mais fácil garantir uma prestação jurisdicional efetiva e concretamente justa, apta, pois, a conferir aos jurisdicionados a proteção de seus direitos, objetivo primeiro quando de seu acesso ao Poder Judiciário”. *Ibid.*

³⁵¹ GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. In MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 291.

³⁵² “... los litigantes son los que mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie mejor que ellos pueden conocen las pruebas acreditativas de la certeza de sus alegaciones”. PICO I JUNOY, Juan. *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*. p. 07.

³⁵³ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 291.

Apesar de a discussão acerca dessa possibilidade não ser exatamente nova, a previsão aberta do *caput* do artigo 190 do CPC/2015³⁵⁴ incrementou sobremaneira os debates sobre o conteúdo e o alcance que tais acordos podem ter sobre o procedimento. Convém, portanto, analisarmos as convenções, suas características conferidas pela legislação cível e a verificação acerca da possibilidade de sua aplicação para a esfera processual penal.

5.1 As convenções processuais: breve histórico no âmbito cível

É comum a constatação de que o direito processual civil brasileiro assumiu, ao longo do século XX, um caráter eminentemente publicista, o que impactou nas grandes legislações editadas naquele século em nosso país: o CPC de 1939 e o CPC de 1973.³⁵⁵

Sem adentrarmos, novamente, no ponto abordado no capítulo 3, é importante frisar que, no publicismo, são priorizados os poderes do magistrado, relegando às partes uma importância secundária durante o trâmite processual. O autor da demanda exercita a sua liberdade no momento de provocar a jurisdição. Depois de então, prevaleceria o impulso oficial a ser exercido pelo órgão julgante.

Nesse contexto, diversos autores rechaçavam a possibilidade de negócios processuais em nosso ordenamento.³⁵⁶ A tese defendida era a de que, no direito processual, os atos de vontade apenas produzem os efeitos legalmente previstos, não sendo, portanto, possível enquadrá-los como negócios jurídicos. Assim sustentam, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco,³⁵⁷ e Alexandre Câmara.³⁵⁸

³⁵⁴ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

³⁵⁵ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/15*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. Vol. 1, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 270.

³⁵⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. Vol. 1, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 270.

³⁵⁷ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instituições de direito processual civil*. vol. 2, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 464 e 474.

³⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol. 1, 20ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 250.

Igualmente, Vicente Greco Filho aduz que não são atos processuais os

... negócios jurídicos que, a despeito de poderem ter conseqüências no processo, não têm por finalidade a produção de efeitos processuais, por exemplo, a alienação da coisa ou do direito litigioso, que tem influência no processo (v. art. 42), mas a vontade que a determinou não era diretamente dirigida à relação processual.³⁵⁹

Nada obstante, outra corrente, também defendida por ilustres processualistas, entendia pela existência de negócios jurídicos, ainda sob a égide do CPC de 1973, extraindo a sua admissibilidade do permissivo do então artigo 158, em seu *caput*.³⁶⁰ Ainda assim, apenas eram abordadas, em um primeiro momento, as convenções típicas, ou seja, aquelas que estavam expressamente previstas e delineadas no corpo do Código.³⁶¹

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, potencializa-se o autorregramento da vontade durante a relação desenvolvida em juízo. O fato de o Direito Processual Civil apresentar-se como ramo do Direito Público não se apresenta mais como um óbice intransponível a que as partes, respeitadas certas limitações, pudessem transigir para amoldar o rito legalmente previsto a certas necessidades específicas. Não se pode mais, portanto, afirmar que os ramos do Direito Público no Brasil são referentes somente a direitos indisponíveis, impassíveis de qualquer alteração em seu trâmite.

³⁵⁹ FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, V.2, N.1, p. 06.

³⁶⁰ “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

³⁶¹ O professor Leonardo Carneiro da Cunha identifica 33 hipóteses de negócio jurídico processual no CPC de 1973: “a) modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); b) sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 42, § 1º); c) acordo de eleição de foro (art. 111); d) prorrogação da competência territorial por inércia do réu (art. 114); e) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III); f) convenções sobre prazos dilatatórios (art. 181); g) convenção para suspensão do processo (arts. 265, II, e 792); h) desistência da ação (art. 267, § 4º; art. 158, parágrafo único); i) convenção de arbitragem (art. 267, VII; art. 301, IX); j) revogação da convenção de arbitragem (art. 301, IX, e§ 40); k) reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); l) transação judicial (arts. 269, III, 475-N, II e V, e 794, II); m) renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V); n) convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único); o) acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (art. 392, parágrafo único); p) conciliação em audiência (arts. 447 a 449); q) adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I); r) convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, § 1º); s) liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (art. 475-C, I); t) escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); u) renúncia ao direito de recorrer (art. 502); v) requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); w) desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569); x) escolha do foro competente pela Fazenda Pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); y) opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633); z) desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III); aa) administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º); bb) dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684, I); cc) opção do exequente por substituir a arrematação pela alienação via internet (art. 689-A); dd) opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 745-A); ee) acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); ff) escolha de depositário de bens sequestrados (art. 824, I); gg) acordo de partilha (art. 1.031)” CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Vol. 1, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 42-43.

A ideia principal é a de que jurisdição é uma função pública, mas isso não impede o exercício, em algum grau, da autonomia na relação processual. Não se pode perder de vista que a liberdade é um direito fundamental e deve se buscar sua concretização no maior ponto possível.

Foi justamente essa base que parece ter inspirado o legislador do novo CPC. O estímulo aos métodos consensuais de solução de controvérsias, bem como as exigências de cooperação e o fortalecimento da arbitragem representam o resultado de uma política que pretendeu valorizar a autodeterminação dos sujeitos parciais do processo.³⁶²

Nesse contexto, editou-se o atual artigo 190, que autoriza as partes a “convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Cuida-se, portanto, de dispositivo até então sem nenhum paralelo em nosso ordenamento jurídico, representando uma superação do paradigma publicista.^{363 364}

Em suma, nosso sistema processual civil, em cerca de 80 anos, saiu de uma ideia de protagonismo absoluto do magistrado para encarar a relação jurídica como uma comunidade de trabalho, em que as partes podem – e devem, a teor do artigo 6º do CPC – agir para que o rito se desenvolva da forma mais eficiente possível.³⁶⁵ Para que se atinja esse desiderato, um dos instrumentos postos à disposição é justamente a escolha de negócios jurídicos processuais, customizando-se o procedimento.³⁶⁶

³⁶² DIDIER, Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 20-25.

³⁶³ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/15*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. Vol. 1, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 273.

³⁶⁴ “Importante destacar que as convenções processuais não representam um retorno ao privatismo do direito romano ou ao processo adversarial do Estado Liberal.” MAZZOLA, Marcelo. *Tutela jurisdicional colaborativa – A cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. Curitiba: Editora CRV, 2017, p. 194.

³⁶⁵ Afinal, como princípio de acesso à justiça, temos a operosidade, que demanda a todos que atuem no processo a postura mais produtiva possível. Essa ideia é desenvolvida em PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública, uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 63-79.

³⁶⁶ “Com isso, as partes não estão presas à moldura legal (negócios jurídicos típicos) e podem efetivamente interrogar a lei evitando a aplicação da regra legislada em favor da norma convencional. Note-se que não se trata de ir *contra legem*, mas sim construir uma ordem jurídica negociada, fruto de um sistema cooperativo”. MAZZOLA, Marcelo, op. cit., p. 194.

5.2 Requisitos gerais dos negócios jurídicos – o artigo 104 do Código Civil

A abertura para disposições de vontade processuais, por óbvio, não representa um salvo-conduto para as partes subverterem, livremente, o rito legalmente previsto para a tramitação dos feitos. Ao mesmo tempo em que autoriza, o ordenamento limita o regular exercício da autonomia privada.

Previamente, é importante registrar que a própria caracterização como negócio jurídico traz uma série de implicações de regime aplicável ao instituto em estudo. Em primeiro lugar, recebe o influxo das discussões acerca do plano da existência jurídica. Trata-se da verificação de elementos básicos que permitam sua mínima consideração no mundo do direito. Apesar de não haver consenso na doutrina civilista acerca de quais eles seriam, tende-se a considerá-los como agente, objeto e forma pela qual se exprime a vontade.³⁶⁷

O regime geral dos negócios jurídicos também se projeta no campo da validade. Aqui, ele consiste na verificação se a vontade dirigida a um determinado fim obedece aos requisitos exigidos pelo ordenamento. A matéria merece previsão expressa do artigo 104 do Código Civil que dispõe sobre a necessidade de o agente ser capaz, de o objeto ser lícito e de a forma ser a prescrita ou não defesa em lei para a regularidade da avença.

O primeiro requisito, nesse sentido, é o da capacidade do agente, uma condição subjetiva. Tal ponto não será plenamente aplicável ao processo, como veremos abaixo. Seja como for, em um plano geral, aplicam-se as ideias constantes dos artigos 3º e 4º do CC, vedando-se que as pessoas absolutamente ou relativamente incapazes possam, por si só, firmar regularmente um negócio jurídico. Além da capacidade genérica, pode existir alguma restrição especial ou impedimento, em determinado caso, que impeça a conclusão regular do acordo.

Os requisitos relacionados ao objeto impõem que ele seja lícito, possível e determinado ou determinável. Quanto à licitude, é patente que a manifestação de vontade contrária à ordem jurídica não será apta para se manter hígida e produzir os seus efeitos próprios. A aferição da possibilidade representa uma avaliação fática, invalidando o negócio jurídico apenas quando houver uma impossibilidade absoluta de realização do acordado por qualquer pessoa.

³⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. Vol. 1. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 511 e 513.

Por fim, o objeto deverá ser conhecido desde o momento em que firmada a avença ou, ao menos, deve se ter previsibilidade suficiente para que ele venha a ser determinado *a posteriori* – esse é o traço da determinabilidade.

O último requisito é o da forma prescrita ou não defesa em lei. A forma é o meio técnico pelo qual se externa a vontade, até mesmo porque não haveria de se cogitar de ato jurídico – qualquer que fosse – sem se exteriorizar a manifestação humana.³⁶⁸

5.3 Requisitos do negócio jurídico processual – o artigo 190 do Código de Processo Civil

5.3.1 Os requisitos de existência

As definições gerais do Código Civil, sem dúvidas, projetam-se para o campo processual. Entretanto, por si, elas não são bastantes para exaurir a compreensão dos elementos necessários para os negócios jurídicos processuais, que agregam características próprias à modelagem estabelecida pelo direito material.

As singularidades já se iniciam no que tange aos requisitos de existência.^{369 370} Segundo Flávio Luiz Yarshell, mesmo para a mera possibilidade de existir no mundo jurídico é necessário que se dê o acordo pela forma escrita. Mesmo que eventualmente as partes acordem em audiência, os termos ajustados devem ser reduzidos a termo, de modo a se possibilitar a

³⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 405-407.

³⁶⁹ “No plano da existência, são elementos essenciais do negócio jurídico a declaração de vontade, o objeto e a forma. Trata-se de elementos essenciais, já que sem eles o negócio não chega a ter existência”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 217.

³⁷⁰ “mesmo entre os que admitem a autonomia do plano existencial, a exemplo dos autores supracitados, persistem ainda sérias dúvidas doutrinárias. E a divergência começa na própria nomenclatura adotada para caracterizar os elementos existenciais do negócio jurídico: elementos essenciais e elementos particulares (Washington de Barros Monteiro), elementos constitutivos (Silvio Rodrigues), elementos necessários para a configuração existencial do negócio (Junqueira de Azevedo), elementos do negócio jurídico (Sílvio Venosa), requisitos do ato jurídico (Carnelutti) e requisitos do negócio jurídico (Orlando Gomes). Preferimos a expressão elementos constitutivos para caracterizar os fatores existenciais do negócio jurídico (...). São elementos constitutivos os seguintes: a) manifestação de vontade; b) agente emissor da vontade; c) objeto; d) forma”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. Vol. 1 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 359-360.

aferição da vontade expressada. A ideia aplicada é aquela de que “o que não está nos autos, não está no mundo”.^{371 372}

Temos dúvida da adequação do enquadramento da forma escrita como pressuposto de existência. Até pelas divergências acerca da categoria, não nos parece recomendável encaixar aqui a necessidade de documentação. A questão, aqui, aproxima-se mais de uma discussão de validade do que de existência e, mesmo nesse ponto, haveria controvérsia sobre a imprescindibilidade da forma escrita, como veremos abaixo.

Seguindo, tal como no regime do CC, a manifestação de vontade deve se pautar acerca de certo objeto. A singularidade, aqui, é a de que o objeto será, necessariamente, “ônus, poderes, faculdades e deveres” ligados à relação jurídica desenvolvida em juízo.³⁷³ Sem que vise a regular algum desses aspectos, a externalização volitiva poderá até ter existência, mas jamais como negócio jurídico processual.

Quanto ao pressuposto de sujeitos para seu surgimento, não chega haver um traço de singularidade, sendo a ideia a mesma do Direito Civil.

5.3.2 Os requisitos de validade

No campo da validade³⁷⁴, os negócios jurídicos processuais apresentam ainda mais traços singulares, o que justifica sua categorização como um gênero próprio dentro daquela espécie.

³⁷¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 65.

³⁷² “No exame do plano de existência não se cogita de invalidade ou ineficácia, mas simplesmente da realidade de existência do negócio. Importa examinar a existência da vontade ou, mais que isso, a existência da declaração de vontade”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 372.

³⁷³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 66.

³⁷⁴ “No plano da validade, há de se analisar os requisitos que devem qualificar os elementos essenciais: a declaração de vontade deve ser emanada de agente capaz; o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável; a forma deve ser a prescrita ou não defesa em lei. Tais são os requisitos de validade do negócio jurídico, estabelecidos no art. 104. O controle dos requisitos de validade reveste-se de grande importância para a auto-regulação de interesses, subordinando-a a um juízo de reprovação ou de merecimento de tutela por parte do ordenamento”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 217.

Em primeiro lugar, registra-se a importância de que a vontade exprimida resulte de um ambiente devidamente permeado pela boa-fé objetiva, em que a parte possa agir com consciência e com liberdade.^{375 376}

A inserção de uma convenção processual de forma abusiva em contrato de adesão, bem como em casos de acordos em que manifesta a situação de vulnerabilidade de uma das partes, permite o controle da avença pelo magistrado, a teor do artigo 190, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Nesse contexto de manifestação livre, fator importante para sua aferição é a igualdade. Contudo, a validade do ato será preservada, ainda que haja alguma diferença de forças entre as partes, caso ele seja idôneo para concretizar o equilíbrio de forças no processo ou, pelo menos, não viole a paridade de armas.

Quanto ao objeto da avença, o *caput* do artigo supramencionado limita os negócios jurídicos processuais a direitos que admitam autocomposição – ou seja, transação, renúncia ou reconhecimento do pedido.³⁷⁷ A ideia é a de que essas convenções poderiam atrapalhar, em última análise, acabar afetando a solução de mérito para a causa, refletindo, portanto, reflexamente sobre um direito indisponível.³⁷⁸

A doutrina vem entendendo pela possibilidade de mitigação desse requisito.^{379 380} Isso porque a indisponibilidade não significa, *per se*, a impossibilidade de autocomposição, como se

³⁷⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 68.

³⁷⁶ “Deve-se ter em mira que todo ato jurídico é praticado com vista a uma utilidade. Sob esse aspecto, o negócio deve gozar de proteção. Há sentido teleológico a ser protegido. Nesse campo, atua a autonomia da vontade e cada um é livre para praticar o negócio que lhe aproveite” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 383.

³⁷⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 68-69.

³⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 437.

³⁷⁹ Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

³⁸⁰ “Não se devem confundir os direitos patrimoniais disponíveis, opção conceitual da Lei 9.307/96, art. 1º, para o uso da arbitragem, com os direitos que admitam autocomposição, noção mais abrangente, pois mesmos os direitos indisponíveis podem ser objeto de negociação. Além disso, mesmo direitos teoricamente indisponíveis, posto que irrenunciáveis (...), comportam transação quanto ao valor, vencimento e forma de satisfação (...). Logo, as convenções sobre o processo e os negócios processuais podem ter como objeto direitos indisponíveis” NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 232-233.

demonstra nos litígios acerca do direito aos alimentos³⁸¹ e dos interesses públicos defendidos pela Fazenda.³⁸² Portanto, os titulares de direitos indisponíveis podem celebrar as convenções processuais, desde que sem prejuízo para a tutela de suas situações jurídicas.^{383 384}

Para o exame da validade do negócio jurídico conjuga-se o sentido de objeto aos requisitos legais, quais sejam, liceidade, possibilidade e determinabilidade. Como primeiro requisito tem-se a liceidade ou licitude, vale dizer, a conformidade de uma forma ampla com o ordenamento jurídico (...). A noção de possibilidade do objeto relaciona-se, de certa forma, com o sentido de liceidade quando se trata de possibilidade jurídica de um determinado comportamento (...). Consoante o texto legal em exame, o objeto deve ser determinado ou determinável. Não há que se confundir o conteúdo das duas expressões, pois quando se fala de um objeto determinado, é possível destacar todas suas características de forma precisa, desde o momento da realização do negócio. Já um objeto determinável tem um grau de imprecisão acerca de alguma de suas qualidades ou de quantidade, que poderá estar presente no momento inicial do negócio, mas não poderá subsistir quando de sua efetivação^{385 386 387}

³⁸¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 438.

³⁸² RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo, Atlas, 2016, p. 371-376.

³⁸³ GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. In MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 292.

³⁸⁴ “Mas o termo aqui deve ser corretamente compreendido. Causa que comporta autocomposição não é apenas e exclusivamente aquela que envolva direito material disponível. Certamente, causas que envolvem direitos materiais disponíveis comportam autocomposição. Mas não somente elas. Nem sempre a autocomposição é atingida por meio de um ato de renúncia a pretensões e direitos (o que pressupõe disponibilidade do direito material). Por vezes, a autocomposição é reflexo da constatação, pelo sujeito envolvido no litígio, de que ele não tem razão, total ou parcialmente, naquilo em que vinha pretendendo. Toda vez que alguém constata que sua posição é insubsistente no conflito, em princípio, é possível (e desejável pelo ordenamento) que chegue a uma composição com o adversário. Apenas muito excepcionalmente o ordenamento veda que alguém que constata não ter razão componha-se com a parte contrária. Nesses casos excepcionais, há indisponibilidade não do direito material, mas da pretensão de tutela judicial: é obrigatório submeter a causa ao Judiciário (exemplos: defesa em face da acusação penal, falência, suspensão de direitos por improbidade administrativa...)” TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*, p. 5, disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>>. Acesso em 01/11/2017.

³⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 218-219.

³⁸⁶ “A impossibilidade pode emanar de leis físicas ou naturais, bem como de leis jurídicas, tendo-se aí a impossibilidade física e a impossibilidade jurídica. Um negócio jurídico que tenha por objeto a herança de pessoa viva é impossível, porque a lei não o permite (art. 426). Para que seja idôneo o objeto, não basta ser determinado ou determinável e possível. Cumpre, igualmente, ser lícito. A licitude do objeto é regulada pela forma negativa: atingimos a compreensão do objeto lícito pelo conceito de ilicitude”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 384.

