



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA SENTENÇA EM CAPÍTULOS
AO PROCESSO CRIMINAL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Rafael Ângelo Slomp

Orientadora: Doutora Bruna Capparelli

Número do candidato: 30004415

Novembro de 2023

Lisboa

Dedicatória

Às minhas avós, *in memoriam*, por edificarem as sólidas bases de minha família.

Aos meus pais pelos ensinamentos.

A minha mãe por todo o amor e dedicação.

A meu filho, por ter me feito, e continuar me fazendo uma pessoa melhor.

Agradecimentos

Aos professores da Universidade Autónoma de Lisboa, em especial a Dra. Bruna Capparelli, minha orientadora, por tornar possível a conclusão desse estudo e de mais uma etapa de minha formação.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade da teoria dos capítulos de sentença no âmbito do processo criminal como mecanismo auxiliar na diminuição dos acervos processuais dos tribunais e, por consequência, impulsionador de uma maior efetividade aos sistemas processuais dos Estados. Por meio da pesquisa bibliográfica e crítica da literatura examinada buscou-se investigar uma possível compatibilização na aplicação do referido instituto, já amplamente utilizado no âmbito do processo civil, também nas demandas criminais, de modo a se obter mais um importante mecanismo de redução e simplificação das lides penais, proporcionando uma maior racionalidade e efetividade ao sistema, sem contudo, deixar de se observar e preservar plenamente as garantias constitucionais dos acusados\arguidos.

Palavras – chave: Capítulos de sentença. Processo Penal. Aplicabilidade.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the applicability of the theory of decision chapters in the context of criminal proceedings as an auxiliary mechanism for reducing court procedural backlogs and, consequently, boosting the effectiveness of state procedural systems. Through bibliographic and critical research of the literature examined, it was sought to investigate a possible compatibility in the application of this institute, which is already widely used in civil proceedings, also in criminal cases, in order to obtain yet another important mechanism for reducing and simplifying criminal cases, providing greater rationality and effectiveness to the system, while fully observing and preserving the constitutional guarantees of the accused\defendants.

***Keywords:* Decision Chapters. Criminal procedure. Applicability.**

SUMÁRIO

Conteúdo

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I – A TEORIA DA SENTENÇA EM CAPÍTULOS NA PROCESSUALÍSTICA	14
1. Capítulos de sentença e coisa julgada material	15
1.1. O Surgimento da teoria.....	17
2. Adoção no âmbito doutrinário, incorporação e evolução do ordenamento brasileiro	19
2.1. Evoluções positivadas no CPC 2015.	20
2.1.1. Julgamento parcial de mérito.	20
2.1.2. Execução definitiva da parcela incontroversa.	22
2.1.3. Modificação quanto ao tratamento das nulidades.	24
2.1.4. Modificação quanto ao termo inicial da ação rescisória.	24
3. Aplicabilidade para além do processo civil	26
CAPÍTULO II – SENTENÇA EM CAPÍTULOS E SUA COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CRIMINAL.....	33
1. Definindo capítulos da sentença penal.....	33
1.1. Autonomia absoluta ou relativa dos capítulos	38
2. Aplicação da sentença em capítulos e os princípios do processo penal.	41
3. Princípios em conflitos aparentes	43
1.1. Sentença em capítulos e presunção de inocência	43
2.1.2. Inexistência de conceito um apriorístico de coisa julgada e possível reforma constitucional .	52
2.1.2.1. Ações penais Originárias e ressalva necessária.	55
2.1.3. Ampla defesa e contraditório frente à sentença em capítulos	57
2.1.4. Sentença em capítulos e ônus da prova	64
2.2. Princípios não conflitantes	66
2.2.1. Celeridade (duração razoável do processo)	66
2.2.2. Efetividade do sistema penal.....	69
CAPÍTULO III – O APRIMORAMENTO DO SISTEMA PENAL A PARTIR DA ADOÇÃO DA SENTENÇA EM CAPÍTULOS	73
1. A constitucionalização do processo penal e a conformação dos direitos fundamentais	73
1.1. A relatividade dos direitos fundamentais e a instrumentalidade do processo na conformação do texto constitucional	75
2. Aplicabilidade da sentença em capítulos e possíveis ganhos	78
2.1. Fortalecimento dos mecanismos de consenso	79
2.1.1. Contribuição aos mecanismos de consenso penal no ordenamento português.....	79
2.1.2. Contribuição aos mecanismos de consenso penal no ordenamento brasileiro	87

2.1.3. Mecanismos de consenso como capítulos de sentença: uma proposta.....	99
2.2. Capítulos de Sentença e reforço à garantia da coisa julgada.....	102
2.3. Capítulos de sentença influenciando em nova postura das partes	109
2.3.1. A nova postura das partes e o efetivo contraditório	111
2.3.2. O processo cooperativo e o caráter pedagógico do ordenamento.....	112
CONCLUSÕES.....	121
DIPLOMAS E DOCUMENTOS.....	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130

LISTA DE SIGLAS E ACRÓNIMOS

AJ	Autoridade Judiciária.
art.	Artigo.
Cit.	Citado.
CJF	Conselho da Justiça Federal
CFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPB	Código Penal Brasileiro.
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código Penal Portugues
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro.
CPPP	Código de Processo Penal Português
CPCI	Código de Processo Civil Italiano
CRP	Constituição da República Portuguesa.
DL	Decreto-Lei.
JIC	Juiz de Instrução Criminal.
MP	Ministério Público
Nº	Número
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
PGA	Procurador-Geral Adjunto
PGR	Procurador-Geral da República
SPP	Suspensão Provisória do Processo
Ss	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UE	União Europeia.

INTRODUÇÃO

À luz dos preceitos constitucionais, os sistemas processuais penais, para cumprirem os mandamentos da Carta Magna, devem ser efetivos, fazendo valer as normas penais elaboradas a fim de cumprir sua função enquanto instrumento constitucional concretizador do sistema de justiça.

Com as transformações sociais ocorridas ao longo dos anos, aliadas ao aumento populacional, experimentou-se um aumento exponencial da criminalidade, tanto àquela relacionada à criminalidade de baixo potencial ofensivo, quanto às afetas à criminalidade organizada.

Muitos foram os mecanismos desenvolvidos tanto no Brasil como em Portugal, para conseguir reduzir as demandas criminais e assim dar uma racionalidade e efetividade aos respectivos sistemas processuais, experimentando-se uma certa redução das demandas quando de sua implementação, mas, ao longo do tempo, não conseguindo frear a crescente do acervo processual.

De fato, a evolução da sociedade igualmente redundando na evolução da criminalidade. Nessa esteira, a necessidade de tratamento diferenciado conforme a espécie e os contornos que adquire o fenômeno criminoso não só é uma atitude esperada como necessária à manutenção do Estado de Direito, com o intuito de fazer frente aos verdadeiros poderes paralelos que surgem a reboque do crime¹.

Nesse prisma, não só as políticas de combate a criminalidade mereceram incremento com o passar dos tempos, seja no modo de persecução, técnicas de investigação, etc., mas o próprio tratamento processual daqueles que cometeram delitos teve de passar por novos contornos, de modo a adequar o Estado persecutor a estas novas formas do fenômeno criminoso.

Com vistas a combater essa escalada da criminalidade, o poder legislativo é chamado às falas, criando mecanismos que busquem obstar o avanço do fenômeno criminoso com a evolução legislativa, seja de forma repressiva, seja adotando novas formas de pensar o direito criminal, como exemplo a justiça restaurativa² e/ou a justiça negocial.³

¹ Reconhecendo que o direito positivo não consegue abarcar a complexa totalidade das forças sociais - SANTOS, Boaventura de Sousa - **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

² Prevista na Resolução CNMP nº 243/2021, a Justiça Restaurativa pode ser compreendida como a busca da solução de conflitos por meio do diálogo e da negociação, com a participação ativa da vítima e do seu ofensor.

Oportuno referir que esse novo pensar tem provocado uma nova tendência no processo criminal nos mais diferentes ordenamentos mundiais, sendo substituída uma justiça pautada pela lógica do punitivismo, baseada na idéia de que uma punição mais severa serve como exemplo para evitar novas transgressões na ordem penal – prevenção geral objetiva, por uma justiça pautada pelo método negocial nas demandas que não exigem uma maior severidade no seu trato.

Em suma, pautados na racionalidade e proporcionalidade os mais diferentes ordenamentos jurídicos buscaram se reinventar, não só para poder conter o crescente da criminalidade, mas também, e sobretudo, para poder com seu exíguo, e as vezes não tão preparado aparato, tenha como cumprir minimamente seu papel constitucional.

Essas razões não partiram somente de um ordenamento, mas sim de um fenômeno globalizante e tecnológico, que permitiu se contrapor de forma mais célere e minuciosa as formas de combater a criminalidade nos mais distintos ordenamentos. Essa troca de experiências e informação, associada a documentos internacionais aos quais os Estados se obrigaram de forma voluntária⁴, bem como mecanismos surgidos principalmente no período pós-guerras, fomentaram o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos sistemas processuais penais.

Nessa linha o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a suprallegalidade dos Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos⁵ quando da análise do conflito entre norma constitucional originária (art. 5º, LXVII da CF/88)⁶ e o art. 7º da Convenção

Segundo a Resolução nº 2002/2012 da Organização das Nações Unidas (ONU), que trata dos princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, essa metodologia “significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador”. Com resultado imediato da aplicação desse método temos a reparação dos danos sofridos pela vítima. O método acontece paralelamente à ação penal, não significando desistência da ação em curso, nem invalidando as decisões judiciais tomadas, nem pedido de redução da pena, exceto nos casos da Lei nº 9.099/1995, artigo 74. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/defesasvitas/o-ministerio-publico-e-a-vitima/justica-restaurativa>. [Consult. em 02.03.23]

³ Aqui vários são os exemplos, tanto em Portugal, como no Brasil, a exemplo do arquivamento do processo (previsto no art. 74 do CP Português) e a transação penal, prevista no art. 76, da Lei 9.099/95, mecanismos que serão abordados oportunamente em capítulo próprio.

⁴ A exemplo da Convenção de Palermo, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, incorporada ao Ordenamento Brasileiro pelo Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004.

⁵ BRASIL. STF. TRIBUNAL PLENO. RE 466.343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 03.12.2008. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=466343>. [Consult. em 03.04.23]

⁶ BRASIL. CF/88. Art.5º LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Interamericana de Direitos Humanos⁷, dando prevalência ao Tratado frente ao texto constitucional. Daí a importância não só dos documentos internacionais, mas de toda a rede de relações entre os países.

Assim, partindo do reconhecimento de que as diretivas do ordenamento jurídico encontram determinações que extrapolam o texto constitucional – ideia de bloco de constitucionalidade⁸ – normas importantes para a comunidade internacional também terão fundamental influência no ordenamento interno.

Nessa esteira, há exigências de ordem de diplomas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, com uma justiça criminal mais humanizada, com soluções mais construtivas e reparadoras, como são exemplo as chamadas “Regras de Tóquio⁹”.

Não obstante, há também preocupação com a efetividade dos sistemas jurídicos, sobretudo em matéria criminal, como demonstra a criação de grupos como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁰, e o Grupo de Ação Financeira (GAFI)¹¹, tendo este último sido peça chave na evolução dos ordenamentos jurídicos, principalmente em matéria de lavagem de capitais¹².

De se ver a partir dessas considerações que o aperfeiçoamento e efetividade dos sistemas jurídicos é mais que um imperativo constitucional, mas também uma exigência da comunidade jurídica internacional, cada vez mais globalizada.

⁷ CONVENÇÃO INTERAMERICANA DIREITOS HUMANOS. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

⁸ Bloco de constitucionalidade pode ser definido o conjunto de normas que contém disposições, princípios e valores materialmente constitucionais, mas estão fora do texto da Constituição. In BIDART, German J. Campos - **El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa**. Buenos Aires: Ediar, 1995, pág. 264.

⁹ Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução n.º 45/110, de 14 de Dezembro de 1990. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. [Consult. em 03.04.23]

¹⁰ A OCDE constitui foro composto por 38 países, dedicado à promoção de padrões convergentes em vários temas, como questões econômicas, financeiras, comerciais, sociais e ambientais. A Organização permite a troca de informações e alinhamento de políticas entre os países-membro com o objetivo de potencializar o crescimento econômico e contribuir para o desenvolvimento de todos os participantes, tornando-se um importante ator na busca de soluções de políticas públicas em um mundo globalizado. Disponível em <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/ocde>. [Consult. em 03.04.23]

¹¹ O Grupo de Ação Financeira (GAFI) é um órgão intergovernamental criado em 1989, durante a reunião do G7, em Paris. São objetivos do GAFI a proteção do sistema financeiro e da economia em geral contra ameaças de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e da proliferação das armas de destruição em massa, através do desenvolvimento e da promoção de padrões internacionais de prevenção à lavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo. Disponível em <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/cidadao/pldftp/o-grupo-de-acao-financeira-gafi-fatf>. [Consult. em 03.04.23]

¹² Assim foi de uma exigência do GAFI que se criou no âmbito da legislação brasileira um órgão de Inteligência financeira o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) in PRADO, Luiz Regis - **Direito Penal Econômico**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.549.

Nessa esteira, se propõe nesse trabalho a utilização da sistemática da sentença em capítulos como alternativa para a redução do número de lides, entendidas essas como cada relação processual formada, auxiliando na celeridade e na concentração do labor dos órgãos de persecução nas demandas em que se faz realmente necessário uma dilação de atos do processo.

Nesse aspecto, a pesquisa se justifica como alternativa clara e objetiva de compatibilizar instrumento já amplamente utilizado na seara processual cível, incrementando e aperfeiçoando também o processo criminal.

O combate à morosidade dos feitos criminais é uma necessidade, mormente considerando o alto índice de processos prescritos, principalmente no âmbito dos tribunais superiores¹³, fato que pode por em risco até mesmo a efetividade do sistema penal e, por conseguinte, todo o aparato normativo e administrativo utilizado pelo Estado para gerir e dar concreção aos valores protegidos pelas normas constitucionais.

Para a presente investigação científica será realizada uma análise com base no método dialético das informações obtidas na pesquisa bibliográfica, com base em material legislativo, doutrinário, jurisprudencial, artigos científicos, dissertações, teses e outros documentos relevantes disponíveis na literatura especializada, sob a perspectiva do processo penal Português e Brasileiro. A dialética também será utilizada na observação das semelhanças e distinções ligadas à temática de fundo.

Buscar-se-á, inclusive com auxílio de dados estatísticos, comprovar não só a possibilidade, mas a necessidade de se adotar esse importante instrumento processual da sentença penal em capítulos, como instituto auxiliar dos já muitos existentes no âmbito do processo criminal.

Para uma melhor organização e entendimento do trabalho, o primeiro capítulo aborda a teoria dos capítulos da sentença, seu surgimento, seus elementos essenciais, bem como as contribuições que se obteve com sua adoção no âmbito do direito processual civil. Em seguida analisa-se a possibilidade de formulação de uma teoria geral que permita a aplicação da sistemática em outros ramos do direito.

Num segundo capítulo examina-se a compatibilidade da teoria dos capítulos de sentença frente aos princípios e garantias que norteiam os sistemas processuais criminais

¹³ “Num intervalo de dois anos, quase mil casos prescreveram, depois de haverem movimentado por muitos anos o sistema de Justiça. Não é preciso ser muito sagaz para constatar que os grandes beneficiários da prescrição são aqueles que têm dinheiro para manipular o sistema com recursos procrastinatórios sem fim.” Trecho voto Min. Luis Roberto Barroso nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que versavam sobre a prisão após condenação em segunda instância. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2019/10/Voto-nas-ADCs-43-44-e-54.pdf> . [Consult. em 05.04.23]

português e brasileiro, sobretudo àqueles de índole constitucional, buscando-se uma conformação sistêmica que autorize a aplicação da sistemática de fundo aos feitos penais.

Em derradeiro, no terceiro capítulo avalia-se a existência de elementos constitucionais que fundamentem a necessidade de utilização da teoria da sentença em capítulos ao processo criminal, bem como as possíveis contribuições práticas que essa sistematização pode conferir ao processo criminal português e brasileiro, tanto sobre institutos já existentes como auxiliando na própria mudança no comportamento das partes.

O intuito é de que as contribuições da presente pesquisa possam colaborar diretamente para o desenvolvimento de normas que visem a melhoria do processo penal, bem como o aperfeiçoamento das legislações portuguesa e brasileira.

Tal incremento no arcabouço de institutos de gestão e aplicação das normas no processo penal, fugindo de uma dogmática clássica, além de dar concretude aos postulados constitucionais relativos à justiça criminal, correspondem a auspiciosos instrumentos a engendrar a necessária racionalidade do sistema, de modo a torná-lo ao mesmo tempo guardião das garantias fundamentais dos acusados/arguidos e instrumento efetivo de persecução e aplicação da norma penal.

CAPÍTULO I – A TEORIA DA SENTENÇA EM CAPÍTULOS NA PROCESSUALÍSTICA

As primeiras indagações que vêm à mente quando se analisa determinada teoria condiz com os seus fundamentos, mas, principalmente, com os ganhos efetivos que a sua implementação traria ao sistema como um todo.

O crescimento das demandas que necessitam de uma intervenção judicial, aliado ao incremento da complexidade dos conflitos, cria a necessidade de que o direito cotidianamente tenha de se reinventar, a fim de dar concreção e efetividade a sua função primordial de pacificação dos conflitos.

As mudanças operadas na modernidade passaram a requerer uma solução muito mais ágil dos conflitos do que anteriormente se exigia, seja pela existência de situações que demandam pronta solução pelo judiciário, seja pelo aumento da morosidade nas demandas judiciais, acarretada pela junção do assoberbamento dos órgãos judiciais ao aumento expressivo dos casos postos em juízo.

Assim, passou-se a reconhecer um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva¹⁴. Nesse sentido, sendo possível ao julgador evitar dilações processuais indevidas, não só pode, como deve fazer cumprir os mandamentos constitucionais, de modo a entregar a tutela jurisdicional em período razoável.

Nessa senda, as demandas em que ocorre cumulação de pedidos, não só representam um ditame de economia processual como, na ânsia de se buscar a celeridade constitucionalmente almejada, acabam por criar situações para o julgador em que um pedido se encontra maduro para julgamento muito antes de outro, quebrando assim um antigo dogma da unicidade da sentença.

De outra banda, a impossibilidade de fragmentação da demanda decorre não apenas da economicidade da atividade judicial, sob o prisma da sua efetividade também, haja vista que a lide deve ser composta da forma mais ampla possível, a fim de evitar que se repita em outro momento. Aqui parece militar em favor desse óbice à fragmentação a questão da

¹⁴ Nesse sentido, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, acrescentando ao art. .5º, da Constituição Federal o inciso LXXVIII, *verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” BRASIL. CF/88.

eficácia preclusiva da coisa julgada¹⁵, instituto corolário da boa-fé processual, haja vista que as partes devem munir seus pedidos com todas as argumentações possíveis, de modo a evitar a repetição futura de uma mesma demanda.

Nesse contexto é que se encaixa a teoria dos capítulos de sentença. O que tal teoria propõe é, indene de dúvidas, a operabilidade¹⁶ como caminho para se atingir eficiência na gestão do instrumental da jurisdição, e, nesse ponto, vai ao encontro de axiomas relevantíssimos à estruturação do ordenamento jurídico brasileiro.

Tanto na simplificação das demandas mais complexas, como resolvendo um sem número de lides e auxiliando no controle do acervo dos diferentes juízos, sempre orientada pela necessária observância da duração razoável do processo, essa visão de fragmentação para melhor solucionar demandas complexas é por demais salutar ao bom funcionamento do ordenamento jurídico.

Assim, a relevância de uma teoria sobre capítulos de sentença sem sombra de dúvidas vem de uma ordem prática, a partir de uma necessidade advinda da própria evolução do sistema jurídico no anseio de acompanhar e por termo aos conflitos de interesses sociais, cada vez mais dinâmicos e abundantes.

Importa salientar sua plena aplicabilidade no processo civil brasileiro, tendo, inclusive, sido incorporada, agora de forma expressa, em vários temas no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei 13.105)¹⁷.

Esse primeiro capítulo será dedicado à verificação do surgimento de tal teoria, bem como se deu a sua incorporação aos textos legais do ordenamento brasileiro sendo que, posteriormente, se analisará como se espraiou para além da processualística civil, ganhando ares de uma teoria geral.

1. Capítulos de sentença e coisa julgada material

¹⁵ Nesse sentido: BRASIL. CPC. Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, **considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.**

¹⁶ O princípio da operabilidade teria dois sentidos: um primeiro, o de simplicidade ou facilitação das categorias privadas, o que pode ser percebido, por exemplo, pelo tratamento diferenciado da prescrição e da decadência. Já um segundo é o que confere efetividade ou concretude, o que foi buscado pelo sistema aberto das cláusulas gerais adotado pela atual codificação. In **O novo CPC e o Direito Civil brasileiro** - Disponível em Revista Prolegis. <https://www.prolegis.com.br/o-novo-cpc-e-o-direito-civil-brasileiro>. [Consult. em 03.04.23]

¹⁷ DINAMARCO, Candido Rangel - **Instituições de Direito Processual Civil**, volume III. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 777-780.

Necessário, antes de abordarmos a incorporação da teoria dos capítulos de sentença no ordenamento brasileiro, buscar entender a lógica de sua formação ou composição, de modo a demarcar corretamente o objeto do presente estudo.

Por capítulo entende-se uma parte da sentença, que se dividiu de forma virtual, é dizer, não há propriamente uma divisão material do pronunciamento judicial que, em que pese sua unicidade, pode ser decomposto em parcelas decisórias.

A noção de capítulo de sentença é tradução da fórmula italiana *capo di sentenza*, tratando-se das partes em que a sentença comporta uma decomposição útil, sendo que para os italianos não se diferenciam os vocábulos *parte* ou *capo*, empenhando-se na interpretação de dispositivos de seu código em que trata das *partes* da sentença (arts. 329 e 336).^{18 19}

Aqui não se investiga a disposição estrutural das sentenças, composta de relatório, motivação e decisório²⁰, uma vez que essa divisão não traz qualquer incremento para a teoria em exame. É no interior desses elementos estruturais que se podem identificar partes que podem ser objeto de uma separação útil na gestão da demanda.

