



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CATHARINA PEÇANHA MARTINS OROSO

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO PENAL

Salvador

2017

CATHARINA PEÇANHA MARTINS OROSO

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Eduardo Lima Sodré

Salvador

2017

CATHARINA PEÇANHA MARTINS OROSO

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de setembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Eduardo Lima Sodré
Mestrado em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

2º Examinador: Prof. Roberto de Almeida Borges Gomes
Mestrado em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES).
Especialização em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP.

3º Examinador: Fernando Santana Rocha
Especialização em Processo pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Ao meu avô Peçanha que, há dois meses, partiu para brilhar em outros mundos.

AGRADECIMENTOS

Em tempo de tantos desafios e barreiras que me foram colocados no caminho, de uma coisa não posso reclamar: não me faltou, em nenhum momento, apoio e compreensão dos meus amigos e familiares. A eles, agradeço cada uma das vírgulas que se seguem, construídas a partir de muito suor, poucas horas de sono e muitos debates travados.

Aos professores e amigos da Faculdade de Direito da UFBA, pelo estímulo e convívio diário nos últimos cinco anos, rendendo experiências únicas que me prepararam para a confecção deste trabalho, em especial ao Prof. Fredie Didier Jr e aos colegas Jaime, Guilherme, Isaac, Jairo e Thais, grupo que, junto, conquistou a terra do “lomo saltado”.

À Prof. Paula Sarno Braga, não só pela orientação no programa acadêmico PIBIC, mas especialmente por ser minha principal referência feminina no meio acadêmico. Aos demais colegas de iniciação científica, Mateus e Thiago, por todas as vezes em que precisei de incentivo e apoio.

Ao meu orientador, professor e principal exemplo profissional, Eduardo Sodré, não só pela paciência e assistência na idealização desta monografia, mas pela presença constante e tão fundamental ao longo da minha graduação. Ao Prof. Fernando Santana, cujo apoio foi fundamental para o desenvolvimento do tema, haja vista a solicitude no fornecimento de referências bibliográficas e na troca de informações.

Aos meus pais, Adolfo e Adriana, e demais familiares. Apesar dos momentos difíceis que passamos com a repentina ausência de meu avô, nos mantivemos unidos, honrando a sua memória e dando seguimento à vida com a esperança de um dia nos reencontrarmos.

Aos meus amigos, que me provaram mais uma vez ser verdade a máxima “quem tem amigos, tem tudo”. Meu mais sincero obrigada.

Enfim, a Alexandre Sampaio, por ter vivido intensamente comigo cada êxito e frustração. Poderia dizer, tranquilamente, que esse trabalho foi construído a quatro mãos, haja vista que, sem as suas considerações, correções, mas, principalmente, sem o seu amor, talvez não tivesse alcançado a linha de chegada.

OROSO, Catharina Peçanha Martins. **Negócios jurídicos processuais no Processo Penal**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais no âmbito do Direito Processual Penal. Para tanto, foi necessário enfrentar quatro questões prévias e essenciais. A primeira, o estabelecimento das premissas metodológicas quanto ao autorregramento da vontade no processo e à Teoria Geral do Fato Jurídico para a adequada interpretação dos negócios jurídicos processuais. A segunda, o estudo propriamente dito das convenções processuais, analisando não só a sua evolução histórica, como também o seu regime jurídico segundo o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). A terceira, a distinção dos tipos de ação penal no ordenamento jurídico brasileiro, avaliando também o conceito e a natureza jurídica de ação penal. A quarta, já introdutória ao capítulo final, a existência de um diálogo salutar entre as codificações processuais civil e penal e a interpretação extensiva e analógica segundo o art. 3º do Código de Processo Penal. Só então, pôde se proceder a um exame atento da possibilidade de aplicação dos negócios jurídicos processuais no Direito Processual Penal, observando-se não só a questão da consensualidade no Direito Público (indisponibilidade do direito, justiça penal negociada, a experiência dos Juizados Especiais Criminais e o instituto da colaboração premiada), como os fundamentos norteadores da aplicação. Passa-se à análise das hipóteses típicas de negociação previstas no sistema jurídico processual penal, bem assim com a constatação da aplicabilidade e o exame das possibilidades de uso das convenções processuais atípicas nas ações penais de iniciativa pública e privada. Encerra-se o estudo com considerações não exaustivas acerca dos requisitos e limites dos negócios jurídicos processuais no âmbito do Direito Processual Penal.

Palavras Chave: Negócios jurídicos processuais; Direito Processual Civil; Direito Processual Penal; Autorregramento da vontade; Teoria dos Fatos Jurídicos; Ação penal; Aplicabilidade; Limites.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO E A TEORIA GERAL DO FATO JURÍDICO	9
2.1. O PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO	9
2.2. A TEORIA GERAL DO FATO JURÍDICO.....	12
2.3. A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	16
2.4. O CONCEITO E A CLASSIFICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	20
3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	23
3.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	23
3.2. HIPÓTESES TÍPICAS DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	27
3.3. A ATIPICIDADE DA NEGOCIAÇÃO SOBRE O PROCESSO.....	29
3.3.1. Sujeitos	29
3.3.2. Forma e momento da celebração	31
3.3.3. Objeto	32
3.3.4. Planos da existência, validade e eficácia	35
3.3.4.1. Plano da existência	35
3.3.4.2. Plano da validade.....	36
3.3.4.3. Plano da eficácia.....	40
3.3.5. Limites dos negócios jurídicos processuais atípicos: atuação jurisdicional de controle	44
3.3.6. Revogabilidade, resolubilidade, nulidade e anulabilidade da negociação processual	50
4. DA AÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	54
4.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PENAL.....	54
4.2. ESPÉCIES DE AÇÃO PROCESSUAL PENAL	56
4.2.1. Ação penal de iniciativa pública	56
4.2.1.1. Ação penal de iniciativa pública incondicionada	58
4.2.1.2. Ação penal de iniciativa pública condicionada	60
4.2.2. Ação penal de iniciativa privada	65

4.2.2.1.	Regras da ação penal de iniciativa privada	65
4.2.2.2.	Considerações sobre o procedimento da ação penal de iniciativa privada.....	67
5.	O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: HÁ DIÁLOGO ENTRE OS DIPLOMAS PROCESSUAIS BRASILEIROS?	74
6.	NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	81
6.1.	ASPECTOS QUANTO À CONVENCIONALIDADE NO DIREITO NO DIREITO PÚBLICO: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.	81
6.1.1.	O dogma da indisponibilidade do Direito Público: enfoque sobre o Direito Processual	81
6.1.2	Justiça penal negociada	84
6.1.3	A experiência dos Juizados Especiais Criminais (lei nº 9.099/1995) ..	87
6.1.4	Colaboração premiada: é negócio jurídico processual?	91
6.2	FUNDAMENTOS PARA A APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO PENAL	98
6.2.1	Da necessidade de leitura conforme a Constituição Federal de 1988	99
6.2.2	Do preenchimento dos critérios do art. 3º do Código De Processo Penal para a aplicação dos negócios jurídicos processuais.....	101
6.2.3	Da vulnerabilidade do acusado no Processo Penal.....	102
6.2.4	Do dogma da indisponibilidade do Direito Material e das ações penais.....	104
6.3	HIPÓTESES TÍPICAS DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	105
6.3.1	Negócios jurídicos processuais típicos na ação penal de iniciativa privada..	106
6.3.2	negócios jurídicos processuais típicos na ação penal de iniciativa pública...	107
6.4	NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: POSSIBILIDADES, REQUISITOS E LIMITES DE APLICAÇÃO	108
6.4.1	Possibilidades de negociações processuais atípicas nas ações penais: hipóteses meramente exemplificativas	109
6.4.1.1	Hipóteses específicas para as ações penais de iniciativa privada. Erro! Indicador não definido.	
6.4.1.2	Hipóteses gerais de negociação processual atípica..... Erro! Indicador	

não definido.

6.4.2	Considerações sobre os requisitos e limites de aplicação da cláusula geral de negociação (art. 190, cpc/2015) no Processo Penal	114
7.	CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar a aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais no Processo Penal, tendo em vista os avanços legislativos trazidos com a Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil brasileiro. Dessa forma, o objetivo foi estudar o regime jurídico das convenções processuais no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de melhor compreender o seu regramento e distinguir os seus planos de existência, validade e eficácia, para, só então, apurar a viabilidade de sua aplicação para o âmbito processual penal.

O interesse científico no tema adveio da constatação de que, em que pese a crescente produção acadêmica sobre os negócios jurídicos processuais – um dos mais destacados assuntos do novo diploma processual vigente -, pouco ou quase nada se fala sobre a sua possibilidade de aplicação no Direito Processual Penal. Isso se dá, primordialmente, pela forte presença do caráter público no Processo Penal, bem como por um protecionismo em relação ao transplante de ideias do Direito Processual Civil.

Por essa razão, através de uma pesquisa de cunho dogmático-jurídico, buscou-se fornecer uma noção de negócio processual útil ao Direito Processual Penal, respeitando, para tanto, os princípios e regras próprios do seu sistema jurídico, visando, ainda, à resposta para a seguinte indagação: são aplicáveis as convenções processuais ao Processo Penal?

A monografia se decompõe em cinco partes. No primeiro capítulo, estabelecem-se as premissas metodológicas para o aprofundamento do tema, estudando as nuances do princípio do autorregramento da vontade e a Teoria Geral do Fato Jurídico conforme desenvolvido por Pontes de Miranda. Ainda nesse capítulo, examina-se a aplicação da referida teoria ao âmbito do Direito Processual, nascendo, então, a Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais, com enfoque no conceito e na aplicação dos negócios jurídicos processuais.

No segundo capítulo, investigam-se os negócios jurídicos processuais, de acordo com o marco teórico definido no capítulo anterior, no que tange à sua evolução histórica, regime jurídico e a sua passagem pelos três planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia). Ainda nesse ponto, busca-se levantar alguns parâmetros para aferir os limites das convenções processuais, em especial no que tange a sua modalidade atípica.

Já no terceiro capítulo, adentra-se no campo jurídico processual penal, iniciando

uma análise acerca dos tipos de ação penal existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no que diz respeito às regras próprias de cada espécie quanto ao procedimento, bem assim avaliando o conceito e a natureza jurídica de ação penal.

No quarto capítulo, são tecidos alguns comentários acerca da necessidade de existência de um diálogo salutar entre o Direito Processual Civil e Penal, sem ser colocada nenhuma ciência em posição de supremacia perante a outra, visando ao desenvolvimento integrado dos diferentes ramos do Direito.

Feitas essas considerações, são examinados, no quinto capítulo, os negócios jurídicos processuais no âmbito do Direito Processual Penal, na tentativa de responder a hipótese levantada no sentido de que a ideia de convenção processual proposta e desenvolvida no segundo capítulo pode servir ao sistema jurídico processual penal, demonstrando algumas de suas aplicações práticas e os fundamentos que embasam tal posicionamento. Serão observadas, ainda, questões relativas à ideia de consensualidade no Direito Público, especialmente no que tange à indisponibilidade do Direito, à Justiça Penal Negociada, à experiência dos Juizados Especiais Criminais no Brasil e ao instituto da colaboração premiada. Por fim, busca-se estabelecer os requisitos e limites de utilização das convenções processuais no Processo Penal, visando ao estabelecimento de parâmetros de uso aos aplicadores do Direito.

2. O PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO E A TEORIA GERAL DO FATO JURÍDICO

O princípio do autorregramento da vontade é expressão máxima dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade da pessoa humana. A partir do seu desenvolvimento dogmático, passou-se a defender a sua incidência no âmbito processual, ganhando ainda maior destaque no Brasil após a vigência do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), cujas disposições concretizam a ideia de liberdade das partes para dispor acerca de aspectos procedimentais.

Da sua compreensão diretamente depende o estudo dos negócios jurídicos processuais, que se inserem no âmbito da liberdade dentro do processo e possuem seu conceito atrelado à Teoria dos Fatos Jurídicos. É, então, através deles que se permite aos sujeitos da relação processual alterar o procedimento e modificar, extinguir ou constituir situações jurídicas processuais.

2.1. O PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO

O princípio do autorregramento da vontade¹ decorre dos direitos fundamentais à liberdade (art. 5º, *caput*, CF/1988) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), os quais constituem as bases do Estado Democrático de Direito. Isso porque os sujeitos tem o direito de regular juridicamente os seus interesses e a sua própria existência da maneira que reputarem mais adequada, exercendo, assim, a sua plena liberdade negocial².

Pode-se conceituá-lo como o direito do indivíduo a regular juridicamente seus interesses, concretizando-os em atos negociais que, incidida a norma jurídica, criam situações jurídicas³. Em outras palavras, é a possibilidade de converter atos humanos voluntários em atos jurídicos, conferindo-se à vontade o *status* de suporte fático de

¹ A denominação dada ao instituto é discutida doutrinariamente, variando entre “autonomia da vontade”, “autonomia privada” e “autorregramento da vontade”. Utilizar-se-á aqui a última nomenclatura, uma vez que se demonstra mais adequada para o estudo dentro do Direito Processual. Nesse sentido: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, III. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 54 e segs.; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 136.

² Segundo Fredie Didier Jr, a autonomia privada (ou, conforme aqui se adota, o autorregramento da vontade) compõe “um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana” (DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pgs. 132).

³ DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 32.

regras abarcadas pelo Direito⁴.

Segundo a doutrina de Pontes de Miranda, sempre quando as regras jurídicas fizeram alusão a suportes fáticos e um de seus elementos seja a vontade do agente, permitem elas que os suportes se componham ou não, havendo extensão variável de seus efeitos⁵. Em outras palavras, o autorregramento da vontade pode ser definido como “um complexo de poderes, que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico”⁶.

Partindo de uma visão tradicional, costuma-se vincular o autorregramento da vontade aos diversos ramos do Direito Privado, onde a vontade do agente é elemento nuclear dos atos jurídicos e a possibilidade negocial, de certa forma, mais ampla. Todavia, o entendimento não pode prevalecer, considerando que, mesmo no âmbito do Direito Público, a liberdade deve nortear os atos dos sujeitos, em que pese os limites impostos pelo poder estatal⁷.

Também por essa razão, evita-se chamar o autorregramento da vontade de autonomia privada. Caso contrário, estar-se-ia vinculando o conceito diretamente ao Direito Privado, abolindo qualquer perspectiva de aplicação no Direito Público. Ademais, o seu elemento caracterizador é poder, através do seu exercício, “compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade”, independentemente de qual ramo do Direito se refere⁸.

Conforme bem explica Antonio do Passo Cabral, a autonomia das partes no processo não se justifica na liberdade contratual do Direito Privado, mas sim na conjunção entre o princípio dispositivo e o princípio do debate, tendo em vista que o primeiro trata sobre a disponibilidade da cognição e decisão a respeito do direito material e o segundo sobre a independência das partes para conduzir o procedimento de maneira convencionada⁹.

Assim, o princípio do autorregramento da vontade não é, sob nenhuma ótica,

⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 187.

⁵ Quanto ao tema, transcreve-se passagem de Pontes de Miranda: “Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, *até onde* se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém *queira* ou *não queira*. O auto-regramento, a chamada ‘autonomia da vontade’, não é mais do que isso” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. 3, p. 81).

⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 137.

⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Op. cit.*, p. 188.

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 83.

⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 141.

incompatível com o Direito Público, sofrendo apenas maiores restrições se comparado com a extensão da liberdade contratual no Direito Privado. Ora, a lógica publicística não pode implicar na limitação exacerbada da autonomia da vontade ou colocar qualquer tipo de negociação na dependência de homologação judicial¹⁰.

Em consequência, defendem alguns autores a existência do *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*¹¹, corroborando a ideia de liberdade negocial dos sujeitos em ramos tradicionalmente públicos, como é o caso do Direito Processual. Nesse sentido, poderiam as partes convencionar sobre o procedimento, regulando e disciplinando suas condutas processuais sem a imposição de restrições desarrazoadas ou despidas de justificativas plausíveis¹². Esses limites serão fixados, de maneira primordial, através da práxis legislativa, a fim de coibir o abuso do poder e proteger aqueles que devem ser protegidos.

O CPC/2015 avança no tema, trazendo diversas normas jurídicas que consagram e concretizam o princípio do autorregramento da vontade no processo, como, v. g., a cláusula geral de negociação processual prevista em seu art. 190¹³. Nesse sentido, o novo diploma estrutura e incentiva a autocomposição dentro do procedimento, permitindo, como visto, acordos sobre o processo em sua modalidade atípica.

E não se pode dizer que o destaque dado às negociações processuais, especialmente com a sobrevinda do CPC/2015, implica na privatização do processo, mas sim no seu reconhecimento como verdadeiro instrumento de tutela efetiva das situações jurídicas. Vale aqui a lembrança do entendimento firmado por Leonardo Greco:

Não obstante esse poder das partes se contraponha aos poderes do juiz, não deve ser interpretado, de forma alguma, como uma tendência de privatização da relação processual, mas representa simplesmente a aceitação de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem

¹⁰ Barbosa Moreira foi crítico severo da concepção publicística do processo, a exemplo do seguinte texto de sua autoria: O neoprivatismo no processo civil. In: **Temas de Direito Processual**, 9ª série. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 87-102.

¹¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 132.

¹² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convencções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 188; DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 32.

¹³ “**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”.

pública. Afinal, se o processo judicial não é apenas *coisa das partes*, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social¹⁴.

Dessa forma, conclui-se que, segundo princípio do autorregramento das partes no processo, os sujeitos do processo possuem liberdade para dispor sobre o objeto litigioso ou aspectos do procedimento, de acordo com os limites traçados pelo próprio ordenamento jurídico acerca do tema.

2.2. A TEORIA GERAL DO FATO JURÍDICO

O conceito de fato jurídico não é tema pacífico na doutrina, seja brasileira ou estrangeira. O objetivo deste trabalho não é estabelecer comparativos ou tecer considerações sobre os mais diversos estudos sobre a questão, mas, para que se avance no exame dos negócios jurídicos processuais, é fundamental eleger e justificar a eleição de uma concepção sobre o tema.

O Código Civil de 1916, seguindo influências estrangeiras – especialmente de origem italiana, deu a entender que incorporava a ideia de fato jurídico como *causa de efeitos jurídicos*, a exemplo do seu art. 81, que definia ato jurídico como aquele “(...) que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”¹⁵. Para os seguidores dessa corrente, a exemplo de Orlando Gomes, o suporte fático descrito na norma se confundiria com o fato concreto, ou seja, o fato jurídico seria a própria causa legal¹⁶.

Entendendo ser mais adequada ao presente trabalho, adotar-se-á a teoria de Pontes de Miranda, amplamente difundida por Marcos Bernardes de Mello¹⁷ e seguida por diversos autores. A escolha se justifica pela possibilidade de separar o mundo dos fatos do mundo jurídico, uma vez que, para o autor, os fatos jurídicos, cujo conceito é formulado no seio da Teoria Geral do Direito, são suportes fáticos que adentram no mundo jurídico diante da incidência de determinada norma¹⁸.

O suporte fático, então, é o fato ou o conjunto de fatos previstos abstratamente,

¹⁴ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007, p. 8.

¹⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 30.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 238.

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2, p. 81.

compondo a regra jurídica¹⁹. Quando o fato está previsto normativamente e ocorre no plano existencial, incide sobre ele a norma, passando a existir também no plano jurídico²⁰.

A propósito, é importante ressaltar que os fatos contrários ao direito também estão incluídos na categoria de fatos jurídicos, uma vez que, recebendo a incidência das regras jurídicas, são capazes de surtir efeitos jurídicos, tais como indenizações financeiras²¹.

Pontes de Miranda assim sintetiza, dizendo que são pressupostos do fato jurídico os elementos do suporte fático, ou seja, “o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. Só de fatos jurídicos proveem eficácia jurídica”²².

Importante ressaltar, todavia, a distinção entre *incidência* e *aplicação*: a primeira independe da ocorrência da norma no plano existencial, sendo infalível, uma vez que prescinde de qualquer ato volitivo humano; a segunda, por sua vez, decorre de um ato humano e, por isso, possui falibilidade²³. Em outras palavras, a aplicação é o ato mediante o qual se formalizam os direitos e deveres já constituídos com a incidência da norma, podendo ocorrer ou não em momento posterior.

Fato jurídico é, então, o produto da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático²⁴. Todavia, nem tudo que provém do mundo fático será fato jurídico. Ao especificar o que cabe no suporte fático da regra jurídica, discrimina-se, por omissão, o que não entra no mundo do Direito, conforme explica Pontes de Miranda:

O fato jurídico provém do mundo fático, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que à soma dos elementos do que, no mundo fático, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático de regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fático da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica discrimina o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. Donde o cuidado que se há de ter na determinação do suporte fático de cada regra jurídica²⁵.

Os fatos jurídicos podem ser classificados nas seguintes espécies: *i*) fatos jurídicos *stricto sensu*; *ii*) fatos jurídicos ilícitos *lato sensu* (fatos jurídicos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos e atos ilícitos); *iii*) atos-fatos jurídicos; e *iv*) atos

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratados das Ações**, I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 21.

²⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 32.

²¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2, p. 222.

²² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, t. 1, p. 4.

²³ *Ibidem*, p. 37.

²⁴ *Ibidem*, p. 74 *et passim*.

²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, 2000, p. 221.

jurídicos *lato sensu* (atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos)²⁶.

Os fatos jurídicos *stricto sensu* entram no mundo jurídico independentemente de qualquer ato humano em sua composição, sendo o seu suporte fático formado por fatos da natureza. Exemplifica-se com o nascimento e a morte de determinada pessoa: ainda que antes de sua entrada no mundo jurídico esteja indiretamente ligado a qualquer ato humano, ele não será essencial para o suporte fático, de modo que a natureza jurídica do fato permanece inalterada²⁷.

Os fatos jurídicos ilícitos, como o próprio nome já sugere, abarcam a ocorrência de situações contrárias ao direito. É o caso, por exemplo, de um indivíduo responder pelos prejuízos decorrentes de caso fortuito ou força maior (arts. 957²⁸ e 1127²⁹ do Código Civil – CC). Aqui, foram lesionados o direito absoluto (fato ilícito absoluto) e o direito relativo (fato ilícito relativo)³⁰.

Nos atos-fatos jurídicos, por outro lado, qualquer elemento volitivo é abstraído como relevante de seu núcleo elementar³¹. Em que pese o ato humano ser de sua essência, não importa para a execução de seus efeitos se houve vontade ou não em praticá-lo. Diferencia-se dos fatos jurídicos *stricto sensu*, então, porque, aqui, o ato humano não só é relevante juridicamente como faz parte do seu suporte fático. Fazem parte da categoria os atos reais, os casos de indenização sem culpa e a caducidade sem culpa.

Por fim, temos os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, espécies do gênero ato jurídico *lato sensu*, cuja definição posta no art. 81 do Código Civil de 1916 definia como “Todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. Para que se avance neste trabalho, faz-se essencial distingui-los e estabelecer as bases para um estudo mais aprofundado acerca dos institutos, considerando a sua proximidade conceitual e a frequente confusão na compreensão de suas particularidades.

²⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2, p. 222.

²⁷ *Ibidem*, p. 225

²⁸ “**Art. 957**. Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum”.

²⁹ “**Art. 1.127**. Não haverá mudança de nacionalidade de sociedade brasileira sem o consentimento unânime dos sócios ou acionistas”.

³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 233.

³¹ Orlando Gomes não compreende o ato-fato jurídico como categoria jurídica autônoma (**Introdução ao estudo do direito civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 253 e ss.). Esse, todavia, não é o entendimento aqui seguido, conforme ensina Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 136-137).

Ambos compõem “o campo psíquico dos fatos jurídicos”³². São, assim, os meios mais eficientes no dia-a-dia das relações humanas, uma vez que, tanto através dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos, a vontade, o sentimento e a inteligência inserem-se no mundo jurídico. O elemento distintivo dos atos jurídicos *lato sensu* está, justamente, na análise das questões relacionadas à relevância dada à vontade humana, tendo em vista que, aqui, é nuclear ao suporte fático³³.

No que tange especificamente aos atos jurídicos *stricto sensu*, a manifestação de vontade das partes não possui o condão de escolher a categoria jurídica, de onde surgem os efeitos práticos. Nesse sentido, é importante ressaltar um erro comum no ensino do tema: é atécnico afirmar que a vontade *produz* os efeitos, uma vez que eles são decorrentes da escolha da categoria jurídica eleita pelos sujeitos³⁴. Assim, as manifestações de vontade que *a)* reclamam; *b)* comunicam vontade (positiva ou negativa); *c)* integram atos ou omissões; *d)* comunicam determinado fato; ou *e)* impõem ou proíbem determinado comportamento, entram no mundo jurídico sob esta categoria³⁵.

Os negócios jurídicos processuais, sendo espécie dos atos jurídicos *lato sensu*, também possuem a manifestação de vontade das partes como elemento nuclear de seu suporte fático, a qual deve ser emanada de maneira consciente pelo sujeito³⁶. Aqui, os sujeitos estabelecem a eficácia do negócio, não se confundido a vontade emanada, a qual traça conduta futura, com o fator eficaz do negócio³⁷.

Quanto aos elementos necessários aos negócios jurídicos, deverão estar presentes, por óbvio, todos os requisitos dos fatos jurídicos, classe à qual pertencem, a exemplo da capacidade civil dos sujeitos³⁸. Todavia, o elemento central é a própria vontade que compõe o suporte fático de certa categoria jurídica, como nos contratos em geral, espécie mais destacada dos negócios jurídicos. Aqui, como bem explica Marcos Bernardes de Mello, há “liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e

³² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2, p. 501.

³³ *Ibidem*, p. 501.

³⁴ *Ibidem*, p. 502-503.

³⁵ *Ibidem*, p. 506.

³⁶ Arremata Pontes de Miranda, fazendo correspondência com o quanto estudado no tópico 2.1, que “A manifestação de vontade de negócio há de ser, por exigência da teoria mesma do auto-regramento da vontade (dita da autonomia privada), consciente” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. 3, p. 29-33).

³⁷ *Ibidem*, p. 35.

³⁸ *Ibidem*, p. 36.

termos, pactuando estipulações diversas”³⁹, dando ao negócio o sentido próprio pretendido pelas partes.

Em suma, todo negócio jurídico cria relação jurídica, constituindo, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações ou exceções⁴⁰.

Por entender que a doutrina desenvolvida por Pontes de Miranda é a mais abrangente, compreendendo a incidência como fato que ocorre dentro do mundo perceptível com consequências no mundo total, a adotamos como premissa deste trabalho. Assim, estabelecidas as bases para a compreensão da Teoria dos Fatos Jurídicos, passa-se à análise da aplicação teórica no campo do Direito Processual.

2.3. A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O conceito de fatos jurídicos processuais comporta polêmica doutrinária, tendo sido desenvolvidas uma série de diferentes concepções ao longo dos anos. Importa aqui salientar que não se pretende esgotar os estudos das diversas teorias existentes, mas apenas traçar breves linhas para que se compreenda o entendimento adotado.

Segundo o critério subjetivo utilizado por alguns autores para classificar os fatos jurídicos processuais, os atos praticados no curso do processo podem ser diferenciados de acordo com o sujeito responsável pela sua prática, assumindo feições distintas a partir da delimitação subjetiva⁴¹.

O critério subjetivo foi adotado por Giuseppe Chiovenda que, desenvolvendo a teoria, subdividiu em “atos das partes” e “atos dos órgãos jurisdicionais”⁴². Dessa forma, segundo o autor, os atos praticados por terceiros – aqui considerados aqueles que não integram diretamente a relação processual – não seriam compreendidos como atos processuais⁴³.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) foi profundamente influenciado pela doutrina de Chiovenda. Conforme se observa do Livro I, Título V, os atos processuais ali indicados são praticados pelas partes, pelo juiz e pelo escrivão/chefe de secretaria. Por outro lado, os atos praticados pelos auxiliares do juízo, como é o caso

³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 167.

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. 3, p. 34.

⁴¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 90.

⁴² Dentre outros autores, o critério era também adotado por Enrico Tullio Liebman (**Manual de direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985).

⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 35 ss.

dos peritos, encontram-se fora do título que regulamenta os atos processuais em geral, levando a entender que a vontade do legislador seria no sentido de enquadrá-los em outra categoria⁴⁴.

Seguindo a mesma linha, o Livro IV (“*Dos atos processuais*”), capítulo I, seções III, IV e V do CPC/2015, dispõe que são atos processuais aqueles praticados pelas partes (arts. 200 a 202), os pronunciamentos do juiz (arts. 203 a 205) e os atos do escrivão ou do chefe de secretaria (arts. 206 a 211).

Todavia, se analisada a doutrina brasileira, perceber-se-á que ela tradicionalmente construiu uma teoria em grande parte derivada dos pensamentos de James Goldschmidt⁴⁵. O referido autor, ao construir sua linha de pensamento, supôs desde a gênese a existência do critério subjetivo, diferenciando-se de Chiovenda por também levar em consideração aspectos objetivos como a função do ato e as situações jurídicas que dele derivam⁴⁶.

E foi nesse sentido que historicamente se posicionaram os autores nacionais, de maneira a conjugar os critérios subjetivo e objetivo. Em um primeiro momento, subdividiram-se os atos processuais em atos das partes e atos do juiz. Depois, sistematizaram-se da seguinte maneira: os atos das partes poderiam ser classificados como atos postulatórios, dispositivos, instrutórios ou reais; já os atos do juiz eram subdivididos em provimentos ou atos reais⁴⁷.

Fredie Didier Jr e Paula Sarno Braga, posicionando-se de maneira distinta, partem da Teoria dos Fatos Jurídicos desenvolvida por Pontes de Miranda, no seio da Teoria Geral do Direito, e transplantam-na para o Direito Processual⁴⁸. Segundo os autores, o conceito de ato processual⁴⁹ não deve apenas abranger os atos do procedimento⁵⁰, mas também os demais atos que interfiram de alguma forma no

⁴⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 90.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 104-105.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁸ Quanto à transplantação do conceito para a outros ramos do Direito, dispõe Lourival Vilanova: “Já ressaltamos que o conceito de fato jurídico, situado no plano da Teoria Geral do Direito, serve aos diversos subdomínios do conhecimento jurídico, daí porque se lhe tem atribuído o status de um conceito jurídico fundamental” (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2003, p. 225).

⁴⁹ Segundo Fredie Didier Jr, “Ato processual é todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual ou futuro” (**Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 374).

⁵⁰ “Há os atos processuais e há os atos do processo (melhor: do procedimento), que daqueles são exemplos. O ato do processo é o ato que compõe a cadeia de atos do procedimento; trata-se de ato processual propriamente dito. Mas há atos processuais que não fazem parte do procedimento, como é o caso da escolha convencional do foro (arts. 25 e 63, CPC)” (*Ibidem*, p. 373).

desenrolar da relação jurídica processual⁵¹.

Assim, o fato processual, considerando-o em seu sentido amplo e independentemente de ser ele individualizado ou estando em conjunto com outros, é apto a produzir efeitos dentro do processo através da incidência de norma processual⁵². Dessa forma, ele “adquire o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma processual e se refira a algum procedimento, atual ou futuro”⁵³.

Como o próprio nome sugere, o fato jurídico processual deve obrigatoriamente se relacionar a algum processo, sendo prescindível que ele ocorra necessariamente dentro da cadeia processual, desde que guarde com ela alguma relação⁵⁴. Independe, então, onde o ato tenha sido praticado: intraprocessualmente, vez que no curso do procedimento; ou extraprocessualmente⁵⁵.

Quanto ao tema, Pedro Henrique Nogueira bem sintetizou o entendimento aqui adotado: “Se são os elementos nucleares do suporte fático que fazem o fato jurídico ingressar no mundo jurídico, nada mais coerente do que identificar as espécies em função daquilo que se pode identificar no seu núcleo”⁵⁶.

Dentre as razões pelas quais se pode dizer que esse é o mais vantajoso critério a ser seguido, podemos citar o fato de que a sistematização proposta leva em consideração os elementos capazes de fazer com o que fato ingresse no mundo jurídico, além de sistematizar as diferentes espécies de forma independente em relação ao sujeito a que se liga à prática do ato⁵⁷. Esse argumento, inclusive, mostra-se relevante para justificar o estudo dos negócios processuais praticados pelo juiz do processo⁵⁸.

Os fatos jurídicos processuais⁵⁹ se subdividem em fato jurídico processual em *stricto sensu*, ato-fato processual, atos processuais *stricto sensu* e negócios processuais.

Os fatos jurídicos em sentido estrito não possuem aceitação pacífica na

⁵¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 373.