³⁸⁷ “A licitude traduz a ideia de estar o objeto dentro do campo de permissibilidade normativa, o que significa dizer não ser proibido pelo direito e pela moral. Tal característica, vale dizer, por uma identidade de princípios, confunde-se com a própria possibilidade jurídica ou idoneidade do objeto (...). Por fim, deve ser o objeto determinado ou, ao menos, determinável, sob pena de se prejudicar não apenas a validade, mas, em último plano, a própria executoriedade da avença. Todo objeto deve, pois, conter elementos mínimos de individualização que

Outro limite, ainda que implícito, aos negócios jurídicos processuais, é representado pelos ditames do devido processo legal e pelo respeito à ordem pública processual.^{388 389} Claro que podem ser admitidas algumas restrições às garantias processuais, se isonômicas e bilaterais, desde que não violem o núcleo dos direitos fundamentais envolvidos.³⁹⁰ No geral, a bem da verdade, caso o acordo esteja em consonância com todos os outros ditames colocados, provavelmente, estará atestada a sua compatibilidade com o modelo constitucional de processo.³⁹¹ Entretanto, o requisito não é de menor importância, se constatada uma relativização excessiva de um valor essencial ao processo justo, a decretação de nulidade é o resultado inevitável.³⁹²

Além disso, é importante se ter em vista que a vulnerabilidade deve ser aferida no plano do direito processual, não sendo decisivas as condições das partes na relação jurídica-material.³⁹³ O status de vulnerável, apto a influir na livre manifestação de vontade, deve ser, portanto, aferido a partir da relação processual.

permitam caracterizá-lo”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 380-381.

³⁸⁸ GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. In MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 293.

³⁸⁹ “As normas constitucionais do processo civil, inclusive os princípios, funcionam como limites objetivos aos negócios processuais e convenções sobre o processo e não se admite a prática de atos negociais que afastem suas prescrições” NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 238.

³⁹⁰ “Além disso, é preciso que se tenha em mente que há algumas garantias, inclusive de índole constitucional, que, obviamente, não são passíveis de pactuação (...). Afinal, não se pode estabelecer regras que eliminem, por exemplo, garantias constitucionais, mas é lícito estabelecer alterações procedimentais, desde que não ofendam aquelas garantias” WAMBIER, Luis Rodrigues; BASILIO, Ana Tereza. *O negócio processual: inovação do Novo CPC*. In Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 74, 2016, p. 144-145.

³⁹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 70.

³⁹² Não se pode perder de vista que a nulidade é uma forma de controle do ato processual. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 150-156. Essa ideia precisa se projetar também para os negócios processuais, em especial quanto ao respeito às garantias fundamentais.

³⁹³ “Não há a figura do vulnerável por presunção. O sujeito será ou não considerado em condição de vulnerabilidade a partir da relação estabelecida entre o próprio sujeito ou o direito litigioso e a outra parte. Por isso, consumidores, trabalhadores e outros sujeitos normalmente categorizados como hipossuficientes ou vulneráveis para fins de aplicação das regras de direito material que são dirigidas não estão impedidos de celebrar convenções sobre o processo e negócios processuais (...). Revela-se importante para constatar a situação de vulnerabilidade saber se as partes contratantes dispõem do domínio das informações, se estão tecnicamente assistidas quando a natureza do negócio assim o recomendar, ou se as possibilidades de barganha estão razoavelmente equilibradas. Não por outro motivo, o assessoramento do advogado, procurador, defensor público ou membro do Ministério Público,

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que as convenções processuais não podem atingir poderes do juiz, como também acarretar em renúncia de direitos fundamentais.³⁹⁴

A respeito da capacidade³⁹⁵, é preciso o destaque que, aqui, se tem um ponto de expressiva diferenciação frente ao Direito Civil.³⁹⁶ No processo, admite-se que estejam em juízo entes desprovidos de personalidade jurídica, sendo os exemplos clássicos a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio e o condomínio.³⁹⁷ Vez que são autorizados a litigar, igualmente se permite que eles pratiquem negócios processuais validamente, se observados os demais requisitos.^{398 399}

Desde que seja plenamente capaz, poderá a pessoa física ou jurídica — para esta última exigindo-se o necessário registro dos seus atos constitutivos — praticar atos e celebrar negócios em geral, na órbita jurídica (...). Mas não basta a capacidade do agente para se conferir validade ao negócio celebrado. É preciso ainda que não esteja circunstancialmente impedido de celebrar o ato, não obstante goze de plena capacidade. Em outras palavras, é necessário, além da capacidade, haver legitimidade (...). Denomina-se impedimento a falta de legitimidade para a prática de um ato específico⁴⁰⁰

sujeitos com qualificação técnica para o tipo de ato jurídico caracterizado numa convenção sobre o processo é indicativo de ausência de vulnerabilidade” NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 235-236.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 244.

³⁹⁵ “A capacidade do agente é requisito de validade do negócio jurídico. Cuida-se de uma condição subjetiva de validade do negócio, de modo que a falta de capacidade do agente pode gerar nulidade, nos termos da lei” TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República* : parte geral e obrigações. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 218.

³⁹⁶ “A incapacidade de que cuida o artigo 190 é a processual. Por isso, aqueles que, a despeito de possuírem plena capacidade no plano do direito civil, estejam desprovidos da plena capacidade processual (...) não podem ser sujeitos de negócios processuais ou de convenções sobre o processo. O processualmente incapaz, desde que representado, pode celebrar negócios processuais, isso porque a representação suprime a incapacidade” NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.*, p. 235.

³⁹⁷ “Em regra, haverá correspondência com a capacidade para exercício de direitos no plano material. Mas, para negócios processuais, o que importa é a capacidade de estar em juízo. Essa normalmente reflete aquela. Contudo existem hipóteses específicas em que entes orgânicos (internos a outras estruturas coletivas), aos quais não se confere autonomia no plano jurídico-material, são admitidos como parte no processo judicial” TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu*: nota sobre os negócios jurídicos processuais, p. 4, disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>>. Acesso em 01/11/2017.

³⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In Temas de direito processual, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 92 e 94.

³⁹⁹ “A capacidade é conceito, portanto, referente à idoneidade da pessoa para adquirir direitos ou contrair obrigações no universo negocial”, “As partes, em determinado negócio jurídico, devem ter competência específica para praticar o ato. Esse é o conceito de legitimação”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 379 e 381.

⁴⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 376-377.

Quanto à forma⁴⁰¹, como nos referimos acima, há posicionamento de que a apresentação escrita seria essencial ao ato, de modo que, sem ela, seria impossível a sua subsistência.⁴⁰² Entretanto, também pode ser encontrado posicionamento de que a forma, como regra, é livre, salvo previsão legal em sentido contrário.^{403 404}

Em nossa opinião, a documentação do acordo é requisito de validade. Ao mesmo tempo em que parece excessivo se dizer que a inexistência de redução a termo acarreta a inexistência do ato, o entendimento de sua desnecessidade pode levar a um cenário de significativa insegurança jurídica. Por isso, a forma escrita seria indispensável à validade da avença.

Qualquer que seja o posicionamento, deve se realçar que o Direito Processual tem um regime de invalidades peculiar, que o distancia da relação material.^{405 406} Ainda que eventualmente se admita a qualificação entre nulidade e anulabilidade e sua projeção no Processo, de todo modo, o negócio poderá ser conservado já que “o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (artigo 277 do CPC).

5.3.3 Eficácia

⁴⁰¹ “Trata-se de um requisito formal, que remete ao formato assumido pela manifestação da vontade. (...) A regra geral existente no ordenamento jurídico é a liberdade das formas. A exigência de forma especial é a exceção”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*: parte geral e obrigações. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 219.

⁴⁰² “Algumas vezes, a forma é essência à validade do negócio jurídico, embora a declaração de vontade não dependa, em tese, de forma especial, senão quando a lei expressamente a exija (art. 107 do CC). Em outras situações a forma é mero meio de prova”. WALD, Arnaldo. *Direito Civil*: introdução e parte geral. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 243.

⁴⁰³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 440. No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In Temas de direito processual, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 94.

⁴⁰⁴ “Vimos que a vontade deve ser externada para dar vida ao negócio jurídico. Tal externalização pode ocorrer pela palavra escrita, ou simplesmente verbal, ou mesmo só por meio de gestos. O próprio silêncio, sob determinadas condições, pode ser apto a criar negócio jurídico. A forma pela qual a vontade exterioriza-se é a expressão externa, palpável, da vontade. Em numerosos casos, a lei exige das partes, para a própria garantia dos negócios, forma especial” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Parte Geral. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 381.

⁴⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 94-96.

⁴⁰⁶ “Trata-se, em verdade, de um plano de adjetivação ou qualificação jurídica, em que se analisa a subsunção do negócio jurídico existente ao ordenamento jurídico em vigor” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 370.

Dispõe o artigo 200, *caput*, do Código de Processo Civil que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Essa ideia de eficácia imediata como regra para os atos dispositivos já era existente sob a égide do CPC de 1973, que assim previa em seu artigo 158⁴⁰⁷, diferenciando-se do regime tratado pelo CPC de 1939,⁴⁰⁸ que apenas regulava a desistência e a submetia, como permanece até hoje para esse instituto específico, à homologação judicial.⁴⁰⁹

Assim sendo, a necessidade de anuência do juiz para a eficácia do acordo das partes deve vir prevista em lei.⁴¹⁰ Não havendo defeitos formais, caberia apenas ao magistrado seguir o que restara convencionado, caso a convenção tenha como objeto apenas prerrogativas das partes.

Casos há, contudo, em que se autoriza que o negócio jurídico verse sobre poderes do magistrado. Nessas hipóteses, o Estado-juiz também intervém para expressar a sua vontade, como no caso do calendário processual, do artigo 191 do CPC.⁴¹¹ Em sentido diametralmente oposto da regra dos negócios apenas *interpartes*, sua homologação somente será prescindível caso a lei expressamente outorgue aos sujeitos parciais a possibilidade de acordo nas matérias relacionadas a esse ponto.⁴¹²

Seja como for, a ausência de termos e de condições para a pronta produção de efeitos seria ínsita aos negócios jurídicos processuais, sob pena de violar-se a certeza e a segurança necessárias ao desenvolvimento do processo.⁴¹³

⁴⁰⁷ Art. 158, *caput*. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

⁴⁰⁸ Art. 16. As desistências não dependerão de termo, embora só produzam efeitos jurídicos depois de homologadas por sentença.

⁴⁰⁹ GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. In MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 293.

⁴¹⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 441.

⁴¹¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 58-64.

⁴¹² É dispensável a homologação, por exemplo, do negócio processual sobre ônus da prova (CPC, art. 373, §§3º e 4º) e para suspensão do processo (CPC, art. 313, II).

⁴¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In Temas de direito processual, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 95; GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual:*

Tal característica influi também na possibilidade de revogação, limitando-a. Somente será possível se desfazer a avença caso não haja a ruptura da continuidade do processo, violação de direito adquirido ou ocorrência de preclusão temporal ou consumativa.⁴¹⁴

Barbosa Moreira⁴¹⁵ destaca que, embora haja duas declarações de vontade, só existiria convenção processual quando elas se exteriorizam por ato uno, não podendo se emprestar a mesma qualificação quando a lei subordina ao consentimento de um dos litigantes a aprovação de um requerimento do outro. A importância prática seria justamente nesse ponto de revogabilidade, visto que, no segundo caso, enquanto não aperfeiçoado o deferimento da postulação, a revogação pelo proponente seria livre.

De toda sorte, ainda que diante de uma causa de invalidação de convenção, deve o juiz antes de fulminar o ajuste celebrado, indagar as partes acerca do interesse na permanência do pacto, na forma dos arts. 9 e 10 do CPC.

Essa conduta do juiz revela uma postura cooperativa no processo, procurando preservar a vontade das partes, sem se olvidar de indicar os limites negociais impostos pela lei.

5.4 Análise dos requisitos e possível aplicação no Direito Processual Penal

Vimos, no campo processual civil, que a possibilidade de convenções entre as partes deve observância a uma série de requisitos, alguns gerais e alguns peculiares, em razão da relação jurídica a que eles visam a influenciar.

Conforme demonstramos, em que pese a natureza pública do processo, não se vislumbra supressão à liberdade das partes, devendo, é claro, como se verá mais adiante existir uma limitação, a fim de que a atividade judicial não fique engessada na busca da decisão justa.

Em suma, além dos ditames do artigo 104 do Código Civil, é necessário que as pessoas que firmem o acordo estejam em situação de relativa isonomia, ou, quando menos, que uma delas não se situe em situação de manifesta vulnerabilidade.

primeiras reflexões. In MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 293.

⁴¹⁴ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 294.

⁴¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 91.

Quanto ao objeto, é necessário que a demanda verse sobre direitos que admitam autocomposição ou, no mínimo, o negócio processual não deve apresentar risco à tutela do direito indisponível.

É mister, ainda, que a convenção guarde respeito com a ordem pública processual, não representando afronta ao conteúdo fundamental do processo justo. Não se admite que as partes esvaziem as garantias constitucionais essenciais à regular tramitação do feito perante o Estado-juiz.

Sobre a capacidade, viu-se que importa a capacidade judiciária, ou seja, de ser parte, ficando em segundo plano as discussões civis sobre esse ponto da matéria.

Por fim, no que tange à forma, viu-se que há algum dissenso sobre a necessidade da forma escrita, defendendo-se o seu enquadramento como um dos requisitos para a validade da avença.

Agora, avançando, é preciso aferir se esses requisitos podem ser transpostos para o direito processual penal, permitindo a convenção das partes.

5.4.1 Pressuposto: aplicação subsidiária do CPC ao Processo Penal

Antes de analisar, propriamente, o cabimento das convenções processuais aos casos penais, é uma questão que se apresenta prévia a investigação sobre a própria possibilidade de aplicação do CPC no ambiente criminal.

Para o tratamento adequado da controvérsia acerca da aplicabilidade do CPC ao Processo Penal, é necessária uma verificação, ainda que breve, acerca da estruturação da ciência processual.

Em apertada síntese, podemos encontrar duas correntes contrapostas sobre a matéria. De um lado, a defesa da unidade, expressa na ideia da existência de uma teoria geral do processo (TGP). De outro, o enfoque nas peculiaridades de cada ramo resulta na negação da TGP e no argumento da necessidade de cada ramo do processo possuir sua própria teoria geral.

Na primeira corrente, defende-se que o processo observa, ao menos em um campo básico, uma estrutura comum, fundada nos institutos jurídicos da ação, da jurisdição e do processo.⁴¹⁶

O direito processual, como um todo, colheria sua legitimidade dos mesmos princípios e regras fundamentais contidos na Constituição Federal, sendo que ela mesma dispensa tratamento único a todos os ramos, na previsão do artigo 22, I (Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito [...] processual).⁴¹⁷

A unidade estaria refletida também nos casos de diálogo⁴¹⁸ entre os juízos cíveis e penais, como medida de economia processual e de conveniência para evitar decisões contraditórias.⁴¹⁹

Assim, uma vez alcançada a autonomia científica, o estudo da TGP tem como base regras e princípios voltados ao exercício conjunto da jurisdição pelo Estado, do direito de ação e do direito de defesa.⁴²⁰

Ocorre que se encontra alguma resistência a essas formulações, especialmente por parte de penalistas e processualistas penais. Apresentam-se diversas críticas à TGP, como fonte de diversos problemas que impactariam a *praxis* criminal.

O professor Aury Lopes Jr., de forma precisa, sintetiza os reclamos dessa corrente doutrinária em relação à concepção unitária.⁴²¹ Inicia-se com críticas de ordem geral, destacando-se que o direito civil seria autoexecutável enquanto, pelo princípio da necessidade, a própria eficácia do direito penal depende do processo. Além disso, o conceito de lide, que seria essencial ao processo civil, não se faria presente na órbita criminal. Por fim,

⁴¹⁶ PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito*. 5ª ed., 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 7; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. Vol. 1. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50-51.

⁴¹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 57.

⁴¹⁸ Por exemplo: Código Civil, art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

⁴¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al, op. cit., p. 57-58.

⁴²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit, p. 51.

⁴²¹ Para as críticas aqui resumidas, veja-se: LOPES JR., Aury. *Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal*. In Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal#_edn4>. Acesso em 03/11/2017.

a aplicação da TGP acarretaria uma série de efeitos danosos ao processo penal, que são listados pelo autor.

Em primeiro lugar, a forma seria garantia de limitação de poder, sendo totalmente inadequado falar em instrumentalidade da forma. Em segundo, a autonomia e a abstração do direito de ação também não se colocariam no crime. Terceiro ponto é a inaplicabilidade das condições da ação, em especial do interesse, já que a denúncia ou queixa seria sempre necessária, e da possibilidade jurídica do pedido, já que o pedido é sempre o de aplicação das penas da lei.

Outra questão seria as discussões de competência e a inadequação de se transplantar as ideias de incompetência relativa e absoluta ao processo penal. Adiante, fala-se ainda do ônus probatório – cuja problemática, inclusive, enfrentaremos no próximo capítulo – e da impossibilidade de o juiz agir ativamente para a busca da prova, bem como da alocação de todos os encargos de produzir as provas à acusação.

Por fim, ideias como poder geral de cautela, revelia e inexistência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais também não guardariam qualquer compatibilidade com o processo penal e adviriam da, segundo o autor, errônea tese da unidade científica.

Analisando o artigo de Aury Lopes Jr., o professor Afrânio Silva Jardim⁴²² rebate, de forma integral, todos os óbices levantados, reforçando o unitarismo, tese com a qual também estamos de acordo.

Quanto aos termos gerais, Silva Jardim realça que, tal como o Direito Civil, o Direito Penal também se realiza cotidianamente, sem a intervenção do Estado-juiz, sempre que há uma abstenção da prática de condutas delituosas. Além disso, também há casos em que relações civis, para consumação, precisam da intervenção judicial, como a anulação de casamento ou interdição.

Destacamos, aqui, também, de que a visão de que o Processo Civil se limita ao Direito Civil é extremamente reduzida e esquece que, pelo CPC, se regem também questões atinentes ao Direito Administrativo, Tributário, Ambiental, entre outras áreas de Direito Público que podem, no caso concreto, lidar com valores constitucionais tão relevantes quanto à liberdade.

⁴²² A resposta de Afrânio Silva Jardim pode ser vista em JARDIM, Afrânio Silva. *Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe*. In Consultor Jurídico, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>>. Acesso em 03/11/2017.

Retornando ao referido artigo do professor Afrânio Silva Jardim,⁴²³ deve-se comentar que ele rebate, também as proposições específicas de Aury Lopes Jr. Sobre o valor da forma, destaca-se que, também no cível, elas representam limitação ao Estado-juiz. Ademais, a exigência de prejuízo para verificação de nulidade decorre de dispositivo expresso do CPP, art. 563, não de uma integração por uma norma processual civil. Acerca das condições da ação, elas já foram relativizadas no campo civil e, especificamente quanto à seara penal, trabalha-se com a justa causa como condição, justamente para que a abstração do direito de ação leve ao seu exercício abusivo. Além disso, a necessidade do processo penal não afasta completamente a aferição do interesse de agir, porque também existem ações não condenatórias (habeas corpus, revisão criminal, mandado de segurança em matéria criminal).

Em relação à lide penal, ela de fato não existe. Contudo, essencial ao processo seria o conceito de pretensão, como o pedido ao juiz em fazer prevalecer o seu interesse em detrimento do de outrem. Isso independeria de qualquer relação de crédito ou de débito e se faria presente no processo criminal.

Quanto à menor ou à maior atuação do magistrado em matéria probatória, isso em nada infirmaria a TGP, sendo certo, inclusive que o CPP tem dispositivo expresso permitindo o agir de ofício da autoridade judiciária nessa matéria.⁴²⁴ O ônus da prova igualmente não seria fator de incompatibilidade, ainda que de fato seja distribuído diferentemente, como regra, pois não se trata de um conceito ínsito à teoria geral do processo.

Os efeitos materiais da revelia muitas vezes são inaplicáveis na esfera cível, de sorte que esse também não seria um fator de qualquer relevância. Por fim, os recursos excepcionais são os mesmos, com as mesmas condições e efeitos em qualquer área do processo o que, antes de tudo, reforçaria a TGP.