Partindo dessa compreensão, os capítulos de sentença podem ser conceituados como partes em que decompõem uma decisão judicial, cindida ideologicamente, sendo que cada um desses fragmentos abarca o julgamento de uma pretensão distinta. Nessa esteira, malgrado a decisão judicial seja uma só sob o enfoque meramente formal, são inúmeras as situações em que podemos cindir as idéias que a compõem (cisão ideológica), fazendo surgir assim os chamados capítulos de sentença.

A par das divergências doutrinárias, mas buscando um conceito sólido e enxuto do instituto, podemos entender o capítulo de uma sentença como toda unidade autônoma alocada na parte dispositiva de uma decisão judicial.²¹

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel - **Capítulos de Sentença**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 14.

¹⁹ ITALIA. CPCI. Art. 329. L'impugnazione parziale importa acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate. (...) Art. 336. La riforma o la cassazione parziale ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata. La riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata. Disponível em <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>. [Consult. em 04.10.23]

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel - **Capítulos de Sentença**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 15. A propósito: BRASIL. NCPC. “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.”

²¹ BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; DIDIER JÚNIOR, Fredie - **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 302.

1.1. O Surgimento da teoria

A doutrina, de uma forma uníssona, atribui a teoria dos capítulos da sentença à escola processual italiana. Renomados autores daquela escola se debruçaram sobre o tema, daí o surgimento de diversas correntes acerca do mesmo instituto.

Cumprir referir, no entanto, que diferentemente do direito brasileiro, em que a existência de dispositivo que remetesse expressamente a tal teoria somente veio com o advento da última codificação processual (CPC 20015), na Itália os estudiosos partiram dos textos de seu direito positivo para a elaboração de tal teoria, principalmente as constantes nos artigos 329, 336, 346, 363 e 384 do CPCI²².

A principal divergência entre os referidos doutrinadores italianos se deu com relação ao alcance do que seria considerado capítulo de sentença: a) para a teoria mais restritiva, defendida por Giuseppe Chiovenda, somente considera capítulo unidades do decisório portadoras de julgamento de mérito, sendo, portanto, unidades autônomas e independentes; b) a segunda, defendida por Enrico Tulio Liebman, alarga o conceito para incluir também os decisórios que julgam os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito; c) uma terceira que resume o conceito ao exame das questões (Carnelutti); d) e aqueles que incluem no conceito além dos elementos do decisório também da motivação (Sergio Costa, Allorio).²³

²² ITALIA. CPCI. Art. 329. L'impugnazione parziale importa acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate. (...) Art. 336. La riforma o la cassazione parziale ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata. La riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata. 346. Le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate. (...) 363. Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. La richiesta del procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al primo presidente, il quale può disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza. Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza. La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito. (...) 384. La Corte enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto anorma dell'articolo 360, primo comma, n. 3), e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza. La Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte, ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione. Non sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione. Disponível em <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>. [Consult. em 04.10.23]

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel - **Capítulos de Sentença**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 18.

Pela visão de Chiovenda os capítulos devem ser independentes, ter vida própria, bem como dotados de autonomia, haja vista que as diversas parcelas do pedido poderiam ter sido propostas separadamente, sendo sua junção no mesmo processo meramente circunstancial.²⁴ Assim, independentes são as partes da sentença capazes de ter vida própria, sem dependerem de outros tópicos. Autônomas são aquelas que poderiam ser objeto de demandas separadas.

Nessa mesma linha, José Carlos Barbosa Moreira igualmente defende que os capítulos de sentença são autônomos e independentes, podendo ser observados em relação às decisões de mérito, nos casos em que o objeto do processo é complexo, coexistindo mais de uma questão de mérito resolvida. O autor chegou a cunhar um termo para situações tais, denominando de “sentença objetivamente complexa”²⁵.

Já Carnelutti identificou os capítulos na solução das questões de fato e direito, que resolvem o interesse juridicamente contestado ou a controvérsia sobre o bem, e não no julgamento da lide. Independentemente do pedido inicial, se decomponível ou não, dois seriam os capítulos resolvidos – se o valor devido é o afirmado pelo requerente ou pelo requerido.

Liebman, por sua vez, retoma a noção desenvolvida por Chiovenda de que os capítulos estariam localizados na parte decisória, e não na motivação, incluindo nessa parte decisória as decisões sobre o processo. Comporiam a sentença dois capítulos, um referente à admissibilidade do julgamento de mérito e outro com o próprio julgamento. Os capítulos seriam autônomos, haja vista que o capítulo relativo à admissibilidade de julgamento de mérito pode ser objeto de uma sentença, e.g. acolhendo preliminar impeditiva de análise do mérito.

A doutrina desenvolvida no direito processual brasileiro, sem sombra de dúvidas, foi influenciada sobremaneira pela escola italiana. Enquanto na Itália o conceito de capítulo de sentença partiu de uma exegese do quanto contido nos dispositivos do seu direito positivado, no Brasil, refere Dinamarco, que foi a partir da sistemática recursal que se definem os contornos conceituais do instituto²⁶.

A posição defendida por Dinamarco se aproxima àquela encampada por Liebman, tendo afirmado que os capítulos de eficácia puramente processual²⁷ seriam unidades autônomas, no entanto, a autonomia absoluta só adviria dos capítulos de mérito. Assim,

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel - **Capítulos de Sentença**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 24.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa - Sentença Objetivamente Complexa, Trânsito em julgado e Rescindibilidade. **Revista de Processo**. Volume 141, Nov. 2006, p. 7-19.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel - **Capítulos de Sentença**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 32-33.

²⁷ Descreve o autor que capítulos puramente processuais são aqueles que dispõem acerca de preliminares, pronunciando-se, positiva ou negativamente, sobre os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito.

quanto aos capítulos processuais a autonomia consistiria em sua regência por pressupostos próprios.

Na mesma linha, Didier Júnior, Braga e Oliveira, com inspiração na obra de Dinamarco: “Essa unidade autônoma tanto pode encerrar uma decisão sobre a pretensão ao julgamento de mérito (capítulos puramente processuais), como uma decisão sobre o próprio mérito (capítulos de mérito). Ou seja: *i) capítulos puramente processuais* são aqueles que se pronunciam explicitamente sobre a possibilidade de examinar o mérito, isto é, tratam da presença ou ausência dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito; *ii) capítulos de mérito* são aqueles que se pronunciam sobre o próprio objeto litigioso do procedimento.”²⁸

2. Adoção no âmbito doutrinário, incorporação e evolução do ordenamento brasileiro

No direito processual civil brasileiro, ainda que não se tenha identificado a presença da teoria dos capítulos de sentença no Decreto 737/1950²⁹, certo é que os Códigos de 1939 e o de 1973 já adotavam a teoria dos capítulos de sentença, principalmente no tocante ao sistema recursal, seja autorizando a impugnação parcial da sentença³⁰, seja na parte executiva, permitindo o cumprimento da parcela incontroversa.

Destaca-se no plano doutrinário o magistério de Cândido Rangel Dinamarco para o desenvolvimento da referida teoria no direito processual brasileiro, sobretudo em matéria de recursos no processo civil. Sobre o tema, salientava o constante do art. 515 do Código de Processo Civil de 1973³¹³² que, embora refira diretamente o recurso de apelação, contém regras aplicáveis à generalidade dos recursos.

Observa-se do caput do artigo o princípio da voluntariedade, sendo facultado à parte recorrente impugnar a sentença no todo, ou somente em parte. Nessa senda, a teoria

²⁸ BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; DIDIER JÚNIOR, Fredie - **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 305.

²⁹ O Decreto 737/50 determinava as normas processuais nos feitos comerciais.

³⁰ Nesse sentido o artigo 811, do Código de Processo Civil de 1939, *verbis*: “Art. 811. A sentença poderá ser impugnada no todo ou em parte, presumindo-se total a impugnação quando o recorrente não especificar a parte de que recorre.”

³¹ BRASIL. CPC 1973. Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

³² Tal dispositivo foi repetido no Código de Processo Civil de 2015 (art. 1013).

desenvolvida pelo precitado autor ganha relevância a partir do esclarecimento acerca da expressão “matéria impugnada”, que nada mais representa do que os capítulos da sentença impugnados³³.

Dessa forma, na ausência de impugnação específica, os capítulos que não são devolvidos ao respectivo Tribunal restarão acobertados pela eficácia preclusiva, sendo nula decisão recursal que julgar além do recorrido, razão pela qual a parcela não impugnada pode transitar em julgado em momento distinto daquela que se impugnou.

Quanto aos parágrafos do referido artigo, correspondem ao grau de cognição do juízo no plano horizontal (delimitado pelo recurso), e no plano vertical, correspondendo à cognição sumária (superficial), ou exauriente³⁴, contendo um maior grau de certeza pelo exame aprofundado das provas.

Em suma, em relação aos capítulos impugnados por recurso serão conhecidos todos os fundamentos e as questões debatidas em sentença. A doutrina do precitado autor, nesse ponto, traz clareza ao precitado dispositivo legal, permitindo dirimir eventual contradição aparente do texto legal.

2.1.Evoluções positivadas no CPC 2015.

Já no novo Código de Processo Civil de 2015 é possível verificar uma adoção mais clara e evidente de referida teoria. Muitos foram os dispositivos alterados com o advento do novel estatuto processual, cujas principais alterações passaremos a abordar.

2.1.1. Julgamento parcial de mérito.

A adoção da técnica do fracionamento da decisão judicial foi expressamente adotada no art. 356 do novo CPC³⁵, prevendo o denominado julgamento antecipado parcial do mérito, fazendo tabula rasa do princípio da unidade do julgamento, cujos alicerces já vinham sendo dilapidados desde o Código de Processo de 1973, pelas reformas ocorridas.

³³ Nesse sentido discorre o autor: “Recurso integral é o que contém a impugnação de toda a decisão, em todos os seus capítulos, e portanto opera a devolução de toda a matéria decidida; parcial, o que se refere somente a um, ou alguns dos capítulos de sentença, deixando sem impugnação o outro ou outros.” DINAMARCO, Cândido Rangel - **Capítulos de Sentença**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98.

³⁴ WATANABE, Kazuo - **Da cognição no processo civil**. 2ª Edição. Campinas: Bookseller, 2000, p. 113.

³⁵ Art. 356. O juiz **decidirá parcialmente o mérito** quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: (...)

A alteração legislativa foi fundamental para a consolidação dos avanços obtidos doutrinariamente. Isso porque havia certa resistência no âmbito jurisprudencial, conforme demonstra o aresto abaixo ementado³⁶, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO LIMINAR. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO DO PROCESSO. SÚMULA 401/STJ.

1. "O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial? (Súmula 401/STJ).

2. **Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro a "coisa julgada material de capítulos de sentença", de modo que o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória, a que alude o art. 495 do CPC, somente tem início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa** (EREsp 404.777/DF, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial³⁷, DJU de 11.04.05). 3. Agravo regimental provido.

Nesse sentido, de especial distinção, o magistério de Daniel Assumpção Neves acerca do novo dispositivo codificado, *verbis*:

O dispositivo encerra uma considerável polêmica doutrinária quanto à melhor interpretação do art.273, §6º, do CPC/1973. Apesar de prevista como espécie de tutela antecipada no revogado diploma processual, o julgamento parcial do mérito suscitava interessante debate doutrinário: seria realmente um espécie diferenciada de *tutela antecipada* ou um *julgamento antecipado parcial da lide*? (...)

A opção do legislador no Novo Código de Processo Civil foi modificar a natureza jurídica dessa espécie de julgamento, tornando o que anteriormente era uma espécie diferenciada de tutela antecipada em julgamento antecipado parcial do mérito. Afastou-se do princípio da unicidade do julgamento do mérito preconizado por Chiovenda, passando a prever a hipótese de julgamento fracionado do mérito³⁸.

Essa modificação no tratamento positivado da matéria, fruto de uma evolução doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, acabou por revolucionar a questão da coisa julgada bem como dos recursos, haja vista não ser possível ao magistrado a modificação da decisão que resolveu parcela do mérito pela nova decisão que concluirá o julgamento da outra parcela meritória.

³⁶ BRASIL. STJ. (AgRg na AR n. 2.785/SP, relator Ministro Luiz Fux, relator para acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 23/6/2010, DJe de 17/12/2010.)

³⁷ Tal jurisprudência apenas repete o quanto já havia sido decidido pela Corte Especial do STJ, já nos idos de 2003, com o julgamento do EREsp 404.777/DF e sumulada no verbete 401, de 7-10-2009: "O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial".

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção - **Manual de direito processual civil**. V. único. 8 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p 623-625.

Referida modificação legislativa, que acabou por profligar o chamado princípio da unicidade do julgamento, reflete fielmente a incorporação ao ordenamento dos princípios que orientam a teoria dos capítulos da sentença.

2.1.2. Execução definitiva da parcela incontroversa.

Outra evolução advinda da influência dos capítulos da sentença no Novo Código de Processo Civil condiz com a denominada execução definitiva de parcelas incontroversas (art. 523)³⁹. Da leitura do referido dispositivo com o art. 356, I, do novo CPC⁴⁰, verifica-se que tal artigo foi inserido também para dar concreção ao julgamento parcial de mérito.

Assim, tornou possível a execução da decisão parcial de mérito, tanto antes, como após seu trânsito em julgado⁴¹, aquela da forma de execução provisória, essa já como execução definitiva⁴², com esboço na idéia de coisa julgada em momentos distintos para cada capítulo, a depender, ou não, de sua impugnação específica por meio de recurso.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ acabou por admitir até mesmo a execução definitiva de parcela da sentença já transitada em julgado, conjuntamente com execução provisória de parte do julgado ainda pendente de recurso.⁴³ Sem dúvidas, tal possibilidade de

³⁹ BRASIL. CPC 2015. Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, **e no caso de decisão sobre parcela incontroversa**, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

⁴⁰ BRASIL. CPC 2015. Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso.

⁴¹ BRASIL. CPC 2015. § 2º **A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito**, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

⁴² ASSIS, Araken. Cumprimento de Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.

⁴³ Nesse sentido, BRASIL. STJ: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL CUMULADA COM COBRANÇA DE MULTA CONTRATUAL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CUMPRIMENTO DEFINITIVO DE PARCELA INCONTROVERSA. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE CAPÍTULO DE SENTENÇA SUJEITO A RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO. CONCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE. COISA JULGADA PARCIAL OU PROGRESSIVA. VIABILIZADA PELO CPC/15. DESNECESSIDADE DE DESMEMBRAMENTO. MANUTENÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE DECIDIU A CAUSA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 516, II, DO CPC/15. HIPÓTESE DOS AUTOS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE DETERMINOU O PROSSEGUIMENTO SOMENTE DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. NECESSIDADE DE RETORNO DO PROCESSO PARA APRECIÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PARCELA INCONTROVERSA. MULTA DO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/15 AFASTADA. AUSÊNCIA DE INTUITO PROTETÓRIO. 1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel cumulada com cobrança de multa contratual e indenização por danos materiais e morais, em fase de cumprimento provisório de sentença, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 24/8/2021 e concluso ao gabinete em 17/9/2022. 2. **O propósito recursal consiste em decidir se é possível a propositura concomitante de cumprimento provisório e cumprimento definitivo de capítulos diversos do mesmo pronunciamento judicial.** 3. Entendimento sob a égide do CPC/73 no sentido de ser "incabível o trânsito em julgado de capítulos da sentença ou do acórdão em momentos distintos, a fim de evitar o tumulto processual decorrente de inúmeras coisas julgadas em um mesmo feito" (REsp

se adiantar a execução ao trânsito em julgado da totalidade do julgado representa avanço principalmente no atinente à efetividade do sistema processual.

É certo que não se verifica qualquer sentido na negativa de imediata prestação jurisdicional, com a entrega do bem/quantia pretendida, se ausente litígio quanto ao mesmo, sendo que as bases para a execução imediata da parcela incontroversa já tinham sido construídas sob a égide da codificação anterior. Sob o tema, já haviam doutrinado Marinoni e Arenhart⁴⁴: “De qualquer forma, com base no art.5.º, XXXV, da CF, e, assim, antes da introdução do direito fundamental à duração razoável no art.5.º da Constituição Federal, propusemos a tese do julgamento imediato da parcela incontroversa da demanda, posteriormente expressa, na falta de localização de melhor lugar pelo legislador, no §6º do art.273 do CPC: “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrar-se incontroverso”.

Com o avanço legislativo, acabou-se a celeuma – não se trata mais de tutela antecipada diferenciada, mas sim de julgamento antecipado parcial da lide, sujeito a execução pertinente. Ainda como ganho legislativo, a partir dos demais dispositivos, fixou-se que cabe aquele que aponta excesso na execução apontar o quanto entende devido – restando essa parte incontroversa, por lógica – apresentando os cálculos para futura decisão judicial, sob pena de não o fazendo, ter sua impugnação liminarmente indeferida.⁴⁵

736.650/MT, Corte Especial, DJe 1/9/2014 e EDcl na Rcl 18.565/MS, 2ª Seção, DJe 15/12/2015). 4. A partir da entrada em vigor do CPC/15, com a expressa adoção do julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do CPC/15) e com a possibilidade de cumprimento definitivo de decisão sobre parcela incontroversa (art. 523 do CPC/15), exige-se uma releitura da temática. 5. Quando não impugnados capítulos da sentença autônomos e independentes, estes transitarão em julgado e sobre eles incidirá a proteção assegurada à coisa julgada. Possibilidade de o mérito da causa "ser cindido e examinado em duas ou mais decisões prolatadas no curso do processo" (REsp 1.845.542/PR, 3ª Turma, DJe 14/5/2021). 6. A sistemática do Código de Processo Civil, ao albergar a coisa julgada progressiva e autorizar o cumprimento definitivo de parcela incontroversa da sentença condenatória, privilegia os comandos da efetividade da prestação jurisdicional e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88 e 4º do CPC/15), bem como prestigia o próprio princípio dispositivo (art. 2º, do CPC/15). 7. **Mostra-se possível o trâmite concomitante de cumprimento provisório, sobre o qual pende o julgamento de recurso sem efeito suspensivo (art. 520 do CPC/15), e cumprimento definitivo de parcela incontroversa do mesmo título judicial de condenação ao pagamento de quantia.** 8. Desnecessidade de desmembramento do processo, sendo competente para processar ambos os cumprimentos de sentença o Juízo que decidiu a causa no primeiro grau de Jurisdição (art. 516, II, do CPC/15) - ainda que determinado órgão estadual tenha estabelecido, por motivos de conveniência, setores especializados. Viabilidade dos procedimentos seguirem em conjunto, desde que observada a exigência de caução pelo exequente para o cumprimento provisório da sentença (art. 520, IV, do CPC/15). (...) (REsp n. 2.026.926/MG, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 27/4/2023.)

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz - **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 111.

⁴⁵ BRASIL. CPC 2015. Art. 525 § 4º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, **cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto**, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo.

2.1.3. Modificação quanto ao tratamento das nulidades.

Também, a questão do tratamento das nulidades passou pela mesma mudança, procurando o novo código restringi-las ao respectivo capítulo da decisão judicial a que dizem respeito. Nesse sentido o art. 281 do CPC 2015 afirma que “(omissis) a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes”, se depreendendo do referido dispositivo a possibilidade de a nulidade ficar restrita a algum, ou alguns capítulos.

É certo que tal entendimento tem também fundamento na tendência jurisprudencial de que eventual reconhecimento e decretação de nulidade depende da comprovação de efetivo prejuízo, encampando o já conhecido postulado *pas de nullité sans grief*⁴⁶, princípio esse aplicável até mesmo na seara do processo criminal.

2.1.4. Modificação quanto ao termo inicial da ação rescisória.

A adoção da teoria dos capítulos de sentença acaba por intervir no instituto da coisa julgada. Da doutrina se tem a diferenciação de coisa julgada formal, entendida como a imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi prolatada pela impossibilidade de interposição de recursos⁴⁷, resultando em fenômeno endoprocessual, já a coisa julgada material impede que se discuta a demanda tanto no processo em que proferida, como em qualquer outro, tendo como pressupostos, além do trânsito em julgado, a decisão tem de ser de mérito, em cognição exauriente.⁴⁸

§ 5º Na hipótese do § 4º, **não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, a impugnação será liminarmente rejeitada**, se o excesso de execução for o seu único fundamento, ou, se houver outro, a impugnação será processada, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.

⁴⁶ BRASIL. STJ.PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. NULIDADE. CAPTURAS DE TELA DE DIÁLOGO TRAVADO ENTRE RÉU E VÍTIMA PELO APLICATIVO MESSENGER. AUSÊNCIA DE PERÍCIA PARA ATESTAR A AUTENTICIDADE DAS MENSAGENS. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. EVENTUAL ADULTERAÇÃO DA PROVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. ART. 563, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREJUÍZO CONCRETO NÃO EVIDENCIADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. a 3. Omissis. **4. Ademais, esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que o reconhecimento de eventual nulidade, relativa ou absoluta, exige a comprovação de efetivo prejuízo, vigorando o princípio pas de nullité sans grief, previsto no art. 563, do CPP.** 5 e 6. Omissis. (AgRg no AREsp n. 2.295.047/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 8/9/2023.)

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto - **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 526.

⁴⁸ SOUZA JÚNIOR, Sidney Pereira de - **Sentenças Parciais no Processo Civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 177-178.

Como visto anteriormente, os capítulos independentes da sentença não recorridos transitam em julgado e, caso sejam de mérito, fazem coisa julgada material. Como cada capítulo pode transitar em julgado em momento distinto, a consequência lógica que se extrai é de que o prazo bienal para a propositura da ação rescisória se inicia com o trânsito em julgado do capítulo não recorrido, mesmo que outro tenha sido objeto de recurso.

Dessa forma, poderá haver tantas ações rescisórias quantos capítulos atingidos pela coisa julgada, mesmo que façam parte da mesma sentença.