⁵² BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano da Existência. In: **Revista de Processo**, nº 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 309.

⁵³ DIDIER JR, Fredie. *Op. cit.*, p. 373-374.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, p. 309.

⁵⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 112.

⁵⁷ Outras vantagens são: propicia uma sistematização capaz de abarcar as espécies de fatos processuais lícitos e ilícitos; propicia uma diferenciação nítida entre fatos processuais e os fatos processuais inexistentes (que não são jurídicos, mas acabam tendo, às vezes, aparência de juridicidade), permite segregar as espécies de fatos processuais que, apesar da presença humana em sua configuração (atos-fatos processuais), não estão sujeitas ao regime jurídico das invalidades processuais. (*Ibidem*, p. 113).

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ É possível, no âmbito do Direito Processual, a ocorrência de qualquer das espécies de fatos jurídicos. Por essa razão, adota-se aqui a classificação sugerida por MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da existência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

doutrina⁶⁰. Calmon de Passos, por exemplo, não admitia a sua existência sob o fundamento de que os elementos apontados como fatos jurídicos processuais são acontecimentos naturais que ocorrem extraprocessualmente, de forma que não poderiam ser considerados como fatos integrantes da cadeia processual⁶¹, dando como exemplos clássicos a morte e a força maior.

Todavia, conforme salientado anteriormente, a Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais é de tal forma ampla que também abarca os eventos exteriores ao procedimento, desde que com eles guarde alguma relação, atual ou futura. É o caso, por exemplo, da cláusula de eleição de foro em um contrato de compra e venda: elege-se o foro competente para julgamento de eventual demanda sem que haja um processo em curso.

Por sua vez, os atos-fatos processuais são espécie de fatos jurídicos *latu sensu* em que se despreza a vontade do agente em praticá-lo⁶². Conforme melhor explica Pedro Henrique Nogueira:

Os atos-fatos processuais são os fatos jurídicos em que, apesar de produzidos por ação humana, a vontade de praticá-lo é desprezada pelo Direito; daí serem atos recebidos pela ordem jurídica como fatos, em razão de se abstrair o elemento ‘vontade humana’ presente nos atos jurídicos (atos jurídicos em sentido estrito e negócios processuais)⁶³.

São, assim, atos reconhecidos juridicamente como sendo fatos, ou seja, sendo irrelevante para o Direito a averiguação de existência de vontade ou quanto ao seu conteúdo⁶⁴, como o adiamento de custas e do preparo e o instituto da revelia para o Direito Processual Civil.

Nos atos jurídicos *stricto sensu*, como visto no tópico anterior, há vontade de praticar o ato, mas “não importa se há vontade em produzir os efeitos, pois eles são necessários, prefixados”⁶⁵. O mesmo pensamento pode ser importado para o âmbito do Direito Processual Civil, exemplificando-se com a citação ou uma simples juntada de documento aos autos.

⁶⁰ Aceitação doutrinária por parte de: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 22, v. 3; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, I. 16ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 246; BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 228-229.

⁶¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65.

⁶² Segundo Marcos Bernardes de Mello, “O ato humano é a substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve, ou não, vontade em praticá-lo”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14.

⁶³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 116.

⁶⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 375.

⁶⁵ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**, nº 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 312.

Por fim, temos os negócios jurídicos processuais, os quais, pela sua importância para o desenvolvimento do presente estudo, serão estudados mais detidamente no tópico seguinte.

2.4. O CONCEITO E A CLASSIFICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O conceito de negócio jurídico deriva diretamente da Teoria Geral do Direito. Entretanto, isso não significa que os demais ramos da ciência jurídica dele não possam se utilizar, desde que dando roupagem adequada ao sistema jurídico ao qual será ele inserido. Justamente por essa razão, não seria possível analisar o conceito e a classificação dos negócios jurídicos processuais sem antes ter apresentado e estabelecido algumas premissas metodológicas, como o entendimento de que o autorregramento da vontade se faz presente não apenas no Direito Civil, como também no Direito Processual.

E quando falamos em Direito Processual, não necessariamente nos referimos ao Processo Civil exclusivamente, eis que, como se verá adiante, os negócios jurídicos processuais podem ser também aplicados a outros tipos de processo que não apenas o civil. Prova disso é o fato de que, no Brasil, já no século passado, a categoria passou a ser difundida no âmbito do Direito Processual Penal através de Hélio Tornaghi, quem afirmou que os negócios processuais são manifestações de vontade que dependem da lei quanto à eficácia técnica ou em relação ao valor jurídico do processo, a exemplo do perdão e da retratação⁶⁶.

Todavia, é inegável que foi no seio da ciência do Direito Processual Civil que o conceito de negócio jurídico processual tomou corpo. Segundo Barbosa Moreira, autor de um dos textos mais importantes sobre o tema, a convenção processual, como denomina o instituto, é “Constituída por duas declarações de vontade, a convenção processual é ato *uno*; emitidas que sejam, as declarações fundem-se para formar entidade nova, capaz de produzir efeitos específicos”⁶⁷.

Antonio do Passo Cabral conceitua convenção processual como um negócio jurídico plurilateral, onde, além de não haver a necessidade de intermediação por

⁶⁶ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, v. I, t. 1º, p. 16 *apud* NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 150.

⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: **Temas de Direito Processual**, 9ª série. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 89.

terceiro, pode se dar antes ou durante o processo, visando à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas ou a alteração do procedimento⁶⁸.

Conceito similar foi o desenvolvido por Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: para eles, negócio processual é fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático faculta-se ao sujeito escolher a categoria jurídica ou determinar situações jurídicas processuais⁶⁹, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico nacional⁷⁰⁻⁷¹.

Quanto à sua classificação, cinco são os critérios aos quais se submetem os negócios jurídicos processuais⁷²: *i)* quanto ao objeto; *ii)* quanto ao suporte legal; *iii)* quanto ao sujeito que pratica; *iv)* quanto à forma; *v)* quanto à eficácia.

No que tange ao primeiro critério, temos que os negócios jurídicos processuais podem versar sobre o objeto litigioso do processo (como o reconhecimento da procedência do pedido) ou sobre o processo em si (como a suspensão convencional do processo), os quais se subdividem naqueles em que há redefinição de situações jurídicas e nos que reestruturam o procedimento.

O segundo critério, de mais fácil visualização, subdivide-se em negócios jurídicos processuais típicos, a exemplo da calendarização processual, e os negócios jurídicos processuais atípicos, que constituem uma das grandes mudanças do CPC/2015 e encontram guarida legal na norma presente no art. 190 desse diploma.

O terceiro aspecto é o subjetivo, ou seja, quanto ao sujeito que pratica o ato. O negócio jurídico processual pode ser: unilateral (v. g., renúncia em geral); bilateral (v. g., eleição unilateral de foro) ou plurilateral (v. g., sucessão processual voluntária). Os dois últimos também podem ser divididos em contratos ou convenções/acordos. No primeiro

⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 68.

⁶⁹ Segundo Fredie Didier Jr, “O relevante para caracterizar um ato como negócio jurídico é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico” (DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 379).

⁷⁰ DIDIER Jr, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 59-60.

⁷¹ Paula Costa e Silva alerta para o fato de que certos efeitos regulados por lei permanecem, em que pese a disposição negocial. Em suas palavras,“(…) a expressão negócio processual pode induzir em erro se através dela se pretende, uma vez mais, afirmar que todos os efeitos induzidos por um acto processual devem ser abrangidos pela vontade do respectivo autor. Há efeitos do acto processual negocial que continuam a estar tabelados. Os efeitos que os actos, independentemente do respectivo conteúdo e zona de ataque, têm no processo estão estabelecidos por lei”. (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 270).

⁷² Os cinco critérios a seguir listados foram os sugeridos por DIDIER JR, Fredie. *Op. cit.*, p. 381-383.

caso, são reunidas manifestações de vontade quanto a interesses contrapostos⁷³. Já no segundo caso, agrupam-se vontades quanto a interesses comuns.

Segundo o quarto critério, a forma dos negócios jurídicos processuais pode ser classificada em expressa (o próprio foro de eleição acima citado) e tácita (renúncia tácita), os quais podem vir de condutas comissivas ou omissivas.

Por fim, quanto ao aspecto eficaz do negócio, existem aqueles que dependem de homologação judicial – como a desistência do processo - e aqueles⁷⁴ que independem de qualquer comportamento homologatório, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico⁷⁵.

Em suma, os negócios jurídicos processuais, conceito trazido do seio da Teoria Geral do Direito, permitem que as partes, de maneira convencionada, modifiquem situações jurídicas processuais ou a estrutura do procedimento adotado. Assim, pode-se dizer que são eles a máxima expressão do princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, concretizando o direito fundamental constitucional à liberdade.

⁷³ Antonio do Passo Cabral, embora admita a existência dos contratos processuais, afirma que eles não são comuns e que o termo “contratos” é inadequado, considerando que contratos são dotados de patrimonialidade e criação de direito ou obrigação (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52-55).

⁷⁴ Para Antonio do Passo Cabral, três são as razões para a dispensabilidade da decisão homologatória: a) as convenções processuais decorrem diretamente da autonomia das partes; b) é possível serem firmados acordos pré-processuais; e c) entender a homologação como indispensável é, em última análise, fortalecer a dependência do indivíduo em relação ao Estado (Ibidem, p. 231-232).

⁷⁵ Nesse sentido, dispõe o enunciado nº 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O CPC/2015 consagrou, em seu art. 190, a cláusula geral de negociação sobre o processo, trazendo um novo capítulo para a história das negociações jurídicas processuais no ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese a existência de hipóteses típicas na codificação anterior, agora, o novo diploma processual prevê expressamente a possibilidade de as partes, de comum acordo, convencionarem sobre alterações no procedimento ou disporem sobre situações jurídicas (ônus, deveres, faculdades e direitos).

Todavia, a novidade traz consigo uma tarefa para a doutrina e jurisprudência: estudar e traçar, dentre outros, os limites das negociações processuais atípicas, além de definir os elementos de seus planos de existência, validade e eficácia, a fim de possibilitar uma melhor aplicação pelos operadores do Direito e propiciar um controle jurisdicional adequado ao caso concreto.

3.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Especificamente no que tange à evolução histórica e o atual estágio da doutrina quanto aos negócios jurídicos processuais no ordenamento jurídico brasileiro, importante analisar alguns fatores que levaram à corrente conjuntura do instituto, partindo-se de breves considerações acerca dos principais acontecimentos dos séculos XX e XXI.

Muito pouco se escreveu ao longo do século XX acerca dos acordos na esfera processual, em que pese a existência de previsões no Código de Processo Civil de 1939 (CPC/1939), conforme exemplifica Pedro Henrique Nogueira com as figuras da desistência da demanda (art. 206) e a suspensão da instância por convenção das partes (art. 197, II)⁷⁶. Dessa forma, não se pode afirmar que os negócios jurídicos eram espécies desconhecidas da doutrina processual à época, vigendo entendimento, por outro lado, no sentido de que seriam eles apenas restritos aos indicados pelo legislador, não havendo qualquer debate quanto à possibilidade de negociações atípicas.

⁷⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 140-141.

Ainda na vigência do CPC/1939, J. J. Calmon de Passos, pioneiro, foi o primeiro a tratar sobre o assunto em sua tese de livre-docência apresentada na Universidade Federal da Bahia (UFBA), ainda em 1952. O autor, em que pese admitir a existência de negócios jurídicos processuais, condicionava a produção dos seus efeitos à homologação judicial⁷⁷. Considerando a escassez doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, a tese em questão foi recebida na doutrina com estranheza e, apesar da sua importância na construção das bases para as gerações posteriores, pouco continuou se produzindo quanto aos acordos processuais nos anos que se seguiram.

Sobreveio, então, o CPC/1973, o qual, segundo entendimento majoritário na doutrina, foi fundado no modelo publicista e inquisitorial de processo, assumindo o órgão jurisdicional posição de protagonista frente aos demais sujeitos processuais, além de poder significativamente maior na tomada de decisões referentes à condução do processo⁷⁸. As partes então possuíam um papel limitado em comparação com o poderio judicial, entendendo a doutrina que não haveria espaço, na égide da antiga codificação, para as convenções atípicas firmadas pelas partes, em que pese a redação do art. 158 (atual art. 200 do CPC/2015)⁷⁹. A norma em questão expressamente prevê a possibilidade de negociação processual pelas partes, mas, em virtude de uma interpretação sistemática de toda a legislação processual, entendia-se à época que os acordos, em regra, estariam submetidos à homologação judicial.

Rompendo com o silêncio, Barbosa Moreira, em 1982, tratou sobre as convenções das partes em matéria processual, trazendo questões como o problema da admissibilidade de convenções atípicas e os seus efeitos no processo⁸⁰. O referido trabalho, ainda hoje, é basilar para qualquer estudioso que pretenda minimamente entender o tema, constituindo-se, ao lado do texto de J. J. Calmon de Passos, verdadeiro marco doutrinário.

Foi no século XXI que o tema atingiu um estágio de maturidade não antes visto

⁷⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A nulidade no processo civil**. Tese de livre-docência apresentada à UFBA. Imprensa Oficial da Bahia, 1959, p. 11 ss.

⁷⁸ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 358-359.

⁷⁹ “**Art. 158.** Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenção das partes sobre matéria processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Temas de Direito Processual: Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

no Brasil, a exemplo do trabalho de Leonardo Greco⁸¹, em 2007, cujo texto, de suma importância, faz uma análise das possibilidades de negociação processual atípica e trata, ainda, sobre a questão da vulnerabilidade e da paridade de armas entre as partes que firmam convenção sobre o processo.

Destaca-se, também, a importância dos estudos e trabalhos desenvolvidos no grupo de estudos da UFBA, liderado por Fredie Didier Jr, ainda nos primeiros anos do século XXI⁸². O professor possui ainda relevante texto em coautoria com Pedro Henrique Pedrosa Nogueira sobre os fatos jurídicos processuais⁸³, fundamental para a compreensão da matéria. Egressos do programa de pós-graduação da mesma Universidade, como Paula Sarno Braga⁸⁴ e Bernardo Lima⁸⁵, também merecem destaque pelas contribuições doutrinárias ao assunto.

Com o advento do CPC/2015, primeiro código brasileiro cuja gestação, tramitação, aprovação, sanção e publicação se deram integralmente em um regime democrático e com ampla participação da sociedade civil, o número de trabalhos publicados sobre convenções processuais cresceu exponencialmente, consagrando-se o tema como um dos de maior repercussão doutrinária advindos da nova codificação.

Isso porque a nova Constituição brasileira promoveu uma virada de paradigma na ciência jurídica, aqui ressaltando a nova fase da ciência processual que, por razões didáticas⁸⁶, denominar-se-á de neoprocessualismo⁸⁷. Percebe-se, da análise sistemática

⁸¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007.

⁸² Antonio do Passo Cabral, sobre a importância doutrinária dos estudos ali conduzidos, assim disse: “Nessa mesma época, Fredie Didier Jr instituiu grupo de pesquisa na Universidade Federal da Bahia sobre negócios jurídicos processuais. O grupo que se formava ali, entre professores, graduandos, mestrandos e doutorandos, influenciado pela obra de Marcos Bernardes de Mello, produziria alguns dos trabalhos mais relevantes sobre o tema no Brasil” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 131).

⁸³ DIDIER Jr, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

⁸⁴ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano da Existência. In: **Revista de Processo**, nº 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 309.

⁸⁵ LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. In: DIDIER JR, Fredie *et alii* (Coord.). **Revisitando a teoria do negócio jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-123; *Idem*. **Arbitralidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010.

⁸⁶ Fredie Didier Jr afirma que “o termo Neoprocessualismo tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida (**Curso de Direito Processual Civil**, 17ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 42-46). O termo, todavia, deriva do “Neoconstitucionalismo”, cuja própria existência é doutrinariamente polêmica. Uma vez não ser objeto do trabalho, não se aprofundará no tema, ressaltando-se aqui apenas a ciência da dissidência acadêmica. Para melhor compreensão do assunto, ver: POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre “neoconstitucionalismo”. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luís; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 1. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. p. 363-366. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3875/13.pdf>>.

do CPC/2015, que o legislador privilegiou a participação das partes na escolha do modelo de processo a ser seguido no caso concreto, traçando um contraponto claro com o modelo publicista de procedimento seguido no CPC/1973.

A opção principiológica do CPC/2015 resta ainda mais clara quando analisado sistematicamente, eis que a solução consensual dos conflitos foi adotada como política de Estado (art. 3º, §2º, do CPC/2015), devendo ser a conciliação, a mediação e os outros métodos de solução consensual, de igual forma, estimulados pelos sujeitos processuais, inclusive no curso do processo (art. 3º, §3º, do CPC/2015).

Outro grande ponto de destaque foi, justamente, a adoção de cláusulas gerais pelo CPC/2015. Segundo Fredie Didier Jr., cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado⁸⁸. Seria, então, uma norma com indeterminações presentes em ambos os extremos de sua estrutura⁸⁹.

Nesse sentido, a principal cláusula trazida pelo CPC/2015 está contida em seu art. 190, a qual dispõe que, desde que versando sobre direitos que admitam autocomposição⁹⁰, “é lícito às partes plenamente capazes estipularem 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”. Assim, além das diversas modalidades típicas já previstas no CPC/1973 e cujo rol foi ainda

Acesso em 17/07/2017; COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003; STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun., p. 9-27.

⁸⁷ Sobre o tema, ver: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa; NERY JÚNIOR, Nelson, **Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683. No mesmo sentido, dentre outros, DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Acesso: 17/07/2017.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306.

⁹⁰ Nesse sentido, dispõe Eduardo Talamini: “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**. Disponível em: www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso: 23/07/2017).

ampliado, o legislador privilegiou a liberdade processual e a efetiva entrega da prestação jurisdicional através da atipicidade das negociações processuais, representando verdadeira escolha política pela adequação do processo às particularidades do caso e pela vontade emanada das partes⁹¹.

O CPC/2015 consagra, portanto, o princípio da adequação procedimental, a atipicidade dos negócios jurídicos processuais e o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo, ampliando, conseqüentemente, os poderes dos sujeitos processuais sobre o procedimento⁹².

3.2. HIPÓTESES TÍPICAS DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Antes de qualquer outra consideração, é necessário dizer que se equivoca quem afirma que não existiam negócios jurídicos processuais no âmbito do CPC/1973. Como visto da análise da sua evolução histórica, o instituto não é uma novidade trazida pelo CPC/2015. O que temos hoje, na verdade, é o alargamento das possibilidades de negociação tipicamente previstas e a previsão expressa de convenções na sua modalidade atípica, conforme a cláusula geral presente no art. 190 do CPC/2015.

Exemplificativamente, tem-se a regra da eleição negocial de foro, segundo a qual as partes, de comum acordo, escolhem o foro a ser processado eventual litígio que possa vir a surgir entre elas. A referida modalidade de negociação processual, hoje prevista no art. 63 do CPC/2015, já possuía previsão expressa no art. 111 do CPC/1973, o que denota a sua pré-existência à nova codificação.

Todavia, não se pode negar que houve um aumento considerável no número de modalidades típicas a partir da Lei nº 13.105/2015, a exemplo da possibilidade de “calendarização processual”⁹³, prevista no art. 191 do CPC/2015⁹⁴. Em suma, trata-se de estabelecer um cronograma para a execução das etapas do processo, feita pelo

⁹¹ ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 257, ano 41, jul. 2016, p. 52.

⁹² REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 362/363.

⁹³ Cf. Enunciado nº 299 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão”.

⁹⁴ “**Art. 191**. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

magistrado por meio de resolução (art. 139, VI do CPC/2015⁹⁵)⁹⁶ ou de comum acordo pelas partes⁹⁷. A possibilidade de compatibilizar o procedimento e calendarizar os atos de acordo com as particularidades da demanda representa um novo paradigma processual, por meio da adoção de um modelo de gerenciamento de processos que rompe com o monopólio do órgão jurisdicional e propicia a gestão compartilhada dos atos⁹⁸.

Apenas para que a visualização do tema reste ainda mais clara, trazemos mais uma previsão de negociação processual sem correspondência no CPC/1973: a regra presente no art. 471 do CPC/2015⁹⁹, o qual versa sobre a escolha consensual de perito pelas partes, desde que sejam elas plenamente capazes e seja o objeto litigioso passível de autocomposição¹⁰⁰.

Conforme ensina Eduardo Talamini, quando as partes acordam sobre a escolha

⁹⁵ Nesse sentido, clara é a norma do referido artigo: “**Art. 139.** O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

⁹⁶ Ainda quanto ao tema, dispõe o enunciado n° 35 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam): “Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo”.

⁹⁷ Assim, segundo Eduardo José da Fonseca Costa, “promove-se a delimitação imediata de uma expectativa temporal para a prolação da sentença [*deadline*] e, a partir daí, todas as etapas do procedimento passam a ser orientadas em função dessa expectativa. Isso faz com que a caminhada processual ocorra sobre um trilho e sob um ritmo definidos, abandonando-se o *laissezfairelaissezpasser* que sempre caracterizo o sistema adversarial” (Calendarização processual. In: **Negócios processuais**. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). 2ª ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 480).

⁹⁸ Sobre o tema, dispõe o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva: “Com a atenuação das fronteiras entre o sistema de gestão do processo adversarial (típico da *common law*) e o sistema inquisitorial ou inquisitivo (típico de nossa tradição romano-germânica), tem sido frequente e cada vez mais disseminada a flexibilização dos procedimentos que permita, a um só tempo, maior participação das partes e maior supervisão do juiz”. (CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 498.

⁹⁹ “**Art. 471.** As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição. § 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados. § 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz. § 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz”.

¹⁰⁰ Assim, trata-se de convenção processual típica bilateral, considerando que, além de versar sobre aspectos procedimentais, depende da manifestação de vontade dos sujeitos processuais. A propósito, a regra em questão não é completamente estranha à história do Direito Processual: o Decreto-lei n° 8.570/1946 alterou, à época, o art. 129 e 132 do CPC/1939, os quais passaram a permitir a escolha consensual do perito responsável. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, o CPC/1973 dispunha que o perito deveria ser nomeado pelo juiz porque, sob a égide da codificação anterior, as partes nomeavam seus respectivos peritos e, normalmente, o juiz tinha que apontar um terceiro profissional para analisar os resultados obtidos. (**Escolha consensual do perito**. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-54-escolha-consensual-do-perito/>>. Acesso: 27/08/2017).

do perito, há a superação de qualquer fundamento de suspeição ou impedimento que os sujeitos já tinham ou deveriam ter no momento da celebração do negócio, não podendo ser tais fundamentos invocados pelos celebrantes, a não ser que amparados em novo fundamento ou em nova razão, mas que de impossível conhecimento prévio¹⁰¹.

Percebe-se, através dos exemplos aqui trazidos, que o legislador claramente optou pela ampliação das hipóteses tipicamente previstas de negócios jurídicos processuais sob o manto do CPC/2015, a fim de possibilitar uma maior adequação do procedimento ao caso concreto e permitindo às partes dispor de situações jurídicas processuais de sua titularidade.

3.3. A ATIPICIDADE DA NEGOCIAÇÃO SOBRE O PROCESSO

Conforme já adiantado, uma das maiores novidades trazidas pelo CPC/2015 foi a cláusula geral de negociação prevista em seu art. 190. Para melhor visualização, transcreve-se o dispositivo que será objeto principal de estudo nesse trabalho:

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.

3.3.1. SUJEITOS

Quanto ao elemento subjetivo da negociação processual, Lorena Miranda Santos Barreiros, tratando sobre as acepções do termo *parte*¹⁰², defende que, uma vez que os negócios processuais têm por objeto alterações na fase procedimental ou a modificação, extinção ou constituição de situações jurídicas processuais, não se poderia afirmar que a referência aos sujeitos negociais fosse adstrita à acepção do termo *parte* em seu sentido

¹⁰¹ TALAMINI, Eduardo. **Perito consensual**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235546,51045-Perito+consensual>>. Acesso: 29/07/2017.

¹⁰² Parte, em sua acepção material, significa os sujeitos da relação processual em juízo, aos “sujeitos da demanda”. Já sob uma concepção processual, a parte será definida de acordo com a análise das situações jurídicas processuais no curso de determinado procedimento, independentemente de figurar como sujeito da relação jurídica processual. Nesse sentido, *Ibidem*; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

material¹⁰³. Isso porque, como bem pontua, tanto terceiros como o próprio órgão jurisdicional podem fazer parte de um acordo que verse sobre aspectos processuais¹⁰⁴.

Antonio do Passo Cabral, por sua vez, entende que “as partes de um acordo processual são aqueles que se vinculam voluntariamente, em razão de sua capacidade negocial, pelas disposições contidas no instrumento convencional”¹⁰⁵. Todavia, quanto à possibilidade de o órgão jurisdicional, sustenta o autor que Estado-juiz não pode celebrar negócio jurídico processual. Segundo o seu entendimento, somente aquele que possui capacidade negocial, ou seja, aquele que toma parte de algum interesse, pode figurar na relação jurídica negocial¹⁰⁶. Ademais, defende que a função de controle sobre a validade dos atos, inerente aos órgãos jurisdicionais, é incompatível com a posição subjetiva do negócio, haja vista não deter a liberdade inerente às partes¹⁰⁷.

Compartilhamos de entendimento contrário. Entendemos que é, sim, possível que o órgão jurisdicional seja parte em negociação processual. O modelo de processo cooperativo instituído pelo CPC/2015 abre vazão para tanto, além de ser do interesse do juiz buscar que o procedimento seja adequado ao caso concreto, permitindo uma prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva. Por isso, o juiz, ao negociar, não estará representando interesse pessoal, mas sim buscando o atendimento de sua função pública¹⁰⁸.

Ainda no que toca às possibilidades subjetivas, defende-se aqui o cabimento de negociações processuais celebradas pelos membros do Ministério Público e da Fazenda Nacional¹⁰⁹. Ora, as negociações de caráter processual não são estranhas ao cotidiano do Ministério Público, haja vista o conteúdo da Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a qual será objeto de análise mais aprofundada no capítulo 6 deste trabalho. Ademais, é comum à Administração Pública, *v. g.*, a utilização da

¹⁰³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 201

¹⁰⁴ A autora entende que o signo *parte* presente no art. 190 do CPC/2015 não deve ser entendido nem como parte material e nem como parte processual, mas algo como sujeito processual (Ibidem, p. 200-203).

¹⁰⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 219.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 223-225.

¹⁰⁷ Para Flávio Luiz Yarshell, em posicionamento contrário ao aqui adotado, o juiz não é parte no negócio processual de calendarização, mas apenas exerce atividade de controle (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era?* In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 91-92.

¹⁰⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Op. cit.*, p. 205-206.

¹⁰⁹ Na mesma linha de entendimento encontra-se o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), consoante os enunciados de número 253 (“O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”) e 256 (“A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”).

arbitragem¹¹⁰, espécie de negócio jurídico processual.

Por fim, cumpre esclarecer que nem sempre haverá coincidência entre os sujeitos que celebram as convenções processuais e as partes que figuram no processo, considerando que terceiros também poderão figurar como parte nos negócios jurídicos processuais. É o caso, por exemplo, dos negócios jurídicos unilaterais (onde há a manifestação de vontade de apenas um sujeito) e dos processos em que há litisconsórcio, podendo ser o acordo firmado apenas entre alguns dos litigantes¹¹¹.

3.3.2. FORMA E MOMENTO DA CELEBRAÇÃO

Há quem entenda ser a forma dos negócios jurídicos processuais necessariamente escrita, a exemplo de Flávio Luiz Yarshell, para quem a declaração de vontade deve necessariamente ser reduzida a termo, caso seja manifestada oralmente, ou registrada em algum suporte que permita a sua reprodução¹¹².

Entende-se aqui, entretanto, que o elemento formal das negociações processuais é essencialmente livre, podendo ser celebrado tanto de forma escrita quanto oralmente, tacitamente ou através de documento extrajudicial¹¹³. Todavia, existem exceções legalmente previstas quanto à inexigibilidade de forma específica para a celebração dos negócios jurídicos processuais, a exemplo do foro de eleição (art. 63 do CPC/2015) e a convenção de arbitragem (art. 3º, §1º do CPC/2015).

Tratando sobre o momento da celebração, Flávio Luiz Yarshell analisa a questão sobre dois prismas: o *tempo* e o *local* em que o negócio jurídico processual é firmado. O primeiro corresponde à data da celebração, enquanto o segundo se refere ao local onde foi celebrada a convenção ou à sede da prática do ato, podendo ser intra ou extraprocessual.

¹¹⁰ “**Art. 1º, Lei 13.129/2015.** (...) § 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

¹¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 104 e 220.

¹¹² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 85.

¹¹³ Nesse sentido, GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízos no processo civil brasileiro**. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013, p 165; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese de doutoramento. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, p. 126-131.

Entende-se, então, que a celebração de negócio jurídico processual pode ser anterior ou na pendência de processo em curso, em qualquer etapa processual que se encontre, desde que repercuta necessariamente em um processo atual ou futuro. O entendimento está em consonância com a norma do art. 190 do CPC/2015, considerando a autonomia consagrada às partes para a composição de aspectos processuais.

Especificamente quanto ao local em que os sujeitos firmam a convenção processual, considera-se como um dos ambientes mais propícios para a negociação a audiência de saneamento e organização do processo (art. 357, §3º do CPC/2015¹¹⁴)¹¹⁵. Aqui, as partes, na companhia do juiz, delimitarão o objeto litigioso do processo, diminuindo-o ou mesmo ampliando-o, e discutirão sobre os meios de prova a serem utilizados na fase instrutória, visando à organização do processo como um todo.

Todavia, é importante deixar registrado que a celebração de convenções processuais pode se dar a qualquer momento do processo, desde a fase inicial até eventuais fases recursais ou executórias, desde que observados os limites da legislação aplicável¹¹⁶. Ademais, os juízes e conciliadores devem estimular ao longo de toda a demanda a autocomposição e os negócios jurídicos processuais (art. 2º, §3º, CPC/2015¹¹⁷), propiciando uma prestação jurisdicional mais célere e adequada ao litígio em concreto.

3.3.3. OBJETO

A cláusula geral de negociação (art. 190, CPC/2015) estabelece que as partes podem convencionar “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” ou quanto aos seus “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou

¹¹⁴ “**Art. 357.** Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

¹¹⁵ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 388.

¹¹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 67-68.

¹¹⁷ “**Art. 2º** O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. (...) § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

durante o processo”¹¹⁸. Dessa forma, o objeto dos negócios jurídicos processuais pode ser tanto sobre alterações procedimentais quanto sobre a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais¹¹⁹.

No que tange ao objeto da convenção processual, afirma ainda o art. 190 do CPC/2015 que o processo deve versar sobre “direitos que admitam autocomposição”. Nesse tocante, Fredie Didier Jr bem pontua que o direito em litígio no caso concreto pode ser indisponível e, concomitantemente, admitir solução por autocomposição¹²⁰. Em outras palavras, são elementos do suporte fático dos negócios as situações jurídicas processuais, sendo então possível cogitar a possibilidade de convenções quando o direito material posto em litígio for indisponível.

É o caso, por exemplo, dos direitos coletivos, conforme dispõe o próprio Enunciado nº 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”. Em que pese o objeto da demanda ser direito indisponível, não significa que não é possível que as partes convençionem sobre alterações no procedimento ou sobre situações jurídicas processuais. Esse, todavia, não é o entendimento de Leonardo Greco, o qual entende pela necessidade da disponibilidade do direito material quando trata sobre os atos dispositivos das partes¹²¹.

Não coadunamos com o posicionamento do autor. É verdade que a disposição de um elemento processual pode influenciar diretamente no direito material em litígio, mas essa influência, se negativa, deve ser analisada no caso concreto, sob pena de se estabelecerem limites abstratos que resultem na criação de balizas exageradas ao exercício do autorregramento da vontade¹²².

Existem convenções as quais, embora possam ser classificadas como processuais, versam sobre o objeto litigioso do processo. Entendemos, todavia, que esse

¹¹⁸A expressão “poderes” do art. 190 deve ser compreendida em sua acepção ampla, ou seja, entendida como direitos subjetivos e potestativos e poderes propriamente ditos (**Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 380).

¹¹⁹ Enunciado nº 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

¹²⁰ DIDIER JR, Fredie. *Op. cit.*, p. 387.

¹²¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007.