Em síntese, a despeito de algumas críticas válidas, de influências indevidas, nada contraria a ideia de que as normas genéricas da teoria geral, dizendo respeito ao processo, à ação e à jurisdição, se aplicam a todos os ramos, respeitadas as devidas particularidades. Aliás, particularidades existem não só nas relações penais, mas também nas trabalhistas, nas civis em

⁴²³ JARDIM, Afrânio Silva. *Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe*. In Consultor Jurídico, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>>. Acesso em 03/11/2017.

⁴²⁴ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

sentido estrito, nas tributárias, nas administrativas, sem que isso jamais fosse fator para questionamento da existência da TGP.

A complexidade da matéria pode ser vista no próprio processo legislativo que culminou na lei 13.105/2015. Quando ainda era anteprojeto apresentado ao Senado, o artigo 14 do então PLS 166/2010 assim dispunha: “na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente”.

Ao fim, a redação definitiva do dispositivo, renumerado para o artigo 15, restou que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

De forma indubitosa, portanto, o legislador, no mínimo, evitou enfrentar a problemática de aplicação subsidiária do CPC ao processo penal. Em uma visão mais crítica, pode ser argumentado, inclusive, que a exclusão do termo “penais” foi uma manifestação firme no sentido de afastar tal aplicabilidade, uma espécie de silêncio eloquente.

Entretanto, essa omissão legislativa, intencional ou não, não parece capaz de pôr termo à discussão. Em primeiro lugar, porque o Código de Processo Penal, em seu artigo 3º, coloca que se admite “interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Em segundo lugar, há a constatação prática de que, em alguns casos, o recurso à legislação processual cível é inevitável para se possibilitar o andamento do feito.

Claro que não é possível uma importação automática dos ditames processuais civis ao ambiente criminal, posto as significativas diferenças entre os bens jurídicos tratados por cada uma dessas searas.⁴²⁵

Entretanto, a mera possibilidade de aplicação do CPC, por si só, não traz qualquer desprestígio ao processo penal. Até mesmo porque nada obsta, em tese, que normas do CPP possam ser igualmente exportadas para a área cível.⁴²⁶

⁴²⁵ Nesse sentido, diversos autores rejeitam a teoria geral do processo, por considerá-la danosa à ideia de processo penal como instrumento de garantia. Desborda dos limites do presente capítulo enfrentar essa problemática. Para aprofundamento no ponto, vide LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70-80 (contra a TGP), e JARDIM, Afrânio Silva. *Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>>. Acesso em 03/09/2017 (a favor da TGP).

⁴²⁶ Por exemplo, “não estando o magistrado acorde com as razões que levam o membro do MP a deixar de atuar no feito como fiscal da ordem jurídica (art. 178 do NCPC), ele pode encaminhar o caso para revisão do Procurador Geral (de Justiça ou da República), a quem competirá dar a palavra final sobre a necessidade (ou não) de intervenção do MP”, aplicando-se o artigo 28 do CPP à esfera cível. GAJARDONI, Fernando. *Impactos*

Nesse sentido, temos que a processualística civil pode se aplicar à esfera criminal, desde que, diante de uma omissão, sua incidência não acarrete prejuízo aos princípios e às regras que regem a legislação processual penal. Havendo previsão expressa do CPP, ficam afastadas as prescrições trazidas no corpo do CPC.

Acerca dos negócios processuais atípicos, o Código de Processo Penal é absolutamente silente, de modo que estaria preenchido o primeiro requisito para a aplicação do CPC. Entretanto, cabe se verificar, a partir de cada requisito, se há um confronto ideológico que impeça, de forma absoluta, a utilização das convenções.

5.4.2 Os requisitos relativos às partes

No direito processual civil, registrou-se que as partes, ao firmarem convenções, devem estar, ao menos, em posição que não seja de vulnerabilidade de uma em relação à outra. Além disso, ambas devem ter capacidade judiciária, podendo demandar ou ser demandadas.

Quanto ao segundo aspecto, não parece haver maiores polêmicas. O Ministério Público é o titular da ação penal pública, por expressa dicção constitucional (CF, art. 129, I), de modo que, ainda que não tenha personalidade jurídica própria, não é sequer objeto de debate sua capacidade de estar em juízo. Nas ações penais privadas, a lei (CPP, arts. 33 e 34) prevê mecanismos protetivos aos menores de dezoito anos, quando não puderem ser ajudados por seus representantes legais, de modo que, seguidos seus ditames, nada obsta a capacidade do querelante.

Em relação à posição das partes reciprocamente consideradas, pode se haver alguma controvérsia. Isso porque a relação jurídica processual penal é reputada como uma relação de poder, em que o MP faz o papel de instituição de poder estatal, cuja finalidade se volta a punir fatos que se comprovem criminosos e seus respectivos autores.⁴²⁷

Nesse contexto, poderia se pensar que o denunciado ou o réu, estando em condição de sujeição ao processo, não poderia firmar convenções no curso do procedimento. A existência

do Novo CPC no processo penal. Disponível em <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9-11052015>>. Acesso em 03/09/2017).

⁴²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Curso de direito penal: parte geral*. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 633-634.

da defesa técnica, entretanto, cuja finalidade é assegurar a paridade de armas,⁴²⁸ ameniza essa desigualdade estrutural de forças. Dessa forma, o negócio jurídico não fica, em abstrato, afastado pela construção da relação jurídica da jurisdição penal, principalmente nas ações privadas, em que o *parquet* atua apenas como fiscal da ordem jurídica.

5.4.3 Considerações acerca do objeto: a indisponibilidade do direito em jogo e o respeito à ordem pública processual

A doutrina diverge acerca da qualificação do objeto do processo penal. Tourinho Filho qualifica que seria a pretensão punitiva, vez que será o instrumento necessário para realizar o *jus puniendi*.⁴²⁹

Aury Lopes Júnior, por outro lado, prefere falar em pretensão acusatória, já que o direito de punir seria do Estado-juiz e o acusador não tem em mãos uma exigência punitiva. Por isso, o objeto do processo penal seria o próprio direito ao processo, no sentido de que se exerceria o poder político constitucional de invocar a tutela jurisdicional mediante uma acusação formalizada.⁴³⁰

Seja como for, a apresentação da ação penal deflagra um procedimento que pode interferir na liberdade do indivíduo, de modo que, necessariamente, o objeto do processo será indisponível.

Como já visto, entretanto, a indisponibilidade do direito em jogo não impede por si só o exercício de convenções processuais. A despeito da importância do valor discutido no processo penal, não se pode perder de vista que, há muito, o processo civil já deixou de se caracterizar por uma simples discussão entre credor e devedor por um bem patrimonial, podendo, muitas vezes, envolver a proteção de valores de tão importante estatura quanto à liberdade – o direito à vida, por exemplo.

⁴²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 291.

⁴²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 397.

⁴³⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 251-258.

Nesse sentido, temos que, desde que a convenção não influencie na tutela jurisdicional a ser prestada – seja de punição por violação à ordem jurídica penal, seja de absolvição –, não há vedação absoluta aos negócios jurídicos processuais.

Será imprescindível, contudo, um especial cuidado acerca da não violação da ordem pública processual. As garantias constitucionalmente asseguradas são de observância ainda mais sensível quando elas são colocadas no âmbito processual penal, de modo que se mostra temerária a flexibilização do processo justo de forma negociada.

5.4.4 A forma como instrumento de garantia

Registramos, acima, alguma controvérsia quanto à necessidade de determinada forma para as convenções processuais no âmbito cível, havendo posições no sentido de que ela seria inerente à própria existência do negócio, enquanto outros sustentavam ser livre a forma, salvo previsão legal em sentido oposto.

Considerando, entretanto, que, no processo penal, a forma é instrumento de garantia e de limitação ao poder,⁴³¹ reforçamos nosso posicionamento no sentido de que a apresentação documental é imprescindível para a regularidade do acordo. A formalização resguardaria, destarte, mais adequadamente, a segurança jurídica necessária para a restrição do *ius puniendi* estatal.

5.5 Conclusão

Em síntese, no presente capítulo, pretendemos tratar das convenções processuais. Em um primeiro momento, investigamos a matéria no campo cível, demonstrando a notável evolução da importância do autorregramento da vontade, tal como expressa pelo artigo 190 do Código de Processo Civil atualmente vigente.

⁴³¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

Buscamos analisar os pontos necessários para a validade desses negócios jurídicos processuais atípicos na esfera não penal, delimitando os seus requisitos, relacionados aos sujeitos, ao objeto e à forma.

Isso posto, verificou-se, à luz dos valores da justiça criminal, a possibilidade de aplicação desses acordos no processo penal. Se bem consideradas todas as condições impostas, tendo especial cuidado com a observância das garantias do processo justo, reputamos pela possibilidade das convenções atípicas nessa seara processual.

6. A POSSIBILIDADE DE CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE DIREITO PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL.

6.1 Considerações iniciais.

Após estudarmos, de forma geral, as convenções das partes sobre matéria processual, passaremos, no presente capítulo, a verificar os negócios que versem, exclusivamente, sobre matéria probatória.

Pretendemos, agora, analisar, da mesma forma, a questão no âmbito cível e, depois, discutir a possibilidade de sua projeção para a seara penal, com as peculiaridades que lhe são próprias.

Dentre as particularidades da temática, não se pode esquecer, igualmente, que o direito à prova é uma das prerrogativas inerentes ao contraditório, conforme destacado supra. No sistema acusatório, a prova é submetida a uma análise profunda com total respeito ao devido processo legal. Dessa forma, qualquer restrição ao seu exercício deve ser recebida com cautela, em especial na esfera criminal.

Michele Taruffo, por exemplo, chega a defender a proibição para convenções acerca da matéria.⁴³² Para o autor, o acordo entre as partes não pode alterar a realidade dos fatos, não sendo apto a condicionar a “verdade”. Portanto, tais avenças seriam despidas de eficácia concreta.

⁴³² TARUFFO, Michele. *Verdade negociada?*. (trad. Pedro Gomes de Queiroz) in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 8, vol. XIII, jan./jun. 2014, p. 634-657, em especial, p. 651.

Em posição intermediária, Rosimeire Ventura Leite defende que é possível se satisfazer com uma versão da realidade apresentada de forma pactuada pela acusação e pela defesa. Por outro lado, em infrações de maior sensibilidade, seria necessária a viabilização de mecanismos instrutórios que possam sustentar as afirmações feitas pelas partes.

Nada obstante, nosso ordenamento jurídico acaba por se alinhar à ideia de que os sujeitos do processo podem, sim, estabelecer critérios para a investigação acerca dos fatos subjacentes, ao menos em uma demanda civil. Não haveria a fixação convencional da verdade, mas apenas da forma da sua prova.^{433 434}

Convém, então, analisar os contornos essenciais do negócio jurídico probatório, à luz dessas ideias.

6.1.1 As convenções processuais sobre provas no Código de Processo Civil

Sem embargo do crescimento da discussão sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, é imperioso notar que a codificação anterior já contemplava, de forma expressa, a possibilidade de negócio jurídico em matéria probatória, especificamente no que tange à distribuição do ônus da prova.

Dispunha o CPC de 1973, no artigo 333, em seu parágrafo único, que “é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Perceba-se, então, em singela interpretação *a contrario sensu*, que, caso não versassem sobre direito indisponível nem dificultassem sobre maneira o exercício do direito, as convenções para a alocação da carga probatória já eram, de longa data, aceitas no direito pátrio.

Buscando o difícil balanceamento entre o publicismo e o privatismo, tentando, no ponto, aumentar o poder das partes, o Código de 2015, além de manter a hipótese típica da inversão, cuida de novos casos de negócios processuais. Não se pode, igualmente, perder de vista o já

⁴³³ SILVA, Beclate Oliveira. *Verdade como objeto de negócio jurídico processual*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 401.

⁴³⁴ No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 125.

mencionado, no capítulo anterior, artigo 190, que permite as avenças atípicas, também aplicável à matéria.

Estudaremos, portanto, as hipóteses previstas de convenções na legislação processual civil.

6.1.2.1 Hipóteses típicas de negócios jurídicos probatórios

No corpo do CPC de 2015, vislumbram-se ao menos três catalogações legais de convenções processuais das partes versando acerca de temáticas afins ao direito probatório: a inversão negocial do ônus da prova, o saneamento compartilhado e a escolha consensual de perito.

A primeira hipótese, de distribuição dos encargos probatórios, como mencionado, já era regrada no artigo 333, parágrafo único do CPC de 1973. O novo Código emprestou regulamentação bastante semelhante à matéria, admitindo-a sempre que a demanda não tratar de direito indisponível ou que a cláusula não frustrar o exercício do direito (artigo 373, §3º, I e II).

Fredie Didier⁴³⁵ anota, no que parece com razão, que, se a avença for firmada para facilitar a prova do direito indisponível, não há de se falar na incidência da vedação do inciso I. Assim, haverá a proibição de se firmar esse contrato apenas caso a cláusula dificulte a defesa dessa situação jurídica. O exemplo dado é de termo de ajustamento de conduta que estabeleça ao potencial poluidor o ônus de comprovar em juízo que promoveu a adequada proteção ambiental, proposições que seriam inteiramente válidas e eficazes. A distribuição convencional, nessa hipótese, atuaria a favor do direito indisponível, qual seja, a tutela do meio ambiente.

Mesmo nos casos em que possível a distribuição judicial dinâmica do ônus da prova, não há impedimento para que se firmem convenções processuais sobre a temática,⁴³⁶ ressalvadas eventuais restrições específicas promovidas na legislação especial. O Código de

⁴³⁵ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 123.

⁴³⁶ DIDIER, Fredie; et al *ibid.*, p. 124.

Defesa do Consumidor, nesse sentido, prescreve, em seu artigo 51, VI, a inversão em desfavor do consumidor, cominando-lhe a sanção de nulidade.⁴³⁷

Complementando o regramento do CPC de 1973, o novo Código traz, no artigo 373, §4º, a expressa autorização para que o negócio jurídico processual acerca dos encargos probatórios seja firmado antes ou durante o processo.

Uma efetiva novidade do CPC de 2015 foi a previsão do saneamento compartilhado. Dispõe o artigo 357, §2º que “as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz”.

A remissão aos incisos II e III, em especial, refere-se, respectivamente, à possibilidade de os sujeitos delimitarem as questões de fato sobre as quais recairão a atividade instrutória e os meios que serão utilizados e de redistribuição do ônus da prova, reforçando o artigo 373, §3º.

Aqui, confere-se um controle mais forte pelo magistrado, exigindo-se a homologação para que a avença produza os seus efeitos. A ideia é permitir que o juiz possa negar vigência a acordo que crie uma representação fática inteiramente desconectada da realidade, não lhe sendo forçado que julgue sem que haja um mínimo de verossimilhança na delimitação dos fatos convencionalizada.⁴³⁸

O último negócio típico identificado, em matéria probatória, é aquele ligado à escolha do perito. A previsão consta do artigo 471 do CPC, que coloca como óbices apenas a capacidade das partes e à disponibilidade do direito em jogo (art. 471, I e II). Respeitados esses requisitos, deve-se o órgão jurisdicional dar o devido cumprimento ao acordo, produzindo o trabalho realizado pelo *expert* escolhido os mesmos efeitos que uma perícia determinada pelo juízo (art. 471, §3º).

No mesmo ato em que nomearem conjuntamente o perito, as partes poderão apresentar assistente técnico para acompanhar os trabalhos (art. 471, §2º), o que indica que a escolha consensual não representa fato impeditivo do direito de, posteriormente, impugnar o laudo que for produzido.⁴³⁹

⁴³⁷ CDC, art. 51 - são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

⁴³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 781-782.

⁴³⁹ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 296.

6.1.2.2 Negócios atípicos

Além das hipóteses expressamente elencadas no Código de Processo Civil, o sistema convive com a possibilidade de convenções atípicas, também no que se refere à matéria probatória.

Desse modo, plenamente aplicáveis, aqui, os comandos do artigo 190 do CPC. Observando as restrições de disponibilidade do direito, de capacidade e de abusividade, nada impede que as partes convençam sobre temas ligados à prova, como os meios que serão utilizados e diferentes fatores ligados à sua produção.

Como exemplo, pode se apontar o uso de convenção para estabelecer a ordem de oitiva das testemunhas arroladas, já que o CPC, no artigo 361, formula uma ordem apenas preferencial para a produção da prova.

Outra possibilidade aventada é o acordo para a não nomeação de assistentes técnicos pelas partes, o que pode ser interessante de forma a baratear os custos da prova técnica, que já costumam ser elevados.

Os meios de prova, em si, também podem ser objeto de negócio jurídico processual entre os sujeitos do processo. Desde que legal e moralmente legítimo (CPC, art. 369), pode ser convenionado o uso de um instrumento probatório não previsto em lei para comprovar a matéria fática do respectivo processo. Do mesmo modo, podem se excluir determinados meios de prova da demanda.⁴⁴⁰ Também seria admissível que se hierarquizassem provas ou se excluíssem presunções.⁴⁴¹

A doutrina é farta nas hipóteses que podem ser objeto de convenção processual. A *novatio legis* ampliou os poderes das partes, conferindo uma liberdade de atuação sob o controle da legalidade do ato perante o juiz.

⁴⁴⁰ ROCHA, Marcelo Hugo da. *Negócio Jurídico processual e sua aplicação nas provas*. In JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*. Vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 541-542.

⁴⁴¹ GODINHO, Robson Renault. *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 415.

Em síntese, respeitados os ditames gerais do artigo 190 do Código de Processo Civil, confere-se ampla discricionariedade às partes para que convençionem acerca de matéria probatória na esfera cível.

6.1.3 Possibilidade de convenção no âmbito criminal

No capítulo antecedente, firmamos a ideia de que é possível a aplicação subsidiária do CPC ao processo penal para permitir os negócios jurídicos processuais também nessa esfera, não só pela regra do art. 3º do CPP, como também por força da existência de uma teoria unitária do processo.

Registrou-se que ambas as partes detêm capacidade de estar em juízo, sendo devidamente assistidas, de modo que as convenções seriam viáveis, desde que não implicassem em vulneração da tutela jurisdicional a ser prestada, em especial quanto ao valor da liberdade.

Contudo, se a questão já suscitaria controvérsias se posta de forma genérica, ela se torna ainda mais polêmica no campo do direito probatório, antes as peculiaridades inerentes à esfera criminal, notadamente no que tange à ação penal pública.

Em especial, vislumbra-se uma possível contradição entre a convenção processual e duas regras fundamentais do processo penal. A uma, poderia se argumentar acerca da incompatibilidade entre a obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação pública e o tratamento convencional sobre a prova. A duas, a distribuição do ônus de provar no âmbito criminal obedece a uma lógica bastante distinta da esfera cível.

Tais características próprias, portanto, precisam ser analisadas, em cotejo com os requisitos próprios dos negócios processuais.

6.1.3.1 A obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação penal pública

A temática da discussão acerca da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, a bem da verdade, não pode ser considerada exatamente uma novidade para o direito brasileiro, sendo, inclusive, possível buscarmos antecedentes históricos dessas posições em ordenamentos jurídicos bastante antigos.

O autor José Frederico Marques, há muito, chamava a atenção de que a atuação do Ministério Público, na persecução penal, pode se guiar por dois princípios em extremos opostos: o princípio da legalidade e o princípio da oportunidade.⁴⁴²

6.1.3.1.1 A discussão no ponto de vista histórico e no direito estrangeiro

No ponto, é importante fazermos uma breve digressão sobre o enfrentamento dessa temática acerca da obrigatoriedade, ou não, de se deflagrar o processo penal em outros momentos históricos e em outros ordenamentos.