Nesse sentido se pronunciou o STF, antes mesmo do advento do novel CPC: “COISA JULGADA – ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional. COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória.”⁴⁹

Destaca-se também o art. 966, §3º do referido diploma, que explicitou que a ação rescisória pode ter por objeto apenas um capítulo da decisão⁵⁰, encampando as alterações jurisprudenciais que por fim foram consolidadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.⁵¹

Oportuno mencionar que no ordenamento português vícios semelhantes aos que na legislação brasileira fundamentam o manejo da ação rescisória, são atacáveis por meio do chamado requerimento de revisão, constituindo instrumento que se encontra no rol dos

⁴⁹ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 666.589. Brasília, 25 de março de 2014. Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

⁵⁰ BRASIL. CPC 2015. Art. 966 § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

⁵¹ Nesse sentido: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA, LITISCONSÓRCIO ATIVO. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO PARCIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE: AGRG NO AG 1.308.611/BA, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 27.8.2012 E RESP 1.111.092/MG, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 28.6.2011. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte entende que se tratando de sentença proferida em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum, em que há mera cumulação de demandas suscetíveis de propositura separada, é admissível sua rescisão parcial, para atingir uma ou algumas das demandas cumuladas. Precedentes: AgRg no Ag 1.308.611/BA, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 27.8.2012 e RESP 1.111.092/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 28.6.2011. 2. Em casos tais, qualquer um dos primitivos autores poderá promover a Ação Rescisória em relação à sua própria demanda, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com os demais demandantes; da mesma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial da sentença, em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, sem necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais 3. Agravo Regimental dos Particulares a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 68.342/MG, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 2/8/2016, DJe de 12/9/2016.)

recursos extraordinários, todavia de possível interposição contra decisão passada em julgado.⁵²

Por fim, o já citado *an passant* art. 1013, §1º, do novo CPC, que delimita a devolutividade da apelação ao quanto impugnado, reproduzindo em parte o contido no Código anterior, não obstante tenha explicitado que a devolutividade restaria adstrita ao capítulo impugnado⁵³.

Assim, somente se pode aceitar o chamado efeito translativo da parcela impugnada do julgado, é dizer, as matérias de ordem pública somente podem ser examinadas pelo julgador ad quem sob o aspecto da cognição horizontal, sendo os demais capítulos atingidos pela coisa julgada. Admitir que o tribunal anule parcela já transitada em julgado, inclusive os capítulos que não foram objeto de recurso, é admitir a desconstituição da coisa julgada fora das hipóteses admitidas pelo constituinte, ou seja, sem ação rescisória, com violação ao art. 5º, XXXVI, da CF/88.⁵⁴

Por fim, cumpri salientar que a formação da coisa julgada parcial vai ao encontro do princípio da segurança jurídica e da necessidade de estabilização dos efeitos da sentença, ao passo que confere ao vencedor a tranquilidade da imutabilidade da decisão quanto aos capítulos independentes não recorridos.⁵⁵

3. Aplicabilidade para além do processo civil

Verificados os contornos do instituto dos capítulos da sentença mostra-se de fundamental importância a aferição da possibilidade de sua aplicação para além da doutrina processual civil.

De fato, a buscada autonomia da dogmática processual, com vias a criar um sistema dotado de elementos e regras próprias foi, em outro momento histórico, uma bandeira levantada pelos processualistas, o que de fato redundou na criação de diversos institutos e princípios próprios da doutrina processual, aplicáveis, dessa forma, a todo e qualquer tipo de processo.

⁵² PORTUGAL. CPCP. Art. 696 Fundamentos do recurso **A decisão transitada em julgado só pode ser objeto de revisão quando:** (...) Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575-124707497>. [Consult. em 03.10.23]

⁵³ Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, **desde que relativas ao capítulo impugnado.**

⁵⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa - Capítulos Autônomos da Decisão e Momentos de seu Trânsito em Julgado. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 111, jul./set. 2003, p. 299.

⁵⁵ BUIKA, Heloisa Leonor - Análise da Teoria dos Capítulos de Sentença e suas Implicações no Âmbito dos Recursos. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 133, p. 42-56, abr. 2014, p. 56.

Essa autonomia, inicialmente defendida com relação ao processo, renovou os estudos de direito processual, fazendo surgir a ciência do sistema processual, dotada de objeto e métodos próprios.

A par das críticas existentes⁵⁶, dentre os princípios que regem a processualística é de se destacar a diretiva da instrumentalidade do processo, para o qual o processo deve ser visto como um meio de realização da finalidade do direito perseguido, constituindo em si um instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa, resolvendo eficazmente as controvérsias⁵⁷.

Para Dinamarco a história do processo passou por três fases metodológicas distintas, a primeira sincrética, a segunda autonomista e, por fim, a fase instrumental.⁵⁸ Na primeira fase, o processo era visto como meio de exercício de direitos, sendo a ação apenas um pequeno aspecto de um direito material violado, só obtendo existência quando ligada ao direito substantivo.

Na segunda fase, dita autonomista, os processualistas, aspirando à criação de ramo autônomo do direito, dotado de normas e princípios próprios, buscaram tirar da disciplina qualquer resquício de direito material⁵⁹. Ocorre que essa autonomia, tão importante ao desenvolvimento da dogmática processualista, revelou-se falha quanto à efetividade da tutela jurisdicional, bem como quanto a sua capacidade de produzir concretamente resultados orientados a um ideal de justiça.

Desse impasse surge a terceira fase, dita instrumentalista⁶⁰, cuja visão metodológica tem clara preocupação com os resultados do processo, não só com a concreção do direito em

⁵⁶ Nesse ponto se situa a crítica de Calmon de Passos, para quem “o modismo da ‘instrumentalidade do processo’ camufla, ou conscientemente perversidade ideológica, a ser combatida, ou por descuido epistemológico e equívoco a ser corrigido”, pois antes de o direito condicionar o processo, é o processo que condiciona o direito. In PASSOS, José Joaquim Calmon de - Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**. n. 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

⁵⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion - **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel - **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22

⁵⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco - **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18-20.

⁶⁰ MITIDIERO denomina referida fase de formalismo-valorativo, correspondendo ao processo contemporâneo, ao passo que refere ser uma quarta fase da doutrina processual. Op.cit. p. 21. Por oportuno, a diferença posta acerca do instrumentalismo em face do chamado formalismo-valorativo resulta em que naquele primeiro modelo o magistrado apenas utiliza um método para verificar se as normas de direito material incidem sobre o caso em exame, como se a atividade processual não interferisse ou integrasse o objeto do litígio, enquanto para a última a atividade intelectual do julgador formando sua compreensão sobre o objeto em litígio, com a moldura do ambiente e valores que o compõem, irá criar uma norma jurídica para o caso (sentença), que só então irá produzir conteúdo, que até então não existia (letra fria da lei). Nesse aspecto, coloca o processo (e não a jurisdição) no centro da Teoria, protegendo os jurisdicionados contra eventual arbítrio dos julgadores, e admite que a atividade cognitiva desenvolvida no processo busca a reconstrução do direito positivo pelos aplicadores,

litígio, mas com o verdadeiro escopo social do direito, é dizer, a pacificação da contenda posta em juízo. Nessa esteira o processo assume uma nova e ampliada dimensão, constituindo instrumento necessário à entrega da adequada prestação jurisdicional, com o fito de realização do ideal de justiça no caso concreto.

Assim, o processo passa a ser visto sob a ótica da jurisdição, como atividade que irá conformar o processo às exigências do direito material dispostos nos textos das leis, com a finalidade de tornar efetivas essas disposições.

Nesse sentido, a teoria dos capítulos da sentença representa nada mais nada menos que um dos instrumentos desse processo de viés instrumentalista, razão pela qual tende a primar pela finalidade em detrimento à forma.

Cumpra aqui verificar se há fundamentos para uma teoria geral acerca dos capítulos de sentença, é dizer, se referida teoria pode avançar para outros campos do direito.

Nesse ponto, Galeno Lacerda já destacava na década de 70 a necessidade de se adequar as normas do Código existente à época as mais distintas realidades jurídicas, procurando, com essa adequação, a justificação da autonomia científica para uma teoria geral do processo⁶¹.

Com o estudo das nulidades processuais, classicamente divididas entre nulidades absolutas e relativas, verificou o jurista sulista, a impossibilidade de distinção do tipo de nulidade examinando o ato em si, mas somente com a análise do motivo que o viciou, residindo a referida distinção na natureza da lei violada, ou melhor, nas palavras do insigne mestre “em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico”.⁶²

Assim, se a norma transgredida tutelar interesse predominantemente público, a nulidade pode ser considerada absoluta, sendo que o vício dessa natureza deve ser declarado de ofício; já se apenas violar norma de interesse da parte, a nulidade será relativa, podendo ser sanada. Em ambos os casos a norma tem natureza cogente (não dispositiva).

Aprofundando-se em um caso concreto que examinou, Galeno Lacerda acabou por reconhecer a existência de uma nova categoria, relativizadora de todas as nulidades processuais, a qual denominou de sobredireito processual⁶³, que seriam regras e princípios

com elementos axiológicos também. Por tal razão, identifica o processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de criação do Direito. In MADUREIRA, Claudio Penedo - Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**. Porto Alegre. Vol. X. Número 3. 2015, p. 253-283.

⁶¹ LACERDA, Galeno Velinho -. O código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, comemorativo cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre, p. 164.

⁶² LACERDA - **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1990. p. 72.

⁶³ No julgado em questão – BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento n. 585008816, julgado em 21 de março de 1985 – colheu-se os seguintes excertos, *verbis*: “Possibilidade de conversão do procedimento sumaríssimo em

maiores que poderiam revogar a incidência de regras inferiores, através de uma leitura da hierarquia dos interesses tutelados no sistema, partindo de uma noção de finalidade e instrumentalidade que permite a justificação de uma teoria geral do processo autônoma.

Tem-se que essa conformação das normas, principalmente após a denominada constitucionalização dos direitos⁶⁴, delega à Constituição Federal (CF) esse papel de centralidade do sistema. Assim, o CPC, ainda que possa atuar como norma geral transtomat⁶⁵, aplicável a toda espécie processual, não se pode dizer que seria central ao sistema, papel reservado à CF, muito menos pleno, dada a abertura do sistema a outros estatutos previstos em leis extravagantes. Em suma, a construção e evolução do sistema processual civil tem sua origem e fundamento no direito fundamental ao processo justo⁶⁶, direito esse de cunho eminentemente constitucional.

Oportuno referir que, ainda que se defenda essa extensão de supostas normas gerais de processo civil para também outras disciplinas, como a do processo penal – de que trata o presente estudo, não se defende essa aplicação de forma automática, mormente pela necessidade de cada disciplina ter seu normativo próprio, inclusive para aplicação subsidiária ou supletiva de normas de outras disciplinas jurídicas.

Por oportuno, cita-se decisão do Plenário do STF⁶⁷ em que ficou bastante evidente a posição aqui defendida, sendo que o voto do relator afirmou peremptoriamente que a

ordinário. O interesse público na instrumentalidade do processo relativiza, em regra, as nulidades processuais. Aplicação dos arts. 250, parágrafo único, e 154 do CPC, e do art. 1.218 do CC. “...os valores ou os interesses no mundo do Direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito do processo. Mas, acima dele, ergue-se outro interesse público de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser. Essa natureza de meio a serviço de um interesse público mais alto possui o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as nulidades resultantes de sua infração. Por este motivo, **o capítulo mais importante de um Código de Processo moderno situa-se nas normas relativizadoras dessas nulidades. Elas é que garantem ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo**, desvirtuando-se, em contra-senso, em estorvo da Justiça. Se permitem o neologismo, **as regras sobre nulidades integram-se no ‘Superdireito’ (‘sic’, Sobredireito) processual porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade**” in COSTALUNGA. Danilo Alejandro Mogno. A Teoria das nulidades e o sobredireito processual. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997, p. 44.

⁶⁴ Sobre o fenômeno da descodificação dos textos a partir da Constitucionalização das leis infraconstitucionais LOBO, Paulo Luiz Netto - Constitucionalização do Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 107-109.

⁶⁵ BRASIL. CPC. Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

⁶⁷ In verbis: Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECLAMAÇÃO. MATÉRIA CRIMINAL. FORMA DE CONTAGEM DE PRAZO PROCESSUAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. EMBARGOS INTEMPESTIVOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A analogia constitui meio de integração do direito, de modo que a aplicação, no processo penal, de regras contidas

aplicação do CPC ao processo penal não seria decorrência da existência de norma geral, mas sim do próprio art. 3º, do CPP, que a permite.

Nessa linha, a aplicação dessas referidas normas gerais (ou de sobredireito) pressupõe uma relação de compatibilidade, como expôs Norberto Bobbio⁶⁸, para quem a noção de sistema equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas.

De se ver que jurisprudencialmente o quanto aqui defendido já ganhou aplicabilidade, sendo que tem se experimentado a aplicação da teoria dos capítulos de sentença em vários ramos do ordenamento jurídico, a partir daquela noção formada nas bases da doutrina processual civil.

Na seara do processo trabalhista, de há muito vem sendo aplicada a teoria em questão, tanto na fase de conhecimento, quanto na fase executiva⁶⁹, entendimento aplicado tanto nos Tribunais Regionais do Trabalho, como na mais alta corte trabalhista (Tribunal Superior do Trabalho⁷⁰).

no Código de Processo Civil pressupõe a existência de lacuna normativa. 2. **Inexistência de lacuna, tendo em vista que o art. 798 do Código de Processo Penal estabelece a continuidade da contagem de prazos processuais, afastando-se, inclusive pelo Princípio da Especialidade, a possibilidade de incidência analógica de regra processual civil que computa tão somente dias úteis para essa finalidade.** 3. Conclusão majoritária no sentido de que a contagem de prazo no contexto de reclamações, na hipótese do ato impugnado ter sido produzido em processo ou procedimento de natureza penal, submete-se ao art. 798 do CPP. 4. Agravo desprovido. (Rcl 23045 ED-AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 10-03-2020 PUBLIC 11-03-2020)

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 7ª Ed. Brasília: UNB, 1996, p. 47.

⁶⁹ De realce, alguns julgados na área trabalhista: A Ç ã O R E S C I S Ó R I A . D E C A D Ê N C I A . S E N T E N Ç A . A C Ó R D Ã O . 1. **Ação rescisória ajuizada contra capítulo da sentença não atacada (sic) e m recurso ordinário. 2. Inocorre a substituição d a sentença rescindenda pelo acórdão regional relativamente às matérias não ventiladas no recurso** (art. 5 1 2 d o CPC). Assim, o trânsito e m julgado dá-se e m m o m e n t o s e e m tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito e m julgado de cada condenação, motivo pelo qual, na espécie, verifica-se superado o biênio previsto no art. 495 do C P C . 3. Recurso ordinário a q u e s e n e g a provimento (Tribunal Superior d o Trabalho — S ubseção II, E s p e c i a l i z a d a e m Dissídios Individuais — Recurso Ordinário e m Á ç ã o Rescisória — Autos n. 513054/98 — Relator Ministro João Oreste Dalazen — julgamento ocorrido e m 26.9.2000).

E M B A R G O S À E X E C U Ç Ã O I N T E M P E S T I V O S . M A T É R I A D E V O L V I D A C O M O A G R A V O . Rejeitados e m b a r g o s à execução por intempestividade, c a b e inicialmente a i m p u g n a ç ã o desse capítulo da sentença, pois a matéria de fundo não é alcançada pelo efeito devolutivo, tanto e m extensão c o m o e m profundidade, eis que n ã o f o i o b j e t o do decreto judicial (T R T da 19a Região (Alagoas) — Agravo de Petição ■ — Autos n. 1 99758030071 — Relator Juiz Pedro Inácio — julgamento ocorrido e m 10.10.2000).

D E C A D Ê N C I A — C O I S A J U L G A D A — O prazo para o exercício da ação rescisória que tenha c o m o objeto a parte d a sentença que não foi i m p u g n a d a mediante recurso conta-se d a data e m q u e a parcela passou e m julgado, ainda que a e m p r e s a tenha recorrido das dem a i s verbas deferidas. Transitada soberanamente e m julgado a decisão anos antes d a data e m que foi protocolizada a ação, deve ser acolhida a prejudicial de decadência suscitada pelo réu (T R T da 8a Região (Pará) — S e ç ã o Especializada — A ç ã o Rescisória — Autos n. 4462/97 — Relatora Designada Juíza Francisca Oliveira Formigosa — julgamento c o n s u m a d o e m 14 de maio de 1998).

⁷⁰ De destaque também a Súmula nº 100, I e II, do TST, conforme segue: “I – O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. II - **Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão**, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar

Igualmente, nos feitos tributários a matéria também já foi ventilada no âmbito do STJ⁷¹, demonstrando também a importância do tema nos processos que tratam da matéria⁷²fiscal. Até mesmo em sede de direito internacional o STJ tem julgados mencionando a referida doutrina, em especial no direito de família.⁷³ No âmbito do STF, verifica-se julgados aplicando a teoria e influenciando no âmbito administrativo.

insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial.”

⁷¹ BRASIL. STJ. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é incabível rescisória de capítulo de sentença ou acórdão que fixa honorários de sucumbência" (AgRg no REsp 1.117.811/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 8/9/10). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.350.868/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 8/2/2011, DJe de 17/2/2011.)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é incabível rescisória de capítulo de sentença ou acórdão que fixa honorários de sucumbência" (AgRg no REsp 1.117.811/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 8/9/10). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.350.868/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 8/2/2011, DJe de 17/2/2011.)

⁷² BRASIL. STF. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA CAUSA – POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA – COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DELEGOU, VALIDAMENTE, EM SEDE REGIMENTAL (RISTF, ART. 21, § 1º) – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DESSA DELEGAÇÃO REGIMENTAL – CADIN/CAUC/SIAFI – INCLUSÃO, EM CADASTRO PÚBLICO DE INADIMPLENTES, DE ENTE FEDERATIVO EM VIRTUDE DE DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS INCIDENTES SOBRE A REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – CAPÍTULO DA SENTENÇA QUE NÃO FOI IMPUGNADO EM SEDE RECURSAL – ALEGADA PRESCRIÇÃO DE CRÉDITOS REFERENTES AO PERÍODO DE 09/1997 A 12/1998 – **FORMAÇÃO PROGRESSIVA DA COISA JULGADA – DOUTRINA – CONSEQUENTE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA – BLOQUEIO DE RECURSOS – RISCO À NORMAL EXECUÇÃO, NO PLANO LOCAL, DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS À COLETIVIDADE – SITUAÇÃO DE POTENCIALIDADE DANOSA AO INTERESSE PÚBLICO** – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DA IMPUGNAÇÃO RECURSAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. DA TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA – **Mostra-se viável, em face da teoria dos capítulos de sentença, reconhecer, no instrumento sentencial, pluralidade de decisões, cada qual incidindo sobre um objeto autônomo do processo, a justificar, portanto, na linha de antigo magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RTJ 103/472, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, v.g.), a possibilidade de formação progressiva da coisa julgada.** BLOQUEIO DE RECURSOS CUJA EFETIVAÇÃO COMPROMETE A EXECUÇÃO, NO ÂMBITO LOCAL, DE PROGRAMA ESTRUTURADO PARA VIABILIZAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – O Supremo Tribunal Federal, nos casos de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes organizados e mantidos pela União, tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade. Precedentes. (ACO 1990 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17-06-2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 10-09-2015 PUBLIC 11-09-2015)

⁷³ BRASIL. STJ. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. GUARDA. CURADORIA ESPECIAL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DOS ARTS. 5º E 6º DA RESOLUÇÃO STJ N. 9/2005. CITAÇÃO POR EDITAL. MAIORIDADE. PERDA DO OBJETO. 1- Trata-se de pedido de homologação de sentença da Corte de Apelações de Aix en Provence, França, a qual deu provimento a recurso, invertendo-se a guarda em desfavor

Por fim, no que tange ao tema de fundo do presente estudo, também nos feitos criminais⁷⁴ há julgados ventilando a aplicação da teoria dos capítulos da sentença para solucionar situações surgidas da aplicação das normas do sistema processual penal⁷⁵.

A partir dessas premissas, da existência de normas de caráter transeleitoral, bem como da visão instrumentalista do processo e da centralidade da Constituição Federal, no capítulo seguinte será examinada pormenorizadamente a compatibilidade da teoria dos capítulos de sentença à disciplina do direito processual penal, principalmente no tocante aos princípios e elementos ínsitos àquele sistema.

da genitora, datada de 18 de dezembro de 2012. 2- Este Tribunal exerce juízo meramente delibatório nas hipóteses de homologação de sentença estrangeira; vale dizer, cabe ao STJ, apenas, verificar se a pretensão atende aos requisitos previstos no art. 5º da Resolução STJ n. 9/2005 e se não fere o disposto no art. 6º do mesmo ato normativo, bem como as disposições da LINDB. 3- De fato, a sentença homologanda atendeu aos requisitos legais para concessão do exequatur. Não obstante, o filho alcançou a maioria em 25/01/2014, tanto pela lei brasileira (art. 5º, caput, do Código Civil Brasileiro), quanto pela lei francesa (art. 488 do Código Civil Francês). E o art. 1.630 do Código Civil Brasileiro não permite a guarda de pessoa capaz. 4- **Não pode este Colendo Superior Tribunal de Justiça restabelecer apenas o "capítulo de sentença" dos alimentos em favor do filho, como fixado pelo Juiz da Vara de Família de Nice/França, por meio de sentença datada de 12/07/2010, pois tal sentença foi reformada pela "Corte de Apelações de Aix en Provence"**. Tal conduta implicaria em indevida ingerência no sistema jurídico estrangeiro, pois homologaria parte de uma sentença sem validade. O que está sob homologação é a decisão transitada em julgado pela Corte alienígena (a qual não fixou alimentos, pois reverteu a guarda em favor do postulante), não a sentença de primeiro grau. 5- Pedido de homologação indeferido. (SEC n. 11.686/EX, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 4/11/2015, DJe de 18/11/2015.)

⁷⁴ Destaque para a Ação Penal n. 470/MG (*Mensalão*), Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 13 nov. 2013, que será revisitada oportunamente dada a fundamental relevância para este trabalho.

⁷⁵ BRASIL. STJ. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPUGNAÇÃO DIRETA DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. A revisão criminal é ação autônoma de impugnação cujo objetivo é desconstituir sentença condenatória ou absolutória imprópria transitada em julgado (*iudicium rescindens*), para, eventualmente, substituí-la por outra (*iudicium rescissorium*). O cabimento do juízo rescindendo está adstrito às hipóteses de violação ao texto expresso de lei penal, contrariedade à evidência dos autos, sentença fundada em prova falsa, prova nova e benéfica à situação do réu e nulidade do processo (CPP, art. 621 c/c art. 626), não havendo falar em juízo rescisório nesta última hipótese. Tanto o *iudicium rescindens* quanto o *iudicium rescissorium* são realizados pelo próprio tribunal que proferiu os julgados, bem como aqueles pertinentes a juízes a ele vinculados. 2. **Constata-se que a impetrante impugna capítulos de sentença transitados em julgado em primeiro grau, que sequer foram apreciados pelo Tribunal a quo.** Nesse caso, seria necessário impugnar essa sentença por meio de revisão criminal perante o Tribunal a quo, para que desse acórdão fosse impetrado habeas corpus perante esta Corte. Portanto, inviável a apreciação desses temas, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, 'c', da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 298.291/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/8/2016, DJe de 29/8/2016.)