¹²² Pedro Henrique Nogueira segue o entendimento aqui adotado, salientando que a disposição de um poder processual não significa que as partes estão também dispondo da situação jurídica substancial litigiosa. O autor defende, então, ser indiferente ao exercício do autorregramento da vontade nos processos a disponibilidade do direito material (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 161).

tipo de negociação não está abarcada na norma disposta no art. 190 do CPC/2015, uma vez que a cláusula geral em questão trata exclusivamente sobre negociações cujo objeto seja o processo (aspectos procedimentais e situações jurídicas processuais), enquanto as convenções sobre o objeto litigioso produzem eficácias material e processual concomitantemente¹²³. Não seria convenção processual, por exemplo, a transação e a renúncia de direito, uma vez que se trata de acordo material.

Ainda, quando escolhemos determinado procedimento dentre as opções disponíveis no ordenamento jurídico, estamos diante de um negócio jurídico processual que, de certa forma, versa sobre a alteração do procedimento. É o clássico exemplo da opção entre impetrar mandado de segurança (procedimento especial) ou ajuizar uma ação de procedimento comum. Ora, se, unilateralmente, podemos escolher o rito a ser seguido, por que não poderíamos convencená-lo bilateralmente?¹²⁴

É o que Eduardo Talamini alcunha de *pactos meramente procedimentais*¹²⁵. Segundo o autor, são negócios jurídicos que não interferem diretamente em situações jurídicas processuais (direitos, deveres, poderes e ônus), mas versam sobre o rito a ser seguido no processamento da demanda. Para ele, tais convenções são cabíveis inclusive em processos que não admitam autocomposição, uma vez que “não implicam nenhum afastamento do modelo processual judiciário”¹²⁶. Exemplo seria o calendário processual previsto no art. 191 do CPC/2015, o qual serve apenas para ajustar a realização dos atos processuais.

Talamini ainda trata sobre os *negócios jurídicos com objeto processual em sentido estrito*¹²⁷, os quais versariam, de fato, sobre situações jurídicas processuais, como as convenções atípicas que definem a regra da jurisdição única¹²⁸. Nesses casos, retira-se das partes o direito processual de recorrer da sentença, interferindo, portanto, diretamente sobre posições jurídicas, razão pela qual se exige aqui o pressuposto da admissibilidade de autocomposição.

¹²³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 381

¹²⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 226-227.

¹²⁵ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Disponível em: www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso: 23/07/2017.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Dentre os demais exemplos, os Enunciados nº 579 (“Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos”) e nº 580 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (“É admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação”).

Em síntese, o objeto do negócio processual será definido como referente ao procedimento ou à situação jurídica processual de acordo com o objetivo principal da negociação. Assim, na sua identificação, deve-se procurar compreender qual o sentido preponderante buscado pelas partes na negociação: adequar o procedimento às particularidades da avença ou dispor de posições jurídicas processuais.

3.3.4. PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Adotar-se-á, aqui, os conceitos de existência, validade e eficácia propostos por Marcos Bernardes de Mello¹²⁹, para quem, a partir do momento em que incide sobre o suporte fático determinada norma jurídica, pode-se dizer que o negócio jurídico passa a existir. Assim, “Neste plano, que é o plano do *ser*, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos”¹³⁰.

Se o fato jurídico já perpassa pelo plano da existência, inclusive com a manifestação de vontade fazendo parte do núcleo do suporte fático, ou seja, sendo parte da categoria dos atos jurídicos *lato sensu*, deverá proceder-se com a sua análise quanto à validade do ato. Aqui, atuam as normas jurídicas invalidantes como, por exemplo, a falta de capacidade das partes¹³¹.

Finalmente, analisaremos o plano da eficácia, onde os negócios jurídicos produzem seus efeitos, “criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo”¹³².

3.3.4.1. PLANO DA EXISTÊNCIA

Determinado negócio processual existirá a partir do momento em que a norma incidir sobre dado suporte fático, juridizando-o. Todavia, é preciso identificar quais os elementos integram o núcleo do suporte fático da convenção para que se determine a sua existência.

Pedro Henrique Nogueira defende a existência de três elementos essenciais para que os negócios jurídicos existam: (i) a manifestação de vontade; (ii) o autorregramento

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 94.

¹³¹ *Ibidem*, p. 94-96.

¹³² *Ibidem*, p. 96.

da vontade; e (iii) a referibilidade a um procedimento¹³³.

Quanto ao primeiro elemento, é preciso ressaltar que a manifestação de vontade é elemento nuclear do suporte fático dos atos jurídicos *lato sensu* (atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos)¹³⁴. Ocorre que ela, por si só, não constitui o negócio jurídico, necessitando a incidência de uma norma para que adentre no mundo jurídico e, só assim, será possível falar na existência de convenção¹³⁵.

Em que pese o elemento volitivo seja normalmente declarado, tendo em vista a formalidade exigida para a prática dos atos processuais *lato sensu*, entende-se que o conceito de manifestação de vontade deve abranger também aquelas não declaradas (tácitas)¹³⁶. Antonio do Passo Cabral exemplifica com a seguinte hipótese de aceite por conduta comissiva: “havendo proposta de uma parte para a celebração de um acordo, e se a contraparte inicia a execução da avença, considera-se haver um comportamento concludente, do qual se extrai o assentimento do interessado”¹³⁷.

O segundo elemento de existência é o autorregramento da vontade. Segundo Pedro Henrique Nogueira, não basta a simples manifestação da vontade, necessitando ainda que ela se configure como verdadeiro exercício do poder de autorregramento da vontade, “entendido como poder de escolha da categoria jurídica ou das situações jurídicas que configurarão a sua eficácia”¹³⁸.

Por fim, temos o terceiro elemento, segundo o qual o objeto da negociação deve necessariamente se referir a um processo, atual ou futuro, ainda que não componha a sua cadeia típica. Caso contrário, não havendo referibilidade a determinado procedimento ou versando sobre posições processuais, faltar-lhe-á processualidade e, conseqüentemente, não existirá uma convenção de caráter processual, mas apenas, no máximo, de direito material¹³⁹.

Uma vez presentes os elementos necessários para que o negócio jurídico processual exista no campo jurídico, passa-se à análise dos seus requisitos de validade e, posteriormente, ao seu plano de eficácia.

3.3.4.2. PLANO DA VALIDADE

¹³³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179-181.

¹³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 171.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 171-172.

¹³⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.*, p. 180.

¹³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 259.

¹³⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 180.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 181.

Considerando que os negócios jurídicos processuais são espécie do gênero atos jurídicos *lato sensu*, faz-se imperiosa a análise dos seus requisitos de validade sob pena de reconhecimento da invalidade do ato, podendo ser ela declarada, inclusive, de forma *ex officio* pelo magistrado na ausência de algum de seus elementos necessários¹⁴⁰. Ademais, o juízo de validade se dará independentemente de as convenções terem sido praticadas dentro ou fora do procedimento, importando apenas a presença de seus critérios no caso concreto.

Assim, para que se construa adequadamente o sentido da cláusula geral de negociação processual, é preciso que sejam delineadas algumas questões básicas para aferição de sua validade¹⁴¹. Os critérios aqui adotados como parâmetros a serem seguidos são¹⁴²: a capacidade das partes, a licitude do objeto e o respeito à forma prescrita ou não defesa em lei¹⁴³, conforme determina o art. 104 do CC/2002¹⁴⁴.

A propósito, todo o regramento acerca do regime de invalidades presente no CPC/2015, especialmente em seu Título III, deve ser aplicado no momento da análise concreta dos negócios processuais. Dessa forma, seguindo o entendimento elencado, para que haja pronunciamento judicial no que se refere a eventual vício existente na convenção celebrada, faz-se necessária a demonstração de existência de prejuízo efetivo para a parte, consoante entendimento presente no Enunciado nº 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁴⁵.

Conforme o *caput* do art. 190 do CPC/2015, as partes devem ser *plenamente capazes* para que possam celebrar negócios jurídicos processuais atípicos. Todavia, o conceito é aberto, cabendo à doutrina entender e explicar a qual capacidade se refere a norma em questão. Nesse sentido, Fredie Didier Jr aponta a *capacidade processual*

¹⁴⁰ Conforme dispõe o Enunciado nº 134 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), os negócios jurídicos processuais podem ser invalidados apenas parcialmente.

¹⁴¹ Assim, “Estabelecer o alcance do poder de autorregramento de cada sujeito processual, delinear os critérios de aferição da capacidade dos celebrantes, definir a esfera de licitude e de ilicitude dos objetos a serem convenccionados são questões de extremo relevo para a adequada construção de sentido da cláusula aberta sob exame” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 221).

¹⁴² No mesmo sentido, tem-se o Enunciado nº 403 do FPPC: “A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

¹⁴³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 384-390.

¹⁴⁴ “**Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

¹⁴⁵ “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

negocial como exigência para a validade do acordo processual firmado¹⁴⁶.

A capacidade processual negocial não se limita à capacidade processual pura e simples. O signo “processual” vem, justamente, para resguardar o sujeito celebrante que possui determinada condição de vulnerabilidade no caso concreto¹⁴⁷. Esse é o entendimento de Leonardo Greco, que defende o respeito ao equilíbrio entre as partes e traz o conceito de paridade de armas para o âmbito dos negócios processuais, ambos funcionando como limitadores da liberdade de disposição das partes¹⁴⁸.

A situação de vulnerabilidade não pode ser compreendida apenas no que se refere ao sujeito economicamente hipossuficiente, podendo derivar, dentre outros, de aspectos sociais, culturais, técnicos e jurídicos¹⁴⁹. Para determinar se o indivíduo se encontra como vulnerável no caso concreto, é necessário que se averigüe se as partes “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”¹⁵⁰.

No que tange à possibilidade de os incapazes celebrarem convenções processuais, a vedação *abstracta* que propõem é específica à hipótese de celebração sem algum tipo de assistência ou representação, a fim de suprir a incapacidade do sujeito¹⁵¹. Nessa linha, sobre a possibilidade de espólios ou condomínios praticarem atos processuais, assim defende Barbosa Moreira:

Quanto aos requisitos de validade, avulta a questão, a que já se aludiu, da capacidade do agente. Para a celebração válida de convenção sobre matéria processual será necessária a capacidade civil ou bastará a capacidade para ser parte? Ao nosso ver, em princípio deve optar-se pelo segundo termo da alternativa, salvo restrição que decorra de alguma regra jurídica especial. Não parece haver razão, por exemplo, para que se negue ao espólio, ou ao condomínio, que seja parte num processo, a possibilidade de convencionar com o litigante adverso a suspensão do feito, ou o adiamento da audiência de instrução e julgamento¹⁵².

¹⁴⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 384-385.

¹⁴⁷ Leonardo Greco afirma que a igualdade das partes deve ser concreta, e não abstratamente considerada, exigindo, assim, uma postura ativa do juiz a fim de suprir as necessidades da parte hipossuficiente. (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007)

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 238.

¹⁵¹ DIDIER JR, Fredie. *Op. cit.*, p. 385.

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenção das partes sobre matéria processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Temas de Direito Processual: Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 94.

O Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁵³ também fala sobre a vulnerabilidade da parte que celebra acordo sobre procedimento sem a devida assistência técnica-jurídica. É importante ressaltar que a situação de vulnerabilidade será analisada no caso concreto, não se tratando de constatação *a priori*. Isso porque não se pode limitar a celebração de negócios jurídicos processuais única e exclusivamente àqueles que estão sob patrocínio de advogado, não sendo razoável que “os indivíduos capazes para contratar a respeito do direito material sem a necessária presença de advogado, tivessem que ser assistidos por um profissional apenas para que pudessem dispor de situações jurídicas de natureza processual”¹⁵⁴.

Antonio do Passo Cabral ainda acrescenta, na análise subjetiva da validade dos negócios processuais, a legitimidade *ad actum*. No seu entendimento, as partes não poderiam celebrar convenção processual cujo objeto seja uma situação jurídica de titularidade de terceiro. Em outras palavras, os sujeitos celebrantes não estão autorizados a celebrar convenções acerca de situações jurídicas que fujam de sua autonomia¹⁵⁵.

Segundo a dicção do art. 166, II do CC/2002¹⁵⁶, o objeto do negócio jurídico (também processual) deverá ser lícito, possível ou determinável. No próprio *caput* do art. 190, o CPC/2015 buscou limitar as convenções processuais ao campo dos direitos que comportem autocomposição¹⁵⁷, conforme análise prévia realizada quando do estudo do objeto (ver tópico “3.3.3”).

Resta a análise do critério de validade quanto à forma da convenção processual. Quando exigida em lei, o elemento formal deve ser respeitado sob pena de nulidade do negócio jurídico, consoante o disposto na norma do art. 166, IV do Código Civil.

Fora dessas hipóteses específicas, a forma da convenção é essencialmente

¹⁵³ “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

¹⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 279.

¹⁵⁵ O autor ressalva, por outro lado, que não se trata de vedar a celebração de negócios jurídicos processuais que surtam efeitos na esfera jurídica de terceiros, mas sim sobre situações jurídicas de titularidade de terceiros. (Ibidem, p. 269-272).

¹⁵⁶ “**Art. 166.** É nulo o negócio jurídico quando: (...)II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”.

¹⁵⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 81. Ressalta o autor, todavia, que “mesmo em processos que envolvem questões relativas aos estados e à capacidade de pessoas, desde que capazes as partes, afigura-se admissível o negócio processual” (Ibidem, p. 82).

livre¹⁵⁸. Nesse sentido, encontra-se o art. 107 do Código Civil, o qual deixa acima de dúvidas que, quando a lei não exigir formalidade especial, será válido o negócio processual, vigorando, então, a liberdade formal plena.

Diogo Assumpção Rezende Almeida alerta para o fato de que, em que pese a possibilidade de as partes convencionarem sobre a forma do ato que entenderem mais adequada, é indispensável que a manifestação de vontade se dê de forma clara e demonstre de maneira inequívoca o desejo dos sujeitos acerca dos direitos processuais que estão dispendo¹⁵⁹. Seja oral ou verbalmente, é imprescindível que a vontade dos contratantes seja emitida de forma clara e certa, sob pena de invalidade da convenção processual.

Lembremos, por fim, que, no ordenamento jurídico brasileiro, a invalidade do negócio jurídico é decretada por pronunciamento judicial, e que, além da mácula gerada por vício, esteja presente efetivo prejuízo para a parte¹⁶⁰.

3.3.4.3. PLANO DA EFICÁCIA

Conforme explicado em linhas pretéritas, os negócios jurídicos processuais são espécie do gênero dos atos jurídicos processuais *lato sensu*, juntamente com os atos jurídicos processuais em sentido estrito. A diferenciação entre ambas as espécies é uma das questões de maior relevância da Teoria do Fato Jurídico Processual e, ademais, é de profunda importância para o entendimento da produção de seus efeitos.

Como visto, a manifestação de vontade faz parte do suporte fático dos atos jurídicos em sentido estrito. Entretanto, a vontade aqui presente se refere unicamente quanto à prática do ato, não importando a existência de vontade na produção dos seus efeitos, uma vez considerando que a eficácia do gênero em questão está pré-estabelecida no ordenamento jurídico.

Nos negócios jurídicos processuais, por sua vez, as partes podem dispor acerca da produção dos efeitos de comum acordo. Todavia, pode ocorrer, como explica Pedro Henrique Nogueira, que a eficácia da convenção fique sujeita a algum acontecimento

¹⁵⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese de doutoramento. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, p. 126.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁶⁰ DIDIER Jr, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 78 e ss. Também nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 16 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

futuro que esteja previsto na própria norma jurídica, a exemplo da homologação judicial do pedido de desistência da ação. Nesse caso, o pedido de desistência já existe, mas, se considerado válido, apenas propagará seus efeitos caso sobrevenha evento (decisão homologatória) que permita a sua eficácia¹⁶¹.

No que tange à necessidade de homologação das convenções processuais, o Enunciado nº 133 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis é claro ao dispor que, “*Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial*”. Acertado é o entendimento enunciado, eis que a homologação dos negócios jurídicos é, em regra, desnecessária à produção de seus efeitos¹⁶².

Entretanto, existem hipóteses típicas, como é o caso da organização consensual do processo (art. 357, §2º¹⁶³), que dependem de homologação judicial para a sua eficácia. Aqui, por expressa previsão legal, a decisão homologatória exerce o papel de condição eficaz do negócio jurídico firmado entre as partes. Por outro lado, as convenções processuais atípicas seguem a regra geral prevista no art. 200 do CPC/2015, produzindo seus efeitos de imediato¹⁶⁴, salvo previsão expressa das partes¹⁶⁵.

Segundo Antônio do Passo Cabral¹⁶⁶, a dispensa de decisão homologatória para a propagação dos efeitos dos negócios perpassam por três razões fundamentais. São elas: a) as convenções processuais decorrem diretamente da autonomia das partes; b) é possível serem firmados acordos pré-processuais; e c) entender a homologação como indispensável é, em última análise, fortalecer a dependência do indivíduo em relação ao Estado.

Outra questão importante levantada pela doutrina diz respeito à possibilidade de negócios processuais sujeitos a condição ou a termo. Há uma tendência jurídica a

¹⁶¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 182.

¹⁶² LIPIANI, Julia. **Negócios jurídicos processuais e a participação do juiz**: Esclarecimentos acerca da homologação das convenções processuais. Disponível em: <<http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/365234783/negocios-juridicos-processuais-e-a-participacao-do-juiz>>. Acesso em: 25/07/2017.

¹⁶³ “**Art. 357.** Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: § 2º 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”.

¹⁶⁴ Assim, dispõe o Enunciado nº 261 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190.”.

¹⁶⁵ É possível que as partes, de comum acordo, prevejam expressamente a modulação da eficácia do negócio jurídico com a inclusão de condição suspensiva, conforme se verá adiante. Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 151-152.

¹⁶⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 231-232.

reconhecer a sua impossibilidade. Nesse sentido, Barbosa Moreira defende que os atos processuais em geral não podem ser praticados nessas circunstâncias, sob o argumento de que atentaria contra o regular andamento da marcha processual¹⁶⁷. No seu entendimento, “ao menos com referência a certas convenções que influem diretamente na marcha do feito, os inconvenientes poderiam ser tão graves quanto se reconhece que são nos outros atos das partes”¹⁶⁸.

Em sentido similar, Alexandre Câmara rejeita a possibilidade de as partes celebrarem negócios processuais sujeitos a termo; admite, por outro lado, negócios sob condição, contanto que o evento futuro e incerto se refira a acontecimento intraprocessual¹⁶⁹.

Leonardo Greco, ao seu turno, entende que a eficácia do negócio não pode ficar subordinada a condições ou a termos, comprometendo, assim, a continuidade processual. Entretanto, o autor abre brecha afirmando ser impossível generalizar a regra, utilizando-se do exemplo da dispensa de prova testemunhal caso a perícia explique determinado fato, o que não compromete o seguimento do processo¹⁷⁰.

Ao contrário dos autores supracitados, defendemos a possibilidade de estipulação de determinações inexas nos negócios jurídicos processuais, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Na mesma linha, Pedro Henrique Nogueira defende com clareza:

O ponto de partida para análise da questão é, certamente, a natureza do ato, daí decorrendo a importância de diferenciar os atos processuais *stricto sensu* dos negócios processuais. As condições (voluntárias, porque as condições legais, *conditio iuris*, não interessam à discussão) se relacionam à natureza do ato que a conduz. Exatamente para quem já possui o poder de autorregramento da vontade, as normas jurídicas podem prever que a essa mesma vontade se ligue uma limitação, estipulada pelo próprio sujeito, do efeito jurídico correspondente ao ato. Trata-se de uma autolimitação da vontade. Por isso, as determinações inexas, quando admitidas, são próprias dos negócios processuais, já que ligadas ao exercício do autorregramento da vontade no processo¹⁷¹.

Não se pode limitar o autorregramento da vontade em abstrato. Toda limitação à manifestação de vontade deve ser feita analisando o caso concreto, partindo das cláusulas da negociação firmada entre os sujeitos celebrantes. Dessa forma, impedir a

¹⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenção das partes sobre matéria processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Temas de Direito Processual: Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 95.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, I. 16ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 271.

¹⁷⁰ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007, p. 12.

¹⁷¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 184-185.

estipulação de negócio processual sujeito a termo ou a condição sem saber qual seria o termo ou a condição é retirar o direito de disposição das partes.

No processo, não é comum a estipulação de condição ou termo porque a regra é que a demanda, ao se iniciar, caminhe sempre “para frente”. Seria, então, incompatível com a natureza processual estipular algum tipo de condição suspensiva. Todavia, é equivocado afirmar que o autorregramento da vontade não permite que os negócios processuais estejam sujeitos a condições ou termos porque “comprometeriam a continuidade processual”, especialmente quando há uma infinidade de possibilidades que não prejudicam o regular andamento do feito.

Como exemplo, Pedro Henrique Nogueira cita a questão da suspensão convencional do processo, prevista no art. 313, II, §4º do CPC/2015. Nada impede que as partes, respeitando o prazo máximo de seis meses, suspendam o processo até a sobrevinda de acontecimento incerto e futuro, a exemplo de um julgamento de outro litígio¹⁷².

Por fim, algumas considerações no que diz respeito aos sujeitos afetados pela convenção processual. A doutrina vem entendendo pela possibilidade de repercussão dos negócios jurídicos na esfera de terceiro, seja de forma direta ou indireta¹⁷³. Isso não significa que há uma vinculação ao quanto pactuado pelos celebrantes, mas apenas que eles sofrem interferência das regras definidas quando do estabelecimento de uma relação jurídica entre as partes. A razão disso decorre tanto da inevitabilidade de que a prática do ato possa repercutir em terceiro, quanto da impossibilidade de desprezo à convenção processual firmada¹⁷⁴.

E no que tange à eficácia dos negócios jurídicos processuais em relação ao juiz? Já firmamos entendimento, em momento anterior, no sentido de que o juiz pode ser sujeito na convenção processual. Ocorre que, independente de figurar como celebrante ou não, as convenções processuais vinculam o órgão jurisdicional na produção dos efeitos pretendidos pelas partes, uma vez que é seu dever aplicar a norma convencional¹⁷⁵.

Todavia, levanta-se aqui o seguinte problema: caso as partes convenionem sobre a dispensa de determinado meio de prova e, o juiz, ao final do processo, encontrar-se em estado de dúvida, pode ele, por entender que são necessárias à solução

¹⁷² NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 185.

¹⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 221.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 226.

do litígio, ordenar a sua produção de ofício?

Cabe, quanto à questão, uma análise prévia no que diz respeito às mudanças em matéria probatória introduzidas pela Lei nº 13.105/2015. Nesse sentido, art. 130 do CPC/1973 dispunha que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Todavia, o CPC/2015, em seu art. 370, prevê que o juiz, caso entenda pela necessidade de indeferimento de determinado meio de prova, deverá proferir decisão *fundamentada*.

Considerando-se, ademais, os princípios cooperativos e do autorregramento da vontade nas partes, outra conclusão não há senão a de que os efeitos de negócio processual atípico sobre os meios probatórios vinculam o órgão jurisdicional, porquanto este não assume mais a posição de protagonista da instrução processual. Dessa forma, não assumindo mais o juiz essa função, deverão os seus poderes instrutórios conviver com a liberdade negocial das partes, sob pena de esvaziar o próprio instituto das convenções processuais.¹⁷⁶

Conclui-se que, nesse ponto, não poderá o órgão jurisdicional determinar a produção de ofício de determinado meio de prova quando ela foi dispensada convencionalmente pelas partes, desde que se tratando de negócio processual válido e eficaz. Entendimento em sentido contrário vai de encontro não só com a cláusula geral de negociação (art. 190, CPC/2015), como também com o dever de cooperação que rege o processo e o poder das partes de autorregrar a sua vontade.

3.3.5. LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS: ATUAÇÃO JURISDICIONAL DE CONTROLE

Uma característica da cláusula geral de negociação sobre o processo é a gama de possibilidades que ela permite às partes, tanto ao dispor sobre alterações no procedimento como ao modificar, extinguir e criar situações jurídicas processuais

¹⁷⁶ Assim, entende Antonio do Passo Cabral que os negócios possuem obrigatoriedade e vinculam o magistrado, possuindo ele não só o dever de observar as leis, mas também de concretizar o quanto pactuado pelas partes no processo. Ao trazer à discussão sobre os acordos em matéria probatória, afirma ainda o autor que a resposta ao problema aqui levantado depende do entendimento acerca dos poderes instrutórios do juiz: caso entenda-se pela sua autonomia em relação às partes, poderia ele determinar a produção de prova; caso contrário, sendo subsidiário, a autonomia das partes eliminaria as prerrogativas do juiz (CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 225-229). É, nesse último sentido, que se filia o presente trabalho.

diversas. Todavia, em que pese essa abertura permita uma maior adequação do processo ao caso concreto, dificulta-se a atuação jurisdicional de controle, tendo em vista a ausência de um regramento mais específico sobre a matéria.

Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral aponta que a ausência de um regramento pormenorizado para as negociações processuais atípicas dificulta o papel do magistrado na análise dos elementos de existência, validade e eficácia¹⁷⁷. Assim, devem-se buscar, dentro do microsistema das convenções processuais e nos princípios e regras gerais do Direito Processual Civil, as respostas para os problemas que o caso concreto vier a apresentar. Segundo o autor, a busca pelo equilíbrio entre o publicismo e o privatismo no processo deve permear a questão, visando à descoberta da margem de negociabilidade na atuação legítima do autorregramento da vontade¹⁷⁸.

Dessa forma, o estudo dos limites das negociações processuais atípicas representa um dos temas mais difíceis apresentados pela nova codificação, haja vista que não foram traçados expressamente pelo art. 190 do CPC/2015. Todavia, no ato da celebração das convenções, devemos sempre analisar aspectos como a segurança jurídica, as legítimas expectativas criadas nos celebrantes, o respeito às garantias fundamentais processuais e a igualdade material entre as partes¹⁷⁹.

A própria cláusula de negociação processual deve ser utilizada como parâmetro interpretativo na análise de sua validade¹⁸⁰, considerando que nela constam alguns limites genéricos que podem ser utilizados para qualquer convenção, a exemplo da vulnerabilidade da parte celebrante¹⁸¹.

Quanto aos limites objetivos, a licitude do objeto, um dos requisitos de validade dos negócios processuais (art. 104, II, CC/2002), constitui um dos grandes pontos a serem enfrentados. Para melhor compreensão do intérprete da norma negocial, Fredie

¹⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 330.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 331.

¹⁷⁹ Segundo Antonio do Passo Cabral, “tudo isso deve ser parcela de um sistema que combine diversos fatores, públicos e privados, na determinação dos direitos e deveres decorrentes de um acordo”. (Ibidem, p. 315).

¹⁸⁰ Ocorre que, consoante aponta Lorena Miranda, devem ser observados os demais parâmetros implícitos constantes do ordenamento jurídico pátrio – os quais exigem do “intérprete e aplicador, no seu labor hermenêutico-constutivo, a consideração da realidade sistemática em que inserida a norma, em busca do correto delineamento de seus contornos” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 248).

¹⁸¹ Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral assim assevera: “À cláusula geral, somam-se todas as exigências formais que o legislador expressamente previu para cada regramento setorial, para cada negócio jurídico especificamente tipificado. Facilita-se a tarefa do intérprete e aplicador porque, para além da regulação típica, acrescentam-se ao controle de validade os parâmetros contidos na própria cláusula geral” (CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, p. 330).

Didier Jr aponta oito diretrizes gerais – frise-se, não exaustivas- para a sua aferição¹⁸², a seguir melhor estudadas.

A primeira diretriz apontada pelo autor é o princípio interpretativo *in dubio pro libertate*, ou seja, na dúvida, melhor interpretar da maneira que concretize a liberdade de negociação das partes, ressalvadas eventuais regras restritivas encontradas no ordenamento jurídico (v. g. art. 114, CC/2002)¹⁸³. Assim, quando o órgão jurisdicional questionar determinada convenção, mas não tiver construído juízo de certeza acerca de sua licitude, deve-se admitir o negócio jurídico processual.

Em segundo lugar, os negócios jurídicos processuais somente serão admitidos em causas que admitam solução por autocomposição. Já tivemos a oportunidade de discorrer acerca do tema¹⁸⁴, momento no qual salientamos que o direito litigioso pode ser indisponível e comportar solução por autocomposição, uma vez que os elementos do suporte fático das negociações processuais são as situações jurídicas processuais. Assim, mesmo que a disposição processual influencie no direito material, a negatividade dessa interferência deve ser analisada apenas no caso concreto, não podendo haver uma limitação abstrata que balize sobremaneira o exercício do autorregramento da vontade.

A terceira diretriz proposta é a ideia de que pode ser transplantado para o Direito Processual o que se sabe sobre a licitude do objeto dos negócios jurídicos de Direito Material¹⁸⁵, a exemplo das regras sobre nulidade e anulabilidade, conforme se verá mais detidamente no tópico a seguir. Ademais, existem outros critérios interpretativos no Código Civil que podem servir de parâmetro para a atividade fiscalizatória do órgão jurisdicional, tais quais os seus arts. 112, 113 e 423, respectivamente:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹⁸²DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 387-389.

¹⁸³Ibidem, p. 387

¹⁸⁴ Remetemos a leitura ao tópico “3.3.3”.

¹⁸⁵ Barbosa Moreira propõe critério pautado na distinção entre normas dispositivas e cogentes, de modo que as convenções processuais que infirmassem essas seriam vedadas (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenção das partes sobre matéria processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Temas de Direito Processual: Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 91).

Ademais, como quarta diretriz, propõe o autor que, sempre ao regular expressamente um negócio processual, o legislador deva delimitar os contornos de seu objeto. Fredie Didier Jr exemplifica com a norma delimitada no art. 63 do CPC/2015, a qual trata sobre o acordo de competência¹⁸⁶. Quando o legislador diz que “As partes podem modificar a competência em razão do valor ou do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações”, ele deixou claro que o objeto da negociação é a competência relativa, excluindo as que versam sobre matéria, função ou pessoa. Com isso, não só se facilita a interpretação da norma, como também ajuda na sua difusão, uma vez que bem delimitada.

Em quinto, é vedada a celebração de negócios jurídicos processuais que versem sobre matéria de reserva legal, considerando que a lei não autoriza que a vontade das partes derroque norma legal. Tanto Antonio do Passo Cabral¹⁸⁷ quanto Fredie Didier Jr¹⁸⁸ exemplificam pontuando a invalidade de convenções que criem recursos¹⁸⁹, considerando que o rol de espécies recursais é taxativamente apresentado no art. 994 do CPC/2015¹⁹⁰.

A sexta diretriz proposta é a vedação à celebração de negócios jurídicos processuais cujo objeto viole norma cogente que vise à garantia e proteção de direito indisponível¹⁹¹. Segundo Pedro Henrique Nogueira, no plano das negociações processuais, “os limites dessa autonomia são demarcados pelas normas processuais cuja aplicação seja inafastável pelos interessados”¹⁹².

Considerando que o Direito Processual é historicamente considerado ramo do Direito Público, onde a existência de normas cogentes é sobremaneira maior se comparado com o Direito Privado, o espaço de autonomia das partes, no ordenamento jurídico brasileiro, acaba sendo significativamente reduzido¹⁹³. É o exemplo do acordo sobre segredo de justiça, possível em ordenamentos jurídicos estrangeiros, mas que

¹⁸⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 388.

¹⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 316.

¹⁸⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 388.

¹⁸⁹ Por outro lado, Cabral ressalta que, embora comporte polêmica doutrinária, não vê óbice à criação pelas partes de uma chamada *cláusula executiva* ou *cláusula de exequibilidade*, a qual cria um título executivo convencional. Concordamos com o autor (CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, p. 316). Analisando o art. 783 do CPC/2015 e o modelo processual proposto pelo CPC/2015, entendemos que é possível a criação de título executivo por fonte negocial.

¹⁹⁰ “**Art. 994.** São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência”.

¹⁹¹ Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 162.

¹⁹² NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 160.

¹⁹³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 161.

encontra limitação pela norma constitucional prevista nos art. 5º, LX¹⁹⁴ e art. 93, IX e X¹⁹⁵ da CF/1988. Isso porque, segundo sua interpretação, os processos que tramitam perante o juízo estatal são essencialmente públicos, ressalvadas exceções constitucionais como o acordo entre as partes¹⁹⁶.

A sétima diretriz é a possibilidade de estipulação de convenções processuais em contratos de adesão, desde que não seja uma previsão abusiva e resulte em situação de vulnerabilidade. Conforme defende Leonardo Greco, quando uma parte fica em relação de inferioridade a outra parte, cabe ao juiz limitar o poder de disposição para garantir a igualdade material entre os celebrantes¹⁹⁷.