Nereu José Giacomolli destaca que, no Direito Romano, pela forte influência religiosa do castigo, se conferia ao monarca e à sociedade uma grande liberdade para deflagrar a persecução e impor a vingança com base nos costumes. Com o passar do tempo e o advento da República, esse ordenamento conheceu uma separação entre delitos públicos e privados, com um grau maior de oportunidade nesses últimos e os primeiros marcados por um forte traço inquisitivo.⁴⁴³

No antigo direito germânico, como não havia divisão entre o ilícito civil e o ilícito penal, cabia às vítimas a busca pela responsabilização do ofensor. Com o passar dos séculos e a gradual absorção do direito canônico e, principalmente, a consolidação do Estado absolutista, suprimiu-se do ofendido o direito de acusar e afirmou-se um processo verdadeiramente inquisitorial.

Já no século XIX, por influência francesa, estabeleceu-se na Alemanha o Ministério Público, havendo já a discussão sobre a adoção da legalidade ou da oportunidade. Com a ascensão nazista, ampliaram-se os poderes discricionários do MP, em especial para se perseguirem opositores. Até mesmo por isso, gerou-se um movimento contrário, após a 2ª Guerra Mundial, de fortalecimento da legalidade.⁴⁴⁴

Mais recentemente, o Conselho da Europa, em 1986, manifestou-se a favor da adoção do princípio da oportunidade para os países participantes da Reunião de Helsinque, sem deixar

⁴⁴² FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. vol 1, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 335.

⁴⁴³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais* (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil). 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23-25.

⁴⁴⁴ *Ibid.* p. 27-32.

muito claro o alcance da medida, tentando se regulamentá-lo por diversas resoluções posteriores.⁴⁴⁵ A linha mestra das reformas, de forma geral, era a introdução de meios de simplificação e aceleração dos procedimentos.⁴⁴⁶

Esses influxos foram sentidos na Alemanha. Atualmente, mostra-se possível que razões de prevenção geral e de necessidade e conveniência da sanção criminal levem o MP a não buscar a persecução penal.⁴⁴⁷

A possibilidade mostra-se evidente nos §§ 153 e 154 do *Strafprozessordnung*,⁴⁴⁸ podendo se dar mediante o estabelecimento – ou não – de condições ao imputado, a depender das razões que ensejam a dispensa do processo penal.

A França também tem apresentado maior acolhida ao princípio da oportunidade a partir dos anos 1970. Vem se estabelecendo hipóteses de “terceira via”, entre iniciar e arquivar a persecução penal, especialmente para casos em que o autor do delito é primário e os fatos não são graves. O sistema tem se valido de mediações penais, para assegurar o ressarcimento dos danos e solucionar os problemas advindos do crime, com a reintegração do criminoso. Há também a composição penal, em que o MP propõe determinadas medidas diversas da prisão para a adequada punição de crimes de menor lesividade (pena inferior a cinco anos).⁴⁴⁹

Na Espanha, mantém-se uma observância maior da legalidade, sendo que a imposição da pena criminal depende, necessariamente, de um processo perante o juízo competente, em consonância com a legislação nacional. A legalidade, inclusive, tem *status* de garantia constitucionalmente assegurada, inclusive no âmbito processual penal.⁴⁵⁰

Apesar de a legalidade ser a regra, encontra-se espaço para o consenso, manifestado, principalmente, no instituto da conformidade.⁴⁵¹ Por meio dela, o acusado e o seu defensor, por declaração de vontade livre, personalíssima e incondicionada aceitam a pena postulada pela

⁴⁴⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais* (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil). 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-38.

⁴⁴⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 80.

⁴⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 120.

⁴⁴⁸ LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit., p. 83.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 121.

⁴⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 171.

⁴⁵¹ LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit., p. 85-87.

acusação – sendo de relevo apontar que a atividade acusatória não é exclusiva do MP, podendo também ser realizada pelo acusador popular ou privado.⁴⁵²

No sistema português, também há uma prevalência da legalidade, como se infere dos artigos 2º, 48 e 53 do CPP português, ainda que se estabeleçam alguns mecanismos de consenso no âmbito dos crimes de menor lesividade.⁴⁵³

O sistema baseia-se, então, em um tratamento diferenciado entre a pequena e a grave criminalidade, sendo que, na primeira, busca-se assegurar espaços de consenso enquanto o segundo ficaria submetido a espaços de conflito.⁴⁵⁴

Permite-se, por exemplo, a suspensão condicional do processo, que depende de pedido do MP, concordância do autor do fato e homologação do juiz da instrução, em momento anterior à formalização da acusação para crimes com penas inferiores a cinco anos, em que o caráter da culpa seja diminuto, não haja antecedentes criminais.

Além disso, pode haver consenso sobre a pena, para crimes punidos com sanção pecuniária ou pena de prisão inferior a três anos, quando o Ministério Público pode apresentar a sanção que entende cabível que será apreciada pelo juiz e, só então, intima-se o acusado para se manifestar a respeito dela. Por fim, há a aceitação da imputação fática, com confissão integral coerente e incondicional, renunciando-se à produção de provas. Entretanto, ela não vincula o magistrado, na linha do que defendemos no capítulo 7, *infra*.⁴⁵⁵

Registre-se que essas hipóteses não representam a adoção pura do princípio da oportunidade, já que a lei dispõe de forma específica acerca das balizas que precisam ser seguidas pelo acusador.

Como vimos no item 4, os sistemas de *common law*, ainda que com peculiaridades entre si, caracterizam de forma geral o instituto da *plea guilty* (Inglaterra) ou da *plea bargaining* (EUA). Trata-se de uma verdadeira manifestação do princípio da oportunidade, sem limitações

⁴⁵² GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais* (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil). 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 186.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 281.

⁴⁵⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 108-109.

⁴⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. cit.*, p. 283-289.

aos sujeitos processuais quanto aos acordos, sendo irrelevantes também os tipos penais violados.⁴⁵⁶

A despeito de críticas que recebem, o instituto se mantém. Nos EUA, inclusive, afirma-se que o abandono desses acordos levaria ao colapso a justiça criminal, pela impossibilidade de levar todos os casos penais a julgamento.⁴⁵⁷

Esse modelo, especialmente pela influência dos Estados Unidos, impactou em países de *civil law*, como no processo penal italiano. Na Itália, após o novo Código de 1988, o consenso pode se dar quanto ao rito processual a ser seguido ou mesmo a respeito da pena, dentro de determinadas balizas determinadas pela legislação.⁴⁵⁸

Ainda que existentes algumas críticas, buscou-se adaptar os institutos estadunidenses à tradição do direito italiano, em que a ação penal é pautada pelo princípio da obrigatoriedade para a acusação.⁴⁵⁹

De forma geral, nos países que adotam o princípio da oportunidade, cabe ao MP deixar de propor a ação, caso lhe pareça a melhor forma de atender ao interesse social. Há, assim, uma estimativa discricionária da utilidade, do interesse público em mover a máquina estatal em desfavor do acusado.⁴⁶⁰

A partir da forma como for regulado, a oportunidade pode incidir na atuação do legislador, dos sujeitos processuais, da vítima, do autor do fato delituoso ou do próprio julgador.⁴⁶¹

A adoção da oportunidade basear-se-ia em dois fundamentos, quais sejam, a facilitação da política governamental na esfera penal e o fortalecimento da justiça material sobre o formalismo legal.⁴⁶²

⁴⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais* (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil). 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39-40.

⁴⁵⁷ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 78.

⁴⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 257-262 e LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit., p. 95-108.

⁴⁵⁹ LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit. p. 93-95.

⁴⁶⁰ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. vol 1, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 335.

⁴⁶¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 64.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 76.

Entretanto, a oportunidade não fica imune a objeções. Por exemplo, o professor Frederico Marques já criticava esse princípio. Aduzia que os interesses ligados à tutela penal não podem ser preteridos por um motivo de ordem puramente abstrata, em especial porque a atuação do *parquet* desistindo da persecução penal ocorreria antes mesmo de maior instrução acerca dos fatos subjacentes.⁴⁶³

A base na legalidade significa que a deflagração do processo penal não pode se sujeitar a uma decisão discricionária. A aplicação das normas penais aos fatos não pode se basear em meras ideias de conveniência e oportunidade.⁴⁶⁴

6.1.3.1.2 Análise no Brasil

Frederico Marques defende a adoção, pelo Brasil, do princípio da legalidade, o que poderia ser deduzido da sistemática processual penal.⁴⁶⁵ Verifica-se, no artigo 6º do CPP, a obrigação da autoridade policial abrir inquérito sempre que tenha conhecimento de infração penal, sendo que a omissão de comunicação de crime de ação penal pública, conhecida no exercício de função pública, é contravenção penal (decreto-lei 3688/41, art. 66). Assim, se a *notitia criminis* faz-se obrigatória, com mais razão ainda seria a denúncia⁴⁶⁶, quando existentes peças de informação sobre fato delituoso.

Não bastasse, o poder de arquivar também não é absoluto, pois pressupõe decisão homologatória do juízo que, discordando, aplicará o disposto no artigo 28 do CPP. Segundo as

⁴⁶³ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. vol 1, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 335-336.

⁴⁶⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais* (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil). 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50.

⁴⁶⁵ FREDERICO MARQUES, José. *Op. cit.*, p. 337.

⁴⁶⁶ “É preciso ressaltar que a obrigatoriedade do Ministério Público promover a acusação, nos casos de ação penal pública não está colocada de forma absoluta, uma vez que só se obtém a tutela jurisdicional, quando do exercício da ação, se presentes as chamadas questões prévias, incluídas aí as condições da ação e os pressupostos processuais analisáveis no juízo de admissibilidade. Ademais, é preciso considerar que tal princípio da obrigatoriedade, ainda que fosse possível pensar estar atrelado ao princípio da legalidade deve ser relativizado, já que um processo penal democrático tem, antes de mais nada, o objetivo de atender ao interesse público”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro*. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4, jan/fev/mar 2000.

lições de Frederico Marques, isso seria uma atuação do órgão judiciário como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.⁴⁶⁷

Em reforço, os artigos 42 e 576 demonstram que o MP não detém disponibilidade sobre a ação penal, visto que não lhe é permitida a desistência dela, nem de recurso já interposto.

Também Hélio Tornaghi reforça a adoção da obrigatoriedade pelo direito processual penal brasileiro, argumentando que não fica ao arbítrio do promotor mover ou não a ação penal pública.⁴⁶⁸

É certo que existem hipóteses, previstas no artigo 359 do CPP⁴⁶⁹, em que a denúncia deve ser rejeitada *in limine* pelo magistrado. Nesses casos, é óbvio que o MP não fica obrigado a mover a ação penal. Contudo, a *contrario sensu*, fora da incidência desse rol, seria mandatária a apresentação de denúncia.⁴⁷⁰

No nosso sistema jurídico, então, não caberia ao órgão ministerial dispor da punição, traço da indisponibilidade da ação penal, que, portanto, deveria ser observada no ofício do promotor.

A obrigatoriedade da ação penal pública é resultado de um exercício de um poder-dever do Ministério Público⁴⁷¹ (MP) para restabelecer a regularidade do direito objetivo violado em razão do cometimento de um delito em apuração.^{472 473}

⁴⁶⁷ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. vol 1, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 337.

⁴⁶⁸ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. vol 3, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 310.

⁴⁶⁹ Em sua obra, o professor Hélio Tornaghi fazia menção ao artigo 43 do CPP. Com a lei 11.719/2008, os casos de rejeição liminar foram movidos para o artigo 395, com alterações. Veja-se a redação atual: “art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal”. Ibid. p. 310

⁴⁷⁰ Ibid., p. 311.

⁴⁷¹ “Puesto que, al igual que el juez el Ministério Público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar, sino un deber que cumplir.” CARNELUTTI apud CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 10.

⁴⁷² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240.

⁴⁷³ “Essa é a sua função. Pela leitura do dispositivo legal citado, verifica-se que o MP, como parte na ação penal pública, não está obrigado a promover-la, única e exclusivamente, para obter a condenação do réu, mas antes sua atuação, nesta qualidade, é a de velar, usando de todos os meios possíveis, pela correta aplicação da lei, tanto processual como material, que no processo se resume na obtenção de uma sentença legal e justa”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 09.

Nesse sentido, não se reservaria ao *parquet* qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência para promover ou não a ação penal. Constatada a conduta delituosa e observados os requisitos para o regular exercício da ação penal, o ajuizamento seria um ato vinculado. Em outras palavras, o membro do MP pode formar seu convencimento a partir da moldura fática delineada, mas, uma vez verificados os pressupostos, a propositura da ação escaparia à sua discricionariedade.^{474 475}

Dois são os princípios políticos que informam, nesse assunto, a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade (*legalitätsprinzip*) e o princípio da oportunidade (*opportunitätsprinzip*). Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculo que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal.⁴⁷⁶

Uma vez proposta a ação, o artigo 42 do CPP, expressamente, dispõe que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”. No âmbito recursal, o Código traz a regra de que “o Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto” (artigo 576).

Desses dispositivos, extrai-se a ideia de que, uma vez proposta, não se admite a desistência da ação penal, uma vez que o MP tem o dever de promover a reintegração da ordem jurídica violada pelo crime que teria ocorrido.^{477 478}

⁴⁷⁴ PACHELLI de OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 126.

⁴⁷⁵ “Ainda se discute, em sede doutrinária e jurisprudencial, se vige no nosso sistema penal o princípio da obrigatoriedade *tout court* da ação penal, ou se tal princípio é mitigado às chamadas hipóteses de falta de justa causa. Os defensores da primeira corrente entendem que, uma vez caracterizado o fato típico penal objetivo, não é dado ao órgão do MP examinar, em face dos elementos coligidos para a formação do inquérito policial ou outro tipo de peça de informação, da existência de eventual excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade. Sustentam que tal exame seria antecipação do julgamento do próprio mérito, que não poderia ser subtraído ao Poder Judiciário, até porque o arquivamento ou não do inquérito ou das peças de informação é ditado, em última instância, pelo próprio MP (art. 28 do CPP). Outra parte da doutrina, a nosso ver com razão, entende possível uma certa dose de subjetivismo ao órgão do MP, permitindo-lhe apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal – mitigação ao princípio da obrigatoriedade –, inclusive a existência de justa causa para movimentar a máquina judiciária”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 16-17.

⁴⁷⁶ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Edição revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem, vol 1, Campinas: Millennium editora, 2009, p. 288.

⁴⁷⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 250.

⁴⁷⁸ “Então, quando o MP pede a absolvição, não o faz por “imparcialidade” e também por dispor da ação penal, senão que, como agente público, está obrigado à estrita observância dos princípios da objetividade, impessoalidade e, principalmente, legalidade. Logo, é absolutamente ilegal acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo, quando não existe justa causa, punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade”. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª Ed. Saraiva, 2017, p. 202.

A indisponibilidade, nesse sentido, seria uma consequência lógica da obrigatoriedade, até mesmo para evitar burlas e desvios de funções. Se há o dever de apresentar a ação penal, há o dever de nela prosseguir.⁴⁷⁹

Esses princípios não aparecem sem algumas críticas. Alguns defendem que a cultura da obrigatoriedade tem promovido o encarceramento em massa apenas de crimes de fácil identificação de autoria e de materialidade, como o furto, sem que os promotores possam se dedicar, mais meticulosamente, a outras infrações penais de maior gravidade.^{480 481 482}

Outros colocam que a obrigatoriedade não se justificaria perante os princípios constitucionais da Administração Pública.⁴⁸³ Quanto à legalidade, ela não restaria violada diante da não apresentação da ação penal, mas sim por uma eventual atuação disfuncional do promotor. Caso o não ajuizamento se justificasse em concreto, a conduta em nada vulneraria o ordenamento.

Além disso, violaria o próprio princípio da eficiência, exigido dos agentes públicos, impor que o promotor propusesse a ação penal ainda que existissem elementos concretos que obstaculizem seu sucesso. Em geral, os únicos óbices aceitos são os relacionados aos indícios criminais, mas poderiam existir outras razões, relacionadas à inutilidade da sentença condenatória ou mesmo o excesso de demanda dos serviços judiciários.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ PACELLI de OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128-129.

⁴⁸⁰ MELO, André Luis Alves de. *Obrigatoriedade da ação penal é um mito*. In Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-jul-18/legislacao-brasileira-nao-preve-obrigatoriedade-acao-penal>. Acesso em 09/10/2017.

⁴⁸¹ “Trata-se de uma medida de política criminal que, a nosso ver, deveria ser repensada à luz do que explicamos ao tratar do objeto do processo penal e da pretensão acusatória”. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª Ed. Saraiva, 2017. p. 201.

⁴⁸² “O membro do Ministério Público é agente político que, diante da escassez de recursos, deve administrar as forças do Estado, para provocar a sanção das ações criminais praticadas pelos membros da sociedade, na medida de sua gravidade, sempre com olhos atentos às mudanças sociais e à repercussão das ações... De nada adianta à sociedade o Ministério Público oferecer denúncias e mais denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo as ações terminadas em reconhecimento de prescrição”. GAZOTO, Luis Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo do Ministério Público*. São Paulo: Editora Manole, 2003, p. 118.

⁴⁸³ GAZOTO, Luis Wanderley. *O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública em concerto com os princípios constitucionais*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, p. 95-104, disponível em <<https://sites.google.com/site/luiswanderleygazoto/meus-textos/o-principio-da-no-obrigatoriedade-da-ao-penal>>. Acesso em 10/10/2017.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 124-137.

Fazendo um contraponto às críticas, Afrânio Silva Jardim apresenta uma defesa do princípio da obrigatoriedade.⁴⁸⁵ Em especial, o professor alerta para o risco de se assoberbar o poder discricionário do membro do Ministério Público, se lhe fosse conferida a análise da oportunidade de ingressar com a ação penal. Isso já seria algo preocupante em relação a qualquer agente público, quanto mais em temáticas relacionadas ao *ius puniendi* estatal. Além disso, defende que seria um mecanismo para garantia da isenção na atuação do *parquet*, pois ajuda a afastar pressões indevidas de não ajuizamento da ação penal.

Não compete ao Ministério Público a seleção de pessoas ou crimes que justificam a persecução penal. Quando diante de um fato típico e ilícito, não resta alternativa a não se promover a ação penal, já considerando as medidas despenalizadoras previstas em nossa legislação.⁴⁸⁶

6.1.3.2 A controvérsia sobre o ônus da prova em matéria criminal.

O Código de Processo Penal regula o ônus da prova na matéria com a singela ideia de que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, conforme o artigo 156. Apesar de ter passado por reforma, com a lei 11.690/2008, esse postulado básico não chegou a ser alterado, mantendo-se o mesmo desde o ano de 1941.

A disciplina legal, ainda que menos detalhada, não difere sobremaneira das normas processuais civis, mas mostra-se menos sofisticada por levar em conta apenas a alegação em si, deixando de lado o direito material.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Um debate atual: os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade do exercício da ação penal pública. Propostas para disciplinar a discricionariedade do Ministério Público, caso seja adotado o princípio da oportunidade in Empório do direito*, disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nY0ipvPVIfsJ:emporiododireito.com.br/um-debate-atual-os-principios-da-obrigatoriedade-e-da-oportunidade-do-exercicio-da-acao-penal-publica-propostas-para-disciplinar-a-discricionariedade-do-ministerio-publico-caso-seja-adotado-o-princ/+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 10/10/2017.

⁴⁸⁶ “A partir do momento em que o sistema jurídico opta por criminalizar uma conduta, seria inadequado fazer concessões em torno da persecução penal, pois essa postura poderia trazer prejuízos para o interesse social na punição dos infratores”. LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 40.

⁴⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 256.