CAPÍTULO II – SENTENÇA EM CAPÍTULOS E SUA COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CRIMINAL

Antes de examinar a aplicabilidade dos capítulos de sentença frente aos princípios e garantias que regem os sistemas penais, necessário definir precisamente como se pretende entender e aplicar àquela sistemática no âmbito do processo criminal, haja vista os mais diversos entendimentos já demonstrados quando do desenvolvimento do primeiro capítulo deste estudo, acerca do que se compreende como capítulo, assim como sua necessária, ou desnecessária, autonomia.

1. Definindo capítulos da sentença penal

Como visto, a noção de capítulo de sentença está associada à ideia de decomposição do decisório em objetos autônomos que podem ser julgados em momentos e/ou processos distintos.

Uma primeira nuance entre a sentença no processo criminal e no processo civil está em que as sentenças no processo criminal necessariamente trazem um pronunciamento sobre o mérito, enquanto no processo civil podem ou não julgar o mérito, ainda que ponham fim àquela parcela do processo⁷⁶. Nessa linha, uma decisão que acolha uma exceção, e.g. de litispendência ou coisa julgada, será tratada como interlocutória no processo crime.

Todavia, a partir da visão que se propugnou no primeiro capítulo desse estudo, se propõe para fins de desenvolvimento correto da teoria, adotar-se não a nomenclatura proposta na seara processual penal, mas sim, sentença como ato que extingue uma determina lide – relação jurídico processual, independentemente do nomen iuris adotado, principalmente, para fins de recurso no sistema do processo penal.

Assim é que, de acordo com a classificação proposta, não há lógica no CPP brasileiro ao admitir a mesma espécie de recurso (em sentido estrito), tanto para a decisão que reconhece, como a que rejeita a prescrição ou outra causa de extinção da punibilidade⁷⁷, dado que a que reconhecer irá por fim a uma relação jurídico processual, sendo, na ótica proposta,

⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de - **Curso de processo penal**. 18ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 639.

⁷⁷ BRASIL. CPP. art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade; IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

capítulo de sentença. Saliente-se que, da mesma forma que o processo civil, o CPP permite a interposição de recurso de parcela da sentença, delimitando o efeito devolutivo do recurso de apelação.⁷⁸

Estruturalmente, a sentença penal, a partir de um único ato acaba por decidir questões preliminares e o mérito propriamente dito, relativamente a cada uma das imputações dirigidas ao acusado, analisando o tipo de concurso de crimes e, por fim, fixando a pena e suas consequências.

Concebendo capítulos da sentença penal como unidades independentes no interior de uma sentença plúrima, abstratamente capazes de exaurir sozinha a essência de uma decisão – transitar em julgado, Francesco Nuzzo⁷⁹ define todo o restante como *pontos*, integrantes da fundamentação e sem eficácia imperativa, estando sujeitos somente à preclusão, pertencendo à fundamentação. Defende o autor a eficácia imperativa e a absoluta autonomia dos capítulos, sendo que a cada crime ou contravenção corresponderia um capítulo, abrangendo a declaração da responsabilidade e a respectiva pena.

Diferentemente, autores como Giovanni Leone⁸⁰ defenderam a decomposição da pena em capítulos. Na linha de Nuzzo, refere que os pontos da sentença como questões idôneas e autônomas, podendo ser objeto de impugnação isoladamente, podendo haver a decomposição da pena em capítulos relativos ao quantitativo, bem como às circunstâncias que a agravam ou a atenuam. Dessa forma, eventual apelo quanto à correta definição jurídica do fato delituoso não poderia reexaminar as circunstâncias agravantes e atenuantes respectivas.

Na mesma linha de Chiovenda, que desenvolveu tese tratando do pedido íliquido da condenação no processo civil, podendo o autor apelar buscando um valor maior em grau recursal – ideia de cisão quantitativa da pretensão do autor, separando o *an debeatur* do *quantum debeatur*⁸¹, tem-se que por um raciocínio analógico pode-se aplicar aquele raciocínio ao processo penal, haja vista que tanto o parquet quanto o réu, muito embora não tenham uma cifra específica quanto à pena, podem recorrer da pena aplicada na sentença, sem ter que voltar a discutir a responsabilidade do acusado.

⁷⁸ Vê-se tal possibilidade tanto na apelação como nos embargos infringentes, CPP. Art. 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, **quer em relação a parte dele**. E Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária. Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

⁷⁹ NUZZO, Francesco - **L'appello nel processo penale**. 3ª Ed. Giuffrè Editore, 2008, p. 116-117.

⁸⁰ LEONE, Giovanni - **Tratado de derecho procesal penal**. Vol 3. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963, p. 165-169.

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel - **Capítulos de Sentença**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 48.

Ocorre que, não só é possível, como é necessária a segregação dos capítulos relativos ao dispositivo, daquele relativo à pena aplicada, mormente se considerada a norma disposta no art. 599, do CPP brasileiro⁸², haja vista que o acusado pode manifestar irresignação apenas quanto à pena, aceitando a culpa formada sobre o fato.

Ademais, ao atrelar os capítulos da sentença aos capítulos da peça acusatória, as teorias desenvolvidas na doutrina italiana não conseguem explicar questões como o concurso formal de crimes e/ou a continuidade delitiva, uma vez que não se fará presente a dualidade reconhecimento da culpa – pena imposta, mas sim uma única pena para várias ações ofensivas aos bens jurídicos.⁸³

Por tais razões, nesse trabalho se propugna a cisão da parte dispositiva da sentença daquela da pena aplicada. Cumpre investigar como, a partir do método trifásico adotado pelo legislador brasileiro⁸⁴, uma possível cisão também da pena aplicada em sentença.

Em Portugal, adota-se um modelo de aplicação da pena um pouco diferente do brasileiro (trifásico), podendo o tipo se enquadrar em uma moldura legal simples, ou alterada pelas chamadas circunstâncias modificativas – agravantes ou atenuantes. Tais circunstâncias são pressupostos ou conjuntos de pressupostos que, não dizendo respeito nem ao tipo, ou a culpabilidade, representam uma maior ou menor gravidade do crime, interferindo na determinação da pena.⁸⁵ Tais circunstâncias podem ter natureza comum ou especial, sendo que as primeiras podem ser aplicadas a toda espécie de crimes (v.g. atenuante da tentativa), e as últimas somente têm relevância para certos tipos penais, indicados na parte especial do Código.

No modelo brasileiro reconhece-se na fixação da pena-base (primeira fase da dosimetria), na forma em que determinada pelo art. 68, do CP brasileiro, conjugado com o art. 59 do mesmo Codex⁸⁶, a análise de oito circunstâncias judiciais a ser examinadas pelo julgador, sendo que podem ser admitidas como favoráveis ou desfavoráveis ao réu, interferindo esse reconhecimento no montante da pena-base aplicada. Ainda que não seja

⁸² BRASIL. CPP. Art. 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele.

⁸³TONINI, Paolo - *Lineamenti di Diritto Procesuale Penale*. 10ª Ed. Giuffré Editore, 2010, p. 437.

⁸⁴ Verifica-se, resumidamente, a adoção do critério trifásico pelo teor do art. 68, do CP: Art. 68 - **A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.**

⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de - *Direito penal português - As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: 2009, p. 199-200.

⁸⁶ BRASIL. CP. Art. 59 - O juiz, atendendo à **culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Vê-se, a partir do referido artigo, que são 8 as circunstâncias judiciais a serem analisadas pelo magistrado na fixação da pena-base.

possível precisar a quantificação entre o reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável e seu reflexo na pena-base⁸⁷, haja vista que não se exige na fundamentação do julgado explicitar-se o montante relativo à cada circunstância considerada, é de rigor que, uma vez admitida, cada uma delas deva influir no montante de apenamento, a partir do mínimo legal.

Num segundo momento são consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes, incidindo em montante fixado pelo julgador. Por fim, são verificadas causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena, incluídas nessas a do concurso de crimes (art. 70 e 71 do CP)⁸⁸. Oportuno consignar que somente nessa terceira fase da dosimetria, pode-se falar em diminuição da pena abaixo do mínimo legal. Nessas duas fases também se propugna sua divisão em capítulos.

Da mesma forma, a parcela do julgado em que fixada a pena de multa, mormente por ter critérios próprios em sua fixação (sistema bifásico)⁸⁹, e a parcela do julgado em que promovida a substituição da pena e a atinente aos efeitos da condenação (efeitos anexos específicos, em especial porque demandam nova fundamentação)^{90,91}. Tal como defendido no

⁸⁷ Nesse sentido: "a fixação da **pena-base não precisa seguir um critério matemático rígido, de modo que não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima ou mesmo outro valor**. Tais frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório, **exigindo-se apenas que seja proporcional e devidamente justificado** o critério utilizado pelas instâncias ordinárias". BRASIL. STJ. AgRg no HC n. 718.681/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 30/8/2022.

⁸⁸ BRASIL. CP. Concurso formal Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. Crime continuado Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

⁸⁹ BRASIL. CP. **Multa** Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

⁹⁰ No magistério de Prado: Os efeitos da condenação são todos aqueles que, de modo direto ou indireto, atingem a vida do condenado por sentença penal irrecorrível. (...) A imposição de sentença penal (pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e/ou multa) ou de medida de segurança é, sem dúvida, o principal efeito da condenação. Entretanto, o fato de estar o réu compelido à execução da pena aplicada pela sentença condenatória não afasta a existência de outros efeitos secundários, reflexos, ou acessórios, de natureza penal e extrapenal, que em alguns casos necessariamente a acompanham (PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, v. 1: Parte Geral, arts. 1.º a 120. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.).

⁹¹ Previstos no artigo 92 do Código Penal: **Art. 92** - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro

primeiro capítulo, entende-se que por possuírem critérios próprios e passíveis de impugnação autônoma, com distintos efeitos quando da execução da pena, podem constituir capítulos próprios.

Defende-se essa cisão não só para fins didáticos ou de organização de eventual recurso interposto, mas também porque a fixação da pena e, portanto, sua individualização, é uma garantia do acusado, não estando atrelada a discricionariedade do órgão julgador, representando a integração dos preceitos criados pelo legislador com a análise do poder judiciário sobre os fatos e a norma legal, representando, assim, uma avaliação também baseada em valores que são concretizados na norma criada para o caso concreto (sentença), conforme desenvolvido no capítulo I do presente estudo (vide nota de rodapé 60).

Assim, a divisão em capítulos corresponde também a importante mecanismo de controle da decisão judicial, dado que cada parcela do julgado pode ser confrontada, aumentando a possibilidade de defesa do acusado e eventual sucesso de seu recurso. Nesse sentido, já defendia Boschi⁹² a necessidade de quantificação precisa das circunstâncias, para que o acusado pudesse as impugnar especificamente ao afirmar ser uma vantagem à quantificação específica, pelo juiz, das circunstâncias agravantes para que o réu pudesse impugná-las especificamente.

E não somente com relação ao réu dirige-se a referida garantia da individualização da pena, mas também em relação ao Ministério Público, que não deve objetivar exclusivamente um desmesurado aumento da pena a qualquer custo em detrimento do réu, mas sim atuar com vias a resguardar a justiça da pena, enquanto fiscal da lei - *custus legis*, razão pela qual os critérios considerados para a fixação da reprimenda também lhe dizem respeito.

Importante consigar que, assim como no processo civil, vige nos feitos criminais o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, que, como se viu no capítulo I, embora não limite a cognição sob o prisma vertical (profundidade), baliza-a sobre o aspecto horizontal (extensão). Assim, somente nos limites do capítulo impugnado o tribunal revisor poderá alterar os fundamentos utilizados pelo juízo *a quo*.

Nessa esteira, supondo uma condenação em dois crimes em que a defesa recorre apenas de uma das condenações, não havendo recurso por parte do parquet, aplicando-se a teoria dos capítulos da sentença poderia se iniciar o cumprimento da sentença (execução da

descendente ou contra tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. **Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.**

⁹² BOSCHI, José Antonio Paganella - *Das penas e seus critérios de aplicação*, 7ª Ed. PortoAlegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 152

pena) relativamente ao crime em que houve trânsito em julgado para ambas as partes, haja vista a formação da coisa julgada parcial. Outrossim, o tribunal revisor não poderia revisitar, seja o juízo condenatório, seja a dosimetria da pena daquela infração em que se operou o trânsito em julgado.

Oportuno referir, que no ordenamento brasileiro, havendo manifestação do réu no interesse recursal na seara criminal, a impugnação à sentença deve ser considerada total. Por tal razão o art. 577, caput, do CPP afirma que “o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor”.

Havendo divergência entre os interesses do réu e da defesa técnica, o entendimento majoritário milita em fazer prevalecer a vontade daquele que manifestou interesse em recorrer, sobretudo porque o recurso exclusivo da defesa jamais poderá prejudicar o réu – princípio da *non reformatio in pejus*⁹³, entendimento esse sumulado no âmbito do STF: “Súmula nº 705. A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência de defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta.”

Essa ideia da necessidade de assistência por defensor, fundada na imprescindibilidade da defesa técnica e, por conseguinte do devido esclarecimento daquele que toma qualquer decisão dentro de um feito criminal – seja como investigado, seja como acusado, razão pela qual se faz legalmente necessária desde a fase inquisitorial.

1.1. Autonomia absoluta ou relativa dos capítulos

Visto a contribuição da doutrina processual penal, principalmente na Itália, cabe aqui verificar se há necessidade de que a autonomia e independência entre capítulos da sentença seja absoluta, no sentido de que cada capítulo possa constituir decisão própria, ou, à luz do que defenderam Liebman e Chiovenda, no que seguiu Dinamarco, pela possibilidade de sua relativização⁹⁴.

Defende-se aqui, de regra, uma autonomia absoluta entre os capítulos, possibilitando, assim, a execução imediata da parcela transitada em julgado, sem, contudo paralisar a parcela do julgado que ainda não sofreu o trânsito. Da mesma forma, eventual acordo entre as partes

⁹³ Nesse sentido a interpretação do CPP: Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, **não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.**

⁹⁴ A exemplo temos os capítulos de eficácia processual e aqueles que decidem sobre honorários.

no processo, ou até mesmo antes de iniciado⁹⁵, tem o condão de por fim aquela específica lide, podendo o cumprimento da avença ser iniciado de imediato, sem com isso haver qualquer violação de garantias constitucionais do acusado. E assim se propugna por três razões fundamentais.

A primeira delas encontra respaldo no próprio sistema processual penal, que é guarnecido por um instrumento que não encontra similar no processo civil, qual seja, o instituto da revisão criminal.

A par das já apontadas divergências, destoando do tratamento dado pelo processo civil, em que não se vislumbra imprescritibilidade de quaisquer ações, salvo as exceções contidas no ordenamento⁹⁶, no processo criminal, como já visto, o instrumento da revisão criminal tanto no Brasil como em Portugal⁹⁷ não possui prazo para ser ajuizado, logo, não há qualquer prejuízo no reconhecimento da autonomia e independência dos capítulos da sentença penal, não tendo o entrave do prazo bienal da ação rescisória do juízo cível para sanar eventual erro judicial. Oportuno referir que tal instrumento pode ser ajuizado inclusive após a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena imposta⁹⁸.

Verifica-se, ainda, que um eventual prejuízo pode também ser corrigido pelo juízo da execução penal. Assim, v.g. em uma condenação em que já tenha se operado, ou venha a se operar, a prescrição da pretensão punitiva ou executória, aquele juízo não só pode, como deve, rever a sanção aplicada, haja vista ser matéria reconhecível de ofício.

⁹⁵ No capítulo seguinte se examinará alguns mecanismos de consenso no direito brasileiro e português capazes de por fim ao processo antes mesmo de iniciada a fase judicial, como exemplo o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A, do CPP brasileiro.

⁹⁶ Nesse sentido afirma Yussef Said Cahali: “É uniforme a doutrina no sentido de que os chamados direitos da personalidade são naturalmente imprescritíveis, pois, sendo indisponíveis não se concebe que a lesão do direito a respeito deles possa convalescer. Não se pode admitir que a lesão de um direito da personalidade se convalide pelo decurso do tempo, porque isso importaria na disponibilidade desse direito por quem o tivesse ofendido.” *In* CAHALI, Yussef Said - **Prescrição e decadência**. São Paulo: RT, 2012. p. 82.

⁹⁷ PORTUGAL. CPP português: *Artigo 449.º* (Fundamentos e admissibilidade da revisão) 1 - **A revisão de sentença transitada em julgado é admissível** quando: a) Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; b) Uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo; c) Os factos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.os 1 a 3 do artigo 126.º; f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação; g) Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça. 2 - **Para o efeito do disposto no número anterior, à sentença é equiparado despacho que tiver posto fim ao processo.** 3 - Com fundamento na alínea d) do n.º 1, **não é admissível revisão com o único fim de corrigir a medida concreta da sanção aplicada.** 4 - **A revisão é admissível ainda que o procedimento se encontre extinto ou a pena prescrita ou cumprida.**

⁹⁸ Nesse sentido o CPP brasileiro: Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.”

Uma terceira questão que milita em favor da defendida autonomia absoluta, o transito em julgado e a formação progressiva da coisa julgada vai ser objeto de adequação quanto ao regime de cumprimento e montante da pena imposta também pelo juízo da execução, não havendo qualquer inconveniente na formação de títulos executivos em momentos distintos.⁹⁹

Cumpra esclarecer, na linha do que defendeu Dinamarco que “a autonomia absoluta só se dá entre capítulos de mérito, não porém em relação ao que contém julgamento da pretensão ao julgamento deste (capítulo que aprecia preliminares)”, sobretudo porque, como visto, há diferenças entre os processos cíveis e criminais. Autonomia, para aquele autor não seria sinônimo de independência, como aqui se propugna.¹⁰⁰

Quanto à aplicação da autonomia e unidade quando do exame da pena aplicada, a tese ora defendida tem amparo na jurisprudência do STJ brasileiro, sendo que no julgamento do HC 251.417¹⁰¹, a Sexta Turma definiu que, para o exame dos limites da proibição de reforma para pior, deve ser analisado cada item do dispositivo que fixou a pena, e não apenas a quantidade total da reprimenda. O julgador de primeiro grau havia reconhecido três circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo o tribunal revisor reconheceu apenas duas, porém manteve a pena aplicada na sentença. Aquela corte superior então entendeu a imprescindibilidade de redução da pena.

No julgamento do AREsp 993.413¹⁰², a Quinta Turma manteve decisão que reformou acórdão de segundo grau para restabelecer o aumento de pena aplicado na sentença, sendo que o juízo de primeiro grau reconheceu a presença de duas majorantes, e o tribunal revisor reconheceu que a conduta seria mais reprovável que o comum, todavia não aumentou a pena. Em outra situação, HC 250.455¹⁰³, a Sexta Turma entendeu que, no âmbito de recurso exclusivo da defesa, o tribunal de segundo grau não pode agravar a pena imposta ao condenado, ainda que reconheça equívoco na soma das penas aplicadas.

Em resumo, a jurisprudência do STJ considera que, mesmo havendo recurso exclusivo da defesa, é possível a revisão dos fundamentos da dosimetria da pena, desde que não seja modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal implique em *reformatio in pejus*. Há,

⁹⁹ BRASIL. LEP (Lei 7.210). Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I - **aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II - declarar extinta a punibilidade;** III - decidir sobre: a) **soma ou unificação de penas;** b) **progressão ou regressão nos regimes;** c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel - **Capítulos de Sentença**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 35.

¹⁰¹ BRASIL. STJ. HC n. 251.417/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe de 19/11/2015.

¹⁰² BRASIL. STJ. AgRg no AREsp n. 993.413/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe de 1/9/2017.

¹⁰³ BRASIL. STJ. HC n. 250.455/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe de 5/2/2016.

portanto, uma análise item por item quanto a cada fase da dosimetria no tocante às circunstâncias judiciais, agravantes\atenuantes e causas de diminuição e aumento, não obstante, com relação a pena o tratamento se dá em bloco, é dizer, na totalidade da reprimenda imposta.

Visto isso, ainda que haja uma certa diferenciação da aplicação dos capítulos de sentença quanto ao dispositivo, onde se pode defender uma autonomia absoluta em relação a cada crime, principalmente nos casos de concurso material de delitos, nas demais situações, concurso formal e continuidade delitiva, e no tocante à dosimetria da pena, é a quantidade de pena imposta que será o parâmetro de eventual capítulo impugnado no atinente ao bloco da dosimetria.

Verificadas as dimensões em que se pretende empregar a teoria dos capítulos da sentença no processo criminal, passará a se examinar a compatibilidade da sistemática aos princípios que regem os feitos criminais.

2. Aplicação da sentença em capítulos e os princípios do processo penal.

A partir da adoção de um sistema penal acusatório, incrementado pelo desenvolvimento de uma doutrina de direitos humanos internacionalmente propagada, houve uma sensível guinada de paradigmas no tocante ao tratamento dos acusados no âmbito do processo criminal, principalmente no tocante ao reconhecimento daqueles como sujeito de direitos¹⁰⁴.

Cumpra referir que se reconhecem, nos mais distintos ordenamentos, garantias processuais inerentes aos acusados, independentemente do tipo de sistema processual adotado – acusatório, inquisitivo ou misto¹⁰⁵.

Com referida mudança, passou-se a ter uma nova visão também sobre o significado do processo, agora visto como um instrumento de proteção de direitos fundamentais, direitos esses decorrentes de diretivas expressas em princípios instituídos pela Constituição de cada Estado, assim como de outros instrumentos internacionais aos quais determinado Estado se obrigou¹⁰⁶.

¹⁰⁴ TUCCI, Rogério Lauria - **Teoria do direito processual penal**: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 199-200.

¹⁰⁵ Defendendo essa tese ANDRADE, Mauro Fonseca - **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008, p. 455-456.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann - O que é 'devido processo legal?'. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.163, p. 50-59, set. 2008.