Por fim, a oitava diretriz proposta por Fredie Didier Jr é a possibilidade de as partes definirem, de comum acordo, deveres e sanções distintos daqueles previstos no rol legal. Nesse mesmo sentido, dispõe o Enunciado nº 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

Antonio do Passo Cabral propõe outra diretriz, qual seja, o *critério do benefício ao vulnerável que abdica ou renuncia*¹⁹⁸. Em suma, trata-se de analisar, no caso concreto, se o acordo celebrado entre as partes foi de fato mais benéfico a quem abdicou de situações jurídicas processuais vantajosas. Dessa forma, ainda que o acordo esteja maculado por vícios, poderá ele ser considerado válido caso resulte em vantagem àquele que dispôs de seus deveres, ônus, faculdades e direitos processuais.

Servem ainda como parâmetros o dever de boa-fé e o de cooperação, os quais deverão reger o comportamento das partes¹⁹⁹. Essa é, inclusive, uma das grandes marcas do processo civil contemporâneo, como pode ser analisado do próprio texto do novo

¹⁹⁴ “**Art. 5º.** (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

¹⁹⁵ “**Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

¹⁹⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 389.

¹⁹⁷ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007.

¹⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 327-328.

¹⁹⁹ Segundo Cabral, “A prestação adequada de informações, com clareza e precisão, é também uma exigência cooperativa que remete à cognoscibilidade do conteúdo dos acordos e à previsibilidade do vínculo assumido”. (Ibidem, 318)

diploma processual (arts. 5º²⁰⁰ e 6º²⁰¹ do CPC/2015). Caberá ao juiz fazer o controle no caso concreto de acordo com a cooperação e a boa-fé, afim de estabelecer o equilíbrio e a paridade de armas das partes no processo.

Propondo o estabelecimento de limites objetivos pautados no uso de conceitos jurídicos indeterminados, Diogo Assumpção afirma que os acordos processuais não podem ir de encontro ao interesse geral, o que, sob sua ótica, traduz-se no respeito à “*ordem pública processual*”²⁰². Para Leonardo Greco, o conceito limita a livre disposição das partes sob o fundamento de preservação dos princípios e garantias fundamentais do processo²⁰³.

Pedro Henrique Nogueira também aponta o formalismo processual como limite ao autorregramento da vontade²⁰⁴. Para ele, seu conceito deve ser estudado de maneira ampla, a fim de abranger não só a forma do negócio, “mas a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, organização do procedimento a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas”²⁰⁵.

Todavia, conforme demonstrado no tópico referente ao plano de validade, entendemos, ao contrário do autor, que a forma do negócio jurídico processual constitui requisito objetivo intrínseco de validade do procedimento (art. 166, IV do CC/2002²⁰⁶), e não limitação às convenções processuais.

Por fim, como dito, os critérios propostos não são exaustivos, cabendo à doutrina e à jurisprudência o desenvolvimento do tema, ante a lacuna normativa. A construção dos limites negociais possibilita que o intérprete compreenda melhor o seu campo de atuação, instrumentalizando-o para o adequado uso do instituto e propiciando um melhor controle de validade por parte do órgão jurisdicional. Entretanto, salutar ressaltar que não se pretende aqui propor um modelo engessado de negociação atípica,

²⁰⁰ “**Art. 5º.** Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

²⁰¹ “**Art. 6º.** Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

²⁰² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese de doutoramento. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, p. 148.

²⁰³ Complementa o autor: “Já me referi a essa noção quando tratei das nulidades absolutas, no meu livro sobre Execução, como o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007).

²⁰⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 162-163.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 162.

²⁰⁶ “**Art. 166.** É nulo o negócio jurídico quando: (...) IV - não revestir a forma prescrita em lei”.

haja vista que a investigação deverá ser procedida com base na convenção concretamente analisada.

3.3.6. REVOGABILIDADE, RESOLUBILIDADE, NULIDADE E ANULABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

Importante traçar algumas considerações sobre o regime de revogabilidade, resolubilidade, nulidade e anulabilidade das negociações jurídicas processuais.

Revogar, segundo Pontes de Miranda, é excluir a manifestação de vontade do suporte fático do negócio jurídico. Assim, ao retirar o elemento volitivo, considera-se a convenção processual revogada. As negociações bilaterais são regidas pela regra da irrevogabilidade da declaração de vontade, salvo a existência de previsão legal expressa ou disposição das partes em sentido diverso²⁰⁷.

O pedido de revogação, considerado como um novo negócio firmado pelas partes²⁰⁸, deve ser formulado e levado ao conhecimento do juízo a fim de revogar o anterior²⁰⁹, conforme abertura dada pela norma prevista no art. 200 do CPC/2015. A revogação, então, retira os efeitos jurídicos de determinada convenção. Nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira afirma que “Enquanto a revogação não for levada a conhecimento do juízo, materializando a recepção da manifestação de vontade revocatória, prevalece o negócio jurídico revogado”²¹⁰.

Todavia, nem todo negócio jurídico está sujeito à revogação, a exemplo das convenções processuais que já produziram situações jurídicas consolidadas no processo. Exemplifica-se com a questão das preclusões: caso as partes acordem pela redução do prazo processual para interposição de recurso de apelação, ao transitar em julgado a sentença, não mais será possível buscar a revogação do acordo, sob pena de afetar o regular andamento da Justiça²¹¹.

Há que se falar, ainda, na possibilidade de rescisão dos negócios jurídicos, ato

²⁰⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 391.

²⁰⁸ Assim, “Tratando-se de negócio processual dependente de homologação e concretizada esta, a revogação do referido ato negocial, que se fará por nova convenção, também pressuporá a homologação judicial para que produza efeitos” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 285).

²⁰⁹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007.

²¹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 242.

²¹¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 242-243.

jurídico que pode se dar de forma bilateral (através do distrato) ou unilateral (através da denúncia). Nesse ponto, conforme os ensinamentos de Pontes de Miranda, “Tem-se por resilição o ato jurídico que põe fim a um negócio jurídico, com eficácia *ex nunc*”²¹². Cria-se, aqui, um novo negócio jurídico com o intuito de extinguir os efeitos do anteriormente firmados entre as partes.

Como adiantado, é possível distratar (resilir bilateralmente) um negócio jurídico processual, entendimento inclusive presente no Enunciado nº 411 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (“O negócio processual pode ser distratado”). Ora, as mesmas vontades que acordaram em gerar a convenção são aptas para, querendo e não havendo impedimento legal, desfazê-la²¹³.

A resilição unilateral, por outro lado, também é conhecida como *denúncia* e resulta do exercício de um direito potestativo/formativo resolutivo²¹⁴. É ato típico do Direito Civil, produzindo seus efeitos a partir do momento em que é levada ao conhecimento do destinatário²¹⁵, desde que a lei expressa ou implicitamente permita, consoante a norma prevista no art. 473 do Código Civil²¹⁶.

A dúvida que resta na doutrina é se é possível a denúncia para negócios jurídicos processuais, uma vez que o CPC/2015 não tem nenhuma norma que trate sobre a resilição unilateral. Além disso, o art. 200 do CPC/2015 afirma que as convenções firmadas pelas partes que se referem a um procedimento produzem seus efeitos de imediato, o que poderia ser incompatível com a resilição unilateralmente formulada por um dos celebrantes.

Entretanto, deve-se ter em mente que a cláusula geral de negociação permite expressamente que as partes, desde que plenamente capazes e que verse o processo sobre direitos que comportem autocomposição, estipulem alterações no procedimento e convençionem sobre situações jurídicas processuais. Isso significa que o ordenamento jurídico brasileiro, considerando que não existe regra que vede esse tipo de estipulação, abre espaço para que as partes, de comum acordo, insiram o direito de resilir o negócio²¹⁷.

Além disso, Pedro Henrique Nogueira aponta que as próprias partes podem

²¹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954, t. 2, p. 259-263.

²¹³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 391.

²¹⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 243.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ “**Art. 473.** A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

²¹⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Op. cit.*, p. 244.

prever no negócio processual uma fórmula de preclusão, a exemplo de um limite temporal para denúncia do acordo²¹⁸. Ora, podendo os sujeitos livre dispor quanto aos seus direitos, faculdades, ônus e deveres processuais, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, não se pode limitar o autorregramento da vontade das partes no processo, sob pena de engessar excessivamente o modelo processual de negociação.

Os negócios processuais podem padecer ainda de vícios que levem à nulidade ou à anulabilidade do quanto pactuado. Aqui, em regra, aplicam-se as regras dispostas no Código Civil sobre o tema, analisando-as, por óbvio, sob o olhar do Direito Processual.

Assim, se o vício for caracterizador de nulidade, poderá o juiz conhecê-lo de ofício ou a requerimento da parte interessada, conforme norma disposta no art. 168 do Código Civil²¹⁹. Yarshell exemplifica com a situação em que se insere cláusula manifestadamente abusiva em contrato de adesão; aqui, teríamos, sob sua ótica, hipótese de nulidade da cláusula processual²²⁰.

Salutar pontuar que não há obrigatoriedade de o juiz analisar o negócio jurídico processual por completo, prevendo e adiantando possíveis futuras invalidades que possam ocorrer em razão do quanto pactuado pelas partes. Dessa forma, caberá a ele a análise do negócio apenas no momento de sua aplicação, controlando os requisitos de existência, validade e eficácia em correspondência com a fase processual em questão²²¹.

Inexiste interesse para o ajuizamento de ação autônoma com o único objeto seja a declaração de nulidade, seja total ou parcial, do negócio jurídico em análise. Nesses casos, a parte interessada deverá alegar a nulidade de forma incidental ao juiz da causa, funcionalmente competente para tanto, salvo nos casos em que o ordenamento jurídico exija procedimento de cognição próprio, v. g. na hipótese de simulação²²².

²¹⁸ O autor exemplifica com a seguinte situação: “as partes acordam a suspensão do processo por cinco meses, com possibilidade de qualquer das partes, unilateralmente, denunciar o acordo de suspensão somente até trinta dias após a sua celebração” (Ibidem, p. 245)

²¹⁹ “**Art. 168.** As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

²²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 89.

²²¹ Ibidem.

²²² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 89.

Existem ainda os casos de anulabilidade do negócio jurídico²²³, nos quais, ao contrário das hipóteses de nulidade, não podem ser pronunciadas de ofício, dependendo de provocação do interessado (art. 177 do Código Civil²²⁴). Segundo Yarshell, é necessário o ajuizamento de ação autônoma, uma vez que “o objeto do processo enseja cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia de direito material)”²²⁵.

²²³ Há, inclusive, enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) quanto às hipóteses de anulabilidade dos negócios jurídicos processuais. É o que dispõe o Enunciado nº 132: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”.

²²⁴ **Art. 177.** A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade”.

²²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 90.

4. DA AÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Iniciamos a segunda parte do trabalho com o estudo da ação penal conforme o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, se faz necessária uma compreensão, ainda que preliminar, sobre o seu conceito e natureza jurídica, considerando algumas das teorias desenvolvidas mais recentemente, de modo a permitir o avanço no estudo do objeto.

Ademais, não seria possível iniciar discussão quanto ao diálogo entre o Código de Processo Civil de 2015 e o Código de Processo Penal sem antes compreender as espécies de ação penal e as suas especificidades gerais, a fim de estabelecermos as bases para o que adiante será melhor desenvolvido.

4.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PENAL

Conquanto extrapole o escopo do presente trabalho a análise aprofundada das inúmeras teorias desenvolvidas ao longo dos séculos, tanto no âmbito do Processo Civil quanto no Processo Penal, como forma de melhor ambientar o estudo que ora se propõe, é indispensável que se dedique algumas linhas à compreensão do conceito e natureza jurídica da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. A amplitude das mencionadas questões excede em muito o que aqui se pretende, sendo o objetivo bastante mais singelo, buscando-se encontrar naqueles temas – e de acordo com o cenário moderno – uma melhor compreensão das bases para o avanço na pesquisa que se empreende.

Eduardo Couture conceitua ação como “o poder jurídico que tem todo sujeito de direito de acudir aos órgãos jurisdicionais para reclamar-lhes a satisfação de uma pretensão”²²⁶. Em que pese se trate de conceito ligado a uma lógica de direito material privado, o que lhe obsta a aplicação de pronto no âmbito processual penal, sobressai da sua interpretação a compreensão da ação como um poder jurídico²²⁷.

Aury Lopes Jr entende a ação como “um poder político constitucional de acudir aos tribunais para formular a pretensão acusatória”²²⁸. Em outras palavras, o direito de ação no Direito Processual Penal é um direito potestativo, reservado

²²⁶ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos Del derecho procesal civil**. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 57 e ss.

²²⁷ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 108.

²²⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 185

constitucionalmente às partes, por conduto do qual lhes é assegurado provocar o Poder Judiciário, retirando-o da inércia, e postular a satisfação da pretensão acusatória formulada²²⁹.

Similarmente, Rogério Lauria Tucci define a ação processual penal como um direito subjetivo de cunho processual, cuja conexão ao caso concreto se dará de maneira instrumental²³⁰. Nesse sentido, a apuração do delito só poderá se dar dentro do processo, pois carece o Direito Penal da tecnologia instrumental para a persecução penal.

Adotando postura mais conservadora, Guilherme Nucci conceitua a ação penal como um direito inerente ao Estado, representado pelo órgão acusador, ou à vítima, nas hipóteses de ação privada, de requerer em juízo a entrega de prestação jurisdicional, através da aplicação ao caso concreto das normas de Direito Penal²³¹. Não nos parece o conceito mais adequado, tendo em vista que pode levar a confusão entre o poder de punir (pretensão punitiva) e a pretensão processual acusatória, exercida através da ação²³².

A propósito da natureza jurídica da ação penal, entende-se como um “direito potestativo de acusar, público, autônomo e abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal”²³³.

Toda ação, seja ela penal, civil, administrativa, trabalhista ou eleitoral, tem natureza jurídica de caráter público, considerando que é estabelecida entre o particular e o Estado para a concretização do direito material (*in casu*, penal). Nessa linha, a ação será um direito público, autônomo²³⁴ e abstrato. Explica-se: autônomo porque independe da relação material para existir; abstrato porque “é um direito dos que têm

²²⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 185-186.

²³⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

²³¹ NUCCI, Guilherme. **Conceito de ação penal**. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-acao-penal>>. Acesso: 15/08/2017.

²³² Assim, “O poder punitivo não é outra coisa que o poder concreto da justiça penal – personificado no juiz – de condenar o culpado e executar a pena. O titular da pretensão acusatória (acusador) exige que a justiça penal exerça o poder punitivo e não que se atribua a ele mesmo ou a um terceiro, como ocorre no processo civil. Não existe pedido de adjudicação alguma por parte do acusador, pois não lhe corresponde o poder de penar. Por isso, o acusador detém o poder de acusar, não de penar. Logo, jamais poderia ser uma pretensão punitiva” (LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254).

²³³ LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 187

²³⁴ Autonomia da ação penal porque “o direito potestativo de acusar não se confunde com o poder de punir (direito material). Ou seja, o acusador não exerce nenhuma pretensão (material) punitiva, senão uma pretensão processual acusatória” (LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 110).

razão e também dos que não a têm”²³⁵, ou seja, o poder de acusar existe ainda que absolutória seja a sentença. A conexão instrumental ao caso penal é decorrência lógica: o procedimento deve estar ligado a um fato cuja pretensão acusatória se exerce.

Desenhadas as linhas introdutórias atinentes ao conceito e natureza jurídica da ação penal, base sobre a qual repousará o desenvolvimento dos tópicos que seguem, avancemos ao estudo específico de cada uma das espécies de ação penal.

4.2. ESPÉCIES DE AÇÃO PROCESSUAL PENAL

A ação processual penal se desdobra em três espécies bastante particulares: as ações penais de iniciativa pública, divididas entre incondicionadas e condicionadas, e a ação penal de iniciativa privada.

Adotar-se-á aqui a denominação que consideramos mais adequada ao tratamento das espécies processuais, classificando-as a partir do crime praticado, razão pela qual se falará em ação penal *de iniciativa pública* e de *iniciativa privada*. A escolha se justifica porque, rigorosamente, não se pode falar em uma ação penal privada, considerando que, como visto, é da natureza da ação penal o seu caráter eminentemente público.

Dessa forma, tendo em vista que, através da peça acusatória, pretende-se a provocação da atuação jurisdicional, inexistente ação *privada*, mas sim acusações públicas e acusações privadas²³⁶. Passemos ao seu estudo.

4.2.1. AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA

Para saber de quem é a legitimidade ativa no processo penal, deve-se adotar como ponto de partida o delito pretensamente praticado para, então, buscar a sua disciplina no Código Penal e identificar qual a ação penal correspondente. Caso não haja nenhuma menção no artigo, no Capítulo ou mesmo no Título, deve-se entender que seguirá a regra geral, ou seja, que a ação será de iniciativa pública incondicionada, tendo no Ministério Público o seu legitimado ativo²³⁷.

Lado outro, caso conste no tipo penal que a ação será procedida mediante

²³⁵COUTURE, Eduardo. **Fundamentos Del derecho procesal civil**. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 64.

²³⁶LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109.

²³⁷LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 197.

representação ou requisição do Ministro da Justiça, estar-se-á diante de uma ação de iniciativa pública condicionada.

Antes de prosseguir com o estudo das espécies, importante fazer algumas considerações sobre as regras que regem as ações penais de iniciativa pública. São elas: a oficialidade, a obrigatoriedade, a indisponibilidade, a indivisibilidade e a intrascendência²³⁸.

Segundo a leitura do art. 129, I da CF/1988²³⁹, é função institucional e privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública. Assim, sendo privativamente exercida pelos membros do Ministério Público (promotores de justiça no âmbito estadual e procuradores da república no âmbito federal), somente eles estão legitimados para proceder ao ajuizamento da ação penal através da denúncia²⁴⁰.

Nessa linha, uma vez presente os elementos para a instauração da ação, o representante do Ministério Público tem a obrigação de oferecer a denúncia. Ao revés, não estando presente no caso concreto um lastro probatório mínimo a sustentar a materialidade e a possível autoria do crime (justa causa), deverá o Promotor de Justiça ou Procurador da República responsável requerer o arquivamento do inquérito policial perante o juiz²⁴¹ ou requisitar diligências complementares à autoridade policial²⁴².

Ressalta-se que o ordenamento jurídico brasileiro excepcionou essa regra com o advento da Lei nº 9.099/95, especificamente no que se refere aos delitos de menor potencial ofensivo. Conforme se depreende da norma presente em seu art. 76²⁴³, o Ministério Público, desde que não seja caso de arquivamento, pode deixar de promover a ação penal e oferecer transação penal, compreendida esta como “a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Quanto à indisponibilidade, a qual decorre da obrigatoriedade, uma vez oferecida a denúncia pelo membro do Ministério Público, não poderá ele desistir da ação penal²⁴⁴, consoante art. 42 do CPP²⁴⁵. Dessa forma, o Promotor de

²³⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 197-202.

²³⁹ “**Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

²⁴⁰ LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 198.

²⁴¹ LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 198.

²⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, vol. 70, p. 49-58.

²⁴³ “**Art. 76.** Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

²⁴⁴ LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 199.

²⁴⁵ “**Art. 42.** O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

Justiça/Procurador da República não está autorizado a dispor da ação penal, aqui incluídos os atos de renúncia, desistência, perdão e perempção, por exemplo. Entretanto, isso não deve levar ao falso entendimento de que o órgão incumbido da persecução penal não pode mudar a sua convicção e pugnar pela absolvição do imputado, haja vista que buscar a condenação do indivíduo sem lastro probatório, justa causa ou punibilidade concreta constitui ato ilegal e não pode ser cancelado pelo Poder Judiciário²⁴⁶.

Temos, por fim, a indivisibilidade e a intranscendência da ação penal, as quais decorrem logicamente do sistema processual considerado em conjunto: em relação à primeira regra, se obrigatória e indisponível a ação, fatalmente também será indivisível, devendo todos os supostos autores do fato criminoso estarem abrangidos na denúncia ou queixa-crime²⁴⁷; já no que diz respeito à segunda, assim como a pena não pode passar da pessoa do condenado, a acusação não poderá extrapolar os limites da pessoa do imputado²⁴⁸.

4.2.1.1. AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA INCONDICIONADA

A regra no Direito Processual Penal brasileiro é de que as ações penais sejam de iniciativa pública incondicionada²⁴⁹. Aqui, o membro do Ministério Público não dispõe de qualquer poder discricionário quanto à conveniência ou não da persecução penal, desde que satisfeitas as condições da ação.

A ação penal pública incondicionada é exercida através da denúncia, cuja titularidade foi constitucionalmente atribuída de maneira exclusiva ao Ministério Público.

Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro exceção a essa regra, uma vez que não foi recepcionado o art. 26 do CPP²⁵⁰ pela CF/1988, o qual previa expressamente a possibilidade de a ação penal, em casos de contravenção, se iniciar com o auto de prisão

²⁴⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 200-202.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 202.

²⁴⁹ Segundo Eugênio Pacelli, “Do dever da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade” (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 132).

²⁵⁰ “**Art. 26.** A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.”

em flagrante ou através de portaria expedida pela autoridade competente. Dessa forma, a acusação, no caso da contravenção penal, dar-se-á, também, por denúncia ofertada pelo Ministério Público²⁵¹.

Os requisitos essenciais da denúncia estão previstos no art. 41 do CPP²⁵², segundo o qual tanto a denúncia quanto a queixa deverão expor: o fato criminoso a que se refere, com todas as suas circunstâncias; a qualificação do suposto infrator (“ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo”); a classificação do crime; e o rol das testemunhas a serem inquiridas. A ausência de qualquer desses elementos deverá, a princípio, conduzir à rejeição da peça incoativa ante a sua inépcia²⁵³, a teor do que prevê o art. 395, I do CPP²⁵⁴.

Vale a pena observar que, caso deixe o órgão titular da ação penal de inserir na vestibular acusatória quaisquer elementos pertinentes à sua pretensão, a exemplo do rol de testemunhas ou eventuais causas agravantes, atenuantes, de aumento ou diminuição de pena, a denúncia deverá ser recebida, operando-se, todavia, a preclusão quanto à prova testemunhal da acusação e à manifestação quanto às circunstâncias legais²⁵⁵.

Relativamente ao seu prazo de oferecimento, o art. 46 do CPP²⁵⁶ determina que seja de cinco dias, em se tratando de réu preso, e de quinze dias, estando o acusado solto ou tendo pagado fiança. Entretanto, inexistente no sistema processual penal brasileiro previsão expressa de sanção em caso de descumprimento de prazo, de modo que não há consequência prática quando configurado desrespeito aos limites temporais²⁵⁷.

Por fim, segundo posição majoritária, o membro do Ministério Público poderá apresentar a denúncia até a prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato, levando em consideração a maior pena prevista para o tipo penal, conforme o disposto

²⁵¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 202.

²⁵² “**Art. 41.** A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

²⁵³ Segundo Aury Lopes Jr, “Essa decisão produz apenas coisa julgada formal, não impedindo nova acusação desde que satisfeito o requisito”. LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 203.

²⁵⁴ “**Art. 395.** A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta”.

²⁵⁵ LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 203.

²⁵⁶ “**Art. 46.** O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos”.

²⁵⁷ Aury Lopes Jr defende que “Estando o imputado solto, a violação do prazo acarreta apenas o nascimento do direito de o fendido ajuizar a queixa subsidiária” (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 204).

no art. 109 do CP²⁵⁸. Entretanto, posição minoritária, defendida também por Aury Lopes Jr e aqui adotada, é a de que se deve levantar em conta a *prescrição pela possível pena a ser aplicada* (prescrição em perspectiva), haja vista a inexistência de justa causa ou punibilidade concreta. O autor elenca outras razões para a defesa do posicionamento, como o direito ao julgamento em um prazo razoável, além da falta de eficácia de sanção aplicada temporalmente tão distante do cometimento do ilícito, bem assim a credibilidade de provas produzidas muitos anos após o fato investigado²⁵⁹.

4.2.1.2. AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA CONDICIONADA

O legislador entendeu por condicionar o exercício de determinados tipos de ação penal à manifestação de vontade explícita do ofendido, hipóteses em que esta constituirá condição imprescindível à efetivação da persecução penal quanto ao delito. A explicação para a opção legislativa ora comentada pode ser sintetizada na ponderação, de acordo com o juízo de oportunidade e conveniência da vítima, de uma possível repercussão negativa – além de novos danos (morais, sociais, psicológicos etc.) - que a deflagração de processo penal e a publicização com ele inaugurada podem trazer para aquele que já foi alvo de ofensas²⁶⁰.

A representação do ofendido é necessária tanto para o exercício da ação penal, conforme dispõe o art. 24 do CPP²⁶¹, quanto para o inquérito policial (art. 5º, §4º, CPP²⁶²). Ele pode ser formulado pela própria vítima, por seu representante legal²⁶³ ou

²⁵⁸“**Art. 109.** A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano”.

²⁵⁹LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 204.

²⁶⁰ Ainda, “Há também hipóteses em que o interesse a ser protegido não se encontra relacionado com eventuais efeitos decorrentes da divulgação do fato, mas, sim, com a própria constatação da lesividade da conduta”. É o caso do crime de ameaça e da violação de correspondência (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 139 e 141).

²⁶¹ “**Art. 24.** Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

²⁶² “**Art. 5º.** Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado”.

²⁶³ “**Art. 24.** (...). § 1º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

ainda por procurador com poderes especiais para tanto²⁶⁴.

Quanto aos seus elementos, o art. 39, §2º do CPP dispõe que “a representação conterà todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria”. Assim, o ofendido deverá fazer a descrição dos fatos e, no ensejo, autorizar que o órgão competente proponha eventual ação penal. Vale lembrar que, no que tange ao imputado, a representação não necessariamente precisa identificá-lo, considerando que a identidade do suposto infrator poderá ser obtida da investigação policial a ser realizada²⁶⁵.

A fim tornar mais efetivo o direito de representação e a garantir ao ofendido a viabilidade da persecução penal pelos órgãos legitimados, foram dispensadas pelo legislador maiores exigências de formalidade quanto à representação, podendo ela ser feita por escrito ou oralmente (quando, contudo, deverá ser reduzida a termo). O que importa, de fato, é que seja ato de livre manifestação de vontade por parte do ofendido. Caso contrário, havendo vício de consentimento, configura-se hipótese de invalidade, levando à ilegitimidade ativa do Ministério Público para a promoção da ação penal²⁶⁶.

Ainda quanto à forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 86.058/RJ, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, consagrou definitivamente o abrandamento das formalidades exigidas quando da representação do ofendido. Na ocasião, entendeu a Corte ser suficiente a notícia crime para instauração da ação penal, nos termos do voto do relator, cujas palavras conduziram à conclusão de que basta a ausência de oposição expressa ou implícita da vítima ou de seus representantes para que seja aceita a representação, devendo-se considerar a análise do caso e a sua complexidade para verificação da intenção do ofendido em se prosseguir com a persecução criminal do fato²⁶⁷.

A representação poderá ser feita diretamente ao juiz, ao Ministério Público ou ao órgão policial²⁶⁸. Ademais, o direito do ofendido em apresentá-la decairá caso não seja exercitado em seis meses, contados desde o conhecimento da autoria, consoante

²⁶⁴ “**Art. 39.** O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial”.

²⁶⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 206.

²⁶⁶ LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 208.

²⁶⁷ BRASIL. STF. HC 86058/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 09/02/2007.

²⁶⁸ “**Art. 39.** (...). §1º A representação conterà todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria”.

previsão expressa do art. 38, CPP²⁶⁹. Uma vez efetivada a representação, eventual demora na propositura da ação penal não sofrerá a incidência de decadência, desde que respeitado o prazo anteriormente assinalado²⁷⁰.

Questão relevante diz respeito aos casos em que o ofendido é menor de dezoito anos. Aqui, naturalmente, o direito de representação deverá ser exercido pelo seu representante legal, uma vez que a vítima não possui capacidade civil. Todavia, o entendimento sedimentado no enunciado da Súmula nº 594 do Supremo Tribunal Federal fez emergir na doutrina alguns questionamentos sobre o exercício daquele direito. Segundo o seu teor, “os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”.

Aury Lopes Jr entende que o direito de queixa ou de representação nos casos em que a vítima é menor de dezoito anos continua sendo único, mas, nessa hipótese, com dois titulares. Daí advém duas situações possíveis: se o menor leva ao conhecimento do representante o fato criminoso, começa a correr, desde então, o prazo decadencial de seis meses; caso contrário, o mencionado prazo somente passará a correr a partir do instante em que o menor perfizer a idade de 18 anos²⁷¹.

Avançando no tema, convém observar que existem situações em que a ação penal está condicionada não à representação do ofendido, mas à requisição do Ministro da Justiça. É o caso dos crimes contra a honra de Presidente da República e de Chefe de Governo estrangeiro. Aqui, o interesse a ser preservado se relaciona com a própria condição do país, uma vez que a divulgação do fato criminoso e eventual instauração de ação penal repercutiriam na política externa brasileira²⁷². A legislação, então, reserva ao Ministro da Justiça o juízo de oportunidade e conveniência na persecução penal (art. 145, parágrafo único, CP²⁷³).

Importante salientar que a requisição do Ministro da Justiça, ao revés do que ocorre com a representação, não tem prazo para apresentação, ante a absoluta inexistência de norma legal nesse sentido. Nessa linha, não nos parece correta a

²⁶⁹ “**Art. 38.** Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia”.

²⁷⁰PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 142.

²⁷¹LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 205-206.

²⁷²PACELLI, Eugênio. *Op. cit.*, p. 141.

²⁷³ “**Art. 145.** (...). Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código”.

utilização analógica da regra prevista no art. 38 do CPP, uma vez que impossível a utilização do recurso integrativo da analogia para criação de causa extintiva de direito²⁷⁴.

Feitas essas considerações preliminares, tratemos da renúncia e da retratação nas ações penais de iniciativa pública condicionadas.

Renunciar é ato unilateral que ocorre antes do oferecimento da representação e significa abdicar do direito de representar, não exercê-lo²⁷⁵. Pode ser feita tanto expressamente, através da apresentação de documento escrito pelo ofendido, quanto tacitamente, a exemplo da prática de ato incompatível com a vontade de ver o fato sendo objeto de ação penal (art. 104, *caput* e parágrafo único, CP²⁷⁶).

O CPP não fala em nenhum momento sobre a renúncia do direito de representação, ao contrário da Lei que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95). No art. 74, parágrafo único²⁷⁷, da referida Lei, restou estabelecido que a composição dos danos civis importará na renúncia ao direito de representação, em se tratando de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada.

Outra hipótese legalmente prevista está no art. 16 da Lei nº 11.340/2006²⁷⁸, a qual trata sobre a proteção da mulher contra a violência doméstica e familiar. Aqui, todavia, há séria polêmica doutrinária quanto ao uso do signo “renúncia”, entendendo alguns autores, a exemplo de Maria Berenice Dias, que melhor seria falarem retratação à representação, quando sobreviesse manifestação de vontade da vítima perante o órgão jurisdicional²⁷⁹, considerando que já teria havido a representação através do registro de ocorrência para a autoridade policial (art. 12, I da Lei Maria da Penha²⁸⁰).

²⁷⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208.

²⁷⁵ GOMES, Luis Flavio. BIANCHINI, Alice. **Lei da Violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI30435,61044-Lei+da+violencia+contra+a+mulher+renuncia+e+representacao+da+vítima>>. Acesso: 06/08/2017.

²⁷⁶ “**Art. 104.** O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente. Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime”.

²⁷⁷ “**Art. 74.** A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. **Parágrafo único.** Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

²⁷⁸ “**Art. 16.** Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”.

²⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4ª edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

²⁸⁰ “**Art. 12.** Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo

Depois de apresentada a representação, só poderá ser exercida a sua retratação até o oferecimento da denúncia²⁸¹, conforme norma disposta no art. 25 do CPP²⁸². Considerando que a manifestação de vontade do ofendido é deixada ao seu juízo de discricionariedade e conveniência (ou de seu representante legal), plenamente possível retratar-se sobre a persecução penal do fato criminoso. Todavia, a partir do momento em que o Ministério Público apresenta a peça acusatória, leva-se o conhecimento do suposto crime ao âmbito do Poder Judiciário, com a instauração de processo penal para apuração dos fatos²⁸³. Sai-se, pois, da esfera de decisão e conveniência do ofendido e ingressa-se no âmbito das atribuições cometidas ao membro do Ministério Público, verdadeiro titular da ação penal pública, ainda que o seu exercício esteja, a princípio, condicionado à manifestação de vontade daquele.

Entretanto, enquanto o Código Penal e o Código de Processo Penal admitem a retratação até o oferecimento da denúncia, existe hipótese prevista para os tipos penais dispostos na Lei Maria da Penha de retratação até o seu *recebimento* pelo órgão jurisdicional²⁸⁴. Uma vez admitida a peça inaugural pelo órgão judicial, qualquer manifestação de vontade que sobrevenha no sentido de retratar a representação será ineficaz²⁸⁵.