Afrânio conceitua ônus da prova como sendo “a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal”.⁴⁸⁸

Mittermaier, no direito alemão, destaca que a prova da acusação deve ser inteira e completa, apta a tornar juridicamente certos todos os fatos que motivam a decretação da pena. Por sua vez, a prova da defesa tem por fim demonstrar o equívoco da imputação ou falar em favor do acusado, para pedir a condenação. Contudo, a certeza do órgão jurisdicional é exigida apenas nos casos de condenação.⁴⁸⁹

No cível, a relação substancial é levada em conta. Já no Código de 1939⁴⁹⁰ estabelecia-se a ideia de que ao autor cumpria comprovar os fatos constitutivos, enquanto o réu deveria fazer prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito alegado. Como se sabe, essa regra geral manteve-se nas codificações seguintes (artigo 333 em 1973; artigo 373 em 2015), diferenciando-se apenas pelas permissões de flexibilização dessa distribuição estática, seja por contrato, seja por decisão judicial.

Esse menor detalhamento da lei processual penal causa, desde já, um primeiro problema. É possível que, acerca de um mesmo fato, ambas as partes façam alegações contraditórias entre si.⁴⁹¹ Aliás, isso, no normal das vezes, ocorrerá, com o MP imputando ao réu um fato delituoso e a defesa negando-o.

Outro exemplo dessa situação é o direito de autodeterminação sobre as informações existentes a respeito da parte, ou seja, a possibilidade de a parte determinar se e até que ponto suas informações serão reveladas, apesar de tal direito não ser indeterminado.⁴⁹²

⁴⁸⁸ SILVA JARDIM, Afrânio. *Direito Processual Penal*. 7ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 209.

⁴⁸⁹ MITTERMAIER, C. J. A.. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3ª ed., Campinas: Bookseller, 1996, p. 122, 126 e 128.

⁴⁹⁰ Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas.

§ 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

§ 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.

⁴⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 256.

⁴⁹² DA SILVA, Jardel Luis, FELIX, Yuri. *Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 111/2014, p. 209 – 226, Nov – Dez/2014, p. 5.

Visando a suprir a falta de minúcias da legislação, parte da doutrina acaba por transpor as ideias cíveis para o campo criminal. Tourinho Filho,⁴⁹³ por exemplo, coloca que o *parquet* deve comprovar a conduta típica, sua autoria e o seu elemento subjetivo – ou seja, fatos constitutivos do direito de punir. Por outro lado, a parte ré precisaria provar eventuais excludentes de ilicitudes ou causas de extinção de punibilidade, respectivamente, fatos impeditivos e extintivos da persecução penal.

O Supremo Tribunal Federal já sufragou esse ponto de vista em alguns de seus julgamentos. Já se afirmou, por exemplo, que, se o acusado abre mão do seu direito constitucional ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), adotando uma postura ativa, ele recebe o ônus de comprovar suas alegações.⁴⁹⁴

Em outro julgado,⁴⁹⁵ a Suprema Corte entendeu que a precária condição tributária da sociedade empresarial, como causa de exclusão de culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária, deve ser provada pela defesa, que fez a alegação.

⁴⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol 3. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

⁴⁹⁴ EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado (...) III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 78708, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, 09 de março de 1999, DJ, 16/04/1999).

⁴⁹⁵ AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DETENTOR DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. (...) 8. No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade a precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não-recolhimento do tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo de razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Deve o julgador, também, sob outro aspecto, aferir o elemento subjetivo do comportamento, pois a boa-fé é requisito indispensável para que se confira conteúdo ético a tal comportamento. 9. Não é possível a aplicação da referida excludente de culpabilidade ao delito do art. 337-A do Código Penal, porque a supressão ou redução da contribuição social e quaisquer acessórios são implementadas por meio de condutas fraudulentas – incompatíveis com a boa-fé – instrumentais à evasão, descritas nos incisos do caput da norma incriminadora. 10. Hipótese em que o conjunto probatório não revela, em absoluto, a precária condição financeira da empresa. Nítida é a deficiência da prova de tal condição, não havendo nos autos um só documento que permita concluir por modo diverso. De mais a mais, a posterior atuação da empresa, referente ao período de setembro de 2002 a abril 2004, demonstra a plena continuidade dos seus negócios, de maneira a patentear que os elementos de convicção constantes dos autos caminham em sentido contrário à tese defensiva. (...)” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AP 516, Relator(a): Min. AYRES

Esse entendimento, igualmente, parece receber amparo por parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No que tange ao crime de receptação, há entendimento consolidado⁴⁹⁶ no sentido de que, se o bem for apreendido em poder do réu, é ele quem deve caracterizar a origem lícita do bem ou a sua origem culposa para impedir a procedência da pretensão acusatória do MP.

O mesmo pensamento mostra-se igualmente aplicável às hipóteses de exclusão de ilicitude, de culpabilidade ou de punibilidade. A Corte já enfrentou a questão no âmbito de crime fiscal, em que o pagamento do tributo extingue a punibilidade, decidindo que compete ao réu demonstrar esse adimplemento da obrigação.⁴⁹⁷

Contudo, a aplicação das formulações processuais civis não pode prescindir da análise de que vigora, no processo penal, o princípio da presunção de inocência. A norma, prevista no artigo 5º, LVII da Constituição da República, traz ao réu uma garantia política do estado de inocência, uma regra de tratamento durante o processo e, no que mais importa no momento, uma regra de julgamento em caso de dúvida (*in dubio pro reo*).⁴⁹⁸

Diante disso, não são incomuns as manifestações de que a normativa do CPC seria manifestamente inaplicável no âmbito do processo penal. O certo seria, nessa linha, que todo o ônus probatório recaísse apenas sobre o Ministério Público, cujo dever de narrar o fato

BRITTO, Tribunal Pleno, 27/09/2010, DJe em 06/12/2010). BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Apelação 516, Relator(a): Min. Ayres Britto, Brasília, 27 de setembro de 2010, DJe 06/12/2010.

⁴⁹⁶ Vide, por exemplo: “PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS DECISÃO FUNDAMENTADA. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. RECEPTAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AGRAVO DESPROVIDO (...). 2. A conclusão das instâncias ordinárias está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova. Precedentes (...)” BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 331.384/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, 22 de agosto de 2017, DJe, 30/08/2017.

⁴⁹⁷ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO INTEGRAL. ÔNUS DA PROVA DA DEFESA. EXCLUDENTES DE ILICITUDE E/OU CULPABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO (...) 2. Se é certo que o pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento dos tributos extingue a punibilidade do crime tipificado no art. 168-A do Código Penal, por força do art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 10.684/03 - de eficácia retroativa -, não menos certo que tal comprovação é ônus da defesa. 3. De igual modo, cabe à defesa a provar sua tese de excludente de ilicitude e/ou de culpabilidade. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido” BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 871.739/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, 18 de novembro de 2008, DJe 09/12/2008.

⁴⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 280.

criminoso com todas as suas circunstâncias (artigo 41 do CPP), englobaria o ônus de prová-lo no curso da instrução.⁴⁹⁹

Incumbiria ao MP, então, para a procedência do *ius puniendi*, comprovar não apenas a existência dos fatos constitutivos, mas igualmente a inexistência de fatos impeditivos que tivessem relação com aquele caso penal.⁵⁰⁰

Isso porque as regras de julgamento do processo criminal não se fundam apenas em critérios técnico-jurídicos, mas também políticos. Cuida-se da ideia de que seria preferível a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente, de modo que se justifica que, em havendo dúvidas sobre a matéria fática, após o exaurimento da instrução, o julgamento deve ser favorável ao réu.⁵⁰¹

Essa tese também tem encontrado algum apoio na jurisprudência pátria. No Supremo Tribunal Federal, há diversos acórdãos,⁵⁰² de lavra do Ministro Celso de Mello, que sustentam que “as acusações penais não se presumem provadas: o ônus da prova incumbe, exclusivamente, a quem acusa”.

⁴⁹⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 506-507.

⁵⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 297.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 299.

⁵⁰² Vide, à guisa de exemplo: “E M E N T A: “HABEAS CORPUS” - CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO (CP, ART. 242, SEGUNDA PARTE) E CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR (CP, ART. 245, § 2º) - ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA - OCORRÊNCIA - INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FIXADOS PELO ART. 41 DO CPP - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO ATENDE ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI ÀS PACIENTES COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO QUE AS VINCULE, COM APOIO EM DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, AO EVENTO DELITUOSO - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. (...) AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“essentialia delicti”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita”. BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, HC 80084, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, 09 de maio de 2000, DJe 10/11/2012

No mesmo sentido: BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, HC 88875, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, 09 de dezembro de 2010, DJe em 12/03/2012 e BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, HC 84580, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, 25 de agosto de 2009, DJe em 18/09/2009.

Também no Superior Tribunal de Justiça, há julgados nesse sentido.⁵⁰³ Afirma-se que o ônus da prova é integral da acusação, em virtude da presunção de inocência e do *favor rei*, vigentes no processo penal. Assim, não havendo provas suficientes para afastar uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, o caminho natural seria o julgamento de improcedência.

Ante o exposto, nota-se uma considerável controvérsia entre os autores e os julgadores de casos penais, acerca do ônus probatório no processo criminal e a possibilidade de, em relação a fatos extintivos ou impeditivos, alocá-lo à defesa.

6.1.3.3 Possível campo de aplicação das convenções probatórias

A análise da aceitação dos negócios jurídicos processuais sobre provas depende, necessariamente, do caráter que se pretenda atribuir, por um lado, à obrigatoriedade e à indisponibilidade da ação penal pública e, por outro, da distribuição do ônus probatório na esfera criminal.

As considerações acerca da impossibilidade de transação em razão do direito em jogo no caso penal já foram enfrentadas no capítulo antecedente. Reitera-se que a indisponibilidade do objeto do processo não é, por si, um óbice à realização de convenções pelas partes, de modo que não impediriam a convenção probatória.

Tais acordos, entretanto, não poderão representar um obstáculo à prestação jurisdicional nem ao exercício do contraditório, já que não é dado ao Ministério Público simplesmente abdicar da busca pela reintegração da norma penal violada, bem como o réu também não tem a prerrogativa de abrir mão de sua liberdade.

⁵⁰³ “RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 244-B DA LEI N. 8.069/1990. ABSOLVIÇÃO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO(...) 2. O ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação, decorrência natural do princípio do favor rei, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória, de maneira que o juiz deverá absolver quando não tenha prova suficiente de que o acusado cometeu o fato atribuído na exordial acusatória, bem como quando faltarem provas suficientes para afastar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade”. BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1501842/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, 05 de abril de 2016, DJe 18/04/2016. No mesmo sentido, ainda que entendendo que, no caso concreto, a infração penal estava provada, BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1359446/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, 19 de abril de 2016, DJe 28/04/2016.

Em verdade, nada impede que a obrigatoriedade da ação penal coexista com critérios de oportunidade, que permitam flexibilizar no caso concreto o processo criminal, pesado e pouco proveitoso.⁵⁰⁴

No atual contexto de colaboração premiada, esse argumento favorável ganha um novo reforço na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). O referido ato administrativo permite, em seu artigo 18,⁵⁰⁵ os chamados acordos de não-persecução penal, no âmbito do MP.

⁵⁰⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 40-41.

⁵⁰⁵ Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal;

III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;

IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.

V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal.

§ 2º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu advogado.

§ 3º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo deverão ser registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 4º É dever do investigado comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 5º O acordo de não-persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 6º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não comprovando o investigado o seu cumprimento, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 7º O descumprimento do acordo de não-persecução pelo investigado, também, poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não-oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 8º Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, sendo que esse pronunciamento, desde que esteja em conformidade com as leis e com esta Resolução, vinculará toda a Instituição.

Ora, se o promotor ou o procurador da República podem, até mesmo, negociar tendo como base o próprio ajuizamento da denúncia, com ainda mais razão, eles poderiam transacionar acerca de matéria probatória, caso consideremos que a resolução goza de juridicidade.

Conquanto se presuma a legitimidade e a legalidade dos atos administrativos, a referida norma já nasceu com forte controvérsia. Para o professor Afrânio Silva Jardim,⁵⁰⁶ haveria rompimento ilegítimo do princípio da obrigatoriedade e, até mesmo, com o da legalidade, desrespeitando-se normas fundamentais da Carta Magna, inclusive a separação de poderes.

Igualmente sustentando violações à Constituição da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil⁵⁰⁷ e a Associação dos Magistrados⁵⁰⁸, posto que ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade, ainda em fase inicial de processamento, ambas distribuídas à relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Nesse quadro, a referida resolução do CNMP mostra-se, no mínimo, de duvidosa constitucionalidade perante nosso ordenamento jurídico, tanto que o próprio Conselho já avalia realizar mudanças, a serem publicadas em breve, para exigir homologação judicial das medidas.⁵⁰⁹ De qualquer forma, mesmo que ela eventualmente seja afastada em julgamento do STF, não ficam prejudicados os presentes argumentos, já que, mesmo se adotando uma interpretação mais rígida acerca da indisponibilidade do objeto do processo penal, isso por si não impede a realização de negócios processuais.

Outro ponto imprescindível de análise é a problemática acerca da distribuição dos encargos probatórios. Aqui, não se nega que, se adotada uma posição rigorosa de que o ônus deveria recair de forma exclusiva ao MP, por imperativo constitucional do sistema acusatório, não se poderia falar em alteração dessa norma mediante acordos.

⁵⁰⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *O Conselho Nacional do Ministério Público está legislando sobre o Direito Processual Penal!!! A que ponto chegamos!!!* in Empório do direito, disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gx-kdoWkVHoJ:emporiododireito.com.br/o-conselho-nacional-do-ministerio-publico-esta-legislando-sobre-o-direito-processual-penal-a-que-ponto-chegamos-por-afranio-silva-jardim/+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 13/10/2017.

⁵⁰⁷ ADIn 5793, conclusa ao Relator para despachar a inicial, conforme andamento processual (<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5288159>). Acesso em 14/10/2017.

⁵⁰⁸ ADIn 5790, também em conclusão (<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5283027>). Acesso em 14/10/2017.

⁵⁰⁹ Conselho muda regra que permitia ao MP perdoar quem confessa. <<http://www.pautajudicial.com.br/noticia/onselho-muda-regra-que-permitia-ao-mp-perdoar-quem-confessa.html>>. Acesso em 13/12/2017.

Acreditamos, contudo, que incumbe à defesa criar, no mínimo, uma dúvida acerca de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da pretensão punitiva. Haveria, nesse sentido, um campo em que se justificaria a possibilidade de transações recíprocas entre as partes do processo penal.

Por tais motivos, parece-nos que seria viável, respeitado o direito à ampla defesa, que as partes realizem ajustes, nas peculiaridades do caso concreto, e em uma perspectiva de cooperação, de modo a redistribuir o ônus da prova, mediante o manejo das convenções processuais.

6.1.4 Conclusão

Após concluirmos, no capítulo antecedente, pela possibilidade, em geral, de negócios processuais no âmbito criminal, pretendemos, no presente, demonstrar a adequação de eles versarem acerca de matéria probatória.

Vimos que, no processo civil, eles se apresentam mesmo de formas típicas, como na alteração convencional do ônus da prova e a escolha consensual de perito, sem prejuízo de serem firmados negócios atípicos.

Projetando para o processo penal, vislumbramos dois óbices que, de antemão, poderiam ser apontados: (i) a obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação penal pública; (ii) as considerações de que o ônus da prova, em um sistema acusatório, pertenceria integralmente ao Ministério Público.

Defendemos, entretanto, que esses fatores não são obstáculos intransponíveis à realização de convenções em matéria processual em matéria criminal. A uma, porque o fato de o objeto do processo ser indisponível não basta para impedir a transação acerca de matéria instrumental, desde que não haja frustração à entrega da prestação jurisdicional. A duas, pois ao acusado é alocado o encargo de, ao menos, criar uma dúvida razoável acerca de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito em jogo.

6.2 A prova ilegítima.

Atestada a possibilidade da convenção processual de natureza probatória, é preciso estabelecer algumas limitações quanto ao objeto. Se é óbvio que o próprio direito à prova não é em si absoluto, é claro que, com ainda mais razão, os negócios jurídicos devem sofrer determinadas limitações.

Não se perde de vista, entretanto, que o direito à prova também tem estatura fundamental, de modo que não se podem criar obstáculos desproporcionais ao correto esclarecimento dos fatos. Portanto, é preciso que a restrição se volte, também, à proteção de valores de estatura elevada para o ordenamento jurídico.

Em alguns casos, a proteção à dignidade da pessoa humana pode impedir que algum elemento probatório seja admissível nos autos. Da mesma forma, determinadas garantias processuais ou formais podem ensejar a invalidade de determinada prova ou meio de obtenção de prova.

Em suma, pretende-se analisar agora certas limitações à instrução processual que, por óbvio, repercutem nos acordos probatórios.

“Uma prova é admissível sempre que nenhuma norma a exclua”.⁵¹⁰

Nos casos, contudo, em que é reconhecido algum vício durante a instrução probatória estaremos diante de provas ilegais. São elas gênero que, por sua vez, é dividido em duas espécies: a prova ilegítima e a prova ilícita.⁵¹¹ Essa distinção entre as espécies de provas ilegais foi pioneiramente desenvolvida no país pela professora Ada Pellegrini⁵¹²

A prova ilegítima é decorrente de ofensa ao direito processual, ou seja, a sua invalidade decorre de vício no momento de sua produção. Assim, para que a prova tenha validade no processo, deverá ser repetida e suprido o vício de produção. Submete-se, portanto, ao regime das nulidades, próprio do processo penal, não sendo obrigatório seu desentranhamento dos autos, como ocorre no âmbito das provas ilícitas.

⁵¹⁰ CORDERO, Franco apud LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª ed, 2017, Saraiva, p. 393.

⁵¹¹ “No que se refere à contaminação, uma prova ilicitamente admitida, ainda que produzida segundo os cânones endoprocessuais, será nula por derivação. Por outro lado, quando regularmente admitida, mas com defeito na aquisição, não haverá qualquer contaminação da decisão de admissão, pois a contaminação não tem efeito retroativo que lhe permita alcançar o ato precedente. Válida a admissão e defeituosa a produção, repete-se somente esse último ato”. *Ibid.*, p. 393.

⁵¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 98-99.

A diferença entre prova ilegítima e ilícita é bem delineada no plano teórico, mas, na prática, pode ensejar algumas dúvidas. Gustavo Badaró, sem negar a utilidade da classificação, aponta que talvez fosse necessário dar outro tratamento à matéria, restringindo à categorização da prova como ilegítima, de forma a potencializar as garantias fundamentais. Aponta o interessante exemplo de uma interceptação telefônica decretada pelo juízo incompetente, questionando se a prova seria ilícita, pelo desrespeito ao direito à intimidade, ou ilegítima, por violação das regras processuais de competência.⁵¹³

No plano dos efeitos, existem autores que rechaçam a diferença quanto às consequências da catalogação da prova como ilícita ou ilegítima. Eugenio Pacelli, por exemplo, escorando-se no artigo 157 do CPP, com a redação dada pela lei nº 11.690/08, entende que, para ambas, o efeito seria de desentranhamento da prova dos autos.⁵¹⁴

Guilherme Nucci aceita relegar ao campo das nulidades apenas os casos em que aspectos meramente formais da lei sejam desrespeitados, como a ordem de inquirição de testemunhas. Em todas as demais hipóteses, violada lei material ou processual penal, deveria incidir a aplicação do artigo 157 do CPP, para que não se amesquinhasse a garantia da não utilização de provas ilícitas.⁵¹⁵

6.3 A prova emprestada.

A prova emprestada nada mais é do que a utilização de uma prova que foi apresentada em outro processo normalmente, ou seja, atendendo a todo rito necessário. Quando são transportadas para um novo processo adquirem as características da prova documental. Para que a prova seja válida neste novo processo, deverá ser acerca do mesmo fato probando, serem as partes dos processos as mesmas⁵¹⁶, a não ser que o contraditório seja diferido e que não venha

⁵¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 403-408.

⁵¹⁴ PACELLI de OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 388.

⁵¹⁵ NUCCI, Guilherme. *Provas no processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 50.