Vê-se, assim, o conflito de interesses estabelecido em uma demanda criminal – de um lado o Estado buscando exercer seu poder punitivo em face do suposto violador da norma penal; de outro o sujeito (acusado) que busca a manutenção de sua liberdade. Como pano de fundo desse conflito de interesses destaca-se a não só necessária, como imprescindível observância do devido processo legal, caracterizado como a impossibilidade de se restringir direitos de qualquer pessoa sem a observância de um processo que observe as normas legais.¹⁰⁷

A toda evidência, se tomado apenas na sua dimensão formal, o devido processo legal constituiria em garantia frágil, haja vista que a mera alteração legislativa seria suficiente para ameaçar tal garantia de fundamental importância. Por tal razão, desenvolveu-se na doutrina americana o chamado devido processo legal substancial (*substantive due process of law*), sendo um comando dirigido ao legislador a fim de que produza leis que satisfaçam o interesse público, com base na racionalidade e razoabilidade, assim como o exercício do poder de polícia pela administração pública com observância dos mesmos princípios.¹⁰⁸¹⁰⁹

Digno de registro também a visão de que o controle difuso de constitucionalidade, realizado por todo e qualquer magistrado, também é decorrente do devido processo legal, exercendo o judiciário papel fundamental em eventual desmando do poder legislativo em sua função legiferante.¹¹⁰¹¹¹

De se destacar que o devido processo legal acaba por desencadear princípios corolários, que serão analisados ao longo desse capítulo, assim como sua compatibilidade com a teoria dos capítulos da sentença.

Nessa esteira, podemos citar como próprias do devido processo legal as garantias da paridade de armas entre acusação e defesa, a ampla defesa e o contraditório, integrando-o ainda o princípio do juiz natural, e a consequente legalidade dos atos executórios.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁰⁸ MAGALHÃES, Moacir Lima - O Devido Processo Legal e os Direitos Fundamentais. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 9, n. 1, p. 183-184.

¹⁰⁹ Com precisão peculiar, assim se pronunciou o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, na ADIn n. 1.511-7-DF (decisão liminar), *verbis*: “Due process of law, com conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual – procedural due process – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.”

¹¹⁰ BERARDI, Luciana Andrea Accorsi - Interpretação Constitucional e o Princípio do Devido Processo Legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 54, a. 14, p. 246.

¹¹¹ Coloca com projeções do devido processo legal além das limitações ao poder legislativo (controle de constitucionalidade; limitações ao poder administrativo (controle dos atos) e limitações ao poder jurisdicional, como a necessária motivação dos atos judiciais, respeito à competência, observância do direito à prova e a relativização da coisa julgada *in* LUCON, Paulo Henrique dos Santos - Devido processo legal substancial. **Revista de Doutrina Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)**. Edição 15. Publicada em 22.11.2006.

Ao lado das diretivas citadas, temos, talvez a maior das garantias de um acusado dentro das constituições, qual seja, a presunção de inocência, bem como outros direitos e garantias inerentes ao sistema penal, como a duração razoável do processo e a efetividade do processo criminal.

Passando à análise da teoria dos capítulos de sentença em face de cada um dos princípios citados, optou-se por uma cisão no exame, iniciando-se pelos preceitos tidos como conflitantes com a precitada teoria, passando-se posteriormente aos que admitem sua aplicação sem maiores entraves.

3. Princípios em conflitos aparentes

Cumpra esclarecer que se optou por denominar de conflitos aparentes, remetendo à doutrina penal¹¹², mas não no sentido de solucionar a controvérsia com as regras próprias para aquele tipo de situação, até porque aqui se tratam de princípios e não regras¹¹³, mas sim para enfatizar a noção de sistema, em que se sobressai a ideia de não contradição. Passa-se assim a examinar esses denominados conflitos aparentes entre as diretrizes do sistema processual penal.

1.1. Sentença em capítulos e presunção de inocência

O primeiro princípio que se pretende examinar, e talvez o mais importante direito fundamental¹¹⁴ dentro do sistema penal, até porque dele desencadeiam diversas garantias em favor do acusado, é o princípio da presunção de inocência.

¹¹² No magistério de Rogério Greco: “Fala-se em concurso aparente de normas quando, para determinado fato, aparentemente, existem duas ou mais normas que poderão sobre ele incidir. Como a própria denominação sugere, o conflito existente entre normas de Direito Penal é meramente aparente. Se é tão somente aparente, quer dizer que, efetivamente, não há que se falar em conflito quando da aplicação de uma dessas normas ao caso concreto.” GRECO, Rogério - **Curso de direito penal: parte geral** – v. 1. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 57.

¹¹³ Partindo da noção dada por Ávila, que vai ao encontro do quanto aqui desenvolvido, tem-se que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” E, embora haja concordância com as críticas feitas pelo autor às teorias de Ronald Dworkin e Eduard Alexy, no sentido de poder haver ponderação de interesses também nas regras, é evidente a diferença de densidade normativa de uma regra e de um princípio, sendo este, no mais das vezes, orientador de todo um sistema. In ÁVILA, Humberto - **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.50-72.

¹¹⁴ Esclarecedora é a lição de Ingo Sarlet: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional” in SARLET,

Quanto à nomenclatura, divide-se a doutrina, ora denominando o princípio como presunção da inocência, ora como presunção de não culpabilidade¹¹⁵. Não obstante, o entendimento mais correto parece militar em favor da denominação presunção de inocência, haja vista que o a locução presunção de não culpabilidade, além de ter sido utilizada por estados totalitários, semanticamente inverte a lógica que é própria do referido princípio, postulando que o magistrado, diante da incerteza da condenação, careceria de condições para atestar a inocência do acusado, podendo, no máximo, afastar a pretensão da acusação de declará-lo culpado, não significando propriamente inocência¹¹⁶.

Sua origem, assim como as previsões contidas em normas de caráter internacional, remonta à Declaração do Homem e do Cidadão, do século XVIII¹¹⁷, posteriormente reprisadas no sistema da ONU (Organização das Nações Unidas).

No Brasil, o princípio da presunção de inocência foi estabelecido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, como uma norma de garantia fundamental de natureza protetiva, prevendo que “ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A primeira questão que vem à tona quando nos deparamos com o conteúdo do direito à presunção de inocência no texto constitucional é a questão do efeito prático da garantia, é dizer, a partir de quando se pode dar cumprimento a uma sentença criminal, ou melhor, até que momento o acusado está resguardado pela referida garantia?

A partir da leitura do dispositivo constitucional discutido parece inexistir espaço para conclusão hermeneutica distinta do texto legal, sob pena de extrapolação dos limites interpretativos, conferindo sentido diverso daquele estabelecido pelo Constituinte Originário, numa tarefa de reescritura da norma.

Não por outra razão, o hoje aposentado Min. Marco Aurélio de Mello, em seu voto na medida cautelar na ADC 43, última oportunidade em que o STF discutiu o assunto, asseverou “a literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. **O dispositivo não abre**

Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

¹¹⁵ Pierpaolo Bottini afirma que o dispositivo da Constituição brasileira não reflete o princípio da presunção de inocência, mas sim o princípio da não culpabilidade. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz - Deixem em paz a presunção de inocência. **Revista Associação dos Advogados de São Paulo (AASP)**, Ano XXXII, outubro 2012, n.117, p.184.

¹¹⁶ Aury Lopes Jr. cita dentre os mentores da referida nomenclatura o italiano Vincenzo Manzini. in LOPES JR., Aury - **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191.

¹¹⁷ Prevê o art. 9º da Declaração: “Todo homem será presumido inocente até que tenha sido declarado culpado;”

campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender." ¹¹⁸

Não obstante a posição do eminente Ministro, o fato é que ao longo da história jurisprudencial do Excelso Pretório, por cinco oportunidades houve mudança de entendimento acerca do assunto em debate.

Desde a Constituição Federal de 1967, o Supremo Tribunal Federal (STF) admitia a prisão após a confirmação da condenação criminal por órgão colegiado. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a compatibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado com as previsões da Constituição, foi analisada pela primeira vez em março de 1989, pela 2ª Turma do STF, no HC 67.245/MG. Na ocasião a decisão foi unânime pela constitucionalidade da prisão. Posteriormente houve manifestação do Plenário, no HC 68.726/DF, mantendo o mesmo entendimento, no sentido de que o início do cumprimento¹¹⁹ da pena antes do trânsito em julgado não conflitava com a garantia do art. 5º, LVII, da CF.

Na época, estava em vigência o art. 594, do Código de Processo Penal (CPP) que trazia a necessidade do condenado, ainda em primeiro grau de jurisdição, de se recolher a prisão para exercer seu direito de apelar da decisão condenatória¹²⁰.

Tal interpretação perdurou até o ano de 2009, sendo que por alteração legislativa ocorrida no CPP em 2008, revogando o art. 594, o STF, no julgamento do HC 84.078/09¹²¹, ocorrido em 5 de fevereiro de 2009, voltou atrás no posicionamento que vinha seguindo desde o advento da Constituição Federal de 1988 (CF), e passou a entender que “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.

O entendimento acima perdurou até o ano de 2016, quando do julgamento do HC 126.292/SP, nova alteração permitiu a execução da pena a partir do trânsito em julgado da decisão de segunda instância. As razões da alteração de posicionamento do STF restaram bastante claras a partir da leitura do voto dos Ministros – o momento político vivenciado no cenário nacional, que se viu diante do maior esquema de corrupção da história da República,

¹¹⁸ BRASIL. STF. ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07-11-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020

¹¹⁹ BRASIL. STF (Pleno). HC 68726, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28-06-1991, DJ 20-11-1992.

¹²⁰ O Superior Tribunal de Justiça (STJ) chegou a editar Súmula nº 9, que referia que “a exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”

¹²¹ BRASIL. STF. HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05-02-2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010, PUBLIC 26-02-2010.

exigia que outro tratamento fosse dado, sobretudo para dar efetividade a todo o sistema penal¹²².

Tanto o Partido Ecológico Nacional (PEN) como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 43 e 44), solicitando a declaração de constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal (CPP)¹²³, com a consequente proibição do início de cumprimento de pena enquanto não esgotados todos os recursos possíveis. O pedido cautelar contido nas referidas ações foi indeferido pelo plenário, confirmando o quanto decidido no habeas corpus supramencionado (126.292/SP).

Posteriormente, em dezembro de 2016, o Plenário do STF novamente voltou a afirmar a validade da execução da pena após o pronunciamento de segundo grau, desta feita quando da análise do recurso extraordinário com Agravo nº 964.246/SP, processo onde havia sido reconhecida repercussão geral do tema. Dois anos após, Plenário do STF voltou a se debruçar sobre o tema no julgamento do habeas corpus nº 152.752, tendo como paciente o Presidente Luís Inácio Lula da Silva, que buscava impedir o início do cumprimento de sua pena, fixada em rumoroso caso de corrupção¹²⁴. Naquela assentada o STF manteve o entendimento fixado na repercussão geral retromencionada, possibilitando o início do cumprimento da pena, ainda que pendente recurso no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Finalmente, após mais de três anos de manutenção da jurisprudência fixada, a temática voltaria ao Plenário do Supremo, desta vez para o exame do mérito das ações de controle concentrado (ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54). Desta feita, por 6 votos a 5, o Supremo Tribunal alterou novamente sua jurisprudência para assentar a constitucionalidade do art. 283, do CPP, proibindo o início da execução da pena de condenados antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do dispositivo constitucional que prevê a garantia.

¹²² Nesse sentido a regra do art. 927, §4º, do CPC 2015, que exige "fundamentação adequada e específica" para a superação de precedentes, bem como as lições de Humberto Ávila, para quem não se verificaria propriamente superação de precedente (*overruling*) quando houvesse modificação da base normativa; alteração da situação fática; ou a introdução de novos elementos na interpretação dos órgãos jurisdicionais. In ÁVILA, Humberto - **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157-160.

¹²³ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹²⁴ Condenação exarada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), nos autos da Apelação Criminal Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

Mas a mitigação de tal diretiva não fica adstrita às questões acima expostas. O Min. do STF Alexandre de Moraes, chegou a escrever em sua obra que a consagração do princípio da inocência não afastaria a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, sendo uma presunção *iuris tantum*, permanecendo válidas “as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado”¹²⁵.

Dessa forma, as chamadas prisões cautelares, bem como as medidas que a substituem¹²⁶, já constituem, por si só, uma abertura do sistema quanto à presunção de inocência e, ainda que não representem propriamente uma execução provisória do julgado, sem sombra de dúvidas, não permitem o retorno ao *status quo ante* daquele que teve prisão cautelar decretada.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela impossibilidade de indenização por danos morais em virtude de prisão preventiva decretada com base em elementos existentes nos autos, ainda que posteriormente o réu venha a ser absolvido por insuficiência de provas. Somente se abre exceção para os casos de evidente erro judiciário¹²⁷, muito embora a previsão contida no art. 630 do CPP brasileiro¹²⁸, para os casos de revisão criminal procedentes.

¹²⁵ MORAES, Alexandre de - **Direito Constitucional**. 15ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 133.

¹²⁶ BRASIL. CPP. Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

¹²⁷ BRASIL. STJ. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO CAUTELAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO JUDICIÁRIO. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NÃO CONFIGURADA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal a quo, com base em minuciosa análise das provas trazidas aos autos, consignou expressamente que “não restou comprovado nos autos que a prisão cautelar se deu com abuso de poder, excesso ou desvio na execução, não há falar em dever de indenizar”. 2. No presente caso, para rever o entendimento da Corte de origem, a fim de atender ao apelo da recorrente, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos. Incidência, na hipótese, da Súmula 7 do STJ. 3. Recurso Especial não provido. (REsp n. 1.804.833/MT, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/5/2019, DJe de 18/6/2019). No mesmo sentido: Nesse sentido o AgInt no AREsp 1088866/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 2ª turma, julgado em 21/11/2017, dje 28/11/2017 e o resp 1788307/sp, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª turma, julgado em 09/04/2019, DJe 29/05/2019.

¹²⁸ BRASIL. CPP. Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

Em outras palavras, entende-se que a possibilidade de que um indivíduo venha a ser encarcerado sem que se consiga comprovar sua culpa é uma situação aceitável dentro do estado democrático de direito, não gerando *ipso facto* o dever do Estado em indenizar. Daí decorre que, se a prisão sem um mínimo de formação de culpa é possível, porque não o seria aquela decorrente do esgotamento da análise fática, com o trânsito em julgado de parcela do decisório, com a aplicação da teoria da sentença em capítulos¹²⁹.

Outrossim, o entendimento exarado pelo STF, se levado as últimas conseqüências, impediria a expedição de guia de recolhimento provisória, conforme Resolução do Conselho Nacional de Justiça¹³⁰, guia essa que permite a aplicação dos benefícios de execução penal aos custodiados em sede cautelar. Sua não expedição implica a não observância dos benefícios do custodiado antes do trânsito em julgado.

De outra banda, analisando o ordenamento português, inserido que está no contexto da Convenção Européia de Direito Humanos, que prevê, da mesma forma, o princípio da presunção de inocência.¹³¹ Cumpre salientar que o conteúdo da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), pode ser resumido em oito pontos, *verbis*: i) a presunção de inocência só é aplicável em favor da pessoa contra quem se apresentaram queixas; ii) o acusado deve ser tratado como se não tivesse cometido qualquer infração até que o Estado, por meio das autoridades responsáveis pelo exercício da ação penal, apresente provas suficientes para que um tribunal independente e imparcial o declare culpado; iii) a presunção de inocência requer que os membros do tribunal não tenham uma ideia preconcebida de que o acusado tenha cometido a infração; iv) não se deve produzir qualquer pronunciamento judicial sobre a culpabilidade do acusado antes de este ter sido declarado culpado por um tribunal; v) o acusado não poderá ser detido em regime de prisão preventiva salvo por motivos excepcionais, desfrutando de condições de detenção adequadas à sua presumível inocência; vi) a carga da prova da culpabilidade recai sobre o Estado, e qualquer dúvida será favorável ao acusado, podendo se negar a responder perguntas; vii) não será exigido ao acusado que apresente provas autoincriminatórias e viii) os bens do acusado só poderão ser embargados mediante processo adequado.¹³²

¹²⁹ Cumpre referir que os tribunais superiores de regra não analisam matéria de fato. Nesse sentido a Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” ; e Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

¹³⁰ Resolução nº 113/2010, art. 8º.

¹³¹ Convenção Européia de Direitos Humanos. Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo) 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

¹³² CATENA. Víctor Moreno - Sobre o princípio da presunção de inocência **Revista CEJ.**, Brasília, Ano XIX, n. 67, p. 101-111, set./dez. 2015, p. 103-104.

O ordenamento português, similarmente ao brasileiro, tem a seguinte previsão em sua Constituição da República, de 1976: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”¹³³.

Oportuno consignar que nenhuma das Constituições anteriores havia previsão do princípio da presunção de inocência, assim como não encontrava guarida na legislação infraconstitucional¹³⁴.

No âmbito infraconstitucional, o art. 400º, do Código de Processo Penal Português (Decreto- lei 78/87)¹³⁵ prevê as hipóteses em que não cabem recursos das decisões judiciais, dentre elas a da alínea “f” deixa claro que dos acórdãos proferidos em segunda instância (pelas relações) que apliquem pena não superior a 8 anos. Dessa forma, tais condenações são irrecorríveis no direito português, não cabendo recurso ao Supremo Tribunal de Justiça e ao Tribunal Constitucional, que exerceriam funções semelhantes ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro e ao Supremo Tribunal Federal, obviamente, guardadas suas diversas peculiaridades.

Tal dispositivo (art. 400º) teve confirmada sua constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional português¹³⁶, em diversas oportunidades, de forma que se encontra plenamente válido e aplicável naquele ordenamento.

Outrossim, o art. 432º, do Código de Processo Penal estabelece as situações em que é cabível recurso ao Supremo Tribunal de Justiça¹³⁷, cabendo enfatizar que tal recurso, em matéria de fixação de jurisprudência, assim como no ordenamento brasileiro, não é dotado de efeito suspensivo, conforme dispõe o art. 438º, nº 3, do mesmo Código¹³⁸.

Oportuno referir que com relação ao esgotamento de todos os recursos para se iniciar o cumprimento da pena, em que pese a Constituição da República Portuguesa faça referência a necessidade do trânsito em julgado, tal qual a Constituição brasileira, existe certo

¹³³ Art. 32º, nº 2, da Constituição Portuguesa.

¹³⁴ PATRICIO, Rui - **A presunção da inocência no julgamento em processo penal. Alguns problemas.** Coimbra: Almedina, 2019, p. 37.

¹³⁵ PORTUGAL. CPP. Art. 400º Decisões que não admitem recurso: (...)f) De acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos;

¹³⁶ Nesse sentido os acórdãos do Tribunal Constitucional 541/2003; 495/2003 e 102/2004.

¹³⁷ 1 - Recorre-se para o Supremo Tribunal de Justiça: a) De decisões das relações proferidas em 1.ª instância; De decisões que não sejam irrecorríveis proferidas pelas relações, em recurso, nos termos do artigo 400.º; De acórdãos finais proferidos pelo tribunal do júri ou pelo tribunal colectivo que apliquem pena de prisão superior a 5 anos, visando exclusivamente o reexame de matéria de direito; d) De decisões interlocutórias que devam subir com os recursos referidos nas alíneas anteriores.

¹³⁸ PORTUGAL. CPP. Art. 438º Interposição e efeito. 3- O recurso para fixação de jurisprudência não tem efeito suspensivo.

temperamento na aplicação dessa regra, conforme visto, com as exceções de recorribilidade das decisões.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, alinha-se a do Tribunal Constitucional, considerando válidas as normas que limitam os recursos em certos casos, conforme demonstra o aresto abaixo:

No que particularmente concerne ao direito ao recurso penal – direito que, de acordo com a recorrente, é posto em causa pela norma impugnada –, o Tribunal Constitucional vem afirmando, de modo repetido e firme, que o artigo 32º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa não impõe um triplo grau de jurisdição em matéria penal, cabendo na liberdade de conformação do legislador a definição dos casos em que se justifica o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça (cf. Acórdãos nºs 189/2001, 336/2001, 369/2001, 49/2003, 377/2003, 495/2003 e 102/2004), excepcionando-se apenas a possibilidade de consagração de critérios arbitrários, desrazoáveis ou desproporcionados (Acórdão nº485/2019 – Processo nº 462/2019 – 3ª Seção – Lisboa, 26 de setembro de 2019)

Assim, como se defendeu a aplicabilidade da teoria dos capítulos de sentença no ordenamento brasileiro, não se vê óbice para que também haja aplicação no ordenamento português, haja vista permissivo legal e constitucional de que o feito se encerre antes mesmo do esgotamento das vias recursais em certos processos. Disso se extrai duas verdades incontestáveis – a primeira delas é de que o princípio da presunção de inocência não é uma garantia de ordem absoluta, uma vez que o referido esgotamento dos recursos não se aplica a todo e qualquer processo; a segunda, corolário da primeira, e afirmação já patente na teoria dos direitos humanos, é de que não existe direito fundamental de caráter absoluto¹³⁹, sendo todos moldados conforme o tempo e as circunstâncias em que inseridos em determinada sociedade.

Nessa linha, de especial distinção, o Supremo Tribunal Federal¹⁴⁰ já reconheceu a possibilidade de divisão da sentença penal condenatória em capítulos, segmentando cada condenação por crime distinto como uma espécie de capítulo próprio. A propósito:

¹³⁹ Como referido, a doutrina consagra a relatividade dos direitos fundamentais, podendo assim sofrer limitações. Nesse sentido, asseveram Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco: “os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito á vida tem limitação explícita no inciso XLVII, ‘a’, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada” *In* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 230-231.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). AP 470 QO-décima primeira, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 13/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014.

QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE ABERTURA DE PRAZO PARA OITIVA PRÉVIA DA DEFESA SOBRE A EXECUÇÃO IMEDIATA DAS PENAS TRANSITADAS EM JULGADO. INDEFERIMENTO. PEDIDO DE PRISÃO PROTOCOLADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA VÉSPERA DA SESSÃO DE JULGAMENTO. DESNECESSIDADE. PEDIDO NÃO ANALISADO NA QUESTÃO DE ORDEM APRESENTADA PELO RELATOR. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. REJEIÇÃO. DECISÃO DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO É ATO DE OFÍCIO. TRÂNSITO EM JULGADO DAS PENAS CONTRA AS QUAIS NÃO FORAM OPOSTOS EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO IMEDIATA. POSSIBILIDADE RECONHECIDA. PROPOSTA A REJEIÇÃO, PELO PLENÁRIO, DOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS SEM QUE HOUVESSE 4 VOTOS CONTRÁRIOS À CONDENAÇÃO, COM A CONSEQUENTE DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO DAS PENAS. PROPOSTA REJEITADA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS A SER PROFERIDO PELO RELATOR, COM ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS FORMAIS DE SEU CABIMENTO. QUESTÃO DE ORDEM PARCIALMENTE ACOLHIDA. DETERMINAÇÃO DO INÍCIO IMEDIATO DO CUMPRIMENTO DAS PENAS TRANSITADAS EM JULGADO, INDEPENDENTEMENTE DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. DELEGAÇÃO DOS ATOS DA EXECUÇÃO PENAL AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS DO DISTRITO FEDERAL, COM AS LIMITAÇÕES DEFINIDAS NESTA QUESTÃO DE ORDEM. AUTORIZADA A EXPEDIÇÃO DOS MANDADOS DE PRISÃO. 1. A execução de decisão transitada em julgado é procedimento a ser tomado de ofício pelo órgão jurisdicional, nos termos do artigo 105 da Lei de Execuções Penais, sem necessidade de pedido das partes ou da sua audiência prévia. A formulação de pedido de prisão, pelo Ministério Público Federal, na véspera da sessão de julgamento cuja data havia sido veiculada com a devida antecedência, não conduz à necessidade de adiamento do julgamento já anteriormente designado, para oitiva prévia da defesa sobre o pleito ministerial que, ademais, não foi objeto do julgamento. Ausente qualquer violação à ampla defesa ou ao contraditório. 2. **Sempre que a sentença decide pedidos autônomos, ela gera a formação de capítulos também autônomos, que são juridicamente cindíveis. O julgamento da demanda integrada por mais de uma pretensão exige um ato judicial múltiplo de procedência ou improcedência dos pedidos. Doutrina.** 4. No direito processual penal, o julgamento múltiplo ocorre em razão da diversidade dos fatos típicos imputados e das regras próprias ao concurso material de crimes, em que se exige sentença de estrutura complexa, com condenações múltiplas. 5. É plena a autonomia dos capítulos, a independência da prova e a especificidade das penas impostas aos condenados para cada um dos crimes pelos quais estão sendo processados. 6. **O trânsito em julgado refere-se à condenação e não ao processo.** A coisa julgada material é a qualidade conferida pela Constituição Federal e pela Lei à sentença/acórdão que põe fim a determinada lide, o que ocorre com o esgotamento de todas as possibilidades recursais quanto a uma determinada condenação e não quanto ao conjunto de condenações de um processo. No mesmo sentido, o artigo 467 do Código de Processo Civil; e o artigo 105 da Lei de Execuções Penais. Este entendimento já se encontra de longa data sedimentado nesta Corte, nos termos das Súmulas 354 e 514 do Supremo Tribunal Federal. 7. **A interposição de embargos infringentes com relação a um dos crimes praticados não relativiza nem aniquila a eficácia da coisa julgada material relativamente às condenações pelos demais crimes praticados em concurso de delitos, que formam capítulos autônomos do acórdão. Descabe transformar a parte irrecorrível da sentença em um simples texto judicial,**

retirando- lhe temporariamente a força executiva até que seja finalizado outro julgamento, que, inclusive, em nada lhe afetará.”

Mais do que reconhecer a aplicabilidade da sentença em capítulos a suprema corte parece ter reconhecido a autonomia absoluta entre os capítulos, na linha do que preceitua a doutrina italiana de Chiovenda e defendida nesse trabalho, porquanto admitiu distintos prazos de início de cumprimento das penas, sendo que em cada condenação se reconheceu termo inicial próprio para a execução.

Oportuno referir, na linha do precedente colacionado acima, que não se trata aqui de execução antecipada da pena, como já autorizado em outro momento histórico pelo Supremo Tribunal Federal, conforme visto acima.

Nessa linha, perfeitamente possível conciliar o quanto decidido na Ação declaratória de Constitucionalidade 43, com a teoria dos capítulos da decisão, sem com isso burlar a necessidade do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena. Basta aqui, a partir da leitura dos precedentes da AP 470 e da ADC 43, entender como transitada em julgado a parcela da decisão preclusa na via da recorribilidade, como bem pontuou o relator da referida ADC, o ex Ministro Marco Aurélio Mello¹⁴¹.

2.1.2. Inexistência de conceito um apriorístico de coisa julgada e possível reforma constitucional

A partir da leitura do dispositivo constitucional discutido deve ser verificado se comportaria interpretação distinta da conferida pelo STF nas referidas ADCs. Isso porque, em não havendo possibilidade de hermenêutica distinta, estar-se-ia a extrapolar os limites interpretativos, podendo inclusive conferir sentido diverso daquele estabelecido pelo Constituinte Originário. É dizer, estar-se-ia a reescrever a norma.

A toda evidência, as compreensões do intérprete, numa hermenêutica mais moderna, também integram a norma interpretada, não obstante estejam balizadas por algumas circunstâncias, dentre elas, o próprio texto a ser interpretado.¹⁴²

¹⁴¹ PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, **selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade**, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020)

¹⁴² Nesse sentido a oportuna noção de círculo hermenêutico, com o querem “dizer que, num processo de conhecimento, o objeto, que não é algo ‘exterior’ ao sujeito, é por este de alguma forma, ‘(re)construído’, com

Acrescente-se à impossibilidade de alteração do conteúdo semântico o fato de o Pretório Excelso já ter assentado o entendimento da impossibilidade de inconstitucionalidade de norma originária, conforme restou consignado no julgamento das ADIs nº 815 e 4097¹⁴³. Assim, restaria ao intérprete, ao examinar a aplicação de normas aparentemente contraditórias, sopesá-las, de modo a assentar a vigência e validade de ambas. Referida tese, que se assenta na ausência de hierarquia entre normas da constituição, foi abordada por Otto Bachoff¹⁴⁴, salientando o autor que seria possível ao interprete constitucional invalidar normas que colidissem com valores supra-positivados.

Nessa esteira, indaga-se: já que o trânsito em julgado, de acordo com a literalidade do texto constitucional, é pressuposto para a execução da pena fixada, haveria um conceito de trânsito em julgado apriorístico, isto é, que orientou o constituinte na feitura da norma em questão?

Sabe-se que, historicamente a noção de coisa julgada sofreu alterações. Pimenta Bueno¹⁴⁵ definiu coisa julgada como “a decisão formulada por uma sentença definitiva, que já não pende de recurso de apelação; e coisa soberanamente julgada se diz aquela que não só não pende mais do recurso de apelação, porém, nem ainda da revista ou ação rescisória ou de nulidade.”

A doutrina processual civil distingue coisa julgada formal, que seria a imutabilidade da sentença dentro do processo em que proferida, com a preclusão dos recursos que se poderia manejar contra o decisório; da coisa julgada material, que consistiria na imutabilidade dentro do mesmo processo ou em qualquer outra demanda, nem mesmo o legislador podendo regular aquela relação jurídica, tratada na sentença, de forma distinta¹⁴⁶.

O Decreto-lei 4.657/42, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), prevê que a lei respeitará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, definindo esta última como “a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Frise-se ser norma anterior à CF/88.

base no conhecimento vivencial implícito, pré-predicativo desse sujeito” in PATRICIO, Rui - **A presunção da inocência no julgamento em processo penal alguns problemas**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 51-52.

¹⁴³ BRASIL. STF. ADI nº 815, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10.05.1996; ADI 4097 – AgRg, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 08.10.2008.

¹⁴⁴ BACHOFF, Otto - **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

¹⁴⁵ *Apud* RANGEL, Paulo - **A coisa julgada no Processo Penal Brasileiro Como Instrumento de Garantia**. São Paulo: Atlas, 2012, p.130.

¹⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER. Ada Pellegrini - **Teoria geral do processo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 327.

Paulo Rangel defende a diferenciação entre coisa julgada penal e coisa julgada cível, tanto por consistirem em tutelas diversas, como pelos princípios e regras próprias de cada sistema processual¹⁴⁷.

De uma simples análise, percebe-se que o tratamento da coisa julgada em material criminal é bastante distinto daquele em matéria cível, a começar pela relativização da coisa julgada, que em material criminal somente pode ocorrer em favor do réu¹⁴⁸, nas hipóteses de cabimento de revisão criminal ou habeas corpus. Importa referir, também, que não há prazo previsto em nosso ordenamento para o cabimento de revisão criminal e habeas corpus, diferentemente das demandas cíveis, que devem observar o prazo da ação rescisória.

Em outras palavras, em que pese o conteúdo semântico do texto constitucional, verifica-se que as peculiaridades do processo criminal admitem que se confira interpretação distinta, relativizando a norma de modo a amoldar-se ao sistema. Obviamente isso só será possível a partir da consideração de que os direitos fundamentais são relativos.

Corroborando a possibilidade de alteração constitucional via emenda, foi encaminhado no Congresso Nacional brasileiro a PEC (Proposta de Emenda Constitucional¹⁴⁹) 199/19, que propõe a transformação dos atuais recursos especial e extraordinário, de competência do STJ e STF respectivamente, em ações revisionais, fazendo com que os feitos transitem em julgado já quando do seu exame pelas instâncias ordinárias¹⁵⁰. Assim, uma vez exarado o acórdão condenatório já seria possível o cumprimento da pena, sendo que os atuais recursos às instâncias superiores consistiriam em ações revisionais do julgado.

Oportuno consignar que a referida PEC não propõe qualquer alteração no art. 5º, LVII, da CF, não obstante obtenha os mesmos efeitos do precedente anteriormente fixado pelo STF, permitindo a imediata execução da pena após a condenação em segundo grau.

Tal proposta já teve aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), tendo sido paralisada no período da pandemia do Covid-19, tendo sido retomada com a designação de Comissão Especial no final de 2021. Cumpre referir, contudo, que ainda que aprovada a PEC, não estará plenamente assegurado o entendimento proposto, porquanto tal emenda ainda poderá ser submetida ao crivo de constitucionalidade perante o STF, cujo

¹⁴⁷ RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 160-161.

¹⁴⁸ LOPES JR. Aury - **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1147.

¹⁴⁹ Disponível <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. [Consult. em 07.11.23]

¹⁵⁰ Verifica-se que o juízo da culpa do réu assenta-se em matérias exclusivamente fáticas que em tese transitarão em julgado com a apreciação da apelação (juízo de 2º grau) haja vista que os recursos a tribunais superiores não tem o condão de apreciar matérias de fato, conforme já referido na nota de rodapé 129.

entendimento é pacífico acerca da possibilidade de se declarar inconstitucional emendas constitucionais¹⁵¹.

2.1.2.1. Ações penais Originárias e ressalva necessária.

Oportuno consignar a ressalva quanto aos casos de ações penais originárias no âmbito da mais alta Corte do país. Quanto ao tema, discute-se se a CF/88 adotou a garantia do duplo grau de jurisdição prevista no plano internacional de proteção dos direitos humanos. A par da controvérsia surgida, certo é que a Constituição brasileira não prevê de forma expressa a garantia do duplo grau de jurisdição, tendo a jurisprudência do STF, inicialmente, negado até mesmo a existência implícita dessa diretiva a partir do artigo 5º, LV e § único, ao argumento de que a própria Constituição admitiria a existência de decisões em um único grau de jurisdição, tanto nas ações originárias aforadas perante o Supremo, como também admitindo recurso extraordinário nas causas decididas em única instância (art. 102, III, da CF)¹⁵².

Não obstante, após a Emenda Constitucional 45/04, a norma contida no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal¹⁵³, passou a prever que as convenções internacionais sobre direitos humanos ingressariam no ordenamento com status constitucional, desde que observada tramitação congressual atinente às emendas constitucionais.

Assim, verificado que o artigo 8º, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê como garantia mínima da pessoa em qualquer processo o “direito de recorrer

¹⁵¹ Nesse sentido: “Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo STF, cuja função precípua é de guarda da Constituição. (...)” (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 15-12-1993, Plenário, DJ de 18-3-1994).

¹⁵² Nesse sentido o seguinte aresto, exarado em momento anterior à EC 45/04: EMENTA: I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - **não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal.** 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de “toda pessoa acusada de delito”, durante o processo, “de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação (...). (RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00076 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010)

¹⁵³ BRASIL. CF. Art. 5º. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

da sentença para juiz ou tribunal superior”, a temática do duplo grau foi discutida na Ação Penal nº 470 (“Mensalão”).

Na referida Ação Penal originária¹⁵⁴, inicialmente se rejeitou o desmembramento do feito em relação aos réus que não detinham foro por prerrogativa de função. Tal decisão divergia do entendimento fixado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Barreto Leiva x Venezuela, julgado em novembro de 2009, caso em que o réu, face à conexão com outras autoridades públicas, não dispôs do direito de recorrer de sua sentença condenatória¹⁵⁵.

Oportuno consignar que a Corte Européia de Direitos Humanos afasta a necessidade de observância do duplo grau de jurisdição quando o acusado é julgado pela mais alta Corte de seu país, conforme previsão expressa da Convenção¹⁵⁶.

Posteriormente à decisão condenatória na AP nº 470, instado acerca da necessidade de observância do duplo grau de jurisdição, o STF entendeu que este deveria ser garantido aos réus condenados, tendo se valido de dispositivo do seu Regimento Interno, que prevê a possibilidade de recurso de embargos infringentes¹⁵⁷, tendo dito dispositivo sido recepcionado pela Constituição Federal. Na ocasião, por maioria, o STF entendeu cabível o duplo grau até mesmo nas situações de ações originárias julgadas por aquele Tribunal, tendo os réus condenados na referida ação sido submetidos a novo julgamento perante a mesma Corte.

Tal ressalva é relevantíssima, sobretudo para firmar hipótese precisa de transito em julgado para que se possibilite ou não o início do cumprimento da pena, de acordo com a teoria da sentença em capítulos. *In casu*, não sendo manejados os embargos infringentes, estará preclusa a matéria, permitindo a imediata execução da decisão da Corte em processo penal Originário.

¹⁵⁴ Diz-se originária as ações penais que se iniciam já em tribunais, em razão de prerrogativa de foro de certas autoridades públicas (e.g. Deputados, Senadores, etc.), ou de pessoas que praticaram ilícitos em conexão com as referidas autoridades, como foi o caso da ação penal nº 470, que dentre seus 38 acusados, apenas 3 detinham foro por prerrogativa de função, sendo os demais julgados pelo STF em razão da conexão instrumental probatória.

¹⁵⁵ In MAZZUOLI, Valério de Oliveira - **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

¹⁵⁶ Convenção Européia sobre Direitos Humanos, artigo 2º (Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal): “1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei. 2. **Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição** ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.

¹⁵⁷ BRASIL. STF. REGIMENTO INTERNO. Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma. i – que julgar procedente a ação penal;

Verificada a possibilidade de compatibilizar a teoria dos capítulos de sentença com a garantia maior da presunção de inocência, cumpre verificar o comportamento dessa sistemática também quanto aos primados da ampla defesa e do contraditório.

2.1.3. Ampla defesa e contraditório frente à sentença em capítulos

Como princípio corolário, e necessário, à preservação do estado de inocência está a denominada ampla defesa¹⁵⁸. Verifica-se que tal princípio possui um duplo aspecto: i) sob o enfoque positivo, se reflete na efetiva produção probatória, bem como dos esclarecimentos relativos à materialidade e autoria do delito; ii) sob o prisma negativo, manifesta-se no direito a não autoincriminação.

Nesse sentido o processo deve garantir igualdade entre as partes, oportunizando ao réu conhecer o conteúdo da acusação, acompanhar a construção probatória e recorrer das decisões desfavoráveis¹⁵⁹.

No âmbito do processo penal a ampla defesa determina a participação efetiva, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova capazes de demonstrar a inocência do acusado, podendo-se aí incluir até mesmo as provas obtidas de forma ilícita, admitidas doutrinariamente em benefício do réu¹⁶⁰.

Diferencia-se a defesa pessoal da autodefesa, sendo que aquela se verifica quando o acusado, dotado de habilitação técnica, acaba por postular e debater em causa própria, sendo que a autodefesa não implica em habilitação técnica, é dizer, podendo o acusado exercê-la sem ter formação jurídica e/ou inscrição em órgão de classe¹⁶¹. Possibilita ao acusado defender-se pessoalmente das acusações e, ao contrário do que ocorre com a defesa técnica, é marcada pelo caráter da disponibilidade.¹⁶² A autodefesa se manifesta no interrogatório e no

¹⁵⁸ BRASIL. CF. Art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁵⁹ DORÓ, Tereza Nascimento Rocha - **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. Campinas-SP: Copola, 1999, p. 129.

¹⁶⁰ Leciona GRECO FILHO: “Quando servir para justificar a absolvição do acusado, a prova ilícita deve ser admitida e valorada no processo, sob pena de que, se assim não fizessemos, estaríamos aceitando a mais abominável das violências: a condenação de um inocente.” In GRECO FILHO, Vicente - **Tutela constitucional das liberdades**. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 112-113.

¹⁶¹ PEDROSO, Fernando de Almeida - **Processo penal o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira - **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos (pacto de São José da Costa Rica)**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.80.

direito à audiência, isto é, de estar presente à audiência de instrução, ouvindo as testemunhas de acusação, defesa, peritos, etc.

Cumprе mencionar, igualmente, que o direito ao silêncio tem ligação direta com o princípio da ampla defesa, traduzido na ideia de que nenhuma pessoa é obrigada a produzir prova contra si mesma. Não por outra razão, encontra guarida na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), que em seu artigo 8º e alíneas, prevê que sem a comprovação legal da culpa do acusado é presumida sua inocência, inexistindo obrigatoriedade à confissão de culpa ou a prestar depoimento que possa autoincriminar-se¹⁶³. Nesse aspecto, convém consignar que a partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos passaram a ter status de norma supralegal¹⁶⁴, podendo até ser convertidos em norma constitucional¹⁶⁵.

Sob um prisma comparativo, o sistema português, sobretudo no espectro da chamada justiça negocial, entende que o direito ao silêncio e a garantia não autoincriminação constituem corolário da diretiva da presunção de inocência. Nesse sentido, somente o quanto afirmado pelo arguido, pode redundar em prova¹⁶⁶. Tal entendimento tem por objetivo, também, manter o papel do arguido como sujeito de direitos no sistema penal, e não objeto da atividade estatal de persecução¹⁶⁷.

Já o princípio do contraditório tem seus traços delineados no CPC 2015¹⁶⁸, consistindo no direito de ser comunicado, como parte do processo, de cada ato processual realizado,

¹⁶³ BRASIL. DECRETO 678/92. Art. 8º Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante todo o processo toda pessoa tem direito em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. [Consult. em 01.11.23]

¹⁶⁴ BRASIL. STF. TRIBUNAL PLENO. RE 466.343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 03.12.2008. Disponível <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=466343>. [Consult. em 03.04.23]

¹⁶⁵ BRASIL. CF. Art. 5º. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁶⁶ A propósito, precedente do Tribunal Constitucional, Acórdão nº 95-695-1: “o conteúdo essencial do direito de defesa, no qual se inclui o direito de ser ouvido, assenta em que o arguido deve ser considerado como ‘sujeito’ do processo e não como objecto, do que resulta o direito ao silêncio que lhe assiste – directamente relacionado com o princípio da presunção de inocência – e que só as afirmações por ele produzidas no integral respeito de decisões de sua vontade possam ser utilizadas como meio de prova”.

¹⁶⁷ Nesse sentido o Tribunal Constitucional se manifestou no Acórdão nº 340/2013, de 11/11/2013: “O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é uma marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, visando garantir que o arguido não seja reduzido a mero objecto da actividade estadual de repressão do crime, devendo antes ser-lhe atribuído o papel de verdadeiro sujeito processual, armado com os direitos de defesa e tratado como presumivelmente inocente”.

¹⁶⁸ BRASIL. CPC. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

podendo confrontar idéias quando houver interesse. Abrange o direito de ser informado e o direito de participar, manifestando-se acerca dos atos processuais de que se tomou conhecimento¹⁶⁹.

No âmbito do processo penal, para além do conteúdo constante do estatuto processual civil, o Código de Processo Penal brasileiro prevê a necessidade de que toda a prova que possa fundamentar um juízo condenatório se construa em contraditório judicial¹⁷⁰.

Com relação à igualdade de armas, precisas as ponderações de Rui Patrício¹⁷¹, salientando que igualdade não corresponde às mesmas armas, mas sim dos meios eficazes para tornar efetivos os seus direitos, salientando um certo desequilíbrio haja vista que a visão da acusação aposta no inquérito chega antes ao conhecimento do juiz de julgamento do que aquela do arguido.

Isso implica também desequilíbrio no tocante ao contraditório, mormente nos casos em que não houve instrução requerida pelo arguido, haja vista que as versões dos fatos chegam ao conhecimento do juízo em momentos distintos, sendo a da acusação sempre a primeira.

Nesse tópico, na linha do que defendido acima, o direito italiano, com a reforma do CPPI de 1988, acabou por reconhecer a necessidade de que os atos praticados no expediente de inquérito policial se mantivessem fora do alcance do juízo da fase processual de julgamento, em homenagem as diretivas do contraditório, imparcialidade e oralidade, que deve ser a sede exclusiva da produção de provas aptas ao convencimento do magistrado.

Assim, o expediente do ministério público (inquérito), conteria atos investigatórios com o objetivo de fundamentar a decisão do órgão acusatório, não tendo o julgador acesso a tais provas quando da fase processual. Somente no chamado expediente de debates, as provas seriam produzidas em contraditório diante do julgador.¹⁷²

¹⁶⁹ THEODORO JÚNIOR refere que o contraditório se confunde, em parte, com a ampla defesa sendo “sua própria exteriorização formando os dois um dos alicerces do devido processo legal, que, por sua vez, exige a estrutura dialética como o meio necessário para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.” In THEODORO JÚNIOR, Humberto - A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela, no direito processual civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 310, abr.-maio-jun. 1990, p. 22.

¹⁷⁰ BRASIL. CPP Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da **prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

¹⁷¹ PATRICIO, Rui. Op. cit., p. 72-73.

¹⁷² CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em www.redp.com.br. [Consult. Em 04.10.23]. ISSN 1982-7636 PP 435-453.