É indispensável anotar, ainda, que a retratação da representação não pode ser feita de modo parcial: deve ela ser total e atingir todos os fatos e sujeitos envolvidos no delito, em razão do princípio da indivisibilidade da ação penal, independentemente se a ação é de iniciativa pública ou privada²⁸⁶.

Por outro lado, interessante pensar acerca da possibilidade de retratação da requisição feita pelo Ministro da Justiça. Sobre o tema, Eugênio Pacelli entende que, embora não prevista a possibilidade no art. 25 do CPP, não existem razões para que não

daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada”.

²⁸¹ GOMES, Luis Flavio. BIANCHINI, Alice. **Lei da Violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI30435,61044-Lei+da+violencia+contra+a+mulher+renuncia+e+representacao+da+vítima>>. Acesso: 06/08/2017.

²⁸² “Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia”.

²⁸³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 144. No mesmo sentido, LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 210.

²⁸⁴ Seguindo essa linha de entendimento: BRASIL. STJ. RHC 41.545/PB. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJ 16/09/2014.

²⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4ª edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.

²⁸⁶ LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 209.

se admita, desde que apresentada antes do oferecimento da denúncia²⁸⁷. Aury Lopes Jr, na mesma linha, segue entendimento similar, sustentando que os juízos de discricionariedade e conveniência do ofendido para se retratar também são aplicados ao interesse político²⁸⁸.

O autor ainda entende possível a retratação da retratação, a qual se daria com o oferecimento de nova representação, desde que não tenham passados seis meses entre a data do conhecimento da autoria e a manifestação de vontade do ofendido nesse sentido²⁸⁹.

Saliente-se, por fim, que a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais criou uma modalidade de ação penal pública condicionada à representação do ofendido: é o caso das lesões corporais leves ou culposas (art. 88, Lei nº 9.099/95²⁹⁰), antes processadas de modo incondicionado²⁹¹.

4.2.2. AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

A última das espécies de ação penal é aquela que se dá por meio da iniciativa privada, onde maior se verifica a possibilidade de ingerência das partes sobre os aspectos relativos ao processo. Estudar-se-á, em primeiro lugar, as questões relativas às regras da espécie, para que, então, possamos estabelecer algumas considerações acerca do procedimento penal.

4.2.2.1. REGRAS DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

Algumas das regras da ação penal de iniciativa privada são distintas daquelas que pontuamos quando do estudo da espécie pública. São elas: a oportunidade e conveniência, a disponibilidade, a indivisibilidade e a transcendência²⁹².

Ao contrário das ações penais de iniciativa pública, a obrigatoriedade não rege as ações penais de iniciativa privada, que ficam a cargo do juízo de oportunidade e conveniência do ofendido. Dessa forma, irá o querelante dar início à persecução penal

²⁸⁷PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 145.

²⁸⁸LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 210.

²⁸⁹Ibidem, p. 210.

²⁹⁰ “**Art. 88.** Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”.

²⁹¹PACELLI, Eugênio. *Op. cit.*, p. 142.

²⁹²LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 215-216.

de acordo com seu juízo de discricionariedade, ou seja, caberá a ele analisar o caso concreto, a suficiência do lastro probatório e, assim, fazer um juízo de ponderação acerca da existência dos elementos necessários para se dar início à persecução penal²⁹³.

A disponibilidade da ação penal privada será adiante melhor analisada. Neste momento, cabe ressaltar apenas que, aqui, cabe ao ofendido renunciar ou desistir da ação, bem assim perdoar o infrator, desde que, nesse último, com a anuência do réu²⁹⁴.

Mantém-se, todavia, a indivisibilidade da ação penal, assim como ocorre nas ações públicas. Essa opção político-processual feita pelo legislador significa que o ofendido não escolhe em face de quem irá oferecer queixa: se formulada contra um dos autores do crime, fica obrigado o querelante a também propor em face dos demais. Ademais, dispõe a norma do art. 48 do CPP²⁹⁵ que o Ministério Público “velará pela sua indivisibilidade”. Mas como se dará esse controle?

Tem quem entenda, por meio de uma interpretação extensiva do art. 45 do CPP²⁹⁶, que o membro do Ministério Público poderá pedir o aditamento da queixa requerendo que integre o processo o coautor ou participe do fato criminoso. Não compreendemos dessa maneira. Para nós, não detém legitimidade o promotor para agir nesse sentido²⁹⁷. Outros defendem que o correto seria a aplicação da norma presente no art. 49 do CPP, a qual trata sobre a renúncia na ação penal privada²⁹⁸. Em outras palavras, caberia o pedido de extinção da punibilidade em relação a todos os autores do crime, uma vez configurada renúncia tácita por parte do ofendido.

Acompanhamos o pensamento de Guilherme Nucci²⁹⁹, no sentido de que o máximo que estaria autorizado o membro do Ministério Público pelo ordenamento jurídico a fazer é intimar o autor para aditar a queixa sob pena de renúncia em relação a todos os supostos infratores do crime. E se surgirem novas provas ao longo da instrução indicando novos autores? O autor terá então seis meses a partir do ato processual em questão para ajuizar queixa-crime.

Por fim, mantém-se princípio da intranscendência da ação penal já anteriormente

²⁹³Ibidem, p. 215.

²⁹⁴Ibidem.

²⁹⁵ “**Art. 48.** A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”.

²⁹⁶ “**Art. 45.** A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo”.

²⁹⁷ LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 215-216.

²⁹⁸ O tema será melhor desenvolvido quando entrarmos na discussão sobre a disponibilidade da ação penal de iniciativa privada.

²⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo, RT, 2006, p. 171.

desenvolvido, no sentido de que a acusação não poderá passar da pessoa do autor do fato³⁰⁰.

4.2.2.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

A última das espécies de ação penal é aquela que se instaura a partir da iniciativa privada. Ao contrário das demais, aqui o Ministério Público não atua como parte, mas apenas exerce sua função de *custos legis*.

Grande questão reside no interesse tutelado pelas ações penais de iniciativa privada. Há quem diga que o interesse atingido pelas infrações penais submetidas a essa espécie de ação é exclusivamente individual. Eugênio Pacelli discorda, elencando duas razões principais para tanto³⁰¹: em primeiro lugar, não se pode aceitar a existência de norma penal incriminadora baseada no interesse exclusivamente de particulares, uma vez que o objeto de tutela deve ser sempre bens e valores cuja proteção seja essencial para a sociedade; em segundo, o Direito Penal, como se sabe, deve ter lugar apenas e exclusivamente quando não suficientes outras formas de intervenção estatal³⁰².

Por outro lado, diferentemente da espécie pública, a ação penal de iniciativa privada, uma vez que se inicia mediante queixa oferecida pelo ofendido, reserva a ele ou ao seu representante legal o exercício do juízo de conveniência e oportunidade, permitindo a sua livre manifestação de vontade quanto à configuração do crime e a suficiência de lastro probatório para a persecução penal³⁰³.

E qual a resposta acerca do interesse tutelado? A doutrina tem problemas em explicar a razão de ser da ação penal de iniciativa privada. Ora, se há um crime que interessa mais ao particular do que à comunidade, pergunta-se porque, então, a criminalização da conduta. Eugênio Pacelli defende que a explicação está diante da existência de um “interesse não penal” de titularidade do ofendido em todos os crimes

³⁰⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 216.

³⁰¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 147.

³⁰² Eugênio Pacelli assim conclui: “se o propósito da ação de natureza privada tem em mira a facilitação de procedimentos *restaurativos*, isto é, de pacificação entre os envolvidos, pensamentos que o condicionamento da ação penal pública seria igualmente suficiente, embora reconheçamos que a *disponibilidade* da ação privada contemplaria maiores possibilidades de efetividade (da pacificação)”. (Ibidem, p. 147).

³⁰³ Ibidem, p. 148.

de ação privada³⁰⁴.

Sem a pretensão de esgotar o tema, haja vista a complexidade da questão e a diversidade de explicações construídas na doutrina, muito menos entrar em tópicos atinentes à política legislativa, entende-se aqui que a ação penal de iniciativa privada tutela direito eminentemente individual. Entretanto, considerando talvez a gravidade da conduta adotada pelo ofensor, entendeu o legislador por criminalizar o ato, transformando-o em um ilícito penal.

A ação penal de iniciativa privada será exercida mediante a apresentação de queixa-crime por parte do ofendido, a qual deverá conter os mesmos requisitos exigidos na denúncia (art. 41 do CPP) e ser submetida ao controle das condições da ação penal.

Sobre o assunto, há algumas considerações extras que merecem destaque: *a)* é necessária a indicação de um valor da causa para a demanda, tendo em vista o pagamento de custas processuais; *b)* deve constar expressamente na procuração poderes especiais (art. 44 do CPP), a fim de, dentre outros, proteger o advogado de eventual responsabilidade por denúncia caluniosa; *c)* não é imprescindível, mas é fortemente indicado que o querelante requeira a condenação do querelado ao pagamento de custas e honorários advocatícios³⁰⁵.

No que tange ao requisito da “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, a compreensão era de que, como dito, o advogado restasse protegido contra imputação de crime de denúncia caluniosa. Naturalmente, a interpretação da norma evoluiu e, hoje, entende-se que a mera indicação dos crimes praticados já supre o requisito da norma³⁰⁶, ainda mais considerando todas as prerrogativas asseguradas aos advogados e previstas no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94). O que também se faz a fim de resguardar a atuação do patrono é a assinatura do próprio querelante na queixa-crime, uma vez que, dessa forma, o ofendido estará ratificando a descrição dos fatos e toda a fundamentação jurídica acerca do tipo penal³⁰⁷.

Ademais, o instrumento de mandato deverá conter poderes especiais ao procurador para o oferecimento da queixa, o nome do querelante e fazer referência ao fato criminoso, “salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que

³⁰⁴PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 149.

³⁰⁵LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 214.

³⁰⁶BRASIL. STJ. RESp nº 615.746/RJ. Quinta Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. DJ 27/09/2004. No mesmo sentido, LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 219: “Assim, bastariam os poderes especiais para oferecer queixa crime contra fulano (querelado), porque no dia tal, às tantas horas, teria praticado os delitos de injúria e difamação (por exemplo)”.

³⁰⁷LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 219.

devem ser previamente requeridas no juízo criminal” (art. 44, CPP³⁰⁸).

Importante aspecto a ser estudado nas ações penais de iniciativa privada se refere à legitimidade ativa. Aqui, não há que se falar em *substituição processual*, uma vez que o próprio titular do direito violado é quem exerce o direito de ação³⁰⁹. Todavia, tendo o ofendido menor de dezoito anos de idade, caberá ao seu representante legal a promoção da persecução penal em nome do menor³¹⁰.

Não havendo quem exerça a representação legal ou constatada a existência de conflito de interesses entre menor e o seu representante, deverá o juiz nomear, de ofício ou a requerimento, curador especial para representar o menor no polo ativo da relação jurídica processual. Destaca-se que o mesmo regramento se aplica aos portadores de algum tipo de deficiência mental³¹¹.

O art. 34 do CPP dispõe que, sendo o ofendido maior de dezoito anos e menor de vinte e um, haverá legitimação concorrente entre a vítima e o seu representante legal para instaurar a ação penal, podendo, ainda, haver litisconsórcio³¹². Todavia, a regra foi instaurada antes da vigência do Código Civil de 2002, o qual trouxe mudanças significativas em relação à menoridade³¹³. O legislador, atento às implicações que a referida mudança acarretaria nos demais ramos do direito, previu a norma do art. 2043 do CC/2002, segundo a qual “Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código”.

Quando o ofendido for pessoa jurídica de direito privado, o ordenamento jurídico impõe como condição necessária para o exercício do direito de ação a constituição legal da fundação, associação ou sociedade, bem assim que devem ser representadas de acordo com as normas previstas nos respectivos contratos ou

³⁰⁸ “**Art. 44.** A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal”.

³⁰⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 214.

³¹⁰ “**Art. 30, CPP.** Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”.

³¹¹ “**Art. 33 do CPP.** Se o ofendido for menor de 18 (dezoito) anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal”.

³¹² PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 150.

³¹³ No que tange à menoridade, sobreveio em 2015 a Lei nº 13.146, na qual consta uma série de alterações às disposições do CC/2002 sobre o tema.

estatutos³¹⁴. Caso o fato criminoso tenha sido praticado em detrimento do patrimônio da União, de Estado ou de Município, não poderá a ação ser processada após o oferecimento de queixa-crime, eis que ela deverá ser pública (art. 24, §2º, CPP³¹⁵).

Ainda é preciso tratar sobre a *legitimação anômala*, hipótese prevista por lei em caso de morte ou ausência do ofendido, desde que declarada judicialmente. Nesses casos, admite-se a sucessão da vítima pelo seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31, CPP³¹⁶).

Desde que haja respeito quanto à ordem de preferência disposta na referida norma, qualquer uma das pessoas descritas poderá prosseguir na ação já instaurada ocupando o polo ativo no lugar do querelante. Na hipótese de haver desistência ou de se configurar o abandono da causa, os demais legitimados poderão ingressar no feito e continuar com a persecução penal caso assim seja seu desejo³¹⁷. Essa observação é de fundamental importância porque, aqui, se fala de sucessão por abandono ou desistência especificamente do querelante, pois quando houver abandono ou desistência manifestados pelo próprio ofendido, estaremos diante de hipótese de preempção, na forma do art. 60 do CPP³¹⁸.

Avançamos no estudo das ações penais de iniciativa privada para tratar de alguns desdobramentos da disponibilidade da referida espécie penal, os quais também se configuram como causas extintivas de punibilidade: a renúncia, a preempção e o perdão.

Deve-se entender por *renúncia* no âmbito das ações privadas a “abdicção ou recusa do direito à propositura da ação penal, por meio da manifestação da vontade do não exercício dela no prazo previsto em lei”³¹⁹. Assim, quando o ofendido renuncia ao seu direito de promover a persecução penal, estamos diante de hipótese de extinção de punibilidade anterior à instauração da ação penal (art. 107, V, CP), a qual poderá se dar

³¹⁴ “**Art. 37 do CPP.** As fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer a ação penal, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes”.

³¹⁵ “**Art. 24.** Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (...). § 2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública”.

³¹⁶ “**Art. 31.** No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

³¹⁷ “**Art. 36.** Se comparecer mais de uma pessoa com direito de queixa, terá preferência o cônjuge, e, em seguida, o parente mais próximo na ordem de enumeração constante do art. 31, podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone”.

³¹⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 152.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 153.

tanto expressa (art. 50, CPP³²⁰) quanto tacitamente (104 do CP³²¹ e 57 do CPP³²²).

A renúncia também poderá ser exercida pelo menor de dezoito anos através de seu representante legal. Com a sobrevivência da maioridade, poderá o ofendido exercer seu direito de queixa, desde que não tenha se exaurido o prazo decadencial, contados desde o conhecimento da autoria do fato, em relação ao seu representante legal (art. 50, parágrafo único, CPP). Assim, caso tenha se operado a decadência antes do aniversário da vítima, não será possível a aplicação do parágrafo único do art. 50 do CPP, configurando-se a hipótese de extinção de punibilidade (art. 107, V, CP³²³)³²⁴.

Na mesma linha, pode haver renúncia do direito de queixa quando o ofendido é portador de deficiência mental³²⁵. Todavia, caso se conclua pela existência de conflito de interesse entre a vítima e o seu representante legal, deverá o juiz designar curador especial para promover a persecução penal, podendo a medida ser tomada de ofício ou a requerimento do Ministério Público³²⁶.

Temos ainda a preempção da ação penal de iniciativa privada. Pode o ofendido recusar ou abdicar do direito à ação penal já instaurada, independentemente de justificativa. Segundo Eugênio Pacelli³²⁷, a preempção é a perda do direito por parte do ofendido de dar continuidade à ação penal em curso, extinguindo, assim, a punibilidade, nos termos do art. 107, IV do CP³²⁸. Quanto às causas de preempção, assinala o art. 60 do CPP:

Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á preempta a ação penal:
I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;
II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o

³²⁰ “**Art. 50.** A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais”.

³²¹ “**Art. 104.** O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente. Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime”.

³²² “**Art. 57.** A renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova”.

³²³ “**Art. 107.** Extingue-se a punibilidade: (...)

) V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada”.

³²⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 155.

³²⁵ “**Art. 33.** Se o ofendido for menor de 18 (dezoito) anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal”.

³²⁶ PACELLI, Eugênio. *Op. cit.*, p. 155.

³²⁷ *Ibidem*, p. 156.

³²⁸ “**Art. 107.** (...) IV - pela prescrição, decadência ou preempção”.

disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Uma vez que a ação penal atinge sobremaneira a esfera de dignidade do querelado, a lei penal obriga o querelante a assumir postura ativa ao longo de todo o procedimento penal. Assim, o art. 60, I do CPP assinala que a ação será perempta se o querelante “deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos”. Dessa forma, obriga o legislador que o ofendido atue de maneira célere e efetiva ao longo do processo, a fim de proteger o suposto infrator dos efeitos que a persecução penal tem na vida do acusado.

Por outro lado, é importante ressaltar que a perempção apenas será reconhecida quando efetivamente intimado o querelante para se manifestar e adotar as necessárias providências para dar seguimento à marcha processual³²⁹.

Vale também a lembrança o fato de que o inciso II do art. 60 do CPP fala sobre a hipótese em que o querelante se torna incapaz ou vem a falecer, de maneira que, caso não compareça em juízo qualquer pessoa habilitada a prosseguir no processo no lugar do ofendido dentro do prazo de sessenta dias, impõe-se a decretação de perempção pelo órgão julgador.

O inciso III prevê duas causas de perempção: em primeiro lugar, quando o querelante deixar de comparecer injustificadamente a qualquer ato processual que devesse estar presente; em segundo lugar, caso o ofendido deixe de formular o pedido de condenação nas alegações finais.

A primeira previsão é auto explicável: ora, se o querelante não comparece a um ato processual obrigatório, decreta-se a perempção. Pontua-se, apenas, que o ato em questão é de natureza instrutória, uma vez que, aqui, participação do autor da ação penal é essencial para a apuração dos fatos.

A segunda questão, todavia, está baseada em uma possível “alteração de convencimento” do ofendido quanto ao delito ou à autoria do fato, bem assim em um eventual “desinteresse” na solução do caso³³⁰. Quanto a essa última, não nos parece razoável que a ação seja perempta por mera falta de formulação de pedido de condenação, quando o próprio ato de apresentar alegações finais já denota o interesse do

³²⁹PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 156.

³³⁰ *Ibidem*.

querelante em dar continuidade à persecução penal.

A última hipótese prevista no artigo 60 é a do inciso IV, o qual fala sobre as ações penais privadas movidas por pessoas jurídicas que se extinguem e não deixam sucessores. Desse modo, havendo o processamento de determinada demanda penal e não havendo quem suceda o querelante, impõe-se a decretação de perempção.

Temos, ainda, o instituto do perdão na ação penal de iniciativa privada, previsto nos arts. 51 a 59 do CPP. Segundo Eugênio Pacelli, “o perdão é ato *bilateral*, cuja eficácia depende, assim, da *aceitação* do querelado ou de quem tenha poderes para representá-lo, na hipótese de sua incapacidade”³³¹. A opção legislativa de condicionar o perdão à aceitação do querelado é de difícil compreensão, considerando que, caso haja recusa, pode o querelante abandonar o processo e conseqüentemente tornar a ação perempta.

A resposta mais levantada é de ordem moral e não jurídica, uma vez que a aceitação do perdão não implicaria em assunção de culpa por parte do infrator, salvaguardando-o de eventual responsabilidade civil. Desse modo, alguns entendem que a condição de aceitação é imposta para que o ofendido obtenha algum tipo de conforto, de satisfação pessoal³³².

Por fim, faz-se necessário pontuar a existência de diferentes espécies de ação penal privada. São três³³³: *a)* a originária ou comum, espécie tradicional, cujo prazo decadencial para propositura é de seis meses e pode ser promovida pelo ofendido ou por seu representante legal; *b)* a personalíssima, cuja iniciativa é restrita à própria vítima³³⁴, não se operando a sucessão prevista no art. 31 do CPP³³⁵⁻³³⁶; e, por fim, *c)* a subsidiária da pública, igualmente denominada de *queixa substitutiva*, onde há uma legitimação extraordinária para o ofendido promover a persecução penal de crime de iniciativa pública, conforme previsão constitucional presente no art. 5º, LIX, CF/88, bem assim nos arts. 29 do CPP e 100, §3º, do CP.

³³¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 157.

³³² Ibidem.

³³³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 219-220.

³³⁴ Uma vez revogado o art. 240 do CP, apenas há uma hipótese no ordenamento jurídico: crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236 CP).

³³⁵ “**Art. 31.** No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

³³⁶ Se o ofendido for menor de 18, apenas pode ajuizar a queixa quando cessar a menoridade. Caso o menor seja casado, a emancipação através de matrimônio não produzirá efeitos no processo penal, “nem para torná-lo imputável, nem para lhe outorgar capacidade para exercer a ação penal”. (LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 219-220).

5. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: HÁ DIÁLOGO ENTRE OS DIPLOMAS PROCESSUAIS BRASILEIROS?

Processualistas civis e penais vem se enfrentando quanto a transposição de categorias específicas de um ramo para o outro, o que culmina na desnaturação dogmática, metodológica e principiológica da Ciência Processual a que se insere indevidamente determinada teoria. Notadamente, há certo receio na transposição de conceitos já desenvolvidos no Direito Processual Civil, principalmente, ao Direito Processual Penal. Isso porque o Processo Civil se desenvolveu sobremaneira, ao passo que o Processo Penal por muitos anos permaneceu em posição de suposta inferioridade científica³³⁷.

Francesco Carnelutti foi, talvez, o processualista a melhor se pronunciar sobre o tema, sendo de fundamental importância traçar algumas considerações sobre o seu pensamento, considerando a sobriedade com que trata o assunto.

Fazendo uso da história de Cinderela, Carnelutti produziu texto de leitura obrigatória, publicado em italiano com o título “Cenerentola” e traduzido para o espanhol como “La Cenicienta”³³⁸. Em síntese, ele se utiliza de uma metáfora para ilustrar como a Ciência Processual Penal foi deixada de lado se comparada com as “irmãs maiores”, a Ciência do Direito Penal e a Ciência Processual Civil.

Com relação ao Direito Penal, o Direito Processual Penal era considerado um verdadeiro *apêndice*, tendo por muito tempo convivido na mesma “habitação” em que o primeiro. Todavia, nesse momento, importa para nós a compreensão das considerações feitas pelo autor acerca da suposta inferioridade científica do Processo Penal em relação à “terceira irmã”, qual seja, o Direito Processual Civil.

Por muito tempo, o Processo Penal avançou a partir da importação de conceitos desenvolvidos no seio do Processo Civil, a exemplo da transposição do “interesse de agir” para a realidade processual penal sem que tenha havido nenhum tipo de compatibilização com o seu sistema.

Não poderíamos concordar mais com o autor em sua crítica: de fato, não se pode

³³⁷ “A proposito de lo cual, sobre el tema de las relaciones, no ya entre derecho penal, material o procesal, sino entre derecho procesal, civil o penal, es difícil negar a la ciencia del proceso civil, em comparación con la ciencia del proceso penal, dirían los ingleses, una *leading position*” (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Libreria el Foro, 1960, p. 17).

³³⁸ *Ibidem*, p. 15-21.

transplantar ideias desenvolvidas em uma ciência para outra sem se atentar para as particularidades que as diferenciam, sob o risco de incompatibilidade com os princípios do Direito Processual no qual serão inseridas.

Nesse sentido, um aspecto importante do texto que não recebe a atenção necessária entre os seus leitores é o de que Carnelutti deixa claro que a “Cinderela” (no caso, o Direito Processual Penal) não quer estar em um patamar de superioridade em relação às suas irmãs por ser um “processo da liberdade”³³⁹, em que o bem jurídico tutelado é a própria liberdade do indivíduo. O que se busca, na verdade, é uma situação de *paridade* entre as ciências: não devem o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil viver nem isolados e nem às custas um do outro, mas sim em constante troca³⁴⁰.

Outro trabalho de sua autoria de fundamental importância é “Sobre una Teoría General del Proceso”³⁴¹ e, como o próprio nome já sugere, trata sobre um dos mais polêmicos temas processuais, o qual vem, até os dias de hoje, dividindo opiniões entre processualistas: a Teoria Geral do Processo. Em que pese não ser a criação de uma teoria geral (ou sequer a sua própria existência) objeto do presente estudo, algumas passagens interessantes sobre a relação entre Processo Civil e Processo Penal são relevantes para o que a seguir se desenvolverá.

Coincidentemente, o autor utiliza os negócios jurídicos como exemplo para demonstrar a necessidade de troca de conhecimentos entre as ciências jurídicas. Segundo ele, os alemães se debruçaram sobre estudo dos negócios jurídicos, enquanto os italianos colocaram seus esforços na construção da teoria do delito, sem perceber, todavia, que um intercâmbio de conhecimentos seria tão vantajoso para a construção teórica de ambos os conceitos. E assim conclui:

(...) ni los civilistas, entre otras cosas, sospecharon la ventaja, que pudieran procurar para conoceren su elemento ontológico el negocio, las investigaciones acerca de la acción y del evento criminal, ni los penalistas se dieron cuenta de la claridad que al concepto del delito podría aportar la teoría de la *causa negotii* es decir del fin del acto³⁴².

Desse modo, qualquer tentativa de colocar o Direito Processual Civil em uma

³³⁹ Francesco Carnelutti afirma em sua obra que o Processo Penal, ao contrário do Processo Civil, não se trata de um processo sobre a propriedade (como, para ele, em 90% dos casos é o Processo Civil), mas um processo em que, no local da propriedade, temos a própria liberdade. (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Librería el Foro, 1960, p. 18).

³⁴⁰ Assim, “Ninguna de las dos ciencias debe vivir a expensas de la otra; más bien una y otra deben rendirse mútuos servicios”. (Ibidem, p. 20).

³⁴¹ Ibidem, p. 41-50.

³⁴² Ibidem, p. 49.

posição de superioridade e autossuficiência é não só injustificada, como injustificável³⁴³. Todavia, não se pode adotar uma postura de total isolamento científico como forma de “proteção conceitual”, sendo ela totalmente inaceitável em qualquer ramo da ciência, seja ela jurídica ou não³⁴⁴.

Se nós, seres humanos, não podemos viver como “ilhas”, afastados uns dos outros, que se dirá dos ramos jurídicos por nós mesmos desenvolvidos!³⁴⁵

Pontue-se, também, que, apesar de tentador, não se pode aproveitar de conceitos já desenvolvidos em um ou outro processo e adaptá-lo sem maiores esforços onde se pretende utilizar³⁴⁶: é necessário fazer uma análise específica e detalhada sobre a compatibilização do instituto em relação à ciência processual na qual se pretende inseri-lo, considerando todo o arcabouço principiológico inerente.

De mais a mais, deve ser combatido qualquer posicionamento apaixonado que não contribua cientificamente para o desenvolvimento das diversas teorias processuais, sendo apenas um discurso caloroso e com pouca ou nenhuma contribuição doutrinária significativa. Ora, a crítica pela crítica, sem que dela exsurja um avanço científico, pouco ou nada vale para o estudo de qualquer disciplina. Não só no Direito, mas, principalmente, no campo da vida, devemos ser capazes de analisar friamente determinadas questões acima de qualquer paixão pessoal, especialmente quando interesses coletivos se encontram em jogo.

Feitas essas considerações introdutórias, levanta-se o seguinte questionamento: há diálogo entre os diplomas processuais penal e civil?

O art. 3º do CPP dispõe que a “lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”³⁴⁷. A norma é clara e certa: nenhum ramo do Direito pode viver em absoluto

³⁴³ CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Librería el Foro, 1960, p. 49.

³⁴⁴ “No hay trabajador, que no necesite del trabajo de los demás, en este mundo” (Ibidem, p. 50).

³⁴⁵ Dispõe Fernando da Fonseca Gajardoni: “Os Códigos de Processo Civil e Penal não são vistos como compartimentos estanques; como ilhas legislativas capazes de, sem recurso a influência de outros diplomas, darem respostas a todos os problemas do processo” (**Impactos 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: 28/08/2017).

³⁴⁶ “Solamente una ilusión puede permitirnos creer que los penalistas necesitan la ayuda de los civilistas más que éstos la ayuda de aquéllos. Ciertamente arraiga también sobre el terreno de la ciencia del derecho la mala semilla de la soberbia; pero la planta que nace de esta semilla se llama cizaña y no grano. De ser más modesta a ciencia del derecho civil, material o procesal, no puede más que ganhar” (CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 48).

³⁴⁷ No mesmo sentido, dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

isolacionismo, de forma que plenamente cabível o intercâmbio de conceitos fundamentais com outras áreas. Assim, o Direito Processual Penal admite interpretação extensiva e analógica de princípios e regras previstos no Código de Processo Civil³⁴⁸.

Não por outra razão, considerando a existência salutar de um diálogo entre fontes normativas processuais, a sobrevinda do CPC/2015 e, conseqüentemente, a previsão de novas regras e supressão de outras, produziram impactos no Processo Penal. Não significa, por óbvio, que toda e qualquer norma prevista no CPC/2015 será a ele aplicável: princípios e regras que contrariem disposições da legislação processual penal não produzem qualquer efeito³⁴⁹, a exemplo da regra de contagem de prazos em dias úteis (art. 219, CPC/2015³⁵⁰)³⁵¹.

Vale a pena lembrar que, mesmo antes da vigência do CPC/2015, já havia dispositivos expressamente previstos no CPP que faziam menção à legislação processual civil, invocando a sua aplicação no âmbito do processo penal, a exemplo dos arts. 139³⁵², 362³⁵³ e 790³⁵⁴.

Da mesma forma, existem normas do Direito Processual Penal que são aplicáveis ao Direito Processual Civil, como é o caso da disposição sobre o arquivamento do inquérito penal, posta no art. 28 do CPP³⁵⁵, a qual é também utilizada

³⁴⁸ Segundo Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa, “Dentre os diversos desafios do semestre é o de demonstrar que não podemos compreender o novo Código de Processo Civil como sendo o novo Processo Penal. Por mais que tenhamos impactos do novo CPC no Processo Penal, alguns têm feito uma confusão assustadora. Claro que o novo CPC pode ser aplicado analogicamente, nos termos do artigo 3º, do CPP, mas somente quando houver omissão. Pensar o contrário é confundir os registros — Civil e Penal — com os riscos daí inerentes” (LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal pop obriga uma nova abordagem de ensino**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-05/limite-penal-processo-penal-pop-obriga-abordagem-ensino>>. Acesso: 28/08/2017).

³⁴⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Impactos 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: 28/08/2017.

³⁵⁰ “**Art. 219.** Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”.

³⁵¹ O CPP possui regra específica sobre a contagem de prazos (art. 798, 1º), razão pela qual não se pode defender a aplicação do novo regramento previsto pelo CPC/2015.

³⁵² “**Art. 139.** O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil”.

³⁵³ “**Art. 362.** Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

³⁵⁴ “**Art. 790.** O interessado na execução de sentença penal estrangeira, para a reparação do dano, restituição e outros efeitos civis, poderá requerer ao Supremo Tribunal Federal a sua homologação, observando-se o que a respeito prescreve o Código de Processo Civil”.

³⁵⁵ “**Art. 28.** Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

quando do arquivamento do inquérito civil.

Segundo aponta Hermes Zanetti Jr quanto ao tema³⁵⁶, é necessário realizar um “duplo filtro de adaptação” antes de aplicar as disposições do Processo Civil aos demais ramos processuais, o qual consiste em: *a)* analisar se a norma que se pretende aplicação está em consonância com os princípios do Direito Processual a ser inserido; *b)* conformar o resultado obtido pelo uso da norma com a CF/1988.

Vale pontuar que nenhuma das considerações aqui desenvolvidas importam na imediata defesa da existência de uma Teoria Geral do Processo. Não entramos nesse mérito, eis que o que aqui se pretende defender é a utilidade e necessidade de se estabelecer um salutar diálogo entre processualistas civis e penais, visando ao desenvolvimento mútuo de ambas as ciências jurídicas³⁵⁷, independentemente da discussão quanto à existência ou não de conceitos lógico-jurídicos processuais³⁵⁸.

Justamente em razão disso, é necessário que aprofundemos cada vez mais o diálogo existente entre o Direito Processual Civil e Penal, despidos da suposta superioridade e da acalorada paixão que geralmente permeiam os discursos sobre os pontos de encontro entre os dois ramos. Isso porque, se analisarmos cautelosamente, veremos que áreas tão antagônicas em diversos fatores, possuem outros tantos pontos de interseção.