⁵¹⁶ “Para Moacyr Amaral Santos há que se diferenciar três situações que podem ocorrer entre o processo do qual a prova será emprestada e aquele para onde será trasladada: a) se os litigantes forem os mesmos; b) se ao menos um dos litigantes for diferente; c) se todos os litigantes forem diferentes.

a causas qualquer tipo de prejuízo àquela parte que não participou do primeiro processo, e, por fim, que tenha sido analisada por juiz competente.

É o aproveitamento da atividade probatória mediante o traslado dos elementos, ingressando no outro processo através de documento, mantendo-se, porém, o valor originário da prova anteriormente produzida a ser novamente aferida pelo julgador.

No processo penal, as exigências para a utilização da prova emprestada são um pouco mais rigorosas:

a) deve haver, no processo penal, um esforço mais intenso para coibir a utilização da prova emprestada por razões de mera comodidade; b) a inobservância do rito probatório no processo originário não pode ser relativizada para admitir o transporte da prova; c) a economia processual não constitui argumento suficiente para a supressão do contraditório, mormente quando se verifica a modificação das partes ou do objeto principal da discussão fática empreendida num e noutro processo e, por fim, d) a prova, no processo originário, deve ter sido proferida perante um órgão jurisdicional, ainda que não se trate do juiz constitucionalmente competente - o que, todavia, pode ser aconselhável para a satisfação do contraditório pleno.”^{517 518}

Há quem entenda acerca da inadmissibilidade da prova emprestada no processo penal, em virtude do princípio da taxatividade. Contudo, a maior parte da doutrina sustenta que é possível a sua utilização com base no princípio da atipicidade, bem como para evitar o

Na primeira hipótese, não há maiores controvérsias, a prova poderá ser emprestada. Na segunda hipótese, quando a prova haja sido produzida em processo em que uma das partes, do processo que recebeu o empréstimo, litigou com terceiro, é possível se vislumbrar duas situações: (1) a prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior, caso em que não terá ela eficácia em relação à parte contrária, que não participou de sua produção, podendo valer tão somente como adinículo probatório para a formação da convicção do juiz; (2) a prova é trasladada por quem não foi parte no processo anterior, caso em que conserva eficácia probatória, principalmente quando a prova foi reconhecida no processo anterior. Na terceira hipótese, na qual todos os litigantes forem diferentes a prova emprestada não poderá ser admitida.” SANTOS, Moacyr Amaral apud SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da., PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Prova emprestada: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência*. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, nº 275, jan 2018. *No prelo* p. 07.

⁵¹⁷ GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paul, p. 258.

⁵¹⁸ Como exemplo de impossibilidade da utilização da prova emprestada trazemos as provas obtidas mediante a quebra de sigilo bancário/fiscal, pois a autorização para tal procedimento não torna tais documentos públicos. DA SILVA, Jardel Luis, FELIX, Yuri. *Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 111/2014, p. 209 – 226, Nov – Dez/2014, p. 5.

cerceamento de defesa do acusado, decorrente da garantia da ampla defesa.⁵¹⁹ No mesmo sentido, a jurisprudência do STJ⁵²⁰ e do STF.⁵²¹

6.4 A prova ilícita.

Os casos de ilicitude das provas vêm previstos na Constituição da República e no Código de Processo Penal.⁵²² Como dito anteriormente, a prova ilícita é espécie do gênero prova ilegal, juntamente com a prova ilegítima. Esta é assim caracterizada em virtude de vícios processuais no momento de sua produção, ou seja, durante o processo, enquanto que aquela está eivada vício de direito material, que pode ter ocorrido antes ou durante o processo.⁵²³

Para Paulo Rangel, a prova ilícita é aquela obtida através de meios ilícitos, ou seja, contrários ao ordenamento e reflete uma limitação ao poder instrutório, vez que não se pode

⁵¹⁹ SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da., PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Prova emprestada*: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência. In: Revista de Processo, São Paulo, ano 43, n° 275, jan 2018. *No prelo*

⁵²⁰ “A admissão da prova emprestada decorre da aplicação dos princípios da economia processual e da unidade da jurisdição, almejando máxima efetividade do direito material com mínimo emprego de atividades processuais, aproveitando-se as provas colhidas de forma idônea perante outro juízo. Agravo regimental não provido”. BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag no REsp 1417563/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, 17 de outubro de 2017, DJe 23/10/2017. “(...) 1. Pacificou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido da admissibilidade, uma vez observado o contraditório, da prova emprestada vinda de processo do qual não participaram as partes do feito para o qual a prova será trasladada. (...)” BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1665115/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, 21 de setembro de 2017, DJe 04/10/2017.

⁵²¹ “(...) 1. Inexiste nulidade na utilização de prova emprestada em processo criminal, notadamente fundamentada em decisão judicial deferindo o seu compartilhamento” BRASILIA, Supremo Tribunal Federal, Inq 4023, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, 23 de agosto de 2016, DJe em 01/09/2016; “(...) 1. Inexistência de nulidade na utilização da prova emprestada. A defesa do Paciente teve a oportunidade de contraditá-la, mas deixou de produzir novas provas (...)”. BRASILIA, Supremo Tribunal Federal, HC 133773, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, 28 de junho de 2016, DJe em 21/10/2016.

⁵²² “A vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável por sua produção”. PACELLI de OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 357.

⁵²³ DA SILVA, Jardel Luis, FELIX, Yuri. *Dos limites à atividade probatória no processo penal*: ilicitude e compartilhamento de provas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 111/2014, p. 209 – 226, Nov – Dez/ 2014, p. 8.

buscar a verdade a qualquer custo, devendo serem respeitados princípios éticos e sociais, basilares do Estado Democrático de Direito.⁵²⁴

Há diversas teorias acerca da possibilidade de utilização da prova ilícita.⁵²⁵ Cordero afirma que toda prova é lícita desde que não seja vedada pelo ordenamento jurídico.⁵²⁶ Tonini, por sua vez, entende que a prova somente não será utilizável se essa for uma das sanções previstas para a violação da regra de produção da prova.⁵²⁷ Há quem defenda a impossibilidade absoluta de utilização da prova ilícita, enquanto há outros doutrinadores que afirmam que ela somente poderia ser utilizada se fosse a única maneira de preservar os direitos fundamentais presentes no caso.⁵²⁸ Além dessas, há ainda a teoria que defende que a prova ilícita somente pode ser utilizada quando for *pro reo*.^{529 530}

“O cerne da questão está em encontrar o equilíbrio entre dois valores contrapostos: a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao

⁵²⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 472-473.

⁵²⁵ “Discute-se a possibilidade de utilização da prova obtida ilicitamente. Segundo Jorge Silvestre, para uma corrente mais peremptória, é inadmissível a utilização da prova ilícita sob qualquer fundamento; já de acordo com uma segunda, a prova, ainda que produzida com ofensa ao direito, pode ser utilizada, pois o seu conteúdo é válido, ficando a ilicitude restrita ao meio de obtenção. Finalmente, há uma terceira posição que admite seja a prova utilizada mediante ponderação de interesses”. SILVESTRE, Jorge Augusto Bezetti apud SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da., PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Prova emprestada: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência*. Revista de Processo, São Paulo, ano 43, nº 275, jan 2018. *No prelo*. p. 07.

⁵²⁶ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá. Temis, 2000. vol. 2, p. 44.

⁵²⁷ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Ed. RT, 2002.

⁵²⁸ “A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida. Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas”. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª ed, 2017, Saraiva, p. 395.

⁵²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 594-599.

⁵³⁰ “Não se pode, todavia, concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas. Imagine a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção... Observe-se que, qualquer que seja a solução, deverá aquele que violou o ordenamento jurídico para conseguir a prova ilícita responder pelo ato praticado. Além disso, a eventual aceitação da prova dependerá, evidentemente, da sua confiabilidade... De qualquer modo, afastar por completo a possibilidade de o juiz determinar a produção de uma prova ilícita significa aceitar provimento jurisdicional que, provavelmente, não corresponda aos fatos deduzidos pelas partes e relevantes para o julgamento da causa”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

alcance do escopo da atividade jurisdicional.”⁵³¹ Vale lembrar que, de um lado, está a privacidade que pode ter sido violada para a produção da prova e, de outro lado, está a garantia do acesso à justiça, cerne do ordenamento jurídico brasileiro.

Grande controvérsia que ainda persiste no meio doutrinário é a respeito da aceitação ou não da prova ilícita por derivação, isto é, aquela que fora obtida através de meios ilícitos. Trata-se da teoria dos frutos da árvore envenenada, que tem origem no direito norte-americano e foi absorvida por nosso ordenamento, como consta no art. 157 do CPP.

A doutrina, contudo, já encontra meios de justificar a utilização da prova eivada de vício, como, por exemplo, com a teoria da descoberta inevitável, segundo a qual a prova em questão seria descoberta, de qualquer maneira, com a utilização de diligências usuais pelos agentes.

Trata-se de aplicação da jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense, em que um homem cometeu homicídio, escondendo o corpo da vítima. O crime mobilizou centenas de pessoas, que se dividiram para conseguir encontrá-lo. Entretanto, o acusado, em uma confissão obtida ilegalmente, acabou por confessar o local onde escondera o cadáver. Na oportunidade, negou-se a ilicitude da prova, porque, considerando as diligências que já se realizavam, seria inevitável que o corpo fosse encontrado.⁵³²

No Brasil, o STJ já teve a oportunidade de aplicar a teoria no bojo do HC 52.995.⁵³³ No caso, que tratava de um furto qualificado, um “golpe bancário”, teria se obtido ilegalmente

⁵³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

⁵³² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 630.

⁵³³ HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexiste, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. 5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria

dados sigilosos do acusado sem autorização judicial. As informações, que provavam o crime, foram passadas diretamente pelo banco ao sobrinho da vítima, após seu falecimento. Ocorre que, no caso, na condição de herdeiro, a pessoa teria acesso aos extratos bancários, assim que se habilitasse em inventário. Desse modo, a descoberta da fraude era inevitável, não se decretando a ilicitude da prova.

Outra teoria aplicada para que se aproveite tal prova, é a teoria da fonte independente, em que a produção da prova posterior à ilícita, a qual se tenta preservar, não tem qualquer relação de causalidade com a mesma.

Há de se observar também a teoria do encontro fortuito de provas, em que a prova é obtida através de diligência determinada para a investigação de outro crime.

6.5 As provas ilegais e as convenções

A vedação à prova ilegal é uma garantia de estatura constitucional, visando a resguardar direitos fundamentais do cidadão e impedir uma persecução penal desarrazoada pelas forças estatais.

Como destacamos acima, há intensa discussão doutrinária sobre a possibilidade de se mitigar ou não essa garantia constitucional, sendo difícil encontrar algum consenso sobre a temática.

Entretanto, certo é que a vontade das partes não é suficiente para a validação da prova ilegal. Não se pode esquecer que, ao lado de resguardar a intimidade do acusado, a vedação às provas ilegais tem também um caráter pedagógico para os agentes estatais, de modo a inibir e a desestimular a prática de ilegalidades pelo órgão de acusação.⁵³⁴

torpeza. 6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada. BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, HC 52.995/AL, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, 16 de setembro de 2010, DJe 04/10/2010.

⁵³⁴ PACELLI de OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 345.

Ora, o consenso, por mais que se defenda sua valorização no presente trabalho, não pode ser bastante para provocar o desvio de determinadas exigências fundamentais para o Estado de direito, sob pena de se promover as ilegalidades na colheita da prova e usar os negócios processuais como forma de sanar todos os vícios.

Portanto, a utilização de provas ilícitas e ilegítimas não pode ser acordada convencionalmente, sob pena de violação do artigo 5º, LVI da Constituição da República.

6.6 A garantia da não auto incriminação.⁵³⁵

A garantia a não autoincriminação encontra previsão expressa no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, 2.g), sendo, contudo, o direito ao silêncio, decorrência lógica de tal garantia com previsão na CRFB em seu art. 5º, LXIII e também no art. 8º, §1º do Pacto de San José da Costa Rica, tratado do qual o Brasil é signatário.

Desde o início do processo o réu é orientado a respeito de tal garantia e pode fazer uso da mesma ou não, a sua livre escolha. Tal direito faz com que o réu não participe na formação de sua culpa ou que seja condenado por falhas de memória ou hesitações durante seu depoimento.⁵³⁶ Da mesma forma, o silêncio do réu não pode ser considerado com valor negativo para a defesa.

Acerca do direito ao silêncio de forma parcial, ou seja, quando o réu anuir com o interrogatório, mas suscitar tal garantia após determinado questionamento, não há previsão

⁵³⁵ Em sua tese de doutorado, Clarissa Guedes define a garantia de não autoincriminação dessa forma: “direito à não autoincriminação decorre da garantia de liberdade do réu e do princípio da presunção da inocência, sob a perspectiva de proteção do *status* de inocência do investigado ou acusado. É ínsito à ideia de que não se pode obrigar, de nenhuma forma, o indivíduo a causar agressão à própria liberdade. Este direito guarda estreita relação com a proibição de reduzir o investigado ou acusado a mero objeto de prova, desumanizando-o e forçando-o, direta ou indiretamente, a fornecer quaisquer informações que o incriminem”. GUEDES, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 38.

⁵³⁶ PACELLI de OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de Processo Penal*, 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 401.

legal, havendo correntes doutrinárias a respeito de como tal atitude deveria ser considerada pelo magistrado.⁵³⁷

A exigência da informação a respeito do direito ao silêncio visa, precipuamente, evitar confissões efetuadas sob métodos de coação. Contudo, se o acusado, voluntariamente, manifesta-se, não há qualquer ilegalidade em que suas palavras sejam valoradas pelo magistrado. Até mesmo porque o direito ao silêncio é uma opção do sujeito, não uma obrigação a ele imposta.⁵³⁸

Assim, diferentemente das provas ilegais, o direito à não autoincriminação pode, sim, ser objeto de uma convenção processual de natureza probatória, podendo o acusado reputar mais conveniente à sua defesa colaborar com a acusação.

7 A VINCULAÇÃO DO JUIZ NO EXAME DA PROVA ESTABELECIDNA NA CONVENÇÃO PROCESSUAL. A JUSTIÇA DA DECISÃO.

Mesmo fixada a possibilidade de as partes convencionarem acerca de matéria probatória em todos os ramos do direito processual, inclusive nas ações penais, isso não equivale a um esvaziamento do poder instrutório do magistrado, tendo em vista sua necessidade para assegurar a justiça da decisão.

Um processo permeado pelas garantias constitucionais, com justiça procedimental, é verdadeiro pressuposto para a decisão justa, mas não é, em si, elemento bastante. Nesse sentido, uma instrução probatória confiável que permita a melhor reconstrução possível dos fatos

⁵³⁷ Para Pacelli, “se há o direito a não responder perguntas, o silêncio em relação a elas, ou a algumas delas, não poderá ser valorado em prejuízo da defesa; todavia, como não existe também uma obrigação legal à aceitação da veracidade do depoimento do acusado, o juiz poderá livremente desconsiderar a idoneidade probatória de uma versão defensiva que se mostre desconectada de sentido ou de lógica argumentativa, o que fatalmente ocorrerá quando o réu passar a escolher as perguntas de sua preferência. Mais que isso: quando ele não conseguir, satisfatoriamente, responder a uma indagação que esteja a questionar uma afirmação anterior. Nesse caso, não se cuidará de valoração de silêncio, mas de reconhecimento da inconsistência do conjunto da autodefesa”. PACELLI de OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 403

⁵³⁸ Veja-se que, no bojo da ADPF 444, apesar de conceder medida cautelar para impedir conduções coercitivas, o Ministro Gilmar Mendes afirma que não há violação do direito ao silêncio, como se verifica em fls. 19 a 21 de sua decisão. STF, ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, publicada em 19/12/2017.

subjacentes é imprescindível para que o juiz exerça uma cognição adequada e se afasta de qualquer arbitrariedade.⁵³⁹

Nesse sentido, reconhece-se que:

Mesmo nos processos civis em que se discutem direitos disponíveis e nos processos penais por crime de ação penal de iniciativa privada o juiz não deve ser tolhido da iniciativa probatória. Isto porque uma coisa é a parte autora poder dispor do direito de ação, outra, bem diferente, é o juiz, por conta disto, ser obrigado a emprestar a autoridade de coisa julgada, atributo exclusivo de sua sentença, à tese eventualmente mal comprovada pela parte, sem poder, antes disto, averiguar a verdade dos fatos que lhes são postos, tal como se sustenta nas hipóteses de crime de ação penal de iniciativa pública e no processo civil de direitos indisponíveis. A iniciativa probatória do juiz, ainda que supletiva, deverá, portanto, ser a mesma. Cabe-lhe tal iniciativa tanto nos crimes de ação penal de iniciativa pública, como nos crimes de ação penal de iniciativa privada; tanto nos processos civis de direitos indisponíveis, como nos processos civis de direitos disponíveis.⁵⁴⁰

Acreditamos que o processo penal antes avesso ao consensualismo inaugura novos tempos, permitindo às partes um espaço de atuação que outrora era preenchido exclusivamente pela legalidade estrita.

Atualmente, admite-se diversas formas de colaboração como por exemplo a delacional, confessional e por que não, também a probatória.

Como já se debateu no capítulo sobre publicismo e privatismo (vide item 3), são superáveis os argumentos que se colocam como obstáculo à iniciativa probatória oficial. Especificamente no processo civil, em linha gerais, os óbices apontados são (i) tratamento de interesses meramente privados das partes, (ii) da titularidade do direito à prova pelas provas, (iii) do ônus da prova, (iv) da violação da imparcialidade e (v) do autoritarismo.⁵⁴¹

Apesar de, por óbvio, a iniciativa probatória ter certos limites, em especial, o respeito ao contraditório, a produção de ofício de provas teria ligação com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e não poderia ser vedada de forma apriorística.⁵⁴²

⁵³⁹ SCHENK, Leonardo. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

⁵⁴⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p.93-94.

⁵⁴¹ Todos os elementos são citados e rebatidos por PICO I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 97-107.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 107-116.

No processo penal, por sua vez, a maior barreira seria a consagração do sistema acusatório. Contudo, mesmo em países que sofreram reformas recentes na esfera criminal, e deram grande importância à separação das funções de acusar e julgar, não se afastou por completo a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas.⁵⁴³

Além disso, a atividade ou a passividade do magistrado em matéria probatória seria uma escolha política, não necessariamente relacionada com o sistema processual penal. Essa opção se voltaria apenas a consagrar um maior liberalismo no campo das provas ou, ao contrário, fazer prevalecer o interesse público, impedindo ocultações ou atos dispositivos no âmbito da instrução.⁵⁴⁴

Tem-se, portanto, que é legítima a possibilidade de determinar *ex officio* a realização de determinada prova imprescindível para o correto julgamento do processo sob a apreciação judicial.

Entretanto, tal assertiva não significa, por óbvio, a assunção de poderes ilimitados pelo magistrado, restrito que fica pelas exigências do contraditório (em especial, a vedação à decisão-surpresa).

No caso específico de que cuidamos no presente momento, essa restrição à iniciativa probatória é mais polêmica, tendo em vista que ela se daria por meio da vontade das partes expressa nas convenções processuais.

Até mesmo por isso, alguns autores negam, mesmo no processo civil, os acordos probatórios para fora das espécies previstas tipicamente. A ideia é a de que o CPC apenas permitiria negócios “sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Considerando-se que o poder instrutório é do magistrado, não das partes, não seria admitida a restrição decorrente da vontade dos litigantes.⁵⁴⁵

⁵⁴³ PICO I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 120-127.

⁵⁴⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 228-229.

⁵⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, DANIEL. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 320-321.