Tal alteração segue o modelo atual de processo penal dos estados constitucionais de direito, é dizer, dentro de um processo de partes. Não obstante, ainda em alguns países, a investigação dos crimes ainda é regida pelo princípio inquisitório. Exemplo disso, na Espanha, o magistrado é encarregado de dirigir e controlar a averiguação dos fatos para fins de responsabilidades dos arguidos, sendo que o julgamento e a sentença ainda respeitam o princípio acusatório, ao menos sob o ponto de vista formal. Critica-se o modelo dado que a imparcialidade do julgamento resta comprometida, haja vista que o mesmo juiz que assumiu os poderes instrutórios decide sobre a legalidade de sua própria atuação.¹⁷³

No mesmo sentido, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 que instituiu no processo penal brasileiro o chamado juiz de garantias, nos moldes da precitada reforma processual italiana, que possui competência para apreciação de todos os atos anteriores ao recebimento da denúncia, cessando nesse momento (art. 3º-C do CPP, nova redação)¹⁷⁴. Quanto ao tema, oportuno referir que a implementação do juiz de garantias restou suspensa por decisão do STF¹⁷⁵, haja vista a impossibilidade fática de imediata adoção da novel norma em face da carência de magistrados a suprirem a necessidade criada pela norma.

Também quanto ao tema, oportuno referir que a jurisprudência do STF em alguns pontos parece não ter adotado o modelo de autonomia total do parquet, principalmente quanto ao arquivamento do inquérito, tendo repristinado a antiga norma (art. 28, do CPP)¹⁷⁶, por

¹⁷³ CATENA. Víctor Moreno - Sobre o princípio da presunção de inocência **Revista CEJ.**, Brasília, Ano XIX, n. 67, p. 101-111, set./dez. 2015, p. 102.

¹⁷⁴ BRASIL. CPP. ‘Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.’

¹⁷⁵ BRASIL. STF. “O Tribunal, **nos termos do voto do Relator**, julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para: **1. Por maioria**, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin; **2. Por maioria**, declarar a constitucionalidade do *caput* do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e **por unanimidade** fixar o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e sob a supervisão dele. Esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo 12 (doze) meses, devendo a devida justificativa ser apresentada em procedimento realizado junto ao Conselho Nacional de Justiça, vencido, apenas quanto à inconstitucionalidade formal, o Relator, que entendia competir às leis de organização judiciária sua instituição. (...) **26. Por unanimidade**, fixar a seguinte regra de transição: quanto às ações penais já instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. ADIs 6298, 6299 e 6300. Plenário, 24.8.2023. Acórdão pendente pub. Disponível em <https://portal.stf.jus.br>. [Consult. 08.10.23]

¹⁷⁶ 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. (Redação original).

meio de uma “interpretação conforme à Constituição”¹⁷⁷, fazendo tabula rasa da novel redação do artigo¹⁷⁸.

Examinando a sistemática da sentença em capítulos, verifica-se que não há qualquer incompatibilidade frente ao princípio da ampla defesa, uma vez que se situa dentre as possibilidades conferidas ao réu de impugnar, no todo ou em parte, o julgado que lhe tenha sido desfavorável, observando-se os princípios que regem a esfera recursal.

Em outras palavras, o direito à ampla defesa não constitui da necessária utilização de todo e qualquer recurso frente a uma decisão desfavorável, mas sim em faculdade de o réu manifestar seu inconformismo com a decisão, ou parcela dela, sendo que a parte não impugnada, não só pode, como deve, restar preclusa, em homenagem aos demais princípios que regem o processo.

Assim como não se pode tolher o acusado dos meios e recursos cabíveis a sua defesa, não se pode obrigá-lo a litigar, principalmente quando as alternativas existentes no ordenamento lhe sejam mais atrativas.

Da mesma forma com relação ao contraditório, haja vista que ao dar ciência da decisão desfavorável e permitir sua impugnação, em nenhum momento o direito ao contraditório deixa de ser observado.

De outra banda, cumpre examinar a formação do capítulo de sentença por meio dos mecanismos de consenso afronta de alguma forma tais princípios. Parcela da doutrina critica alguns dos mecanismos, sobretudo aqueles em que se exige por parte do acusado/arguido renúncia a garantias fundamentais de que teria direito, dentre elas a da possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Como exemplo, no direito lusitano, temos o instituto da Suspensão Provisória do Processo, previsto nos artigos 281º e 282º do CPP Português¹⁷⁹, instrumento de consenso que

¹⁷⁷ BRASIL. STF. "Por maioria, atribuir interpretação conforme ao caput do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o procurador-geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei(...)”.ADIs 6298, 6299 e 6300. Plenário, 24.8.2023. Acórdão pendente de publicação. Disponível em <https://portal.stf.jus.br>. [Consult. 08.10.23]

¹⁷⁸ BRASIL. CPP. Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

¹⁷⁹ PORTUGAL. CPP. Artigo 281.º (Suspensão provisória do processo) 1 - Se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de condenação anterior por

permite ao Ministério Público suspender o andamento do processo mediante a imposição de injunções e regras de conduta ao arguido, desde que cumpridos os pressupostos legais, bem como a concordância do magistrado e do arguido. Essa concordância implica na renúncia a algumas das garantias fundamentais, como a ampla defesa e contraditório, haja vista que cria a obrigação do cumprimento das imposições colocadas pelo parquet, malgrado a inexistência de uma sentença condenatória.

No caso brasileiro, para além de institutos consensuais no processo penal que também acabam por impor renúncia a garantias fundamentais, como a transação penal¹⁸⁰ e a suspensão condicional do processo¹⁸¹, outros instrumentos afetos à macrocriminalidade também acabam por impor uma série de renúncias aos direitos fundamentais dos acusados. Nessa esteira, destaca-se a colaboração premiada, prevista na Lei que disciplina as Organizações Criminosas (Lei 12.850/13), criada como mecanismo necessário ao combate dessa modalidade de criminalidade¹⁸².

Dispositivo bastante criticado pela doutrina, o §14, do art. 4º, da referida Lei¹⁸³ prevê a expressa renúncia ao direito ao silêncio por parte do réu colaborador, devendo prestar compromisso em dizer a verdade, assim como as testemunhas frente ao juízo. Outrossim, em

crime da mesma natureza; c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza; d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; e) Ausência de um grau de culpa elevado; e f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

¹⁸⁰ BRASIL. LEI 9.099/95. 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. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

¹⁸¹ BRASIL. LEI 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; 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.

¹⁸² BRASIL. LEI 12.850/13. Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

¹⁸³ § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

alguns acordos entabulados por ocasião da denominada “Operação Lava Jato” previam renúncia ao direito de recorrer por parte do réu colaborador¹⁸⁴, sendo tais cláusulas das avenças objeto de críticas pela doutrina, como contrárias às garantias mínimas previstas no Estado democrático de direito.

Principalmente pelos amplos poderes conferidos ao Ministério Público na celebração de acordos de colaboração premiada, a doutrina aponta violação ao princípio da legalidade e da inafastabilidade da jurisdição, haja vista que praticamente a violência repressiva da reprimenda estará submetida à discricionariedade do órgão acusatório.¹⁸⁵ Critica-se também tais acordos por não passarem pelo contraditório judicial, sendo um mero acerto entre o órgão acusador e o réu/arguido, não se compatibilizando com o devido processo legal.

Em que pesem os argumentos levantados, nada há de concreto a afastar as avenças, devidamente previstas em lei, sendo que em ambos os ordenamentos passam necessariamente pelo crivo judicial, seja para verificação da espontaneidade do acordado, seja para atestar a observância aos termos da lei.

Igualmente, o amplo acesso aos dados investigatórios pelo investigado/acusado desde a fase inquisitorial, conforme já sedimentado em Súmula Vinculante¹⁸⁶, somente estando fora de seu espectro diligências em andamento e que podem ser frustradas com o prévio conhecimento do investigado (e.g. uma busca e apreensão deferida judicialmente e ainda não cumprida)¹⁸⁷, não tendo uma fase de *discovery*, como no *plea bargain* norte-americano¹⁸⁸, torna a decisão acerca da avença ainda mais espontânea e inquestionável.

¹⁸⁴ Nesse sentido <http://www.conjur.com.br/2014-out-10/acordo-costa-preve-renuncia-recurso-envolve-familiares>. [Consult. em 03.11.23]

¹⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da - **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacaopremiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. [Consult em 03.11.23]

¹⁸⁶ BRASIL. STF. **Súmula Vinculante 14** É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

¹⁸⁷ Nesse sentido o precedente que segue: “Em face do exposto, acolho os presentes embargos tão somente para esclarecer, com base, inclusive, na **Súmula Vinculante 14** do STF, que o alcance da ordem concedida refere-se ao direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, **não abrangendo, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias pendentes**, em especial as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos. (HC 94.387 ED, voto do rel. min. **Ricardo Lewandowski**, 1ª T, j. 6-4-2010, DJE 91 de 21-5-2010).

¹⁸⁸ A Discovery consiste na fase de confronto da prova na qual cada parte procura examinar as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. In CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista eletrônica do Ministério Público**, p.4. Disponível em [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012 Penal Processo Penal Campos Plea Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012%20Penal%20Processo%20Penal%20Campos%20Plea%20Bargaining.pdf). [Consult. em 5.11.23]

Dessa forma, não se vê qualquer óbice na aplicação da teoria dos capítulos de sentença também à chamada justiça negocial, nada obstando, igualmente, que o acusado celebre acordos relativamente à parte dos crimes investigados, começando a cumprir o avençado imediatamente, e deseje ver o processo instruído com relação outra gama de crimes por acreditar em uma futura absolvição ou porque o acordo premial não lhe pareceu atrativo relativamente à parcela do que está sendo acusado.

Aqui, reprice-se, defende-se a autonomia dos capítulos, de modo que uma vez tendo optado pela justiça negocial e cumprido devidamente o pactuado, encerrada estará aquela lide, não se podendo rediscutir o tema novamente, salvo eventual vício que macule de forma incontornável a avença. As razões desse posicionamento, além do óbvio ganho prático, serão melhores explicitadas no capítulo seguinte quando se tratará dos possíveis ganhos com a adoção da teoria dos capítulos de sentença ao processo criminal.

2.1.4. Sentença em capítulos e ônus da prova

Acerca do ônus da prova dois são os sistemas clássicos, o denominado sistema inquisitório, onde há uma postura ativa do magistrado na busca da prova, intervindo de ofício na busca da verdade real, não sendo reconhecido o arguido como sujeito de direitos processuais, havendo confusão dos papéis de acusador e julgador. Já no sistema acusatório busca-se estabelecer uma igualdade de poderes entre acusação e defesa, separando-se esses papéis, com pouca¹⁸⁹ ou nenhuma intervenção do magistrado na produção da prova, devendo guardar a equidistância necessária à manutenção de sua imparcialidade para julgar.

No artigo 32 da CRP, encontram-se as garantias do processo criminal, dentre as quais, a previsão da estrutura acusatória do processo e da necessária produção de provas ao julgamento ocorrer em contraditório.¹⁹⁰ Da mesma forma, no Brasil a doutrina e jurisprudência¹⁹¹ de forma quase que uníssona.

¹⁸⁹ Nesse sentido, o STJ definiu ser possível que o magistrado, na fase processual, determine a produção de provas *ex officio*, **desde que de forma complementar à atividade probatória das partes**. (HC 221.231/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017)

¹⁹⁰ PORTUGAL. CRP. Artigo 32.º Garantias de processo criminal 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

¹⁹¹ Nesse sentido o STJ: “Inexiste controvérsia acerca do modelo acusatório conferido ao sistema penal brasileiro, caracterizado pela separação das atividades desempenhadas pelos atores processuais, pela inércia da jurisdição e imparcialidade do julgador” (HC: 640518 SC 2021/0015845-2, relator: ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 22/01/2021). Na mesma linha LOPES JR, Aury - **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

Igualmente, em ambos os países se tem que o sistema vigente não pode ser identificado como acusatório puro, a exemplo do anglo-americano, havendo preponderância acusatória. Sabido é que, nos sistemas de viés acusatório, para a doutrina majoritária¹⁹² cabe ao titular da ação penal a prova dos fatos constitutivos - materialidade e autoria do delito, incluindo seus elementos subjetivos, cabendo ao acusado/arguido, demonstrar a exceção (fatos extintivos, condições impeditivas ou modificativas) - causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena¹⁹³.

Sabe-se que, decorrência do princípio da presunção de inocência, assim como no direito brasileiro, é que o ônus da prova milita em favor do acusado, que não é obrigado a provar sua inocência, cabendo ao Ministério Público¹⁹⁴ e ao Tribunal respectivo (em face do princípio da investigação¹⁹⁵) provar a culpa do arguido¹⁹⁶.

Poder-se-ia aventar que a aplicação da sentença em capítulos poderia inverter os papéis já que, principalmente quando aplicável aos casos em que empregados mecanismos de consenso para por fim ao processo criminal, muitas das garantias dos acusados/arguidos são renunciadas, e outras tantas obrigações impostas àquele que opta por tais mecanismos.

Não obstante essa aparente violação ao sistema acusatório, não se verifica tal alteração de paradigma. Isso porque as normas que regem a produção probatória no processo criminal continuam válidas, bem como a necessária análise e valoração pelo magistrado sentenciante, e nos casos em que empregados mecanismos de consenso há um necessário crivo do juiz responsável pela homologação quanto ao respeito às garantias e exigências legais relacionadas a cada espécie de avença. Cumpre salientar que tais mecanismos se mostram como alternativas ao acusado, não sendo uma via necessária a se adotar, devendo-se, dessa forma, prezar pela verificação de que sua opção se deu de forma espontânea, isenta de vícios, o que parece ser regra garantida no ordenamento lusitano e brasileiro.

Nessa esteira, assim como não verificada qualquer incompatibilidade na aplicação dos capítulos de sentença relativamente a princípios de maior envergadura dentro da

¹⁹² CAPEZ, Fernando - **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 407

¹⁹³ Entendendo que cabe à acusação até mesmo a prova da inexistência de causas de justificação LOPES JR, Aury - **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 357.

¹⁹⁴ Oportuno consignar que no direito português o Ministério Público não é visto como parte no processo criminal, considerando a doutrina que tal processo não se constitui de um processo de partes. Nesse sentido DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito processual penal**. Vol. I. Coimbra: Coimbra editora, 1974, p. 242-249

¹⁹⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 470.

¹⁹⁶ Por tal razão diz-se que o sistema português é acusatório, temperado por um princípio de investigação.

processualística penal, como os vistos nos subcapítulos anteriores, também não se vislumbra qualquer transgressão ao sistema acusatório e consequente ônus probatório.

2.2. Princípios não conflitantes

Tendo sido examinada a teoria dos capítulos de sentença frente aos principais princípios que regem o processo criminal e que aparentemente poderiam gerar algum conflito, em um segundo momento examinar-se-á a temática frente ao que se denominou princípios não conflitantes, por buscarem o mesmo desiderato da teoria em questão – viés mais pragmático com vistas a agilidade da justiça criminal.

2.2.1. Celeridade (duração razoável do processo)

Dentre os princípios que parecem militar em favor da aplicação da sentença em capítulos na seara criminal está o da duração razoável do processo, erigido no Brasil a status constitucional por força da EC 45/2004¹⁹⁷.

Não obstante, tal princípio já encontrava guarida em diversos diplomas internacionais, a exemplo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 9.º, 3)¹⁹⁸, da Convenção Européia dos Direitos do Homem (art. 5º, 4)¹⁹⁹, e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (art. 47º)²⁰⁰.

Igualmente, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)²⁰¹, de que o Brasil é signatário, há previsão da necessidade de celeridade

¹⁹⁷ BRASIL. CF. Art. 5º LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

¹⁹⁸ BRASIL. DECRETO 592/92. Art. 9º 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de **ser julgada em prazo razoável** ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

¹⁹⁹ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Art. 5º 4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, **em curto prazo de tempo**, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.

²⁰⁰ CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Art. 47º Direito à acção e a um tribunal imparcial. Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente **e num prazo razoável**, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei.

²⁰¹ BRASIL. DECRETO 678/92. Art. 7º. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada

processual nas demandas criminais relativas à liberdade dos cidadãos. Também ali, já havia menção à necessidade de agilidade nos julgamentos criminais, evidenciando que, também os tratados internacionais consagram o Princípio da Celeridade processual.²⁰²

Já no ordenamento lusitano a celeridade do processo é disciplinada no art. 20º, 4, da Constituição da República, que assegura a todos os argüidos uma decisão em prazo razoável. Ademais disso, ainda no texto constitucional, no art. 32º, 2, o legislador constituinte determina que o arguido deve ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa²⁰³.

Tal direito à duração razoável do processo vem em benefício tanto do réu, quanto da sociedade, haja vista que diminui o tempo de tramitação processual e, por conseguinte, o lapso estigmatizante do processo sobre o indivíduo que sofre a persecução penal, sendo que de outra banda acaba por fortalecer a credibilidade da sociedade no sistema de justiça, capaz de responder rapidamente às demandas que chegam ao seu conhecimento.

Na busca de concretização desse princípio, tanto Brasil quanto Portugal introduziram mecanismos de solução consensual para reduzir os acervos processuais penais, reduzindo, por conseguinte, também o tempo de tramitação dos processos, com vistas a eficiência jurisdicional.

O movimento iniciado com vistas a combater a pequena e média criminalidade, mitigando-se o princípio da oficialidade/obrigatoriedade da ação penal, numa ideia de desjudicialização e desburocratização dos procedimentos, com a utilização do processo como instrumento de política criminal²⁰⁴, a lei portuguesa introduziu mecanismos como o arquivamento em caso de dispensa da pena, a suspensão provisória do processo, se estendendo posteriormente para a colaboração processual ou arrependimento na lei da droga. no Brasil os já citados mecanismos previstos na Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo – p. 63-64)²⁰⁵.

dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

²⁰² BRASIL. DECRETO 678/92. Art. 8º. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

²⁰³ PORTUGAL. CRP. Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. (...)Artigo 32.º Garantias de processo criminal 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

²⁰⁴ FERNANDES, Fernando - **O processo penal como instrumento de política criminal** . Coimbra: Almedina, 2001, p. 496.

²⁰⁵ Todos esses mecanismos inseridos num contexto de justiça previsto na CF: Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e

É certo que aqueles primeiros institutos não conseguiram na prática obter os resultados inicialmente pretendidos. Com isso, sua ampliação foi uma questão de tempo – e.g. em Portugal, o instituto da suspensão provisória do processo teve seu espectro estendido, uma vez que em sua redação original, o art. 281º previa a possibilidade de aplicação da suspensão para casos em que a pena de prisão não ultrapassasse três anos²⁰⁶. Após a alteração do CPP português pela Lei n.º 59/98, passou-se a admitir a aplicação do instituto para crimes com pena não superior a cinco anos.

Da mesma forma, no Brasil, verificou-se a necessidade de ampliação dos mecanismos, tanto no combate a outra forma de criminalidade – com a criação da já citada colaboração premiada, como dos crimes de médio potencial ofensivo, para os quais houve a criação do acordo de não persecução penal²⁰⁷ (ANPP), instrumento introduzido no Código de Processo Penal brasileiro, precisamente com a criação do artigo 28-A²⁰⁸, através da Lei 13.964/19, no

leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

²⁰⁶ PORTUGAL. CPP (Versão original). 1 - Se o crime for punível com pena de prisão não superior a três anos ou com sanção diferente da prisão, pode o Ministério Público decidir-se, com a concordância do juiz de instrução, pela suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos (...)

²⁰⁷ DE BEM, Leonardo; MARTINELLI, João Paulo - O Respeito à Constituição Federal na Aplicação Retroativa do ANPP. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 127-139.

²⁰⁸ BRASIL. CPP. Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado **confessado formal e circunstancialmente** a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do [art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º **O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:** I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - **se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas**; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º **Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.** § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com

denominado pacote anticrime²⁰⁹. Ressalta-se, a partir da redação legal, não ser necessário levar em conta a pena máxima cominada ao crime, mas sim a pena mínima, até mesmo por ser aplicável o instituto geralmente a réus primários, já que a existência de antecedentes deve ser examinada de forma acurada pelo magistrado que homologar o acordo, nos termos do §2º, do art. 28-A, do CPP.

A necessidade de quebra das barreiras burocráticas nos sistemas penais de há muito vem sendo apontada pela doutrina, tanto para dar uma solução mais rápida às demandas, quanto para responsabilizar mais celeremente os verdadeiros responsáveis pelo cometimento de delitos²¹⁰.

Nesse aspecto, a adoção da teoria da sentença em capítulos em ambos os ordenamentos, como instrumento de incremento da celeridade e cumprimento do mandamento constitucional da duração razoável do processo vai ao encontro das políticas criminais de desburocratização e enxugamento da máquina judiciária. Outrossim, na forma em que proposta a aplicação da teoria nesse estudo, é dizer, considerando a autonomia entre os capítulos, permite uma maior segurança jurídica tanto para o réu que opta pelo sistema consensual, quanto para os órgãos de persecução estatais, com um maior respaldo para o cumprimento do quanto acordado.

Sem sombra de dúvidas, igualmente, a confiabilidade nos sistemas de justiça terão um salto ainda maior, haja vista que a maior agilidade e efetiva aplicação das leis processuais penais estarão sendo fielmente observadas, fortalecendo a crença nos sistemas jurídico-criminais.

2.2.2. Efetividade do sistema penal

Sob outro aspecto é de se verificar eventuais contribuições da teoria da sentença em capítulos para o sistema penal como um todo. A primeira e mais importante contribuição sem sombra de dúvidas é a possibilidade de cumprimento imediato da parcela do julgado não mais sujeito à impugnação pelas vias recursais.

concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

²⁰⁹ Na mesma linha, em Portugal existe proposta legislativa para instituição do chamado “Acordo Sobre Sentenças” (Proposta de Lei nº 90/XIV), em discussão no Parlamento Português, cujas ideias tiveram origem pelas estudos do mestre Figueiredo Dias (*in Acordo sobre a sentença em Processo Penal* : O “fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio”? Porto: Conselho Distrita I do Porto, 2011) com o objetivo de possibilitar a realização de acordo sobre a pena aplicável, pressupondo a confissão dos fatos pelo arguido, nos moldes do ANPP brasileiro, com a inclusão CPP português do art. 313º-A.

²¹⁰ SOUSA, Marllon - *Plea bargaining no Brasil*. Salvador: Juspodium, 2019, p. 108-109.

De acordo com o relatório justiça em números 2021, no que se refere à competência criminal, existiam, no Poder Judiciário, em 2021, um total de 7,6 milhões de processos criminais em trâmite, sendo 5,4 milhões na fase de conhecimento e 2,3 milhões em execução penal. As execuções penais em tramitação cresceram tanto entre as privativas de liberdade (1,4 milhão ações pendentes), quanto entre as não privativas (903 mil ações pendentes). Nas novas penas aplicadas, houve prevalência das penas alternativas (64,1%)²¹¹.