Apenas para ilustrar o que aqui se diz, damos o exemplo da norma contida no art. 489, §1º do CPC/2015, cuja redação se lê a seguir:

Art. 489. (...).

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar

³⁵⁶ ZANETTI, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (processo penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 460.

³⁵⁷ FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere*, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação – Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC no processo penal. CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52.

³⁵⁸ Sobre o tema: DIDIER JR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52-62.

seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A motivação das decisões judiciais é direito fundamental do jurisdicionado³⁵⁹, tendo guarida na própria CF/1988 em seu art. 93, IX³⁶⁰. Todavia, ainda que previsão constitucional não houvesse, persistiria a referida garantia, uma vez que o dever de uma devida fundamentação decorre do devido processo legal, cuja essência faz parte do Estado Democrático de Direito³⁶¹.

O caráter pedagógico do dispositivo é claro: deverá o juiz, obrigatoriamente, enfrentar todas as questões de fato e de direito trazidas pelas partes quando da fundamentação da decisão judicial, eis que representa garantia de natureza constitucional do jurisdicionado. Por essa razão, haja vista que o fundamento da norma repousa na própria CF/1988, plenamente possível a compatibilização e aplicação do art. 489, §1º do CPC/2015 no âmbito do Direito Processual Penal³⁶².

Justamente em função do exposto, a própria doutrina especializada vem defendendo a aplicação da norma nas relações jurídicas processuais penais, a exemplo de Rômulo de Andrade Moreira³⁶³. Conforme seu entendimento, o referido dispositivo concretiza na legislação infraconstitucional uma norma mandamental constitucional, sendo um princípio inafastável do Direito e cuja aplicação pode se dar através da interpretação do art. 3º do CPP³⁶⁴.

³⁵⁹ Segundo lição de Fredie Didier Jr, o dever de motivação das decisões judiciais tem dupla função, quais sejam: a) função endoprocessual, permitindo, assim, às partes conhecer das razões que levaram o magistrado a julgar de determinada maneira e propiciar um eventual juízo adequado em segunda instância; b) função extraprocessual, através da qual é exercido o controle das decisões judiciais pela população (“via difusa da democracia participativa”). (DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 315).

³⁶⁰ “**Art. 93.** (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

³⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: **Temas de Direito Processual** – 2ª série. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, n. 7, p. 88-89.

³⁶² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Impactos 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: 28/08/2017.

³⁶³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo código de processo civil, a fundamentação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro**. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/o-novo-codigo-de-processo-civil-a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-o-processo-penal-brasileiro-por-romulo-de-andrade-moreira/>>. Acesso: 28/08/2017.

³⁶⁴ No mesmo sentido, recomenda-se a leitura do texto de autoria de Rogério Schietti Cruz (CRUZ, Rogério Schietti. Dever da motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti

Pelo que tudo aqui se demonstrou, é importante frisar que não discordamos de Aury Lopes Jr quando diz que “há uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal”³⁶⁵. De fato, os dois diplomas processuais possuem diferenças que os distanciam conceitualmente em diversos aspectos, haja vista a dicotomia entre *propriedade e liberdade* que eventualmente é utilizada para fundamentar teses que sustentam limitações ao diálogo entre as ciências jurídicas processuais³⁶⁶.

Entretanto, não visualizamos óbice à aplicação das normas previstas no CPC/2015 ao Direito Processual Penal, desde que estejam em conformidade com os princípios e regras processuais penais, podendo se mostrar extremamente benéficas, especialmente quando implicarem no aumento das garantias do réu. Na mesma linha de entendimento, a importação compatível de conceitos desenvolvidos no âmbito do Processo Penal ao Processo Civil pode desempenhar papel fundamental no desenvolvimento da ciência jurídica, demonstrando o advento de resultados positivos a partir uma saudável relação de diálogo e intercâmbio entre todos os ramos do Direito, independentemente do bem jurídico tutelado.

Repetimos: as ramificações da Ciência Jurídica não podem ser analisadas como ilhas estanques, impassíveis de diálogo. Por essa razão, o presente trabalho buscará analisar, no capítulo que se segue, a extensão dos impactos no Processo Penal de um dos temas mais relevantes trazidos pelo CPC/2015: as convenções sobre procedimento ou situações jurídicas processuais (art. 190, CPC/2015).

(Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 327-356). Ademais, corroborando com o entendimento aqui elencado, PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 16-17.

³⁶⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

³⁶⁶ Discordamos frontalmente de tal assertiva. Ora, é certo que o Direito Processual Civil muitas vezes trata de direitos que versam sobre propriedade. Todavia, é equivocado resumi-lo apenas às demandas que versam sobre o *ter*, considerando a existência de tantas outras como, por exemplo, as ações de família.

6. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A aplicação dos negócios jurídicos processuais no âmbito processual penal está fundamentada numa análise sistemática da CF/1988, bem assim no preenchimento dos requisitos presentes no art. 3º do CPP. É essencial discutir, ainda, a questão da vulnerabilidade do acusado no Processo Penal e o dogma da indisponibilidade do Direito Material e da ação penal de iniciativa pública.

Traçadas essas premissas básicas, aventar-se-ão algumas possibilidades de negociação processual no âmbito das ações penais de iniciativa pública e privada, bem assim se fará um estudo acerca da natureza jurídica da chamada “colaboração premiada”, cuja principal regulamentação está na Lei nº 12.850/2013. Posteriormente, far-se-á necessário estabelecer alguns limites norteadores da aplicação do instituto no âmbito do Direito Processual Penal, tendo em vista as peculiaridades do sistema jurídico em questão.

6.1. ASPECTOS QUANTO À CONVENCIONALIDADE NO DIREITO NO DIREITO PÚBLICO: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.

Persiste em parcela da doutrina brasileira a ideia de que o Direito Processual, sendo ramo do Direito Público, é infenso à consensualidade em razão do seu caráter indisponível, o que levaria à impossibilidade de serem firmados negócios jurídicos em seu âmbito. Todavia, não só o pensamento é flagrantemente equivocado, como existe uma variedade de exemplos no Direito Processual Penal que comprovam justamente o oposto.

6.1.1. O DOGMA DA INDISPONIBILIDADE DO DIREITO PÚBLICO: ENFOQUE SOBRE O DIREITO PROCESSUAL

Em que pese a convencionalidade no Direito Público sempre ter sido enxergada de modo cauteloso, os movimentos doutrinários mais recentes têm se mostrado mais abertos ao reconhecimento da existência de graus de (in)disponibilidade dos interesses públicos. De fato, não se pode sustentar a ideia de que o direito, única e exclusivamente pelo fato de ser considerado público, seria também indisponível, devendo haver uma

margem de flexibilidade em certas situações³⁶⁷.

Especialmente no tocante ao Direito Processual, objeto primordial de estudo deste trabalho, o dogma da indisponibilidade foi muito utilizado para fortalecer a sua independência perante o Direito Material³⁶⁸. Por outro lado, reconhecida a importância histórica da conquista, não se pode continuar insistindo na ideia da total indisponibilidade do processo, com a defesa de uma concepção ultrapassada de que haveria uma supremacia da publicidade das relações jurídicas processuais perante todo e qualquer interesse dos sujeitos³⁶⁹.

Conforme destaca Antônio do Passo Cabral, “A lógica da prevalência e da hierarquia entre os objetivos públicos e privados na jurisdição não parece ser a tônica do Estado contemporâneo”³⁷⁰. Ora, ao mesmo passo em que não se pode defender uma percepção completamente privada do processo como “coisa das partes”, não podemos compreender a relação processual de forma alheia aos interesses dos sujeitos que dela fazem parte.

Assim, propõe-se aqui a reflexão acerca dos limites da celebração de convenções e na operacionalização das negociações no âmbito do Direito Público, garantindo, desse modo, o respeito aos princípios norteadores da ciência jurídica processual.

Nesse tocante, importante salientar que existem hipóteses tipicamente previstas nas quais são firmados negócios jurídicos processuais diretamente pelo Poder Público, a exemplo da Lei nº 12.850/2013, a qual regula, dentre outros, as colaborações premiadas. Há, inclusive, norma determinando a competência expressa do agente público (no caso, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia) com poderes para a celebração do acordo³⁷¹.

E o Direito Processual Penal não ficou alheio à ideia de convencionalidade nos ramos do Direito Público, ainda que de maneira (muito) mais tímida se comparado com o Direito Processual Civil. A razão é compreensível e de fácil percepção: uma vez sendo um dos ramos do direito no qual é mais evidente a incidência do interesse público, historicamente, até como modo de proteção das repercussões sociais, sempre se defendeu o seu modelo imposto e não negociado, tendo como atributo distintivo a

³⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 156.

³⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 150.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 150.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 151.

³⁷¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 306.

indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública.

Em virtude disso, grande parte da doutrina penal afirma que não poderia haver negócios jurídicos processuais no campo do Direito Processual Penal, haja vista se tratar de ramo do Direito Público. Entretanto, entendemos que esse posicionamento está em dissonância com a ciência jurídica contemporânea, uma vez que há uma série de exemplos que demonstram que o processo não é contrário à celebração de acordos³⁷².

Citamos, ilustrativamente, a edição de duas recentes leis que comprovam a invasão da concepção de consensualidade no Direito Público: a Lei nº 13.140/2015, a qual regula a mediação de conflitos entre particulares e a Administração Pública, e a Lei nº 12.846/2013, consagradora do chamado “acordo de leniência” entre pessoas jurídicas e o Poder Público.

Outro importante passo dado no sentido de consagrar a convencionalidade nos ramos do Direito Público, agora especialmente no que se refere ao Direito Penal, foi a Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público³⁷³, segundo a qual deverão os Promotores e Procuradores de Justiça adotar mecanismos de autocomposição de conflitos e desenvolvimento de uma lógica de cooperação e diálogo entre os sujeitos nos processos em que figuram, seja como parte ou como *custos legis*³⁷⁴.

Sendo o Ministério Público o único legitimado ativo para promoção das ações penais de iniciativa pública, o advento de instrução normativa consagrando, ainda em seus considerandos, que “na área penal também existem amplos espaços para a negociação”, citando, na oportunidade, a Lei dos Juizados Cíveis e Criminais (nº 9.099/1995) e a Lei nº 9.605/1998 (a qual versa sobre atividades lesivas ao meio ambiente), não deixa dúvidas acerca da tendência jurídica de adoção de procedimentos que visam à celebração de negociações entre os sujeitos processuais.

Apenas para que reste ainda mais claro não só o propósito da referida resolução emitida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, mas o movimento de consensualidade que invade o Direito Público como um todo, inclusive no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, transcreve-se o seu art. 1º, o qual versa sobre a

³⁷² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 154-155.

³⁷³ Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possui resolução com sentido similar (nº 125/2010).

³⁷⁴ Segundo Antônio do Passo Cabral, trata-se de reconhecimento, por parte do Ministério Público, de uma cultura mundial de fomento pela cooperação, diálogo e consenso. CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 169.

implementação de uma “Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público”:

Art. 1º Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Sendo assim, conclui-se pela plena possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais em matéria penal, ainda que com disposições sobre direito material no mesmo instrumento, a exemplo dos acordos de colaboração premiada e de leniência. As convenções processuais penais não só podem como devem ser celebradas entre os membros do Ministério Público e os sujeitos que figuram como acusados em um procedimento penal (judicial ou investigatório), flexibilizando o procedimento ou dispendo de situações jurídicas através da manifestação de vontade das partes³⁷⁵.

6.1.2 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Com o crescimento da concepção de convencionalidade no Direito Público, revelando uma propensão ao reforço de estruturas consensuais também no Direito Penal e Processual Penal³⁷⁶, surge também a ideia da *Justiça Penal Negociada*, também chamada de *Negocial* ou *Convencional*³⁷⁷.

É nessa esteira que veio, por exemplo, o princípio da oportunidade da ação penal, regente das ações de iniciativa privada, mostrando-se como contraponto ao já consolidado princípio da obrigatoriedade. Assim, o tratamento dado às questões penais passou a envolver soluções negociadas, seja através da mediação, conciliação ou transação³⁷⁸.

É certo que parcela da doutrina processual penal não vê com bons olhos a ampliação dos espaços de negociação no Processo Penal. As razões são variadas e, não se pode negar, muitas delas têm fundamento compreensível, considerando a realidade

³⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 170-171.

³⁷⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**, p. 13 ss

³⁷⁷ PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 81-98.

³⁷⁸ Ibidem, p. 87.

social extremamente conservadora em que estamos vivendo. Discorda-se, todavia, da demonização de toda e qualquer negociação no âmbito penal, uma vez que, determinados seus parâmetros de aplicação, ela serviria para o desenvolvimento da ciência jurídica e para aumentar o rol de garantias e possibilidades do acusado.

Avesso à tendência de alargamento das possibilidades de convenções entre os sujeitos processuais no Direito Processual Penal, Afrânio da Silva Jardim defende que, já estando reguladas as hipóteses de transação e colaboração premiada, não haveria necessidade de criação de novas modalidades consensuais. A razão do seu discurso está baseada na importação de determinados institutos do Direito norte-americano de maneira retilínea (v. g. *plea bargaining*³⁷⁹), ignorando as bases jurídicas e valores sociais completamente diversos entre ambas as culturas³⁸⁰.

De fato, não se pode sustentar a importação irracional de uma concepção jurídica estrangeira ao ordenamento jurídico brasileiro sem que antes haja uma compatibilização com as regras e princípios que norteiam nosso Direito. A mesma lógica que defendemos quando tratamos da relação entre o Direito Processual Civil e Penal cabe nesse momento: o diálogo entre sistemas é salutar e deve ser sempre estimulado; todavia, nem todo organismo pode ser introduzido por faltar-lhe identificação com os costumes jurídicos locais.

Nesse sentido, concordamos com o posicionamento de Geraldo Prado, para quem a importação de soluções consensuais deve ser analisada cautelosamente, especialmente nos países da América Latina, cuja realidade penitenciária é por demais peculiar se comparada com os demais sistemas jurídicos³⁸¹. Assim, antes de qualquer coisa, é necessário haver uma profunda reflexão e pesquisa quanto aos aspectos fundamentais da medida que se busca aplicação na ciência jurídica nacional³⁸². Ao

³⁷⁹ A barganha é um “instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociando e pactuando entre as partes ou somente esperado pelo acusado” (VASCONCELLOS, Vinícius G. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 56-63).

³⁸⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Justiça penal pactuada. Uma visão privada do sistema penal**. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/justica-penal-pactuada/>>. Acesso: 28/08/2017.

³⁸¹ Sobre o tema: “Como revelam todas as estatísticas disponíveis – especialmente os censos penitenciários, no Brasil – o direito penal nos países da periferia atua sobretudo em face dos grupos sociais que não participam do poder” (PRADO, Geraldo. **Justiça Penal Consensual**. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 91).

³⁸² *Ibidem*, p. 91.

mesmo passo, o autor aventa possibilidades de negociação quando se tratar de infrações de médio potencial ofensivo e desde que não impliquem na imposição de sanções penais:

Quanto às denominadas infrações de médio potencial ofensivo, que também devem guardar em comum a característica de atentarem contra interesses da maior parte da comunidade, as soluções consensuais poderiam vir a ser tentadas, desde que objetivamente não consistam na imposição de sanções penais e possam funcionar, realmente, como fatores de interdição do processo penal. Assim, simultaneamente com a redução do número de infrações penais incidiria, conforme critérios objetivos, um princípio de oportunidade da ação penal pública – em alguns casos com a possibilidade dos sujeitos negociarem condições não punitivas, como, por exemplo, a assunção do compromisso de submeter-se, o investigado, a tratamento para controle do uso de drogas lícitas ou ilícitas, ou orientação psicológica para lidar com questões de adaptação familiar. Estas mesmas condições poderiam ser estendidas ao processo, naqueles casos em que as qualidades pessoais do agente estejam a demonstrar que a aplicação da sanção penal correrá o risco de afrontar o critério constitucional de proporcionalidade, tendo em vista os efeitos nocivos das medidas reativas³⁸³.

Jorge de Figueiredo Dias levanta questionamento sobre a admissibilidade de convenções e acordos sobre a sentença que tem como objeto o procedimento ou o resultado que dele adviria (no âmbito penal, a aplicação ou não de pena) de acordo com o sistema processual penal e os princípios regentes de um Estado de Direito³⁸⁴.

Ao contrário do que entendem Nereu José Giacomolli e Vinícius Vasconcellos, para quem “as negociações incentivam, inexoravelmente, a ocultação de questões fundamentais da persecução penal; e o desaparecimento do contraditório em razão da preeminência da investigação preliminar”³⁸⁵, adota-se aqui a concepção de que as negociações jurídicas processuais são plenamente compatíveis com o sistema processual penal³⁸⁶, especialmente quando temos em mente que o princípio ao autorregramento da vontade decorre diretamente de uma interpretação sistemática constitucional³⁸⁷⁻³⁸⁸.

³⁸³ PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 95.

³⁸⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 28.

³⁸⁵ LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal pop obriga uma nova abordagem de ensino**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-05/limite-penal-processo-penal-pop-obriga-abordagem-ensino>>. Acesso: 28/08/2017.

³⁸⁶ Quanto às críticas feitas ao sistema da justiça penal negociada, pontua Rosimeire Leite: “Da análise dos países estrangeiros incluídos nesse estudo, nota-se que as críticas ao modelo consensual são bastante parecidas, referindo-se, entre outros aspectos, ao aumento dos poderes do órgão acusador, à aplicação de pena sem aferição de culpabilidade, aos riscos para a defesa do imputado, aos episódios de coerção, à debilidade do controle jurisdicional e à renúncia a garantias constitucionais” (LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 11).

³⁸⁷ Sobre o tema, remete-se à leitura do tópico “2.1”.

É clara a tendência atual nos mais diversos ramos do Direito Público em reforçar as estruturas e modalidades de obtenção de resultados consensuais nas relações marcadas pelo publicismo³⁸⁹. Como bem define Antônio do Passo Cabral, “as soluções cooperativas podem conviver com ambientes de grande inserção de interesses públicos e sociais, como é, decerto, o direito processual”³⁹⁰.

6.1.3 A EXPERIÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI Nº 9.099/1995)

A Lei nº 9.099/95, que regulamenta os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, representa verdadeiro marco da Justiça Penal Negociada no Brasil. A sua previsão constitucional se encontra no art. 98, I da CF/1988³⁹¹, que determina a criação dos Juizados Especiais e também prevê institutos como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Pela sua importância dogmática, tratar-se-á de alguns pontos principais quanto ao tema a fim de visualizar a lógica da consensualidade no Direito Penal.

O Juizado Especial Criminal existe tanto no âmbito Federal quanto no âmbito Estadual/Distrital e possui competência para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, como as contravenções e os tipos penais com pena máxima não superior a dois anos. Configurada a hipótese de conexão ou continência entre um crime de competência do Juizado e outro, extrapolando os limites estabelecidos pela Lei nº 9.099/95, haverá a reunião dos processos na Justiça Comum. Todavia, entendeu o legislador que, mesmo assim, estão mantidas as possibilidades de transação penal, composição dos danos e suspensão condicional do processo, especificamente quanto ao crime de menor potencial ofensivo³⁹².

³⁸⁸ Em posicionamento mais contido, afirma Geraldo Prado que “não significa que as soluções consensuais devem ser pura e simplesmente eliminadas” (PRADO, Geraldo. *Justiça Penal Consensual*. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 94).

³⁸⁹ DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 13 ss.

³⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 161.

³⁹¹ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

³⁹² LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 747.

Sendo assim, infere-se que os institutos em questão, em que pese regulados pela Lei nº 9.099/95, não são privativos dos Juizados Especiais Criminais, considerando que a sua aplicação também poderá se dar no rito comum ou mesmo no Tribunal do Júri, desde que respeitado o limite de pena máxima cominada de dois anos³⁹³. Passemos, então, ao estudo de cada uma dessas espécies convencionais penais.

Em primeiro lugar, a composição dos danos civis está prevista nos arts. 74 e 75 da Lei nº 9.099/95 e se trata em um acordo, realizado entre o ofendido e o ofensor, com o intuito de negociar reparação dos danos que advieram do delito praticado, gerando, assim, um título executivo judicial³⁹⁴. A decisão que eventualmente homologar a referida convenção é irrecorrível, podendo haver a oposição em face dela apenas de embargos declaratórios.

Poderá haver sua composição tanto na fase pré-processual como na audiência preliminar, desde que presentes as partes e assistidas por seus respectivos defensores. A composição dos danos terá como efeito principal a extinção da punibilidade, uma vez que o ofensor estará renunciado ao seu direito de queixa ou representação. Assim, impede-se a instauração do processo, caso ele não tenha ainda se iniciado, ou extingue-se o feito, na situação de já ter sido iniciada a demanda criminal³⁹⁵.

Frise-se, o instituto só pode ser aplicado nas hipóteses em que se tratar de ação penal de iniciativa privada ou iniciativa pública condicionada à representação, sendo inviável nos casos de iniciativa pública incondicionada³⁹⁶.

Há, ainda, o instituto da transação penal, talvez a figura mais conhecida dentre as demais no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Ela é oferecida pelo membro do Ministério Público ao acusado antes do oferecimento da denúncia, podendo versar sobre pena antecipada, multa ou restritiva de direitos³⁹⁷.

A transação penal é um direito subjetivo do réu, de forma que ao Ministério Público não cabe fazer um juízo de discricionariedade quanto à oportunidade e conveniência do seu oferecimento, mas sim apenas quanto à proposta a ser apresentada ao acusado³⁹⁸. Sendo um direito, há um equívoco terminológico no art. 76 da Lei nº

³⁹³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 747.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 750.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 750-751.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 750-751.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 752.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 752.

9.099/95³⁹⁹, no qual consta que o membro do Ministério Público “poderá” propor a transação, quando em verdade é um poder-dever, desde que presentes os requisitos para tanto.

Aury Lopes Jr defende se tratar de uma relativização da regra da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, tendo em vista que o Ministério Público deverá verificar o preenchimento no caso concreto dos requisitos necessários para o oferecimento da transação penal. Caso preenchidos, não lhe incumbirá fazer um juízo de ponderação sobre o cabimento ou não do instituto, podendo apenas negociar sobre a pena a ser aplicada⁴⁰⁰. Não alcançando as partes um consenso sobre os termos do acordo, segue-se o processo pelo rito sumaríssimo⁴⁰¹.

Quanto à aplicação da transação penal às ações de iniciativa privada, a norma contida no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais aponta no sentido da incompatibilidade do instituto com as demandas privadas, considerando que há menção expressa apenas às ações públicas (incondicionada e condicionada à representação). Todavia, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm entendendo que a transação penal é um direito subjetivo do réu, independentemente do tipo de ação penal, de sorte que hoje predomina esse entendimento⁴⁰².

Por fim, temos a suspensão condicional do processo, única hipótese de negócio jurídico de caráter processual dentre as três aqui mencionadas⁴⁰³. Tanto na transação penal quanto na composição dos danos civis, há uma convenção de caráter material, tendo em vista que se discute a pena a ser aplicada no caso concreto.

O instituto está regulado na norma do art. 89 da Lei nº 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de freqüentar determinados lugares;

³⁹⁹ “**Art. 76.** Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

⁴⁰⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 752.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 756.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 756/757.

⁴⁰³ Entendemos que o tema comporta polêmica, todavia, partimos de uma análise de prevalência do objeto, através da qual se constata que, tanto na transação penal quanto na composição civil dos danos, prevalece uma negociação sobre direito material.

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Assim, o membro do Ministério Público poderá propor a suspensão do processo no momento de oferecimento da denúncia, desde que presentes os requisitos acima definidos, submetendo-se posteriormente o acusado, se firmado o acordo, ao chamado “período de prova”. Caso o ofensor cumpra com as condições especificadas na lei e aquelas que porventura o juiz estabeleça quando da apreciação do negócio, será declarada extinta a punibilidade (e, conseqüentemente, o processo)⁴⁰⁴.

O descumprimento, por parte do réu, das obrigações estabelecidas no acordo de suspensão do processo, como não se ausentar da comarca sem autorização ou comparecimento mensal perante o juízo, não acarreta na prisão provisória, mas apenas no processamento regular do feito que se encontrava suspenso⁴⁰⁵.

O acordo processual de suspensão condicional deve ser sempre feito em juízo e o acusado deve estar na presença de seu defensor, podendo ser oferecida pelo Ministério Público no momento da denúncia ou logo após ela, desde que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano e que o réu não esteja sendo processado criminalmente, não seja reincidente e preencha os requisitos do art. 77 do CP. Por fim, não é necessário que o delito seja de competência do Juizado Especial Criminal⁴⁰⁶.

Vemos, então, que a lógica da consensualidade já existe no Direito Processual Penal, ramo do Direito Público onde mais claramente se visualiza o interesse social por trás das suas disposições, uma vez que, aqui, se encontra em jogo a própria liberdade do acusado. Cai por terra, assim, a ideia de que a indisponibilidade levaria ao

⁴⁰⁴ Aury Lopes Jr lembra que o instituto não pode ser confundido com a suspensão condicional da pena, onde há uma sentença condenatória, mas fica a execução da pena privativa de liberdade suspensa por determinado período. Aqui, todavia, há suspensão do próprio processo sem que exista sentença condenatória. (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 759).

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 760.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 761-762.

reconhecimento da inviabilidade de as partes convencionarem no que tange aos aspectos processuais do caso concreto, ainda mais considerando que a própria CF/1988 prevê os institutos da composição dos danos civis, da transação penal e da suspensão condicional do processo.

6.1.4 COLABORAÇÃO PREMIADA: É NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL?

Um dos temas de maior repercussão na doutrina penal e processual penal nos últimos tempos diz respeito ao instituto da chamada *colaboração premiada*⁴⁰⁷, tendo em vista a sua utilização constante nos acordos realizados na Operação Lava-Jato. Segundo conceito dado por Vladimir Aras, trata-se de um meio de obtenção de prova, regulado pela Lei nº 12.850/2013, bem assim uma técnica especial de investigação, a qual deve respeitar e observar aos princípios da legalidade e da proporcionalidade⁴⁰⁸.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a concepção do instituto, afirmando, na oportunidade, ser um ato do acusado que, renunciando ao seu direito ao silêncio, coopera com o Estado-acusador através do fornecimento de informações ao Ministério Público e/ou ao delegado de polícia responsável pela investigação, contribuindo, assim, para a “resolução do crime”⁴⁰⁹.

No plano internacional, a colaboração premiada está prevista na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), em seu art. 26 promulgada no Brasil através do Decreto 5.015 de 12 de Março de 2004. Há expressa previsão, ainda, no art. 37 da Convenção de Mérida, também promulgada no Brasil (Decreto 687 de 31 de janeiro de 2006).

Em que pese ter sido primeiramente prevista na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), no Brasil, o instituto da colaboração premiada tem sua principal fonte de regulamentação na Lei nº 12.850/2013 (arts. 4º a 6º).

Consoante determina a legislação sobre o tema, a colaboração terá como partes

⁴⁰⁷ “Aponte-se, desde já, que a terminologia eleita é preferível à ‘delação premiada’, que ostenta reprovabilidade inerente, bem como, em uma classificação mais esmiuçada, constituiria gênero, do qual a delação propriamente dita é espécie, intitulada também de chamamento de corréu, em autêntico eufemismo”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: **Revista Magister de direito penal e processual penal**, v. 13, n. 73, ago./set. 2016, p. 32).

⁴⁰⁸ ARAS, Vladimir. **Conceito de colaboração premiada**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/conceito-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso: 28/08/2017.

⁴⁰⁹ BRASIL. STJ. AgRg no Ag no 1.285.269/MG. Sexta Turma. Rel. Min. OG Fernandes. DJ 29/11/2010.

o(s) membro(s) do Ministério Público ou o Delegado de Polícia (cuja capacidade negociadora depende da presença de um Promotor de Justiça ou Procurador da República), bem assim o próprio investigado, necessariamente assistido pelo seu defensor⁴¹⁰. Assim, com a manifestação de vontade dos envolvidos no sentido de celebrar o acordo de colaboração, termo utilizado pelo legislador, apresenta-se o resultado final ao órgão jurisdicional, a quem caberá a sua homologação ou não.

Dessa forma, restou consagrada a autorização legal para que o Estado, através do Ministério Público e do órgão policial, negocie situações jurídicas criminais punitivas, comprometendo-se o investigado, em troca, a fornecer informações que auxiliem na investigação de determinado fato delituoso⁴¹¹.

Antes de adentrar na discussão acerca da natureza do instituto, é necessário tecer algumas considerações quanto a sua constitucionalidade.

Parte da doutrina processual penal encontra dificuldade no enquadramento constitucional das colaborações premiadas, especialmente quando se analisa a questão de acordo com os princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/1988) e do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, CF/1988). A partir da doutrina de Luigi Ferrajoli, defensor da inconstitucionalidade de transações cujo objeto é a própria imposição de sanção, uma vez recebendo o delator sanção menor que a de determinado réu que praticou conduta menos reprovável, mas se negou a colaborar com o Estado, estar-se-ia violando a individualização da pena⁴¹².

Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa, a seu turno, defendem que a colaboração premiada representa violação ao pressuposto fundamental da jurisdição, sob o argumento de que “a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos

⁴¹⁰ Nesse sentido, determina o art. 4º, §6º da Lei nº 12.850/2013, *in verbis*: “§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

⁴¹¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 55.

⁴¹² E assim continua em sua crítica: “a devastação do completo sistema das garantias: o nexos causal e proporcional entre a pena e o crime, dado que a medida da primeira dependerá, muito mais, do que da gravidade do segundo, da habilidade negociadora da defesa, do espírito de aventura do imputado e da discricionariedade da acusação; os princípios da igualdade, da certeza e da legalidade penais, não existindo qualquer critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público, e que discipline o seu engajamento com o imputado (...)” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 601).

do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade”⁴¹³.

Entendemos em sentido diverso. Em que pese ser moral e eticamente questionável⁴¹⁴, o instituto da colaboração premiada, analisado de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, não é inconstitucional. Deve-se sempre ter em mente que o acordo firmado entre o Ministério Público e o investigado passará pelo crivo do órgão jurisdicional para homologação, que, naquele momento, deve fazer uma análise dos requisitos de existência, validade e eficácia, bem assim julgar a constitucionalidade e a legalidade das medidas ali acordadas.

O mau uso do instituto por parte dos operadores do Direito, como é o caso dos acordos de colaboração que preveem quinze anos de prisão domiciliar, não pode importar diretamente na sua demonização⁴¹⁵. Ora, é papel da doutrina e da jurisprudência traçar os parâmetros para a correta aplicação das colaborações premiadas na prática, tendo em vista a legislação quanto à matéria e a CF/1988.

O princípio da individualização da pena, cuja matriz é constitucional, é deveras mais complexo, levando em conta, por exemplo, as circunstâncias pessoais do agente e a sua postura durante o processo. Desse modo, pode-se afirmar com alguma segurança que, desde o mencionado ponto de vista, o instituto da colaboração premiada não desrespeita a individualização das penas, senão que a homenageia, haja vista que assegura ao colaborador as benesses resultantes do seu comportamento individual, o que não será dado a quem age de modo diverso. Em outras palavras, os aspectos subjetivos também são levados em conta quando da concessão do benefício, ou seja, questões inerentes ao próprio acusado, como os motivos do crime, permitindo, assim, que seja considerada a renúncia ao direito ao silêncio e o intuito de colaborar do acusado⁴¹⁶.

Faz parte do exercício da ampla defesa do acusado optar ou não pelo acordo colaborativo com o Estado, a depender das provas por ele carreadas e da sua estratégia

⁴¹³ LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso: 28/08/2017.

⁴¹⁴ “A delação (traição) premiada revela a incompetência do Estado na luta contra o crime, na ineficiência do sistema de persecução criminal. Vale-se, então, da fraqueza de caráter de determinados indivíduos. A delação premiada é a institucionalização da traição” (BRASIL. TRF1. APL 221261120074013500. Terceira Turma. Rel. Des. Tourinho Filho. DJ 17/12/2010.).

⁴¹⁵ Não concordamos, todavia, com o argumento de que as colaborações premiadas serviriam como um instrumento de resposta à criminalidade em razão do “anseio social”, como defende Marcos Paulo Dutra Santos (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 2ª ed: rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 71). O processo penal não pode ser pautado pela opinião pública, mas sim pelas normas constitucionais processuais penais, de forma que entendemos inconstitucional a previsão do art. 4º, §1º da Lei nº 12.850/2013 no que tange à “repercussão social do fato criminoso”.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 70.

de defesa⁴¹⁷. Ademais, é importante salientar que os corréus não poderão ser condenados com base única e exclusivamente na colaboração premiada firmada, uma vez que, sendo uma modalidade de confissão, só possui eficácia *obter dictum*⁴¹⁸.