Entretanto, pelo que já restou exposto no capítulo anterior, não parece o posicionamento mais adequado, tendo em vista que o próprio legislador estabelece hipóteses próprias de avenças versando sobre a matéria probatória, como os artigos 357, §2º⁵⁴⁶ e 373, §4º,⁵⁴⁷ ambos do CPC.

Além disso, não se pode perder de vista o valor que se pretendeu conferir ao autorregramento da vontade – não por mera obra do legislador processual civil, mas pela ideia de promover uma maior participação dos sujeitos parciais do processo como exigência democrática.

Ainda, registre-se que o fato de a convenção representar alguma restrição aos poderes do magistrado, por si, não é fator suficiente para qualificá-la como inválida perante o ordenamento.⁵⁴⁸

É relevante, no ponto, destacar a classificação do professor Leonardo Greco, que divide os negócios processuais em três grupos.⁵⁴⁹ O primeiro deles seria o dos acordos que influem apenas em direitos estritamente titularizados pelas partes. As convenções poderiam produzir efeito imediato, devendo a autoridade judicial analisar apenas a legalidade do ato.

Imagine-se, por exemplo, um pacto em que os sujeitos, em uma relação comercial, acordam em realizar uma mediação entre as sociedades antes de se ingressar em juízo. Cuidar-se-ia de condicionamento ao direito de ação que atinge apenas aos interessados na demanda.

O segundo grupo seria dos acordos que interferem nos poderes do magistrado, porém com expressa autorização legal. Aqui, igualmente o juiz limita-se a aferir a juridicidade do que foi acordado.

Exemplos deles poderiam ser vistos nas convenções probatórias típicas, mencionadas acima, na escolha consensual de perito (CPC, art. 471), na suspensão do processo (CPC, art. 313, II).

⁵⁴⁶ “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz”.

⁵⁴⁷ “§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁵⁴⁸ GODINHO, Robson Renault. *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios Processuais* (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 1). 1ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 411-413.

⁵⁴⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil* : introdução ao direito processual civil. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 58-64.

Por fim, a terceira categoria estaria presente nas avenças das quais decorrem limitações às prerrogativas judiciais sem autorização legal específica para tanto. No ponto, para a produção de efeitos é imprescindível que o Estado-juiz chancele a convenção, tomando parte nela. A melhor exemplificação é a do calendário processual, previsto no artigo 191 do CPC.

Nesse contexto, parece-nos que as convenções probatórias no processo penal, vez que não são previstas de forma típica em qualquer lugar, devem ser inseridas no terceiro grupo, em razão da natureza do processo, bem como por influenciarem nos poderes instrutórios do magistrado.

Admitindo-se, então, tais premissas, cumpre-se investigar o campo de análise do juiz penal uma vez que lhe seja apresentado, no curso do processo, uma convenção que interfira no campo probatório.

Os limites da atuação dependerão, inevitavelmente, da espécie penal de que se está tratando. Como se sabe, a jurisdição criminal pode ser deflagrada a partir de duas espécies de ações: as ações penais públicas e as ações penais privadas.

Na verdade, a ação penal, como reflexo do direito de punir, é sempre pública, mas o ordenamento regula quem pode ajuizá-las validamente. A diferenciação entre uma espécie e outra dá-se, então, a partir da legitimidade para agir, se é do Ministério Público ou do ofendido.⁵⁵⁰ Sendo do ofendido, como substituto processual, a ação será penal privada. Sendo do MP, ação penal pública.

Como regra, a parte especial do Código Penal ou a legislação esparsa estabelecem os crimes de ação penal privada. Caso restem silentes, a ação será pública incondicionada, a teor do art. 100, *caput*, do CP.

Os critérios para a escolha legislativa de atribuir ao crime o cabimento de uma ou de outra forma de ação devem levar em conta a intensidade do prejuízo ao interesse público que ocorre com a violação do bem jurídico tutelado pela lei penal. Se houver de fato um notório interesse a ser tutelado, o crime deve ser de ação penal pública. Se preponderar interesse particular, o caso deve ser de ação penal privada. Ainda, pode-se levar em consideração a

⁵⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol 1, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 397.

necessidade de resguardo da própria vítima e de sua colaboração para a correta elucidação dos fatos atinentes ao caso.⁵⁵¹

É sabido que a ação penal privada é alvo de críticas. Sua própria subsistência em nosso sistema processual penal é questionada,⁵⁵² sendo que o projeto de novo CPP, em trâmite no Congresso Nacional pretende sua eliminação.⁵⁵³

Seja como for, analisando-se o atual momento e a ação penal privada como ela está, entende-se que ela permite um campo maior para a atuação da autonomia da vontade, ainda que o autor atue como substituto processual do Estado.

É certo que o magistrado não deve deixar de realizar um controle da avença apresentada pelas partes. Contudo, se o ofendido pode, licitamente, deixar todos os fatos de fora da alçada do Poder Judiciário, parece adequado que se lhe confira um campo maior para o autorregramento, na ideia do clássico brocardo de que “quem pode o mais, pode o menos”.

Aqui, portanto, uma vez que o juiz exerça o controle e homologue a convenção, ele fica vinculado aos seus termos e mesmo às limitações probatórias que eventualmente estejam estabelecidas no documento.

Em que pese a indisponibilidade do direito de punir consagrado na assertiva de que este é exclusivo do juiz, a demanda na ação penal privada é disponível, ficando a critério do ofendido a conveniência de exercê-la. Não vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

O espaço de consenso é mais abrangente, tendo em vista as medidas despenalizadoras como a composição civil, a transação penal etc. Nota-se, nesse contexto, uma valorização da vítima no bojo da justiça criminal, aumentando a importância de sua reparação, o que amplia as vias consensuais.

Assim, as partes possuem uma liberdade de atuação comparável a ação individual de natureza cível, possibilitando a elaboração de negócio jurídico probatório com a vinculação do juiz ao que foi por elas acordado.

⁵⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 181.

⁵⁵² PACELLI de OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 144.

⁵⁵³ O PL 8.045/2010, ora em trâmite na Câmara dos Deputados, em seu art. 738 altera o artigo 100 do CP, para determinar que a ação penal passe a ser sempre pública.

Exemplificando, imaginemos um crime contra a honra em que as partes de comum acordo dispensam a oitiva de uma testemunha que reside no exterior, dada a dificuldade de expedição de carta rogatória e os custos suportados para acompanhamento do ato pelos advogados.

É possível, também, a eleição de perito pelas partes para avaliar o valor do prejuízo em ação penal para se apurar crime de dano contra patrimônio particular, pois se trata de crime que deixa vestígios, a exigir o exame de corpo de delito, na forma do art. 158 do Código de Processo Penal. A convenção probatória pode nomear perito de comum acordo para que o laudo substitua o trabalho que seria exercido pelo órgão oficial do Estado.

Na ação penal pública, a situação, diversamente, deve apresentar algumas peculiaridades. Trata-se do mecanismo utilizado, por excelência, para que o aparato estatal possa promover a adequada reintegração da ordem jurídica violada, de modo que a vontade das partes, apesar de não ser desprezível, recebe um campo menor para sua utilização.

Entendemos que os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, analisados acima, podem ser objeto de mitigação legítima por meio das convenções processuais. Não podem, entretanto, ser inteiramente esvaziados pela atuação das partes.

Os crimes perseguidos pela ação penal pública violam bens jurídicos mais caros à sociedade, exigindo do Estado uma atuação efetiva voltada a busca da verdade.

O juiz, no caso de o acordo ser firmado nessa espécie de ação, tem o poder-dever de fazer uma análise cuidadosa antes da homologação. Deve-se analisar não somente a legalidade, mas igualmente perquirir-se, ainda que em caráter sumário, a probabilidade de aquele acordo prejudicar a regular instrução do feito.

Vale destacar que, vislumbrado o prejuízo para qualquer das partes, não deve haver homologação. Como a função jurisdicional é de promover a atuação do direito objetivo, não de punir a todo custo, não apenas a convenção que prejudicar a acusação, mas, talvez com mais razão, a que puser em risco a liberdade do réu, também deve ter a sua eficácia negada pelo magistrado.

Interessante se observar, entretanto, que mesmo entendendo, *prima facie*, pela impossibilidade de homologação, o magistrado não deve, de plano, indeferir o negócio jurídico.

Por uma postura cooperativa, cumpre a ele intimar as partes, para que elas se manifestem, antes de tomar qualquer decisão acerca da validade da avença.⁵⁵⁴

Mais ainda, e aqui um traço que afasta do processo penal a disciplina geral dos negócios jurídicos processuais, parece-nos que, mesmo que haja a homologação, o julgador poderia, justificadamente, se afastar do conteúdo do acordo, quando essa postura for necessária ao julgamento justo.

Registra-se, por ora, que não se abordará com maior detalhamento, a ação penal privada subsidiária da pública, uma vez que ela segue o regime de restrições da ação penal pública, não guardando maiores complicações que precisem, no ponto, ser destacadas. Talvez, o único ponto de relevo seja a necessidade de o Ministério Público ser ouvido e expressamente anuir com aquele acordo, sendo um requisito extra para que a convenção possa ser homologada nessa espécie de caso penal.

Vimos a necessidade de que o acordo seja homologado para que projete efeitos. Advertimos, entretanto, que isso poderá não bastar, no âmbito da ação penal pública, para sua plena eficácia.

Ainda que o acordo seja válido e homologado, reputamos que ele não vinculará inteiramente o magistrado, tendo em vista o seu dever de prestar a jurisdição e, principalmente, de proferir uma decisão justa.

Imagine-se, por exemplo, que o Ministério Público e a defesa tenham chegado a um acordo consensual para nomeação de perito, em prova imprescindível para o correto esclarecimento dos fatos adjacentes àquele caso penal. Seria, portanto, um acordo similar àquele do artigo 471 do CPC, projetado para a esfera do processo criminal.

Apresentada a avença em juízo, ela mereceu regular homologação por parte do juiz competente, de modo que o *expert* escolhido é chamado para apresentar os seus trabalhos, mas acaba por entregar um laudo imprestável à instrução processual, por sua própria inépcia profissional.

⁵⁵⁴ MAZZOLA, Marcelo. *Tutela jurisdicional cooperativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. 1ª ed. Curitiba: Editora CRV, 2017, p. 201-204.

Note-se que inexistiu qualquer vício de vontade, na hipótese levantada. Ambas as partes conheciam o perito e suas qualificações, mas, mesmo assim, acabaram por lhe entregar uma incumbência além de suas capacidades.

No âmbito de um processo civil, em que se exige que esse acordo apenas pode se dar em feitos cuja solução possa se dar por autocomposição (CPC, art. 471, II), os sujeitos processuais, necessariamente, deveriam arcar com os prejuízos advindos das escolhas que eles próprios realizaram. Provavelmente, o pedido seria julgado procedente ou improcedente tendo como base as regras de ônus da prova.

Acontece que essa mesma realidade não pode se projetar de forma automática no processo penal. Como sustentamos, qualquer negócio jurídico processual ingressa como atípico no bojo da instrução criminal e sua inserção não pode prejudicar o interesse indisponível de correta aplicação das normas jurídicas diante uma situação de alegada violação ao direito objetivo penal.

Nesse contexto, o acordo poderia ser desconsiderado em juízo para se determinar a produção de nova perícia, para possibilitar o adequado esclarecimento dos fatos necessários à decisão justa. Vale dizer, o acordo é homologado para que surta os efeitos desejados pelas partes, bem como para que entre elas nasça uma obrigação de cumpri-lo, mas o juiz não tem o compromisso de julgar com base na prova produzida na convenção, podendo, se achar necessário determinar de ofício a realização de nova prova na busca por uma decisão justa.

Outro exemplo possível é o da colheita de prova oral fora do ambiente do Poder Judiciário. As partes podem convir em realizar a oitiva de testemunha extrajudicialmente, levando seus relatos aos autos por meio de prova documentada.

Trata-se de solução que, a princípio, pode ser útil para todos os envolvidos. À testemunha, dispensa-se a necessidade de precisar lidar com o ambiente de maiores formalidades, o que pode deixá-la mais à vontade para prestar seu depoimento. Às partes, há o benefício de poder se preparar para a produção da prova no momento que lhes for mais conveniente, sem submissão à pauta de audiências do juízo. Ao magistrado, pode ser útil para agilizar os seus trabalhos.

Nada obstante, apesar de ser um ajuste, *prima facie*, benéfico, é possível que dele decorram alguns problemas. A narrativa trazida pela forma documental pode se apresentar

inteiramente inverossímil ou, ainda, a testemunha pode deliberadamente se omitir acerca de fatos os quais deveria esclarecer.

Nesse caso, também seria possível ao magistrado afastar-se dos termos da convenção processual. Mesmo que a tenha homologado, isso não pode obrigá-lo a julgar sem o adequado esclarecimento da matéria fática. Por isso, ele teria o poder-dever de promover uma nova oitiva da testemunha.

É bom de se registrar que não se defende, por óbvio, que o juiz teria um poder arbitrário para rejeitar o conteúdo dos negócios jurídicos processuais já homologados. Sabe-se, ao contrário, que uma vez que a convenção foi aceita em uma avaliação primária, as partes possuem a expectativa de que aqueles efeitos serão regularmente produzidos. A rejeição à eficácia não deve, é claro, se dar por mero capricho.

Contudo, se a avença sair dos seus desdobramentos normais, não é possível que isso implique em esvaziamento automático dos poderes instrutórios do magistrado. Justificadamente, será possível que ele determine, no primeiro exemplo, a produção de nova perícia e, no segundo, a marcação de nova audiência para que fosse ouvida a testemunha.

Há, portanto, dois requisitos para que ele possa se desvincular do conteúdo do acordo. O primeiro é uma exigência constitucional, de motivação da decisão, com adequada exposição dos fundamentos que o levaram a tanto (CF, art. 93, IX).

O segundo seria a ocorrência de efeitos anormais no âmbito daquela avença. É necessário que haja alguma patologia superveniente, decorrente da aplicação do acordo, para justificar sua desconsideração.

Dessa forma, tem-se a adequada ponderação entre o autorregramento da vontade e o dever de promover uma prestação jurisdicional com justiça. A maior autonomia às partes é um valor a ser perseguido, sem que dessa percepção possa resultar um esvaziamento completo do interesse em uma decisão justa, que resolva de forma adequada o caso concreto, com a correta aplicação do direito objetivo, especialmente no âmbito da ação penal pública.

A solução aqui propugnada não seria, em verdade, absolutamente inédita. De acordo com o artigo 344 do CPP português, o acusado pode admitir os fatos imputados pela acusação,

como a renúncia à produção de provas em respeito a eles. Isso não vincula, entretanto, a prestação jurisdicional.⁵⁵⁵

Não se pode perder de vista que existem três elementos imprescindíveis para que se chegue a uma decisão justa.⁵⁵⁶ Em primeiro lugar, devem-se selecionar as regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto. Ainda, o procedimento deve ser justo com pleno respeito às garantias fundamentais. O terceiro aspecto, mais relevante no presente momento, é justamente uma adequada valoração da matéria fática.

Assim sendo, se após a homologação, o juiz vislumbrar que resta prejudicada a sua análise a respeito dos fatos atinentes ao caso penal, ele não ficará vinculado à avença, podendo determinar a produção da prova, mesmo em detrimento da vontade manifestada pelas partes naquele negócio jurídico.

A ele cumprirá o ônus argumentativo de demonstrar, em decisão interlocutória, as razões pelas quais se tornou imprescindível a desconsideração dos termos da convenção processual.

Reiteram-se, portanto, as ideias do professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, de que o poder instrutório estaria contido no poder decisório do magistrado, tendo em vista que a jurisdição não se presta à mera fabricação de sentença, mas verdadeiro produtor de uma decisão justa.⁵⁵⁷

Isso não significa, frise-se uma vez mais, que a desvinculação quanto aos efeitos do acordo seja uma arbitrariedade, devendo, necessariamente, ser realizada por ato jurisdicional devidamente motivado. Em casos de eventuais abusos, tal como desenvolvido no tópico

⁵⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais* (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil). 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 288.

⁵⁵⁶ TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano: Giuffrè, marzo de 1997, p. 319.

⁵⁵⁷ “É importante destacar que o poder de instrução e esclarecimento do magistrado, longe de constituir sinal de parcialidade, retrata a finalidade social e política do processo no intuito de alcançar um resultado justo, dando razão a quem tem o melhor direito. O Estado-juiz não existe simplesmente para exercer uma atividade jurisdicional qualquer, não é um mero fabricante de sentenças, mas sim realizador de uma atividade voltada para a produção de uma decisão justa.” PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Comentários aos arts. 1º - 15 do CPC* in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.], coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 60.

seguinte, ainda que, pelo princípio da taxatividade, não caibam recursos contra a decisão, ela certamente poderá ser atacada por meio de mandado de segurança.

Dessa forma, entende-se que se alcança o consenso possível entre o autorregramento da vontade e a exigência da decisão justa, ínsita à atividade judicante.

7.1 Cabe recurso contra a não homologação da convenção?

Constatado que, para a eficácia da convenção, é necessária a homologação do ato, é preciso, agora, indagar qual o caminho possível para os casos de não homologação por parte do magistrado. A controvérsia igualmente interessa para a hipótese do acordo que, uma vez homologado, acaba sendo supervenientemente desconsiderado.

Primeiramente, quanto aos recursos, é preciso se lembrar que eles ficam submetidos ao princípio da taxatividade, como exigência da previsão legal para o remédio recursal. Sabe-se que apenas a lei pode sujeitar um ato jurisdicional ao reexame e à revisão. Desse modo, a própria existência do direito de recorrer depende de norma jurídica que cuide de todos os elementos relevantes.

No processo penal, são recursos, contra atos do juiz de primeiro grau, a apelação e o recurso em sentido estrito. A apelação tem cabimento contra as sentenças que condenarem ou absolverem (CPP, art. 593, I), de decisões definitivas ou com força de definitivas que não sejam recorríveis em sentido estrito (CPP, art. 593, II) e de decisões do Tribunal do Júri nas hipóteses listadas (CPP, art. 593, III).

Qualquer dessas hipóteses fica, sensivelmente, distante do caso da decisão que nega a homologação, eminente decisão interlocutória, cuidando apenas de matéria incidente no curso do processo.

Em relação ao recurso em sentido estrito, o legislador estabeleceu um grande rol de decisões que podem ser impugnadas por meio dele. Apesar da amplitude considerável das hipóteses, não parece possível enquadrar a negativa de homologação a negócio jurídico em nenhuma delas, até porque o legislador processual penal sequer cogitaria da existência desse instituto à época de edição do Código ou mesmo nas sucessivas reformas.

Não se pode admitir a interposição de recurso em sentido estrito fora dos casos do artigo 581 do CPP, de natureza taxativa.⁵⁵⁸ Ainda que o Superior Tribunal de Justiça admita a interpretação extensiva,⁵⁵⁹ é necessário que haja o mínimo de relação com alguma das disposições existentes,⁵⁶⁰ o que não se observa aqui.

Portanto, não respeitado a exigência do cabimento, requisito intrínseco do direito de recorrer, não se pode admitir qualquer recurso contra a decisão do magistrado que nega a homologação do negócio jurídico.

Aliás, nem mesmo no Processo Civil existe recurso contra a negativa de homologação. Tal como o recurso em sentido estrito, o agravo de instrumento também contém hipóteses taxativas, não sendo cabível sua interposição contra decisão que denegatória de homologação.⁵⁶¹

Resta necessária, ainda, a análise da possibilidade do manejo das ações autônomas de impugnação em face dessa decisão negativa, em especial, do *habeas corpus* ou do mandado de segurança.

⁵⁵⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240.

⁵⁵⁹ RECURSO ESPECIAL. ART. 299, CAPUT, DO CP. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A decisão que impõe à parte medida cautelar diversa da prisão não amplia o rol taxativo previsto no inciso V do art. 581 do CPP; cabe, portanto, por interpretação extensiva, a interposição de recurso em sentido estrito. 2. Recurso especial não provido. BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1575297/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, 09 de maio de 2017, DJe 15/05/2017.