Estabelecidas as premissas quanto à sua conceituação e constitucionalidade, passamos para o estudo do ponto fulcral deste tópico: são as colaborações premiadas espécies de negócios jurídicos processuais penais? A importância de se responder adequadamente o questionamento aqui levantado reside na possibilidade de compatibilização da cláusula geral de negociação, prevista no art. 190 do CPC/2015, ao Direito Processual Penal, bem como seus limites e requisitos.

A nosso ver, a colaboração premiada é uma modalidade típica de negócio jurídico processual no âmbito penal⁴¹⁹. Assim como já exposto no Capítulo 3 deste trabalho, a manifestação de vontade das partes representa parte nuclear do suporte fático do negócio, aqui constituída pela exteriorização do Delegado de Polícia com a participação do membro do Ministério Público (ou só desse último) e do acusado, devendo sempre ser assistido por seu defensor⁴²⁰. Ao contrário de alguns tipos de convenções processuais, o órgão jurisdicional, representado pelo juiz, não faz parte da celebração do negócio, apenas atuando posteriormente com a realização do juízo de homologação⁴²¹.

Quanto à participação do Delegado de Polícia, frise-se que a lei não atribui capacidade processual à autoridade policial⁴²², mas sim capacidade negocial condicionada à participação do Ministério Público, só podendo ser exercida no âmbito

⁴¹⁷ Não ignoramos a má atuação de alguns Promotores de Justiça e Procuradores da República que vulgarizam as prisões cautelares como forma de obrigar o acusado a firmar acordo de colaboração. Todavia, como pontuamos, não podemos demonizar o instituto com base no seu mau uso. Pelo contrário: justamente em razão disso, devemos estabelecer os parâmetros para a sua correta aplicação.

⁴¹⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 2ª ed: rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 75.

⁴¹⁹ Nesse sentido: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 58 ss; CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 149-178; DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179-222.

⁴²⁰ Aqui, não há o “indício de vulnerabilidade” de que trata o Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (“Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”), uma vez que a lei expressamente determina a obrigatoriedade da assistência, consoante §6º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013.

⁴²¹ DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. *Op. cit.*, p. 188.

⁴²² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**. Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122/123.

do inquérito policial e no que tange às situações jurídicas ativas referentes à investigação e colheita de provas⁴²³.

Sendo a exteriorização de vontade um elemento nuclear do suporte fático dos negócios jurídicos processuais, com espeque no exposto nas linhas acima, já podemos classificar a colaboração premiada como ato jurídico em sentido amplo. Passemos, então, a demonstrar a razão de classificá-la como negócio jurídico processual, espécie do gênero.

No negócio jurídico da colaboração premiada, podem os sujeitos acordar quanto ao seu conteúdo eficaz, ou seja, exercer o seu autorregramento da vontade. Não é demais lembrar, por óbvio, que o exercício do direito possui limitações estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico, o que será objeto de estudo em momento posterior. Assim, nas palavras de Fredie Didier Jr e Daniela Bomfim:

As partes também negociam e definem a consequência jurídica que será irradiada em favor do colaborador (a vantagem que irá obter em razão da prestação de colaboração); em razão da prestação a que se obriga, o colaborador terá como vantagem um tipo de decisão material penal (que haverá com a homologação do acordo), que poderá ser de perdão judicial, de redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou de sua substituição por restritiva de direitos⁴²⁴.

As partes podem firmar o acordo colaborativo no sentido de, v. g., suspender o prazo para oferecimento de denúncia em relação ao colaborador (art. 4º, §3º, Lei nº 12.850/2013) ou, até mesmo, não oferecer a peça acusatória inicial (art. 4º, §5º, Lei nº 12.850/2013). Como se pode depreender da leitura da legislação sobre o tema, a vontade dos sujeitos, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, irá atuar diretamente na eficácia do negócio, o que permite classificar a colaboração premiada como *negócio jurídico processual penal*⁴²⁵.

Vale lembrar que, se analisados os termos da Lei nº 12.850/2013, o próprio vocabulário utilizado pelo legislador denota o caráter negocial do instituto, uma vez que, em diversas passagens, ele se utiliza de expressões como “negociações”, “acordo de colaboração”⁴²⁶, “acordo”⁴²⁷ e “proposta”⁴²⁸, por exemplo.

⁴²³ DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. *Op. cit.*, p. 189.

⁴²⁴ DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal. Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 190.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 190.

⁴²⁶ “**Art. 4º.** (...) § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

Todavia, há quem discorde e entenda que a colaboração premiada não é modalidade de negócio jurídico processual.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e José Roberto Sotero de Mello Porto são dois que se mostraram contrários à tese aqui defendida. Em sua linha de entendimento, três são os problemas centrais para o enquadramento do acordo de colaboração como convenção processual, quais sejam: *a)* a vulnerabilidade intrínseca ao processo penal; *b)* as consequências jurídicas permitidas estariam postas na lei, de modo que não haveria real escolha dos efeitos pelas partes; e *c)* o papel exercido pelo juiz penal e a eficácia do acordo perante terceiros.

No que tange à vulnerabilidade no Processo Penal, defendem os autores que, tendo em vista o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015, segundo o qual o juiz deverá recusar sua aplicação quando uma das partes for manifestadamente vulnerável em relação a outra, seria impossível alcançar a “paridade de armas” no âmbito do Direito Processual Penal⁴²⁹. Ainda, afirmam que, para que seja garantido um mínimo de sobrevida ao instituto, “teremos que afastar a proibição de se celebrarem negócios processuais entre partes desiguais ou, ao menos, que envolvam uma parte vulnerável”⁴³⁰.

Com a devida vênia, discorda-se desse entendimento. Em primeiro lugar, a Lei nº 12.850/2013 determina que o investigado deva estar acompanhado de seu defensor quando das negociações do acordo de colaboração (art. 4º, §4º), o que, ao menos, garante assistência técnico-jurídica ao acusado. Ademais, ao contrário do que defendem os autores, a situação de vulnerabilidade prevista no parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 não se refere exclusivamente às hipóteses consumeristas, podendo ela também derivar de aspectos sociais, culturais e jurídicos.

A propósito do tema, conforme já esclarecido neste trabalho, a situação de vulnerabilidade deve ser analisada no caso concreto. Na hipótese de os investigados no âmbito do Direito Processual Penal, deve o magistrado fazer o controle da capacidade

⁴²⁷ “**Art. 4º.** (...) § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

⁴²⁸ “**Art. 4º** (...). § 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”.

⁴²⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: **Revista Magister de direito penal e processual penal**, v. 13, n. 73, ago./set. 2016, p. 38.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 44.

negocial do investigado no momento da celebração do acordo de colaboração, a fim de aferir a validade do negócio.

Quanto ao argumento de que as partes não teriam a faculdade de convencionar sobre os efeitos jurídicos decorrentes do acordo, mais uma vez compreendemos de maneira diversa.

Conforme a leitura do texto de Humberto Dalla e José de Mello Porto, o seu entendimento é no sentido de que o acordo de colaboração firmado entre as partes não determina as suas consequências jurídicas⁴³¹, cabendo ao magistrado selecionar os efeitos permitidos pela lei que sejam adequados ao caso concreto quando da apreciação⁴³². Por essa razão, afirmam não poder ser possível considerar a colaboração premiada como negócio jurídico processual, a não ser que “o juiz integrasse o ato, vez que os efeitos pretendidos dele dependem”⁴³³.

Mais uma vez, é necessário lembrar e deixar claro que o exercício do direito ao autorregramento da vontade não é ilimitado, sofrendo restrições em qualquer âmbito do Direito em que se analise a questão. Toda consequência jurídica deve possuir previsão legal ou, ao menos, ser admitida pelo ordenamento jurídico⁴³⁴.

Sendo assim, analisando a Lei nº 12.850/2013, conclui-se que não cabe ao magistrado escolher as consequências jurídicas que advirão do acordo de colaboração firmado entre os sujeitos. Nesse sentido, o *caput* do art. 4º é muito claro ao afirmar que poderá o magistrado, a *requerimento das partes*, conceder uma das hipóteses ali descritas. Ou seja: as partes, de comum acordo, pactuam pela concessão de perdão judicial, pela redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou pela sua substituição em restritiva de direitos, levando posteriormente ao órgão jurisdicional, a quem caberá fazer o juízo de homologação dos termos do acordo.

Por fim, no que toca à participação do juiz no acordo de colaboração premiada, afirmam os autores que não pode o órgão jurisdicional ser obrigado “por negociação da

⁴³¹ E assim continuam: “A categorização ganha traços complexos. Seria caso de um ato jurídico em sentido estrito em que, manifestada a vontade de ambas as partes (investigado e Ministério Público), sucederia o efeito previsto em lei, sem espaço para a autonomia da vontade no que se refere às consequências jurídicas do acordo?” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: **Revista Magister de direito penal e processual penal**, v. 13, n. 73, ago./set. 2016, p. 41)

⁴³² *Ibidem*, p. 39.

⁴³³ *Ibidem*, p. 40.

⁴³⁴ DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 191.

qual não participou”⁴³⁵⁻⁴³⁶. Entretanto, conforme analisado anteriormente, *os negócios jurídicos podem, sim, obrigar o juiz que dele não participou*. Ora, caberá ao juiz apenas a análise dos requisitos de validade, existência e eficácia do negócio, tendo em vista os limites impostos pelo ordenamento jurídico, em especial os princípios processuais penais⁴³⁷ e os limites legais expressos e implícitos. Assim, a sua homologação será pressuposto de eficácia, e não de existência⁴³⁸.

Exigir a homologação do acordo de colaboração premiada como condição para a eficácia do negócio está em consonância com a realidade do sistema processual penal, considerando que apenas ao juiz cabe fazer o juízo de valor acerca das consequências punitivas⁴³⁹. Não seria compatível com as regras do Processo Penal permitir que um acordo fosse feito entre Ministério Público e acusado, onde esse último abre mão do seu direito ao silêncio, com a disposição pelos sujeitos de situações materiais e processuais penais, sem que houvesse a sua submissão à autoridade judicial⁴⁴⁰.

Conclui-se, então, que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual de caráter probatório, visando à instrução de determinada demanda penal, seja ela judicial ou investigatória⁴⁴¹.

6.2 FUNDAMENTOS PARA A APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO PENAL

Chega-se então ao tema principal aqui defendido, no sentido de que não há incompatibilidade entre os negócios jurídicos processuais e o Direito Processual Penal,

⁴³⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Op. cit.*, p. 44.

⁴³⁶ Por outro lado, Humberto Dalla e José de Mello Porto entendem que, nos chamados “acordos *inter partes*”, onde não haveria a necessidade de homologação do juiz, estaria configurada a hipótese de negócios jurídicos processuais, a exemplo do acordo de não apresentação de denúncia por parte do Ministério Público (art. 4º, §4º da Lei nº 12.850/2013). (Ibidem, 41-42).

⁴³⁷ Assim, “A decisão homologatória equivalerá à decisão penal que concede perdão judicial, extinguindo a punibilidade, ou àquela que aplique redutor de pena restritiva de liberdade ou, ainda à que converta em pena restritiva de direito. Uma vez transitada em julgado, forma-se a coisa julgada material recobrando a certificação de tais benefícios. No que concerne às situações jurídicas processuais estabelecidas em razão do negócio, a necessidade de homologação justifica-se na medida em que a obrigação de cooperação compõe a relação de reciprocidade causal (sinalagma) com os benefícios penais pactuados” (DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 198).

⁴³⁸ Ibidem, p. 198.

⁴³⁹ Ibidem, 190.

⁴⁴⁰ Ibidem, 199.

⁴⁴¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 59.

podendo não só haver a aplicação analógica dos tipicamente previstos em outras leis do sistema jurídico brasileiro, como também da cláusula geral de negociação presente no art. 190 do CPC/2015.

Fundamenta-se a aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais ao Processo Penal com base em quatro pontos principais: a conformação com a CF/1988; o preenchimento dos critérios do art. 3º do CPP; a possibilidade de negociação mesmo quando constatada (casuisticamente) a vulnerabilidade do acusado; e, por fim, o descabimento do dogma da indisponibilidade do Direito Material e das ações penais.

6.2.1 DA NECESSIDADE DE LEITURA CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os negócios jurídicos processuais, analisados sob uma ótica constitucional, são plenamente aplicáveis ao Direito Processual Penal.

Conforme previamente analisado neste trabalho⁴⁴², o princípio do autorregramento da vontade no processo decorre diretamente da interpretação dos direitos fundamentais, previstos na CF/1988, à liberdade (art. 5º, *caput*) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Ademais, a expressão “autorregramento da vontade” é preferível à “autonomia privada” porque, da sua leitura, poder-se-ia sustentar a aplicação exclusiva do princípio em questão no Direito Privado, tendo em vista que “autonomia privada” pode levar o intérprete ao equívoco de se pensar que o a manifestação de vontade das partes teria lugar apenas nas relações não publicistas, onde o campo de possibilidades consensuais é deveras mais amplo.

Dessa forma, a partir de uma análise das normas constitucionais, entende-se que o autorregramento da vontade é compatível com o Direito Público, uma vez que o publicismo não impede que os sujeitos exerçam o seu direito de regular juridicamente seus interesses (frise-se, materiais e processuais). Sendo assim, podem as partes, também no Direito Processual Penal, convencionar sobre o procedimento, adaptando-o às particularidades do caso concreto, bem assim sobre situações jurídicas processuais de sua titularidade⁴⁴³.

⁴⁴² Remetemos o leitor à leitura do tópico “2.1”.

⁴⁴³ Nesse sentido: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 188; DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 31-38.

A CF/1988 consagra uma série de direitos constitucionais dos quais são titulares os sujeitos da ação penal, como é o caso da garantia de um processo justo, com a observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV), assegurando, assim, a bilateralidade dos atos processuais e o livre exercício, por parte do réu, do seu direito de defesa. Ora, negar ao réu a utilização dos negócios processuais é limitar o seu direito constitucional de se defender, uma vez que se retira do leque de possibilidades um instrumento consensual de resolução de conflitos.

Não adianta que a CF/1988 preveja formalmente direitos e garantias ao acusado se não lhe são assegurados todos os meios efetivos à defesa dos seus interesses no processo e na sua máxima extensão e profundidade. Subtrair do réu a possibilidade de transigir sobre aspectos pontuais do processamento dos fatos em apuração, por mero formalismo, cegando-se aos avanços da dogmática jurídica, pode, enfim, significar a limitação ao próprio direito de defesa.

A própria Carta Magna permite e estimula a leitura integrada dos diversos ramos da ciência jurídica, de modo que pode o Direito Processual Penal se valer de institutos essencialmente desenvolvidos no campo do Direito Processual Civil, adaptando-os ao seu sistema jurídico, com a devida observância dos princípios e regras próprios da sua realidade normativa. Nessa esteira, um dos principais reflexos do movimento de constitucionalização do processo está na adoção das cláusulas gerais pelo CPC/2015, cuja principal previsão é justamente a cláusula geral de negociação sobre o processo (art. 190).

Dessa forma, não pode ser excluído no sistema jurídico processual penal o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, do qual o negócio jurídico processual é tradução. Todavia, a aplicação do instituto no Processo Penal deve se dar de forma a respeitar o modelo de processo previsto na CF/1988, bem como as regras e princípios característicos do campo jurídico-penal, servindo, então, para o adequado deslinde da relação processual, com respeito aos direitos e garantias do acusado.

Não havendo qualquer tipo de vedação constitucional à adoção de práticas consensuais nos ramos do Direito Público, tendo em vista que a própria CF/1988 contém expressa previsão de instrumento de convenção no âmbito processual penal⁴⁴⁴,

⁴⁴⁴ É o caso da suspensão condicional do processo: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e

não encontramos óbice constitucional à aplicação dos negócios jurídicos processuais ao Processo Penal.

6.2.2 DO PREENCHIMENTO DOS CRITÉRIOS DO ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA A APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Por todas as razões já expostas neste trabalho, a aplicação dos negócios jurídicos processuais não pode se dar de maneira automática, devendo haver uma compatibilização com o sistema jurídico no qual estará sendo inserido. No que tange especificamente ao Direito Processual Penal, o já mencionado art. 3º do CPP admite a interpretação extensiva e a aplicação analógica de princípios e regras externos à mencionada Codificação, desde que com ela guardem pertinência temática.

Segundo Guilherme Nucci, a interpretação extensiva é aquela que se amplia o conteúdo da lei a fim de alcançar o real significado da norma jurídica pretendida. Em outras palavras, é “quando a norma disse menos do que deveria”. Por outro lado, através da interpretação analógica, o intérprete irá buscar um processo de integração do Direito para que sejam supridas eventuais lacunas existentes no ordenamento jurídico, aplicando determinada norma existente a um caso concreto que com ela guarde semelhança ou utilidade⁴⁴⁵.

Assim, da leitura do art. 3º do CPP e do âmbito jurídico penal, compreende-se como requisitos necessários para aplicação integrativa dos sistemas processuais a conformidade com os princípios processuais penais, previstos tanto na CF/1988 quanto na legislação, bem assim a inexistência de regra específica sobre o tema. Passa-se então a justificar o cabimento da aplicação do art. 190 do CPC/2015 e demais modalidades típicas ao Direito Processual Penal.

Deve-se frisar, em primeiro lugar, que os negócios jurídicos processuais estão de acordo com a CF/1988 e os princípios processuais penais lá previstos, tais como o da reserva legal (art. 5º, XXXIX), o da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL), o do devido processo legal (art. 5º, LIV) e o da individualização da pena (art. 5º, XLV). E

infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

⁴⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Interpretação extensiva, interpretação analógica e analogia no processo penal**. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/interpretacao-extensiva-interpretacao-analogica-e-analogia-no-processo-penal>>. Acesso: 31/08/2017.

não poderia ser diferente, uma vez que, como visto, o próprio autorregramento da vontade decorre de uma análise das normas constitucionais. Eventuais transgressões e violações a direitos fundamentais dizem respeito à convenção processual concretamente analisada, e não ao instituto abstratamente considerado.

Estando de acordo com as normas constitucionais, constata-se que a cláusula geral de negociação (art. 190, CPC/2015) é plenamente compatível com o próprio CPP e os princípios e regras que norteiam o sistema, o que, conseqüentemente, permite a sua aplicação analógica através do art. 3º do CPP. O ordenamento processual penal não é infenso ao princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, considerando que o seu exercício da vontade é limitado de acordo com as normas cogentes processuais.

Ademais, não há norma específica no Direito Processual Penal que verse sobre negociações de caráter atípico, de modo que se permite a interpretação extensiva e analógica das normas do Direito Processual Civil atinentes à matéria. Todavia, as convenções processuais, para que aplicáveis no âmbito penal, não podem ferir os direitos e garantias do réu, bem assim os demais limites impostos pelo sistema processual penal, construído a partir de diretrizes protetivas a fim de garantir um devido processo ao acusado.

6.2.3 DA VULNERABILIDADE DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL

Uma das questões de maior preocupação na doutrina contrária à aplicação de técnicas consensuais no Direito Processual Penal diz respeito à vulnerabilidade do acusado perante o Estado-acusador⁴⁴⁶. Já tivemos a oportunidade de adentrar no tema, momento no qual foi esclarecido que a situação de inferioridade deve ser aferida no caso concreto, ainda que no Direito Processual Penal. Assim, cabe ao magistrado, quando da análise de validade do negócio jurídico, avaliar se o acusado, devidamente assistido, compreende as cláusulas pactuadas, além de estarem as disposições em conformidade com o caso concreto e os direitos fundamentais da parte⁴⁴⁷.

Quanto ao dever de assistência técnico-jurídica para firmar negócios processuais

⁴⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: **Revista Magister de direito penal e processual penal**, v. 13, n. 73, ago./set. 2016, p. 44.

⁴⁴⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 238.

no âmbito processual penal, depreende-se ser essa uma tendência legislativa clara, tendo em vista, por exemplo, a norma do art. 4º, §6º da Lei nº 12.850/2013 (“Lei do Crime Organizado”). A razão de ser do limite negocial imposto pelo legislador reside na importância do bem jurídico tutelado na esfera penal, qual seja, a própria liberdade do infrator, cuja vulnerabilidade aqui é normalmente presumida.

Acreditamos que o correto seria o entendimento disposto no Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, cuja redação é no sentido de que haveria *indício de vulnerabilidade* nas situações em que a parte firma acordo processual sem assistência técnico-jurídica, devendo a manifestação de vontade ser consciente e livre, sob pena de nulidade do quanto pactuado. Isso porque fatores como o nível de compreensão do acusado e as cláusulas pactuadas no negócio jurídico podem ditar a hipossuficiência no caso concreto.

Todavia, em que pese não nos filiemos ao entendimento de que existe uma presunção de vulnerabilidade considerada em abstrato, conforme a disposição mencionada da Lei do Crime Organizado, deve-se considerar a realidade legislativa do Direito Processual Penal, cuja orientação está relacionada ao conceito de defesa técnica, sem a qual o processo será nulo.

Se, mesmo com a assistência de defensor, um dos sujeitos processuais se apresentar em condição de inferioridade se comparado com os demais, caberá ao juiz realizar um juízo de validade do negócio e garantir a igualdade material entre os celebrantes⁴⁴⁸, buscando sempre dar eficácia ao acordo processual válido. É importante ressaltar que esse posicionamento não é exclusivo do Processo Penal, considerando que, também no Processo Civil, há certa preocupação com a possível existência de desigualdade entre as partes, o que pode resultar em acordos desconexos com o caso concretamente analisado⁴⁴⁹.

Dessa forma, a vulnerabilidade do acusado não é impedimento para a aplicação do instituto no âmbito processual penal, haja vista que a adequação do procedimento e a disposição de situações jurídicas processuais pode ser utilizada como forma de garantir ou aumentar os direitos do réu.

⁴⁴⁸ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007.

⁴⁴⁹ A tônica protetiva no âmbito processual civil, além do disposto no já mencionado parágrafo único do art. 190 do CPC/2015, pode ser inferido da leitura do art. 7º do CPC/2015, segundo o qual “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Ora, as convenções processuais, em nenhuma esfera do Direito, serão irrestritas e ilimitadas, sofrendo restrições de acordo com o bem jurídico tutelado na área na qual está inserida. Portanto, tendo em vista que, mesmo no Processo Civil, se observa a paridade de armas quando da análise do acordo, razões inexistem para que a vulnerabilidade do acusado, abstratamente considerada, seja fundamento para a inaplicabilidade do instituto no Processo Penal, sob pena de se negar um instrumento benéfico ao próprio réu.

6.2.4 DO DOGMA DA INDISPONIBILIDADE DO DIREITO MATERIAL E DAS AÇÕES PENAIS

Conforme já salientado quando do enfrentamento da questão no âmbito Processual Civil⁴⁵⁰, a indisponibilidade do direito material não leva ao impedimento de negociação sobre o procedimento ou sobre situações jurídicas processuais, considerando que, em que pese indisponível o direito em litígio, pode o processo ser resolvido, por exemplo, por meio de autocomposição⁴⁵¹.

Esse, inclusive, é o entendimento disposto no Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual a indisponibilidade do direito exclusivamente considerada não veda sequer a autocomposição, que dirá a celebração de negócios jurídicos processuais (espécie do gênero). Ora, considerando que os negócios jurídicos processuais têm como objeto o procedimento e/ou as situações jurídicas ativas, o direito litigioso pode ser indisponível, o que não acarretará obrigatoriamente na indisponibilidade das questões procedimentais. Ademais, em que pese a possibilidade de reflexo das disposições no direito material, a negatividade ou não dessa influência deve ser aferida na análise do caso concreto, sob pena de, como já dito, se limitar excessivamente o autorregramento da vontade das partes⁴⁵².

Dessa forma, o fato de o sistema penal tutelar bens jurídicos cuja base se encontra na própria CF/1988, ou seja, de cunho fundamental para o indivíduo, não pode desaguar no falso pensamento de que a indisponibilidade do direito é incompatível com a consensualidade. Isso porque o objeto da negociação processual não será o direito material em litígio, mas sim a maneira pela qual as partes buscarão a consecução dos

⁴⁵⁰ Retemos à leitura do tópico “3.3.5”.

⁴⁵¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 387-389.

⁴⁵² NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 161.

das pretensões em jogo no caso concreto.

Ao mesmo passo, há uma generalização no discurso dos que entendem pela inexistência de consensualidade no sistema jurídico penal, utilizando-se como argumento, muitas vezes, a indisponibilidade da ação penal. Assim, defendem que toda ação penal é indisponível. Ora, quando do estudo das ações penais de iniciativa privada, já vimos que essa espécie é regida pela conveniência e oportunidade do ofendido. Além disso, existe uma série de procedimentos especiais criminais e remédios constitucionais que não podem cair na vulgarização do argumento. Como bem aponta Antônio do Passo Cabral:

Ora, nos mandados de segurança criminais, *habeas corpus*, revisão criminal, reabilitação etc., não se veicula pretensão punitiva, e é claro que o titular do direito invocado pode desistir da ação, do recurso, em suma, da situação processual de vantagem, e nestes processos é de admitir-se, *prima facie* e sem muita dificuldade, que as partes celebrem negócios jurídicos para modificar o procedimento, adaptando-o de acordo com as suas necessidades⁴⁵³.

À vista disso, no que tange à regra da indisponibilidade, segundo a qual, oferecida a denúncia, não poderá o membro do Ministério Público desistir da ação, não se poder chegar à conclusão apressada de que os negócios jurídicos processuais seriam inaplicáveis à espécie. A indisponibilidade da ação penal se refere aos atos como o de renúncia, desistência, perdão e perempção, plenamente possíveis no âmbito das ações penais de iniciativa privada⁴⁵⁴. Nada impede, por outro lado, que os sujeitos do processo disponham sobre aspectos outros do procedimento e situações jurídicas processuais, a exemplo da ordem de produção de provas, o tempo para sustentação oral no tribunal ou o prazo para apresentação de alegações finais em processos complexos.

Portanto, tanto a indisponibilidade do objeto quanto a da ação penal de iniciativa pública não impedem de as partes convencionarem sobre o procedimento e/ou situações jurídicas processuais.

6.3 HIPÓTESES TÍPICAS DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Tendo sido analisados os fundamentos que norteiam a aplicação dos negócios jurídicos processuais no âmbito do Processo Penal, faz-se necessário salientar e analisar

⁴⁵³CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 165.

⁴⁵⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200.

a pré-existência de hipóteses típicas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, seja na ação penal de iniciativa privada ou nas ações penais de iniciativa pública (incondicionada e condicionada à representação).

6.3.1 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS TÍPICOS NA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

Vige nas ações penais de iniciativa privada, conforme estudado em tópico anterior⁴⁵⁵, as ideias de oportunidade, conveniência e disponibilidade, permitindo ao interessado que apenas promova a persecução penal a partir de um juízo de discricionariedade próprio, autorizando, ainda, que o querelante disponha do processo, seja através da renúncia, da desistência ou da concessão de perdão.

O próprio sistema jurídico processual penal já prevê possibilidades de negociações típicas no que se refere ao procedimento e às posições jurídicas. A primeira delas diz respeito à competência da ação penal, cuja regra específica do art. 73 do CPP dispõe sobre a sua relatividade, uma vez que pode o querelante optar em promover a apuração do fato criminoso tanto no domicílio do querelado quanto no lugar de cometimento da infração penal⁴⁵⁶.

Podendo o querelante optar entre demandar o querelado no local de seu domicílio ou onde foi praticado o crime, está-se diante de típico negócio jurídico processual penal unilateral, onde a manifestação de vontade de uma das partes é apta a produzir os efeitos no processo.

Outra hipótese típica prevista no ordenamento jurídico penal se refere à possibilidade de suspensão dos processos em curso quando houver prejudicialidade externa. Nesses casos, quando a decisão judicial depender de questão que repute o juiz séria e fundada, o curso da ação ficará suspenso até que a controvérsia seja dirimida no âmbito cível⁴⁵⁷.

Essa suspensão processual poderá ser decretada de ofício pelo juiz ou *a*

⁴⁵⁵ Remetemos a leitura ao capítulo 4, item “4.2.2”.

⁴⁵⁶ “**Art. 73.** Nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração”.

⁴⁵⁷ “**Art. 92.** Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente”.

requerimento das partes, consoante o art. 94, CPP⁴⁵⁸. Assim, quando as partes, de comum acordo, convencionarem por suspender o procedimento a fim de aguardar o fim da controvérsia no âmbito cível, está-se diante de negócio jurídico processual penal típico, eis que o suporte fático se encontra descrito em norma jurídica do Direito Processual Penal.

Temos, ainda, a nomeação de perito em exames realizados através de carta precatória. Nas ações penais de iniciativa pública, o perito será nomeado necessariamente no juízo deprecado. Todavia, a lei ressalva a obrigatoriedade aos casos das ações privadas, constando no art. 177 do CPP que, aqui, poderá haver acordo das partes para que a nomeação do profissional seja realizada pelo juízo deprecante⁴⁵⁹.

Trata-se, então, de convenção processual penal, onde as partes, em conjunto, acordam sobre o juízo em que será nomeado o perito responsável nos casos de exame por precatória, regulando, assim, aspectos do procedimento penal de acordo com o seu interesse pessoal.

6.3.2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS TÍPICOS NA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA

Se já se encontra dificuldade em encampar a possibilidade de serem celebradas negociações processuais no âmbito das ações penais de iniciativa privada, no campo das ações de iniciativa pública a questão se apresenta ainda mais sensível, haja vista as regras da obrigatoriedade e da indisponibilidade que regem a espécie. Todavia, como já se esclareceu, ser a ação penal de iniciativa pública indisponível não leva ao entendimento de que o sistema de negociações processuais é incompatível com o Direito Processual Penal.

E não poderia ser diferente, considerando que já existem espécies típicas de convenções processuais previstas no ordenamento jurídico penal. Na legislação esparsa, por exemplo, há o acordo de leniência nas infrações à ordem econômica, previsto não só no art. 86 da Lei nº 12.529/2011⁴⁶⁰, como também na Lei de Anticorrupção (nº

⁴⁵⁸ “**Art. 94.** A suspensão do curso da ação penal, nos casos dos artigos anteriores, será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes”.

⁴⁵⁹ “**Art. 177.** No exame por precatória, a nomeação dos peritos far-se-á no juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de ação privada, acordo das partes, essa nomeação poderá ser feita pelo juiz deprecante”.

⁴⁶⁰ “**Art. 86.** O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de

12.846/2013), em seus arts. 16 e 17⁴⁶¹.

O acordo de leniência nada mais é do que um negócio jurídico processual celebrado entre o Poder Público, especificamente pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) e a pessoa jurídica investigada de crime à ordem econômica. Aqui, podem as partes dispor quanto ao conteúdo eficaz da convenção, exercendo, assim o poder de autorregramento da vontade, assemelhando-se às colaborações premiadas firmadas com as pessoas físicas investigadas de acordo com a Lei nº 12.850/2013. É convenção processual de conteúdo misto, podendo versar sobre aspectos materiais (como a redução da pena) e processuais (a exemplo de posições jurídicas).

Há, ainda, a possibilidade de as partes convencionarem sobre o tempo de sustentação oral destinado à acusação e à defesa no Tribunal do Júri. Segundo a norma do art. 477 do CPP, “O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica”. Todavia, nos casos em que houver pluralidade de acusadores ou defensores, deverão eles acordar sobre a distribuição de tempo no caso concreto, conforme determina o parágrafo primeiro do referido dispositivo⁴⁶².

Vê-se, assim, que as regras da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública não impedem a aplicação de práticas consensuais de resolução de conflitos, ainda mais considerando a pré-existência de previsões típicas no sistema processual penal.

6.4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: POSSIBILIDADES, REQUISITOS E LIMITES DE APLICAÇÃO

Tecidas considerações sobre os negócios jurídicos processuais tipicamente previstos, passamos ao ponto crucial deste trabalho, qual seja, sobre a aplicabilidade das

infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte”.

⁴⁶¹ Nesse sentido: “**Art. 16.** A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte” e “**Art. 17.** A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88”.

⁴⁶² “**Art. 477.** (...) § 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo”.

convenções processuais atípicas no Direito Processual Penal.

Os acordos processuais no Processo Penal podem se dar tanto pelo exercício do autorregramento da vontade das partes, através da abertura dada pela cláusula geral de negociação (art. 190, CPC/2015), como também pela aplicação analógica de modalidades típicas existentes no Direito Processual Civil. Nesse caso, em que pese haver previsão expressa no sistema jurídico cível, não há regramento específico no Direito Processual Penal, de forma que, aqui, tratar-se-á de hipótese atípica.

6.4.1 POSSIBILIDADES DE NEGOCIAÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS NAS AÇÕES PENAIS: HIPÓTESES MERAMENTE EXEMPLIFICATIVAS

Para que melhor se visualize as possibilidades de aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos nas ações penais de iniciativa privada e pública, aventaremos algumas das inúmeras utilizações admissíveis de convenções no sistema jurídico processual penal. Mais uma vez, é importante frisar que não se tratam de hipóteses exaustivas, servindo apenas como exemplos de aplicabilidade para nortear os aplicadores do Direito.

6.4.1.1 HIPÓTESES ESPECÍFICAS PARA AS AÇÕES PENAIS DE INICIATIVA PRIVADA

Começemos com as ações penais de iniciativa privada. Conforme anteriormente salientado, o interesse aqui discutido, a nosso ver, é essencialmente particular. Todavia, em razão do grau de reprovabilidade da conduta, entendeu o legislador por tipificar o ato, tornando-o um ilícito penal. Vejamos, por exemplo, os crimes contra a honra, cujo processamento se dá através das ações penais de iniciativa privada (arts. 138, 139 e 140, CP⁴⁶³)⁴⁶⁴. Em que pese ser um direito fundamental do indivíduo a honra e a imagem

⁴⁶³ Da leitura dos tipos penais, tem-se a descrição do fato típico dos crimes de calúnia, difamação e injúria, respectivamente: “**Art. 138.** Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”; “**Art. 139.** Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação” e “**Art. 140.** Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”.

⁴⁶⁴ As teorias que defendem a descriminalização da conduta são sabidas, em que pese não ser objeto do presente trabalho. Quanto ao tema, cf.: ALVES, Gabriela Rolemberg. **Descriminalização dos crimes contra a honra.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13181&revista_caderno=3>. Acesso: 28/08/2017.

(art. 5º, X, CF/1988), trata-se de direito personalíssimo que, quando violado, atinge a esfera moral do ofendido, e não de qualquer coletividade.

Muito mais do que nas ações penais de iniciativa pública, enxerga-se na ação penal de iniciativa privada a possibilidade de os sujeitos processuais negociarem sobre aspectos do procedimento ou situações jurídicas processuais, sempre tendo em vista os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, em especial as regras e princípios do Direito Processual Penal.

Não pretendendo esgotar as infinitas possibilidades de convenções entre querelante e querelado, ventilaremos algumas das hipóteses vislumbradas quando do estudo da ação penal de iniciativa privada.

Quando do estudo das hipóteses tipicamente previstas no ordenamento jurídico penal, tratou-se da norma disposta no art. 73 do CPP, segundo a qual é facultado ao querelante promover a persecução penal no foro de domicílio do réu ou do fato criminoso. Considerando que ser negócio jurídico unilateral sobre hipótese de competência relativa, aventa-se ser possível a celebração de convenção processual para determinar o foro para julgamento da demanda⁴⁶⁵.

Ora, se pode a parte, unilateralmente, dispor sobre o foro competente para processamento da ação, muito mais razoável a possibilidade de autor e réu, de comum acordo, definirem o foro para a persecução penal.

Há, ainda, a possibilidade de as partes convencionarem acerca do objeto litigioso a ser periciado se configurada uma das situações previstas no art. 161, *caput* e §1º, incisos I e II do CP⁴⁶⁶. São elas: a alteração de limites em imóveis alheios, a usurpação de águas em proveito de outrem e o esbulho possessório. Em se tratando de causas complexas, quando a dimensão e localização do imóvel dificultam a apuração dos fatos, nada impede que as partes apresentem ao juízo um acordo sobre a parcela do imóvel a ser periciado pelo responsável indicado pelo órgão jurisdicional.

Quanto ao ilícito penal previsto no art. 164 do CP, cujo teor se refere à introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, aventa-se a possibilidade de as partes convencionarem pela suspensão condicional do processo para que o ofensor,

⁴⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 166.

⁴⁶⁶ “**Art. 161.** Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem: I - desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias; II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório”.

por um período de tempo, preste serviço comunitário em abrigo de animais público e, no caso de total cumprimento das obrigações, desista o ofendido de dar continuidade à persecução penal. Isso porque, sendo o interesse da ação penal de iniciativa privada eminentemente particular, aplicar-se-ia, analogicamente, a norma do art. 313, II do CPC/2015⁴⁶⁷, segundo a qual podem os sujeitos convencionar pela sua suspensão.

6.4.1.2 HIPÓTESES GERAIS DE NEGOCIAÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS

Passemos, então, ao estudo das possibilidades no campo das ações penais de iniciativa pública.

Depreende-se da leitura do Código de Processo Penal que o legislador, por muitas vezes, privilegiou uma rigidez excessiva em face dos sujeitos processuais ao invés de prever espaços de negociação que permitem à manifestação de vontade das partes, impondo um regime sobremaneira publicizado e infenso ao autorregramento⁴⁶⁸. É o caso da vedação de desistência do membro do Ministério Público em relação à ação penal e ao recurso por ele interposto⁴⁶⁹, bem assim como a impossibilidade de as partes intervirem na nomeação do perito, cuja responsabilidade será sempre do juiz da causa (art. 276, CPP⁴⁷⁰).

Ao mesmo passo, o discurso dos que entendem pela inexistência de consensualidade no Direito Penal se aproveita das particularidades da demanda publicista para generalizar os procedimentos penais. Como bem aponta Antônio do Passo Cabral:

Ora, nos mandados de segurança criminais, *habeas corpus*, revisão criminal, reabilitação etc., não se veicula pretensão punitiva, e é claro que o titular do direito invocado pode desistir da ação, do recurso, em suma, da situação processual de vantagem, e nestes processos é de admitir-se, *prima facie* e sem muita dificuldade, que as partes celebrem negócios jurídicos para modificar o procedimento, adaptando-o de acordo com as suas necessidades⁴⁷¹.

Vale aqui mencionar mais uma vez que a questão da vulnerabilidade do réu no

⁴⁶⁷ “**Art. 313.** Suspende-se o processo: II - pela convenção das partes”.

⁴⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 166.

⁴⁶⁹ “**Art. 576.** O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto”.

⁴⁷⁰ “**Art. 276.** As partes não intervirão na nomeação do perito”. Desse modo, é inaplicável ao âmbito processual penal a norma do art. 471 do CPC/2015, segunda a qual “as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento”.

⁴⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, p. 165.

processo, como visto, não pode ser constatada *a priori*, devendo sua análise ser sempre acompanhada do caso concreto.

Ademais, ainda que se verifique a condição de inferioridade, mesmo assim não se pode negar aplicação ao negócio de imediato, uma vez que o acordo pode dispor no sentido de reforçar determinada garantia do acusado⁴⁷², como é hipótese de alargamento de determinado prazo para resposta ou a calendarização da oitiva de testemunhas em processos complexos envolvendo múltiplos réus.

Especificamente sobre os calendários processuais, essa é modalidade típica prevista no art. 191 do CPC/2015⁴⁷³, celebrada entre o juiz e as partes, cuja importância reside no reforço da segurança jurídica aos sujeitos e na previsibilidade do procedimento⁴⁷⁴. A sua utilidade para as ações penais complexas é tamanha que, informalmente, a ideia por trás do instituto já vinha sendo adotada, inclusive pelas Cortes Superiores brasileiras. Vejamos, por exemplo, o famoso caso do “Mensalão” (Ação Penal nº 470-1/MG).

Em despacho proferido pelo relator da ação⁴⁷⁵, o à época Min. Joaquim Barbosa, ainda que inconscientemente e se utilizando da sua posição de magistrado, unilateralmente “calendarizou” a oitiva das mais de seiscentas testemunhas arroladas pela defesa dos quase quarenta réus da ação. Conforme consta no provimento, houve a delegação da oitiva de testemunhas aos juízos preventos, no caso de já terem realizado diligências anteriores, e, não sendo a hipótese, ao que, por distribuição, competir a atribuição. Segundo o Ministro, a medida se justificaria na necessidade de organizar e garantir o melhor andamento do feito, considerando o número de testemunhas, bem como permitir a participação da defesa de todos os acusados no cumprimento do quanto decidido.

Sendo assim, as diligências foram organizadas na seguinte ordem cronológica: primeiro, seriam ouvidas as testemunhas do Estado de Minas Gerais em um prazo de oitenta dias; após, as do Estado do Espírito Santo, “devendo a audiência ser designada para o primeiro dia útil seguinte ao fim do prazo estabelecido para os juízos delegatários

⁴⁷² Ibidem, p. 167-168.

⁴⁷³ “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

⁴⁷⁴ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, p. 505-506.

⁴⁷⁵ BRASIL. STF. AP 470-1/MG. Despacho. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 17/02/2009. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mensalaodefesa.pdf>>. Acesso: 28/08/2017.

de Minas Gerais”. Seguindo a mesma lógica, em ordem, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Pará, Amapá, Maranhão, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, Tocantins e, por fim, Distrito Federal.

Ora, em um processo envolvendo praticamente todos os estados da Federação, não se poderia conceber que coubesse ao Supremo Tribunal Federal inquirir todas as testemunhas do processo, o que impediria o julgamento de qualquer outra demanda até que encerrada a Ação Penal nº 470. Inclusive, o próprio Min. Joaquim Barbosa utilizou-se do termo “calendário” ao se referir sobre os termos de seu despacho.

Sendo dado ao magistrado, unilateralmente, calendarizar os atos de um processo, muito mais favorável seria que a decisão fosse tomada em conjunto com o Ministério Público e a defesa, adequando o procedimento de maneira mais adequada à realidade das partes, como é a hipótese do art. 191 do CPC/2015.

Adentrando nas demais possibilidades de negociação no âmbito processual penal, não vemos óbice em as partes, de comum acordo, negociarem pelo aumento do prazo para a apresentação de alegações finais, tendo em vista sempre a necessidade do caso concreto. A depender das provas produzidas, por exemplo, o prazo de cinco dias, previsto no art. 403, §3º do Código de Processo Penal, pode se mostrar desarrazoado para a carga demandada para a sua elaboração.

Por fim, no que tange às medidas assecuratórias, o próprio sistema processual penal afirma, no art. 139 do CPP, que o depósito e a administração dos bens arrestados deverão observância às normas do Direito Processual Civil. Ora, considerando que a sistemática civil permite que os sujeitos acordem quanto ao administrador depositário (arts. 862, §2º e 869, CPC/2015), infere-se que podem as partes, no Processo Penal, firmar negócio jurídico quanto ao administrador depositário, aplicando-se as disposições processuais civis⁴⁷⁶.

Sendo assim, conclui-se pela plena possibilidade de aplicação analógica de normas previstas no CPC/2015 quanto ao tema nas ações penais, tanto àquelas que preveem hipóteses típicas de convenções, como a cláusula geral de negociação prevista no art. 190 do CPC/2015.

⁴⁷⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 168.

6.4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS REQUISITOS E LIMITES DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO (ART. 190, CPC/2015) NO PROCESSO PENAL

Por fim, buscar-se-á tecer breves considerações quanto aos requisitos e limites de aplicação das convenções processuais no âmbito do Direito Processual Penal. Antes de adentrar no assunto, é necessário relembrar, uma vez mais, que a demonização das negociações em razão de seu mau uso por parte de alguns operadores do Direito (seja advogado ou juiz, promotor ou defensor) não pode prosperar no mundo acadêmico. Se má compreensão acerca das características e limites do instituto existe, cabe à doutrina e jurisprudência traçar os parâmetros norteadores para a prática jurídica. Por óbvio, não se pretende aqui esgotar a temática, mas apenas incitar alguns questionamentos e ideias.

Pretendeu-se demonstrar uma série de possibilidades negociais no âmbito do Direito Processual Penal que não atentam contra os princípios e regras próprios do sistema penal. Todavia, tendo em vista as peculiaridades do Processo Penal, somam-se alguns limites próprios, além dos requisitos gerais de existência, validade e eficácia vistos ao longo do tópico “3.3.4”, bem como as barreiras apontadas em “3.3.5”.

Quanto aos requisitos de aplicação, é importante que os princípios e regras do Direito Processual sirvam de norte para as convenções sobre o processo. Em razão disso, propõe-se que a propositura da negociação processual pode se dar por iniciativa de qualquer um dos sujeitos processuais, tanto nas ações penais públicas quanto nas ações penais privadas. Não há, então, uma discricionariedade e controle do Ministério Público sobre a conveniência ou não de se convencionar sobre aspectos relativos ao processo, podendo ser o direito exercido também pelo ofendido. Assim, garante-se uma participação ativa do réu na celebração dos acordos processuais, privilegiando o tratamento igualitário entre as partes e permitindo que o acusado possa efetivamente ter um controle sobre o conteúdo pactuado.

No que tange à função fiscalizatória do juiz, deve ele assumir posição ativa na análise dos requisitos de existência e validade do negócio, partindo sempre das características do caso concreto para se manifestar, independentemente de situações abstratas que não guardam relação com a realidade do processo. Assim, tendo sido configurada a hipótese de o negócio conter cláusula nula, o próprio CPC/2015, em seu art. 190, afirma que o juiz deverá negar a sua aplicação, devendo o órgão jurisdicional penal, então, estar também atento às nulidades previstas nos arts. 563 a 573 do CPP.

A decisão que negar aplicação ao negócio processual deve ser devidamente fundamentada e, previamente, ter sido dada a possibilidade de exercício do contraditório para as partes, aplicando-se aqui, analogicamente, as normas previstas nos arts. 9º e 489, §1º, ambos do CPC/2015.

Quanto ao momento de celebração da negociação processual no Direito Processual Penal, podem as partes dispor sobre aspectos procedimentos e situações jurídicas processuais não só antes de oferecida a denúncia, como também ao longo de todo o procedimento, independentemente de alcançada ou não a fase instrutória. Não haveria razão em limitar a fase de negociação, por exemplo, à etapa pré-processual, uma vez que o objeto da convenção é, justamente, de ordem processual.

Havendo assistente de acusação nas ações penais de iniciativa pública, entendemos que poderá ele se manifestar quanto aos termos da negociação, mas não poderá ele se opor ao conteúdo pactuado entre as partes, considerando que a titularidade da ação é do membro do Ministério Público. A sua natureza jurídica é de parte secundária, estando a sua atividade processual acessoriamente ligada àquela desenvolvida pelo Promotor de Justiça/Procurador da República⁴⁷⁷.

Já nos casos de ação penal de iniciativa privada, as negociações podem ser feitas diretamente entre querelante e querelado, devendo o Ministério Público ser intimado apenas para se manifestar quanto aos termos pactuados, exercendo, assim, a sua função de *custos legis*.

Traçadas essas considerações iniciais sobre alguns dos requisitos de aplicação das convenções processuais, propomos o seguinte modelo de aferição quanto aos limites das negociações atípicas no Direito Processual Penal⁴⁷⁸, sem que isso importe na impossibilidade de serem utilizados outros critérios quando da análise do caso concreto.

Em primeiro lugar, tal qual proposto nos limites à aplicação no âmbito Processual Civil, deve a própria cláusula geral de negociação, prevista no art. 190 do CPC/2015, servir como parâmetro interpretativo das convenções processuais, considerando os limites genéricos nela estabelecidos. No que tange à vulnerabilidade do celebrante, lembramos que a hipossuficiência, mesmo no Direito Processual Penal, deve ser aferida casuisticamente, a fim de que não sejam estabelecidas balizas abstratas que demarquem excessivamente o exercício do autorregramento da vontade.

⁴⁷⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 573/574.

⁴⁷⁸ O modelo aqui proposto é inspirado diretamente pelas diretrizes apontadas por Fredie Didier Jr em sua obra, detidamente analisadas quando do estudo dos limites das negociações processuais no âmbito processual cível (ver tópico 3.3.5).

É o caso de uma empresa de grande porte, assistida tecnicamente pelos melhores advogados do país, firmando acordo em uma demanda penal ambiental, por exemplo. Se abuso de poder houver pelos membros do Poder Público, deverá ser o ato investigado levando em consideração as particularidades do caso, não cabendo uma presunção de vulnerabilidade abstrata.

Ademais, mesmo quando for o acusado pessoa física sem recursos financeiros, a sua condição de vulnerável deverá ser determinada quando da análise das cláusulas convencionadas, eis que a negociação processual é mais um meio à disposição do réu para exercer o seu direito de defesa.

Em outras palavras, a própria convenção pode servir como recurso para garantir ou aumentar os direitos do acusado, através da adequação do procedimento ao caso concreto e da disposição de posições processuais. É a situação, por exemplo, da supracitada “calendarização” que ocorreu na Ação Penal nº 470: em que pese ter sido fruto, naquela circunstância, de imposição unilateral do magistrado, a medida apenas assegurou o exercício ao contraditório e ampla defesa dos acusados, eis que puderam acompanhar a realização das diligências.

Ao mesmo passo, conforme já pontuado, existe uma tendência legislativa no âmbito do Direito Processual Penal quanto ao dever de assistência técnico-jurídica do acusado na celebração de negócios processuais, a exemplo do art. 4º, §6º da Lei nº 12.850/2013 (“Lei do Crime Organizado”). Em que pese não coadunarmos com a imposição de limitação abstrata ao poder de negociar, entendemos o assessoramento jurídico do acusado, através de um defensor legalmente constituído, mais um limite de aplicação das convenções processuais no Processo Penal.

No que tange aos princípios materiais e processuais penais, o *in dubio pro reo* deve ser interpretado de forma conjunta com o *in dubio pro libertate* visto no tópico referente aos limites negociais (3.3.5). Dessa forma, quando o juiz exercer o seu poder de controle sob as negociações, caberá a ele decidir, em caso de dúvida, sempre pela validade do negócio, interpretando-o da forma mais benéfica ao acusado.

O Enunciado nº 404 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe que “nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem”. Deve-se, então, buscar privilegiar a vontade do acordo em face do sentido literal/gramatical da negociação⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, encontra-se a norma presente no art. 112 do CC, segundo a qual “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Em relação ao princípio da individualização da pena, deve-se lembrar que as negociações mistas, de cunho material e processual, não violam o seu conteúdo, mas sim homenageiam, considerando que eventuais reduções de pena ou demais benesses legais serão convencionadas de acordo com o comportamento individual do sujeito que negocia aspectos procedimentais e posições jurídicas, o que não será dado a quem age de modo diverso. Ainda quanto aos princípios materiais penais, o direito ao silêncio do acusado é plenamente disponível, podendo dele dispor o réu discricionariamente de maneira unilateral, que se dirá bilateralmente convencionado, de modo que não há violação nos casos de convenções mistas.

Ademais, no momento da interpretação dos negócios processuais, dever-se-á levar em conta a boa-fé e os costumes, também a fim de se alcançar a melhor compreensão do quanto pactuado entre os celebrantes. Como dito, havendo disposições ambíguas ou contraditórias, deverá a interpretação casuística ser feita de modo mais favorável possível ao réu, haja vista os bens jurídicos envolvidos no Processo Penal. Cabe, então, um exame concreto que privilegie a solução consensual dos conflitos, a boa-fé processual e a cooperação entre os sujeitos.

Outra diretriz basilar para a aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Penal diz respeito à vedação a disposições que tratem de matéria de reserva legal. Nesse sentido, não podem os sujeitos processuais *v. g.* celebrarem convenção processual que estabeleça normas gerais de processo e julgamento quanto aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, considerando que a CF/1988, no parágrafo único do seu art. 85, atribui tal função exclusivamente ao legislador⁴⁸⁰.

Da mesma forma, a invalidade dos acordos processuais que criem espécies recursais, apontada por Fredie Didier Jr⁴⁸¹ e Antonio do Passo Cabral⁴⁸², também possui aplicação no âmbito do Processo Penal. Assim, não se afigura possível que os celebrantes acordem pelo estabelecimento de nova modalidade recursal, ainda mais considerando que, havendo negócio jurídico nesse sentido, estar-se-ia vinculando o Poder Judiciário à apreciação de novo tipo de recurso, o que influencia diretamente nas questões de política judiciária.

⁴⁸⁰ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”.

⁴⁸¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 388.

⁴⁸² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 316.

Outra questão importante diz respeito aos negócios jurídicos processuais previstos tipicamente no CPC/2015 que são trazidos para o âmbito do Direito Processual Penal de maneira atípica. Nesses casos, as limitações processuais civis gerais da convenção típica devem também ser levadas em consideração no Processo Penal.

É o caso, por exemplo, de negócio jurídico processual que trate de eleição de foro nas ações penais de iniciativa privada. O art. 63, §1º do CPC/2015 dispõe que a convenção sobre foro “só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico”. Dessa forma, deve o negócio processual penal respeitar os mesmos limites previstos expressamente no referido dispositivo processual civil.

Em que pese não se tratar de conteúdo eminentemente processual, vale também o registro de que este trabalho não coaduna com o entendimento de que seria possível a celebração de negócios jurídicos (de direito material) que criem tipos penais, haja vista ser matéria de reserva legal. Assim, são nulas as disposições em acordos de colaboração premiada (e demais negociações) que criminalizem conduta fora das hipóteses previstas pelo legislador, sob pena de violação ao disposto no art. 5º, XXXIX da CF/1988⁴⁸³.

No mesmo sentido, não é dado às partes, no âmbito do Processo Penal, a criação de sanções distintas daquelas previstas no rol legal para o eventual descumprimento das cláusulas acordadas, entendendo-se aqui pela inaplicabilidade do quanto disposto no Enunciado nº 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁴⁸⁴ ao Direito Processual Penal, haja vista que eventual inadimplemento incidirá sobre a própria liberdade do réu, cujo direito constitucional lhe é assegurado. Assim, havendo o descumprimento do acordo processual, deverá o processo seguir o seu rito comum.

Imagine-se determinada negociação que preveja, em caso de descumprimento das cláusulas pactuadas, a imposição imediata de pena privativa de liberdade. O que se estaria fazendo, em verdade, seria tipificar o inadimplemento do réu, impondo-o uma pena imediata sem que tenha sido ele submetido a um Processo Penal. Assim, o magistrado, quando da atuação jurisdicional de controle, deverá decretar a invalidade disposição em questão.

Por fim, propomos como limite a vedação de celebração de negócios jurídicos processuais cujo objeto viole norma cogente que verse sobre as garantias do acusado. Se

⁴⁸³ “Art. 5º. (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁴⁸⁴ Dispõe o referido enunciado que “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso de descumprimento da convenção”.

o autorregramento da vontade sofre redução no Direito Processual Civil, que se dirá no campo do Direito Processual Penal. Assim, deve-se ter em mente que o próprio processo é uma garantia do acusado frente ao poder punitivo do Estado-acusador, de modo que não se pode limitar os direitos constitucionalmente previstos ao réu da ação penal.

Exemplifica-se com a hipótese de convenção processual que contenha cláusula onde o acusado abre mão de qualquer defesa técnica no curso do processo. Ora, atentaria ela frontalmente com a norma constitucional prevista no art. 5º, LV da CF/1988, segundo a qual são assegurados ao acusado “o contraditório e ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*”. No mesmo sentido, eventual disposição que crie modalidade de prisão preventiva para além das hipóteses do art. 313 do CPP é substancialmente inválida, eis que violaria não só o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, como também afetaria diretamente nas políticas judiciária e de segurança pública, acarretando na (ainda maior) superlotação dos complexos penitenciários e sobrecarregando a atuação jurisdicional.

Conclui-se, então, que as possibilidades de negociação são infinitas e os limites apontados às convenções realizadas no âmbito do sistema processual civil também poderão, na medida do possível, aqui ser aplicadas, devendo sempre haver compatibilização com a sistemática própria do Direito Processual Penal. Mais uma vez, ressalta-se que os parâmetros aqui expostos são meramente ilustrativos, cabendo à doutrina e à jurisprudência pormenorizar as regras de aplicação, privilegiando sempre uma análise casuística em relação a vedações abstratamente consideradas.

7. CONCLUSÃO

Ao final do exposto, é possível apresentar as seguintes conclusões, sem prejuízo de demais ilações já expostas ao longo do texto:

a) O princípio do autorregramento da vontade no processo permite que as partes disciplinem as suas condutas processuais sem a imposição de limitações desarrazoadas, desde que dentro do espectro do ordenamento jurídico nacional. O seu exercício é plenamente compatível com os diversos ramos do Direito Público, a exemplo do Direito Processual.

b) A adoção da Teoria dos Fatos Jurídicos segundo Pontes de Miranda se justifica na possibilidade de separação entre mundo dos fatos e o mundo jurídico. Fato jurídico é, então, a incidência de uma norma jurídica sobre o suporte fático, fazendo-o adentrar no campo jurídico.

c) O negócio jurídico processual é definido como fato jurídico de caráter voluntário. O seu suporte fático está inserido em uma norma processual, havendo a possibilidade de os sujeitos escolherem categoria jurídica ou o conteúdo eficaz do acordo. São objetos da convenção processual os aspectos procedimentais e as posições jurídicas processuais titularizadas pelos celebrantes.

d) O Código de Processo Civil consagra, em seu art. 190, a cláusula geral de negociação atípica, possibilitando às partes a celebração de acordos processuais além das modalidades típicas previstas na legislação.

e) Os negócios jurídicos processuais estão submetidos aos três planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia), podendo determinado acordo ser considerado válido e eficaz, válido e ineficaz, inválido e eficaz.

f) Uma vez ligado ao exercício do autorregramento da vontade das partes no processo, o negócio jurídico processual celebrado pelos sujeitos deverá observância aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, não havendo, por óbvio, autonomia plena dos sujeitos para pactuarem livremente.

g) A existência de diálogo entre os diplomas processuais civil e penal encontra guarida no próprio Código de Processo Penal, segundo o qual, em seu art. 3º, admitirá a lei processual interpretações extensivas e analógicas. Nenhum campo da ciência jurídica pode viver em situação de total isolacionismo em relação aos demais, razão pela qual o intercâmbio de conceitos fundamentais deve ser estimulado para que haja o desenvolvimento do sistema jurídico como um todo.

h) Existem graus de indisponibilidade dos interesses tutelados pelo Direito Público, o que permite a adoção de medidas consensuais de resolução de conflito mesmo no Direito Processual Penal, a exemplo da experiência dos Juizados Especiais Criminais e do instituto da colaboração premiada (modalidade de negócio jurídico processual penal).

i) A aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais ao Processo Penal encontra fundamento em quatro questões primordiais: a conformação do instituto com as normas constitucionais brasileiras; o cumprimento dos requisitos presentes no art. 3º do Código de Processo Penal; a adequação das convenções processuais em relação à vulnerabilidade (casuisticamente aferida) do acusado; e a possibilidade de adoção de medidas consensuais mesmo com a indisponibilidade do Direito Material e das ações penais públicas.

j) Já existem no sistema jurídico processual penal hipóteses típicas de convenções processuais, tanto no âmbito das ações penais de iniciativa privada (art. 73 do CPP) quanto nas ações penais de iniciativa pública (art. 477 do CPP).

k) Não há incompatibilidade entre os negócios jurídicos processuais atípicos e o Direito Processual Penal. Pode haver tanto a aplicação analógica das modalidades tipicamente previstas no Código de Processo Civil (e demais leis esparsas), quanto da cláusula geral de negociação presente em seu art. 190.

l) Os requisitos e limites de aplicação aos negócios jurídicos processuais firmados no âmbito do Processo Civil podem ser utilizados como parâmetros para o Processo Penal, desde que havendo a devida compatibilização.

m) São limites ao poder de negociação das partes: *i*) a própria cláusula geral de negociação (art. 190 do CPC/2015); *ii*) a interpretação do *in dubio pro reo* em conjunto com o *in dubio pro libertate*; *iii*) os costumes e os deveres de boa-fé processual e de cooperação entre os sujeitos; *iv*) matérias de reserva legal; *v*) a impossibilidade de criação de sanções distintas daquelas previstas no sistema jurídico processual penal; e *vi*) a necessidade de observância às normas cogentes que tratem sobre direitos e garantias do acusado.

n) Os parâmetros de aplicação expostos neste trabalho não são exaustivos, devendo o órgão jurisdicional, quando do controle dos requisitos de existência, validade e eficácia, privilegiar o exame concreto e casuístico ao invés de optar por vedações abstratas que limitem excessivamente o exercício do autorregramento da vontade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 257, ano 41, jul. 2016, p. 52.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese de doutoramento. Rio de Janeiro: UERJ, 2014.

ALVES, Gabriela Rolemberg. **Descriminalização dos crimes contra a honra**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13181&revista_caderno=3>. Acesso: 28/08/2017.

ARAS, Vladimir. **Conceito de colaboração premiada**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/conceito-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso: 28/08/2017.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**. Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano da Existência. In: **Revista de Processo**, nº 148. São Paulo: RT, junho, 2007.

BRASIL. STF. AP 470-1/MG. Despacho. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 17/02/2009. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mensalaodefesa.pdf>>. Acesso: 28/08/2017.

_____. STF. HC 86058/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ

09/02/2007.

_____. STJ. AgRg no Ag no 1.285.269/MG. Sexta Turma. Rel. Min. OG Fernandes. DJ 29/11/2010.

_____. STJ. RESp nº 615.746/RJ. Quinta Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. DJ 27/09/2004.

_____. STJ. RHC 41.545/PB. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJ 16/09/2014.

_____. TRF1. APL 221261120074013500. Terceira Turma. Rel. Des. Tourinho Filho. DJ 17/12/2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, I. 16ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa; NERY JÚNIOR, Nelson, **Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Libreria el Foro, 1960.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: **Negócios processuais**. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). 2ª ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, vol. 70, p. 49-58.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos Del derecho procesal civil**. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005

CRUZ, Rogério Schietti. Dever da motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 327-356.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Escolha consensual do perito**. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-54-escolha-consensual-do-perito/>>. Acesso: 27/08/2017.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Coimbra: Almedina, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de**

combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4ª edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

_____. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016.

_____. **Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

_____. **Cláusulas gerais processuais**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Acesso: 17/07/2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere*, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação – Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC

no processo penal. CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Impactos 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: 28/08/2017.

GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízos no processo civil brasileiro**. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013.

GOMES, Luis Flavio. BIANCHINI, Alice. **Lei da Violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI30435,61044-Lei+da+violencia+contra+a+mulher+renuncia+e+representacao+da+vitima>>. Acesso: 06/08/2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Justiça penal pactuada. Uma visão privada do sistema penal**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/justica-penal-pactuada/>>. Acesso: 28/08/2017.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Bernardo Silva de. **Arbitralidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Sobre o negócio jurídico processual. In: DIDIER JR, Fredie *et alii* (Coord.). **Revisitando a teoria do negócio jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-123.

LIPIANI, Julia. **Negócios jurídicos processuais e a participação do juiz**: Esclarecimentos acerca da homologação das convenções processuais. Disponível em: <<http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/365234783/negocios-juridicos-processuais-e-a-participacao-do-juiz>>. Acesso em: 25/07/2017.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso: 28/08/2017.

_____. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal pop obriga uma nova abordagem de ensino**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-05/limite-penal-processo-penal-pop-obriga-abordagem-ensino>>. Acesso: 28/08/2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Teoria do Fato Jurídico**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954, t. 1.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954, t. 2.

_____. **Tratados das Ações**, I. Campinas: Bookseller, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de Direito Processual – 2ª série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, n. 7.

_____. Convenção das partes sobre matéria processual. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. O neoprivatismo no processo civil. *In: Temas de Direito Processual, 9ª série*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo código de processo civil, a fundamentação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-novo-codigo-de-processo-civil-a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-o-processo-penal-brasileiro-por-romulo-de-andrade-moreira/>>. Acesso: 28/08/2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo, RT, 2006.

NUCCI, Guilherme. **Conceito de ação penal**. Disponível em:

<<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-acao-penal>>. Acesso: 15/08/2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A nulidade no processo civil**. Tese de livre-docência apresentada à UFBA. Imprensa Oficial da Bahia, 1959.

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: **Revista Magister de direito penal e processual penal**, v. 13, n. 73, ago./set. 2016.

POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre “neoconstitucionalismo”. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luís; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 1. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. p. 363-366. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3875/13.pdf>>. Acesso em 17/07/2017.

PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 81-98.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2^a ed., rev., atual. e ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 2^a ed: rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo** – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun., p. 9-27.

TALAMINI, Eduardo. **Perito consensual**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235546,51045-Perito+consensual>>. Acesso: 29/07/2017.

_____. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso: 23/07/2017.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, v. I, t. 1º, p. 16 *apud* NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 150.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed., rev., atual., ampl. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016.

ZANETTI, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (processo penal) e *tempus regit actum* (matéria processual

penal). CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016.