⁵⁶⁰ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ROL TAXATIVO. APLICAÇÃO EXTENSIVA. ADMISSÃO. ANALOGIA. INVIABILIDADE. PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. INTERPOSIÇÃO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA 284/STF. 1. As hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, trazidas no art. 581 do Código de Processo Penal e em legislação especial, são exaustivas, admitindo a interpretação extensiva, mas não a analógica. 2. Por não estar elencada entre as situações que admitem o recurso em sentido estrito nem com elas possuindo relação que admita interpretação extensiva, é descabido o manejo deste recurso contra a decisão do Juízo de primeiro grau que indeferiu a produção de prova requerida pelo Parquet, no caso, a realização de exame de DNA. 3. O recorrente não indicou, dentre as hipóteses previstas no art. 581 do Código de Processo Penal ou em leis especiais, qual aquela que, a seu entender, abrangeria, por interpretação, o caso concreto. Ausente, nesse aspecto, a delimitação da controvérsia, incide a Súmula 284/STF. 4. Recurso especial não conhecido. BRESILIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1078175/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, 16 de abril de 2013, DJe 26/04/2013.

⁵⁶¹ Em sentido contrário, entendendo que o artigo 1015, III do CPC, ao tratar de negativa à convenção de arbitragem, poderia ser aplicado extensivamente para todas as demais hipóteses de negócios jurídicos processuais: DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 209-212; 217.

O *habeas corpus* é o remédio constitucional destinado a tutelar a ameaça ou a violação à liberdade de locomoção por ilícito ou abuso de autoridade (CF, art. 5º, LXVIII). Vê-se, nesse sentido, que não basta que haja uma ilegalidade, mas esse ato deve colocar em risco o direito fundamental de liberdade de trânsito do sujeito.

Por evidência, a convenção probatória não terá por objeto a livre locomoção do acusado, até mesmo porque esse é um direito eminentemente indisponível e não poderia ser objeto de negócio jurídico probatório entre as partes. Dessa forma, manifestamente incabível o HC para o enfrentamento da decisão judicial que nega a homologação.

Parece-nos, enfim, que apenas o mandado de segurança poderá ser manejado para corrigir eventual arbitrariedade na não homologação do negócio jurídico processual. A CF, no art. 5º, LXIX, determina o cabimento do MS “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

O fato de o ato ser judicial não impede o manejo do MS, mormente porque não cabe recurso próprio (lei 12.016/09, art. 5º, II) nem HC, muito menos *habeas data*. A maior dificuldade, longe de ser o cabimento, será demonstrar que existe o direito líquido e certo à produção de efeitos do negócio contra o magistrado.

Não há maiores dificuldades acerca da exigência de liquidez e certeza no campo da prova pré-constituída já que, como defendemos acima, a convenção será necessariamente documentada por escrito, sendo desnecessária dilação.

Contudo, é necessário que haja flagrante arbitrariedade do magistrado ao negar a homologação da avença ou a sua aplicação para que a segurança seja concedida. Imagine-se, por exemplo, se há indeferimento carente de fundamentação, ou a determinação de que o réu produza provas contra si mesmo, prejudicando o conteúdo do acordo. Fora esses casos teratológicos, parece difícil se afirmar que haveria um direito de se impor ao juiz a não produção de determinada prova, especialmente em ações penais públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

No presente trabalho, buscou-se demonstrar que o consensualismo não é, de todo, incompatível com a natureza do processo penal. Respeitadas as peculiaridades dessa relação jurídico-processual, é possível se imaginar amplo campo de atuação à vontade das provas, em especial no que tange às convenções probatórias.

Iniciamos abordando a constitucionalização do direito processual, inserindo-se no contexto em que seus institutos, princípios e regras devem sempre ser lidos de forma a concretizar o Estado democrático de direito.

Essa filtragem constitucional é ainda mais relevante na justiça criminal, se levarmos em conta que, apesar das reformas, o atual CPP foi editado, ainda, em plena Ditadura Vargas, no ano de 1941.

Nessa linha de potencializar os ditames constitucionais, buscamos estudar o direito à prova como direito fundamental, englobado nos ideais do acesso à justiça, contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, XXXV e LV).

Os elementos probatórios têm como escopo confirmar as alegações das partes, de modo a influir na formação da convicção do magistrado. Além disso, são importante fator para demonstrar o acerto da decisão judicial, a partir de dados racionais – a chamada função demonstrativa da prova.

Na história do direito processual, a discussão sobre provas sempre acaba muito relacionada à questão do publicismo ou do privatismo. Com a ascensão das Revoluções Liberais, o processo ligou-se à ideia de que as partes eram livres para conduzir o processo à sua feição, devendo o juiz ficar completamente inerte ao desenvolvimento da relação processual.

Uma vez que se expande o papel do Estado, aumentam os clamores por um processo mais social, que de fato possa fazer justiça. Ampliam-se, destarte, os poderes do magistrado de condução do processo, inclusive para finalidades probatórias.

A virtude, ao que parece, encontra-se no meio termo, ou seja, nem se vedar absolutamente os poderes instrutórios do magistrado nem tampouco permiti-los livremente a ponto de termos um juiz autoritário e descompromissado com a finalidade do processo. É preciso que se garanta um espaço subsidiário e limitado de atuação que balanceie a

possibilidade de o juiz permitir a produção de provas de ofício, mesmo porque sua inação não significa, necessariamente, imparcialidade.

No bojo do processo penal, essa polêmica ganha mais um fator, consubstanciado na problemática dos sistemas acusatório e inquisitório. A forma inquisitorial concentra poderes na mão do magistrado enquanto o acusatório pretende colocar uma rígida divisão de funções entre investigar, acusar e julgar. Dessa segregação decorreria a impossibilidade absoluta de o julgador determinar, sem requerimento das partes, a realização de novas provas.

Entretanto, demonstrou-se que a atividade ou a inatividade do juiz é, na verdade, uma opção político-legislativa, a se depender do valor que se pretenda conferir ao interesse público em evitar a má-instrução dos feitos.

Outro elemento que estimula essa controvérsia é a problemática da apuração da verdade no processo. Se é certo que, por um lado, persegui-la de forma absoluta é inalcançável e pode gerar autoritarismo, por outro, não se pode desprezá-la, de modo que a busca por ela deve ser feita dentro dos parâmetros legais e constitucionais aplicáveis.

Colocada essa parte inicial do trabalho, buscamos trabalhar a questão do consensualismo no âmbito do processo penal. Em primeiro lugar, viu-se que, apesar de potencializada recentemente, essa não é uma problemática exatamente novas. Existem formas clássicas de colaboração na seara criminal, ainda que tímidas, mas há muito utilizadas, como a confissão e o chamamento de corréu.

Mesmo assim, essa utilização do consenso atrai discussões diversas, de possíveis violações a direitos e garantias fundamentais, além de uma excessiva discricionariedade aberta ao órgão acusador e uma análise utilitarista do processo.

Ao mesmo tempo, o processo penal enfrenta severas críticas quanto à sua efetividade e celeridade, recaindo muitas vezes em descrédito por manter determinada camada da sociedade imune à persecução criminal. Nesse contexto, instrumentos de consenso podem ser uma saída eficaz e vem ganhando cada vez mais espaço no direito positivo.

No Brasil, o assunto começa a aparecer com mais força a partir da lei 9.099/1995, prevendo a transação penal, o acordo civil impeditivo da ação penal e a suspensão condicional do processo.

Indubitavelmente, contudo, o tema que vem enfrentando maiores controvérsias é o da colaboração premiada. Trata-se de mecanismo muito trabalhado nos *plea bargainings* dos EUA

e que começou a se estabelecer em países de *civil law*, principalmente, a partir dos anos 1970, na Itália, em movimentos antimáfia.

A colaboração é um negócio jurídico entre o Ministério Público e o acusado, em que se estabelecem algumas vantagens processuais e materiais ao sujeito passivo em troca da confissão e de informações que auxiliem a persecução criminal contra líderes de organizações criminosas.

São bastantes controversos os limites dos “prêmios” que podem ser oferecidos e o campo de interferência do magistrado que, em um primeiro momento, realiza um mero controle de legalidade e, ao final, verifica a real utilidade da prova fornecida pelo colaborador.

Colocados os exemplos de consensualismo no processo penal, passou-se a trabalhar as convenções processuais e suas potencialidades.

Inicialmente, verificou-se a matéria no âmbito do processo civil, em que, a despeito de ter restado negligenciada por muito tempo, ganhou grande força com a cláusula do artigo 190 do CPC, que permite, atipicamente, que as partes realizem negócios jurídicos para tratar de deveres, ônus e faculdades no bojo do processo.

Passa-se a reconhecer que o autor e o réu, destinatários da atividade jurisdicional, são os mais aptos para definir um procedimento que melhor atenda às necessidades daquela relação processual, sem que isso afronte as finalidades públicas do processo.

É claro que, para serem válidas, as convenções devem observar uma série de requisitos. Uma primeira necessidade é observar os requisitos gerais dos negócios jurídicos (CC, art. 104). Além deles, o artigo 190 do CPC traz a necessária observância de um mínimo de igualdade, além da possibilidade de autocomposição e as garantias mínimas do processo justo.

Admitindo-se a teoria geral do processo e a possibilidade de incidência do CPC ao processo penal, propugnamos pela possibilidade de serem firmadas as convenções na seara criminal.

A ideia da paridade de armas é assegurada pela obrigatória assistência da defesa técnica. Sobre o objeto, a indisponibilidade do direito não é óbice absoluto, desde que o negócio não influencie na tutela jurisdicional.

Após essa parte geral, adentrou-se na discussão específica acerca das convenções probatórias. No processo civil, são previstas hipóteses típicas dessas avenças, parecendo não haver óbices que sejam firmados também acordos atípicos.

A projeção para o processo penal enfrenta, ao menos, duas ordens de problemas: a obrigatoriedade da ação penal pública e o ônus da prova em matéria criminal, que seria inteiramente da acusação.

Consideramos, no entanto, que é possível a sobrevivência da obrigatoriedade da ação penal com determinados critérios de oportunidade. Além disso, quanto ao ônus da prova, se não é necessário que a defesa prove suas alegações, ela precisa, no mínimo, criar uma dúvida razoável, ou seja, há um campo probatório mínimo, em que seriam possíveis transações entre as partes.

Atestada a possibilidade dessas convenções, analisamos qual seria a postura do magistrado diante delas e apontamos que ela mudaria, a depender da natureza da ação penal se pública ou privada.

Sendo proposta pelo ofendido, o juiz deve realizar a homologação da avença e, uma vez que a aceitasse, ficaria necessariamente vinculado ao seu conteúdo, já que, se o particular pode deixar todos os fatos fora do Poder Judiciário, é lícito que ele tenha maior liberdade para limitar o campo de atuação. É, na verdade, uma forma de analogia com a figura da ação individual de natureza cível, quando se discute direito disponível, caracterizando, assim, uma menor relevância do objeto do processo.

Sendo ajuizada pelo MP, a participação é mais ampla. Mesmo com a obrigatoriedade de homologação, é lícito que o julgador, posteriormente, desconsidere o conteúdo do acordo se ficar demonstrado que ele frustra a adequada prestação da tutela jurisdicional penal, especialmente tendo em vista as exigências da decisão justa. Por óbvio, uma vez homologada, a convenção probatória vincula as partes.

Logo, independente do processo ser munido de características do privatismo ou cercado de elementos do publicismo, o Estado deve prestar a jurisdição tendo como compromisso a busca da verdade.

O processo justo com uma profunda análise da prova pelo juiz são pressupostos de uma decisão justa, sem a qual o Estado não estará legitimamente exercendo na plenitude, sua atividade soberana de prestar justiça.

Por fim, trabalhamos com a impugnação da decisão que nega a homologação ou que desconsidera seus efeitos. Vimos que, pela taxatividade, não é possível se recorrer dela, mas

nada impede que, diante de uma situação abusiva, seja impetrado o mandado de segurança pelos interessados.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 315-335.

ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. 2014. 247 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. Il Modello costituzionale del Processo Civile. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 4, jan./abr. 1997.

AROCA, Juan Montero. El mito autoritario de la 'buena fé' processual. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 292-350.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: _____. *Temas de direito processual*. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. O neoprivatismo no processo civil. In: _____. *Temas de direito processual*. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. _____. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. v. 20, n. 26, p. 197-210, jul./dez. 2004.

_____. *Temas de Direito Processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil: Atividade probatória. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Orgs.). *Coleção doutrinas essenciais: processo civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/459>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BASTOS, Marcelo Lessa. *O processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 88, p. 225-269, jan./fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag no REsp 1417563/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017.

_____. _____. AgRg no HC 331.384/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017.

_____. _____. AgRg no REsp 1665115/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 04/10/2017.

_____. _____. REsp 1359446/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016.

_____. _____. REsp 1501842/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 516, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, DJe em 06/12/2010.

_____. _____. HC 78708, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/03/1999, DJ 16/04/1999.

_____. _____. HC 80084, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/05/2000, DJe 10/11/2012.

_____. _____. HC 84580, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe em 18/09/2009.

_____. _____. HC 88875, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe em 12/03/2012.

_____. _____. HC 133773, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, DJe em 21/10/2016.

_____. _____. Inq 4023, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, DJe em 01/09/2016.

CABRAL, Antônio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; CRUZ, Min. Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 149-172.

_____. *As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta*. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.); MIRZA, Flavio (Org.). Rio de Janeiro: F. Bastos Editora.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema. *Revista do Ministério Público*, n. 84, ano 21, p. 32, out./dez. 2000.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo pena integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Bahia: Juspodium, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

_____. _____. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição*. Apresentação: José Carlos Barbosa Moreira; Prefácio: Michele Taruffo. 1. ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual pena brasileiro*. Separata de: ITEC. ano 1. n. 4. jan./fev./mar. 2000.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e a democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tradução Jorge Guerrero. v. 2. Bogotá: Temis, 2000.

COUTO, Marco. Devido processo legal x due process of law (transação penal x plea bargaining). *Revista de Estudos e Debates – CEDES*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, jan./jun. 2017

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. v.1. Salvador: Juspodivm, 2015.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of Justice and State Authority*. Tradução livre. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 135-137.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DA SILVA, Jardel Luis; FELIX, Yuri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 111. nov./dez. 2014. p. 209 – 226

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. _____. 10. ed. Salvador: JusPodium, 2015.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015

_____. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. *Revista de Processo*: RT, São Paulo, n. 198, p. 207-217, agosto 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Marcio. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. 2016. 395 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 1. ed. Tradução Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. v. 1. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública em concerto com os princípios constitucionais*. 2000. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) - Universidade de Brasília Brasília. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/luiswanderleygazoto/meus-textos/o-principio-da-no-obrigatoriedade-da-ao-penal>>. Acesso em: 10 out. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais (Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil)*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GODINHO, Robson Renault. *A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro*. *Civil Procedure Review*. v. 4. n.1. jan./abr. 2013. p. 36-86.

_____. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Instituições de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo: Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 33, n. 164, 2008.

_____. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, 2003-2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: _____. *Verdade e prova no processo penal*. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Editora Gazeta Jurídica: Brasília, 2016.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, p. 6-10, v. 14, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523>>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. *Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. *O Conselho Nacional do Ministério Público está legislando sobre o Direito Processual Penal!!! A que ponto chegamos!!!* Empório do direito. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gx-kdoWkVHoJ:emporiododireito.com.br/o-conselho-nacional-do-ministerio-publico-esta-legislando-sobre-o-direito-processual-penal-a-que-ponto-chegamos-por-afranio-silva-jardim/+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. *Um debate atual: os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade do exercício da ação penal pública*. Propostas para disciplinar a discricionariedade do Ministério Público, caso seja adotado o princípio da oportunidade. Empório do direito. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nY0ipvPVIfsJ:emporiododireito.com.br/um-debate-atual-os-principios-da-obrigatoriedade-e-da-oportunidade-do-exercicio-da-acao-penal-publica-propostas-para-disciplinar-a-discricionariedade-do-ministerio-publico-caso-seja-adotado-o-princ/+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 10 out. 2017.

JOLOWICZ, John Anthony. *Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil*. *RePro* 135/160: RT, São Paulo, ano 31, mai. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código penal comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal*. Consultor Jurídico. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal#_edn4>. Acesso em: 03 nov. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/instrumentalidade-garantista-do-processo-penal>>. Acesso em 18 dez. 2017.

MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MARQUES, Antônio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Rio Grande do Sul, ano X, n. 60, p. 56.

MAZZOLA, Marcelo. *Tutela jurisdicional cooperativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2017.

MELO, André Luis Alves de. *Obrigatoriedade da ação penal é um mito*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-18/legislacao-brasileira-nao-preve-obrigatoriedade-acao-penal>>. Acesso em 09 out. 2017.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. In: _____. *O novo processo civil brasileiro direito em expectativa*. Luis Fux (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1996.

MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa; COUTINHO DE AMORIM, Pierre Souto Maior (Orgs). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MULLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. 2016. 414 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Reed. Coimbra: Almedina, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 76.

PACELLI de OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

PEREIRA, Flavio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista da Ajuris*, ano XXXV, n. 111, set. 2008.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Org. e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICO I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal Bogotá: U. Javeriana, 2011.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública, uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Comentários aos arts. 1º - 15 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *O Ministério Público no processo civil e penal*: promotor natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988. 5. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. _____. 5. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*: teoria geral do processo. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito processual civil contemporâneo*: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____.; WUNDER, Paulo. *Os benefícios legais da colaboração premiada* (original cedido pelos autores).

QUEIROZ, Pedro Gomes de. Transação penal. In: _____. *A influencia do novo CPC e da Lei de Mediação nos Juizados Especiais Criminais*. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; JARCZUN, Juliana (Orgs.). 1. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2016.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 224, p. 51, out./2013.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROCHA, Marcelo Hugo da. Negócio Jurídico processual e sua aplicação nas provas. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015.

RODRIGUES, Marco Antônio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/15. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Curso de direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SANTOS, Moacir Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4 ed. v.1, n. 235, São Paulo: Max Limonad, 1971.

SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 27, jan./jun 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHENK, Leonardo. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da 'busca da verdade real' na instrução e fundamentação das decisões*. São Paulo: LTr, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto de negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da; PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. Prova emprestada: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, n. 275, jan. 2018. No prelo.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – a verdade real? - uma crítica ao sincretismo filosófico de terrae brasilis*. Cit.

TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu – nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

TARUFFO, Michelle. *La prueba de los Hechos*. Tradução de: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. Verdade negociada? Tradução Pedro Gomes de Queiroz. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 8, v. XIII, jan./jun. 2014, p. 634-657.

_____. *La prueba*. Tradução Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltran. Madrid: Marcial Pons, 2008

_____. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014

_____. *Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEOTONIO, Paulo José Freire; NICOLINO, Marcus Tulio Alves. O Ministério Público e a colaboração premiada. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano 4, n. 21, ago./set. 2003.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*: parte geral e obrigações. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A prova e a iniciativa do juiz no novo Código de Processo Civil: disputa entre garantismo e ativismo judicial. In: RÊGO, Werson (Coord.). *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial*: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. 1.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

_____. Desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe; AMORIM, Daniel; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Constituição e Processo*: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. v. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____.; COSTA, Fernando da. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. v. 3. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de processo penal*. v.1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 267.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIDAL, Ludmilla Camachi Duarte. *Convenções processuais*: do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle. 2017. 292 f. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil*: introdução e parte geral. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Luis Rodrigues; BASILIO, Ana Tereza. O negócio processual: inovação do Novo CPC. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 74, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 119, p. 201 – 240, mar./abr. 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*: Negócios Processuais. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.