O crescimento das demandas criminais, tanto em fase de conhecimento, como na fase de execução da pena, impõe a adoção de novas políticas para contornar diversos dos problemas que surgem a partir desse aumento de contingente.

Sabe-se que com o aumento contingencial o já conhecido problema da morosidade judiciária contribui com o aumento do índice de processos prescritos, principalmente no âmbito dos tribunais superiores²¹², pondo em risco até mesmo a efetividade do sistema penal e, por conseguinte, todo o aparato normativo e administrativo utilizado pelo Estado para gerir e dar concreção aos valores protegidos pelas normas constitucionais.

Nessa esteira, a utilização da sistemática da sentença em capítulos constitui em alternativa para a redução do número de lides, entendidas essas como cada relação processual formada, auxiliando na celeridade e na concentração do labor dos órgãos de persecução nas demandas em que se faz realmente necessário um labor mais acurado.

Da mesma forma, os órgãos do judiciário também poderão se concentrar mais nos processos que restarão, aumentando a taxa de efetividade e diminuindo o tempo de tramitação das demandas criminais^{213 214}.

Apenas para se ter uma noção, no Brasil²¹⁵ ao final de 2021, havia 2,3 milhões de execuções penais pendentes, sendo 1,4 milhão de penas privativas de liberdade (60,1%) e 903

²¹¹ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. p. 310. [Consult em 03.11.23]

²¹² “**Num intervalo de dois anos, quase mil casos prescreveram, depois de haverem movimentado por muitos anos o sistema de Justiça.** Não é preciso ser muito sagaz para constatar que os grandes beneficiários da prescrição são aqueles que têm dinheiro para manipular o sistema com recursos procrastinatórios sem fim.” Trecho voto Min. Luis Roberto Barroso (Presidente do STF) nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que versavam sobre a prisão após condenação em segunda instância. [Em linha] [Acesso em 10.11.23] Disponível em <https://static.poder360.com.br/2019/10/Voto-nas-ADCs-43-44-e-54.pdf>

²¹³ Na Justiça Federal, o tempo médio do processo criminal na fase de conhecimento de primeiro grau (2 anos e 9 meses) chega a ser mais do dobro do processo não criminal (2 anos e 9 meses) (SIC). Na Justiça Estadual, os processos criminais duram uma média de 2 anos e 11 meses até o primeiro julgamento.

²¹⁴ Em Portugal, a duração média da fase inquisitorial é de 7 meses, sendo de 8 meses a de julgamento nos tribunais judiciais de 1ª instância, conforme os dados oficiais de 2022. Disponível em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Duracao-media-de-processos.aspx>. [Consult. em 10.10.23]

²¹⁵ Conforme CNJ, no relatório justiça em números, p. 226. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. [Consult. em 10.10.23].

mil de penas alternativas (40%). No ano de 2021, 442 mil execuções penais foram iniciadas, sendo que na maioria dos casos a pena aplicada foi privativa de liberdade.

Com a enorme quantidade de aplicação de penas privativas de liberdade acaba por se criar mais um gargalo no processo criminal brasileiro, agora na fase da execução da pena²¹⁶, cuja tramitação é ainda mais longa, haja vista que só se extingue com o cumprimento da reprimenda.

Diante desse gargalo o sistema de execução penal tende a sucumbir, seja porque os estabelecimentos adequados para cumprimento das reprimendas não comportam tamanha demanda, seja pela ausência de corpo funcional suficiente no âmbito judicial para fazer valer os direitos dos apenados, principalmente no tocante à progressão de regimes prisionais²¹⁷, verificação de cumprimento total da pena e demais benefícios legais.

Não por acaso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de uma criação esporádica que era para desafogar os estabelecimentos prisionais nos idos de 2008²¹⁸, o projeto de mutirões carcerários acabou por virar política daquele órgão, sendo que anualmente²¹⁹ vem sendo realizados os referidos mutirões em todos os estabelecimentos prisionais do país, com alto índice de modificação de regimes e de revisão de encarceramentos indevidos, podendo chegar até cem mil processos revisados em todo o país²²⁰, demonstrando a completa falência do sistema de execução penal, para além da superlotação²²¹, com a falta de material humano para dar concreção também ao necessário tratamento humanizado daquele que está cumprindo uma reprimenda.

Vistos esses alarmantes números e podendo dispor do instrumento já consagrado no direito processual da sistemática dos capítulos de sentença, indaga: até que ponto o Estado pode intervir na vontade daquele que não está disposto a perpetuar com uma demanda criminal ou inquérito instaurado em seu desfavor, sobretudo por prazo indeterminado, haja

²¹⁶ Os processos referentes às execuções judiciais criminais privativas de liberdade baixados no ano de 2021 possuem tempo médio de baixa de 4 anos e 6 meses na Justiça Estadual e de 3 anos e 1 mês na Justiça Federal. Justiça em números, p. 227.

²¹⁷ Pessoas condenadas à pena privativa de liberdade em regime inicial aberto ou semiaberto e que tenham respondido ao processo em liberdade não devem ser presas enquanto aguardam definição sobre a existência de vagas em estabelecimento adequado. É o que dispõe a resolução 474/2022 do CNJ. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/plenario-do-cnj-muda-a-sistematica-para-inicio-da-pena-em-regime-semiaberto>. [Consult. 10.10.23]

²¹⁸ Notícia veiculada em <https://www.cnj.jus.br/presidente-do-cnj-lanprojeto-de-mutirpara-reduzir-popula-carcera>. [Consult. em 10.10.23]

²¹⁹ Como comprova a Notícia veiculada em <https://www.cnj.jus.br/ministra-rosa-weber-lanca-novo-mutirao-carcerario-em-5-ufs-a-partir-de-segunda-24-7>. [Consult. em 10.10.23]

²²⁰ Notícia veiculada em <https://www.cnj.jus.br/mutirao-carcerario-deve-levar-a-revisao-de-quase-900-processos-no-piaui>. [Consult. em 10.10.23]

²²¹ Segundo dados do CNJ, o déficit em estabelecimentos prisionais do Brasil é de 253.291 vagas. Disponível em https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. [Consult. em 10.10.23]

vista a insuficiência do aparato frente à crescente demanda? Não haveria um excessivo apego ao primado da legalidade, ferindo a proporcionalidade no que pertine à proibição do excesso (*übermassverbot*)? Ou, talvez, consistiria em uma proteção deficiente (*üntermassverbot*) quanto à efetividade da justiça e celeridade?

Em derradeiro, e valendo dos ensinamentos de Giuseppe Zaccaria²²², para quem essa realidade jurisprudencial – como é o caso da aplicação da sentença em capítulos ao processo criminal – já reconhecida pelo STF, esse direito vivo que surge no cotidiano dos tribunais, tem grande incidência na elaboração de critérios despenalizadores, mas também de novos institutos e tipos penais, em suma - das determinações dos pressupostos e limites da responsabilidade penal, sendo direito que deve ser reconhecido e incorporado ao ordenamento, mormente porque criado e experimentado na realidade existente e, por tal razão, mais propenso à efetividade.

²²² ZACCARIA, Giuseppe - **La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica**. Editoriale scientifica, 2007, p. 23-24.

CAPÍTULO III – O APRIMORAMENTO DO SISTEMA PENAL A PARTIR DA ADOÇÃO DA SENTENÇA EM CAPÍTULOS

Verificada a teoria e sua possível compatibilidade com o ordenamento, principalmente pela ótica constitucional-penal é chegada a hora de examinar possíveis ganhos com a adoção desse instituto no âmbito da processualística criminal.

Antes, contudo, mostra-se necessário delimitar como, de um modo sistêmico, se pode pensar os valores de status constitucionais e infraconstitucionais de modo a compatibilizar as necessidades individuais e da sociedade como um todo, cumprindo os valores encartados nos textos constitucionais.

1. A constitucionalização do processo penal e a conformação dos direitos fundamentais

Além dos problemas já mencionados quando se tratou da efetividade dos sistemas processuais penais, também tem incumbência de gerir a exigência da sociedade internacional de instrumentos de efetivo combate à criminalidade organizada, bem como harmonizar isso com os necessários mecanismos de cooperação internacional.

A influência e diretivas da comunidade internacional, além de determinar um norte às instituições existentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, repercutem em um enfrentamento uníssono necessário a este tipo de crime. É dizer, seu caráter transnacional não só orienta o combate promovido pelas mais diversas nações, como faz com que a efetividade dessa luta dependa desse enfrentamento conjunto.

Esse confronto entre a manutenção de um núcleo irredutível de direitos e garantias individuais e a necessidade de combate ao fenômeno da criminalidade organizada, passa pela compreensão da máxima efetividade da constituição processual penal dentro de um Estado Democrático de Direito.

Nessa ordem de ideias, não se pode partir da compreensão de sistema sem admitir plenamente a inexistência de direitos fundamentais absolutos e ilimitados na sua efetivação, bem como que o Estado de Direito exige, igualmente, a proteção de valores institucionais indispensáveis à sua própria existência, dentre os quais a viabilização de uma eficaz administração da justiça.

Ademais, no ambiente social moderno as ações lesivas a bens jurídicos tutelados pela esfera penal não se resumem a ataques individuais, como homicídio, sequestro, mas sim a bens de feição coletiva ou transindividuais (crimes ambientais, delitos lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, terrorismo), que acabam atingindo por forma distinta de realização objetividades jurídicas primárias (liberdade, dignidade), com grau de lesividade até mais intenso do que os referidos ataques individuais. Ao proteger tais direitos o legislador e o aplicador do direito não estão a inovar artificiosamente no ordenamento, sendo bens jurídicos tão ou mais importantes que os bens jurídicos individuais²²³.

Na mesma linha, o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Luis Roberto Barroso, abordando o tema do pós-positivismo salienta que “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.”²²⁴

Tal período inaugura a necessidade de resgate dos valores mais prementes da sociedade que passam necessariamente pela efetividade dos direitos fundamentais previstos nas Constituições. Nessa linha de ideias, a legitimidade e validade do direito só se verificam quando este estiver em consonância com os princípios e diretrizes da Constituição.

Essa força invasora da Constituição²²⁵ acaba por permear todas as searas do direito, não como elemento meramente orientador ou programático, mas como instrumento de efetiva força normativa destinado a concretizar e dar efetividade aos direitos e garantias inscritos no texto constitucional

Nessa esteira, o processo, enquanto mecanismo de inegável importância ao Estado Democrático de Direito, nesse espectro de constitucionalização de direitos, tem suas diretrizes elevadas a direitos e garantias amparadas no seio constitucional – a chamada constitucionalização do processo. Assim, a Constituição é o instrumento jurídico que deve orientar o processualista na árdua tarefa de entender o processo e seus princípios.²²⁶

²²³ TERRADILLOS BASOCO, Juan M - **La constitucion penal. Los derechos de la libertad**. In Las sombras del sistema constitucional español. Madri: Trotta, 2003, p. 350.

²²⁴ BARROSO, Luis Roberto - Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Ano I, Vol. 1, n.º 6, set. 2001, p. 19.

²²⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro - **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008, p. 48.

²²⁶ Alguns autores fazem uma leitura contrária, entendendo que “O íntimo relacionamento entre processo e Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual.” e não o processo ser lido à luz da Constituição. In FERNANDES, Antonio Scarance - **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

Com efeito, as normas processuais surgem como direitos fundamentais, com destaque para o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), que pode ser colocado como gênero, do qual todos os demais princípios e regras constitucionais afetas ao direito processual são espécies²²⁷.

Assim, se é certo que todo o processo deve ser constitucionalizado, não menos verdade, e talvez até com mais razão o processo penal também deve o ser. E as razões foram muito bem expostas por Luiz Antônio Câmara: “talvez em nenhum outro ramo do Direito se vejam tantos reflexos da Constituição quanto no processo penal. A ligação estreita com a matriz constitucional é facilmente explicável: não há outro momento da vida coletiva em que o indivíduo se coloque tão à mercê do Estado como quando é criminalmente acusado.”²²⁸

Assim, o processo penal se guia por duas diretrizes fundamentais: preservação dos direitos e garantias individuais e necessidade de funcionalidade e eficiência do sistema jurídico-penal. Nas palavras de Antônio Scarance Fernandes – “será eficiente o processo que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do devido processo legal.”²²⁹

Sob essa perspectiva, por demais importante para o embasamento das ideias propostas nesse estudo, se buscará uma proposta que possibilite conformar tais vetores que orientam o processo penal constitucional.

1.1. A relatividade dos direitos fundamentais e a instrumentalidade do processo na conformação do texto constitucional

A primeira questão que se coloca quando se busca uma noção de sistema funcionalmente adequado é o necessário reconhecimento de que os direitos e garantias assegurados constitucionalmente são em sua totalidade relativos.

²²⁷ NERY JUNIOR, Nelson - **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

²²⁸ CÂMARA, Luiz Antônio - **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

²²⁹ FERNANDES, Antonio Scarance - **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 234.

Outrossim, a noção mais moderna de direitos humanos impõe que se reconheça certa interdependência e indivisibilidade, e se busque obter a máxima efetividade em sua aplicação, de modo que ao assegurar um deles, não se esteja aniquilando outro.

Assim, afirmar um direito quase que sagrado de defesa e insuscetível de conformação sistêmica é fazer tabula rasa dos demais direitos consagrados no texto constitucional, bem como reconhecer a esse direito viés absoluto, indo de encontro à consolidada doutrina constitucionalista que advoga a relatividade dos direitos fundamentais²³⁰.

Daí porque, quando se está diante de interpretação de uma norma Constitucional, mormente atinente a um direito fundamental, não se pode abrir mão da aplicação do método sistemático de hermenêutica, não se interpretando o dispositivo isoladamente, mas sim em conjunto com as demais normas constitucionais, que prevêem outros direitos fundamentais. Parafraseando Eros Roberto Grau, “não se interpreta o direito em tiras”.²³¹

Tais direitos fundamentais acompanham as mudanças sociais no tempo e no espaço, por tal razão representam um catálogo aberto, podendo determinado direito estar ou não nesse catálogo conforme o momento histórico que se examina. Sobre o tema, de especial distinção as lições de Norberto Bobbio²³²:

“os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. **O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas**, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. **Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas**; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O

²³⁰ Nesse sentido, asseveram Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco: “os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito á vida tem limitação explícita no inciso XLVII, ‘a’, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada”²³⁰. In BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 230 e 231.

²³¹ GRAU, Eros Roberto - **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 40.

²³² BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 13.

que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo.”

A toda evidência, se o momento vivenciado por determinada sociedade determine que seja necessário uma mitigação de um direito fundamental, não há razão para não o fazer, mormente quando não comprometido o núcleo fundamental do respectivo direito fundamental.²³³

Nessa perspectiva, o processo criminal é, a um só tempo, instrumento fundamental que assegura os direitos do acusado, mas, da mesma forma, não pode se descuidar da efetividade da justiça criminal e dos valores e objetivos encartados na Constituição Federal.

Cumpre referir que a constitucionalização dos direitos, a influenciar também a temática processual, acabou por gerar modernamente uma tendência de consideração da natureza instrumental do processo, como mecanismo de concretização do direito material. Nesse sentido, pondera Dinamarco²³⁴: “A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto esse método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.”

E prossegue o doutrinador afirmando que o escopo do valor justiça consiste em “eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do estado.”

Nos sistemas criminais democráticos, embora não se possa negligenciar a instrumentalidade do processo penal como veículo de efetividade do direito criminal e protetor de direitos coletivos fundamentais, sem sombra de dúvidas sobreleva-se o caráter de sua função de garantia dos direitos do acusado/arguido. Por isso, acertada a ponderação de

²³³ Nesse sentido, recentemente o STF admitiu a validade de prova obtida com abertura de encomenda postada nos Correios, sem autorização judicial para tanto, o que violaria o sigilo de correspondência, bastando para tanto haver indícios de atividade ilícita para posterior controle. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=521095&ori=1> [Consult. em 30.11.23]

²³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel - **A instrumentalidade do processo**. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67.

Figueiredo Dias ao afirmar que “um unilateralismo sistemático no sentido da proteção do arguido ameaçaria o Estado de Direito mesmo nos seus fundamentos.”²³⁵

Nessa perspectiva, a consideração da relatividade de todos os direitos e garantias fundamentais, associada à necessária instrumentalidade do processo permite que se agreguem mecanismos e instrumentos de melhor gestão do sistema jurídico-penal.

Assim, os mecanismos de consenso no processo penal proporcionam um funcionamento mais eficiente e satisfatório do sistema processual penal como um todo, sobretudo pela resolução mais célere das lides penais, por adoção de procedimentos mais simplificados, menos onerosos aos entes públicos, e com a possibilidade de participação do acusado/arguido na construção da solução/decisão imposta ao seu caso concreto.²³⁶

Outrossim, a proposta de aplicação da sistemática da sentença em capítulos ao processo penal, ao possibilitar a execução do julgado de forma mais célere, com o fracionamento da decisão, consistirá em mais um mecanismo de reforço ao sistema, com vias a concretizar também sua eficiência e funcionalidade, conformando as diretivas constitucionais que influenciam o processo criminal.

Daí a premente necessidade de uma evolução legislativa, que pode auxiliar sobremaneira no aspecto comportamental das partes e na conformação do processo às diretivas constitucionais do *due process of law* em seu aspecto substancial.

Como visto, a realidade jurisprudencial já admite a aplicação da sentença em capítulos no processo criminal, sendo que sua incorporação formal ao ordenamento, com a sua aplicação irrestrita, representa a forma mais salutar de segurança jurídica. A par disso, resta examinar os possíveis ganhos que a adoção dessa sistemática traria ao ordenamento jurídico brasileiro e português.

2. Aplicabilidade da sentença em capítulos e possíveis ganhos

Aceita a possibilidade de aplicação dos capítulos de sentença na seara processual penal, passa-se a analisar como sua aplicação poderia contribuir com a evolução dos ordenamentos jurídicos. Nesse ponto, se examinará como a sistemática pode influenciar os mecanismos de consenso, assim como no respeito à coisa julgada, e de que modo tais influências podem interferir no comportamento das partes no embate processual.

²³⁵ DIAS, Figueiredo - **Para uma reforma global do processo penal português**. In Para uma nova Justiça Penal. Coimbra: Almedina, 1983, p. 206.

²³⁶ ANDRADE, Flávio da Silva - **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 69.

2.1. Fortalecimento dos mecanismos de consenso

Há inúmeros institutos existentes, tanto no processo penal português, como no ordenamento brasileiro, que visam à simplificação das demandas criminais, principalmente na criminalidade de menor potencial ofensivo, buscando a redução da quantidade de demandas que assoberbam o sistema.

Igualmente, com relação à criminalidade organizada, desenvolveram-se outros meios de solução negociada com o objetivo de se obter um combate mais efetivo dessa modalidade criminosa.

Os críticos referem que, ao tratar o processo como mero instrumento de resolução de litígios, sobreleva-se uma visão utilitarista da demanda, buscando uma resolução célere a qualquer custo, deixando de lado a necessária visão do processo como mecanismo de efetivação de direitos e garantias fundamentais, não correspondendo a uma prestação jurisdicional efetiva, muito menos a uma acusação responsável.²³⁷

Olvidam-se, aqueles que criticam, das inúmeras vantagens advindas do direito penal negocial, dentre elas, a celeridade, a busca pela duração razoável do processo, que também configura garantia fundamental, o prestígio à dignidade da pessoa humana e o respeito à autonomia da vontade.

A par das críticas, de que nesses instrumentos vigora a primazia do interesse na solução do litígio, ficando a justiça em segundo plano, passa-se a analisar o incremento possível com a implementação dos capítulos de sentença no processo criminal em cada um dos ordenamentos.

2.1.1. Contribuição aos mecanismos de consenso penal no ordenamento português

Inicialmente, observa-se que a estrutura do processo criminal português, de índole acusatória (art. 32.5 da CRP), tem o Ministério Público como titular da ação penal, além da incumbência de direção do inquérito, estando os órgãos de polícia criminal em sua dependência. Delimitadas também as funções de Juiz de Instrução (garantidor dos direitos fundamentais) e Juiz de Julgamento.

²³⁷ NUNES, Filipe Maia Broeto - **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro**. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2018, p. 35.

Em termos de processo, verifica-se um único processo comum, que pode tramitar perante o Juiz singular, coletivo ou Tribunal do Júri, e dois processos especiais – sumário e sumaríssimo. No sistema recursal, percebe-se a valorização da decisão de primeiro grau, permitindo-se a rejeição de recurso por manifesta carência de fundamento, maximizando-se a oralidade dos recursos²³⁸.

Antes de se adentrar nos mecanismos de solução alternativa previstos no direito processual português, primeiramente, cumpre referir que a legislação de processo penal em Portugal foi modificada em 1987, através do Decreto-Lei n. 78/87, sendo o Código anterior de 1929, justificando-se a reforma pela defasagem do diploma, como também pelo advento da Constituição da República de 1976, que previu entre outros, os direitos fundamentais da garantia do juiz natural, da subsidiariedade da prisão preventiva e da assistência de defensor. Se buscou, também, dar efetividade ao Código Penal de 1982, reduzindo a desconfiança dos cidadãos no sistema penal²³⁹, compatibilizando as exigências de segurança da comunidade com o respeito à dignidade das pessoas.

Nesse sentido, houve uma separação de tratamento entre à pequena criminalidade e a criminalidade mais grave, dando àquela tratamento mais célere, informal, simplificado e consensual, através da adoção de institutos novos, como o arquivamento, a suspensão condicional do processo, o consenso sobre a pena e a aceitação da imputação fática. Salienta-se que o processo sumário, aplicável aos delitos com penas superiores a cinco anos, quando o Ministério Público entender que a pena não excederá a cinco anos, não se trata propriamente de uma solução consensual, mas sim uma mitigação da legalidade penal com o fito de abreviar a tramitação do processo (art. 381 a 391 do CPP português), embora isso também implique em uma solução alternativa ao preconizado em lei.

De acordo com o art. 74 do CP²⁴⁰, quando dispensada a pena, seja por culpa diminuta, ou não haver justificativa para sua aplicação, poderá ocorrer o arquivamento, antes ou depois de formalizada a acusação (art. 280 do CPP português). Oportuno referir que após ofertada a ação penal deve haver anuência do acusado e do parquet para o arquivamento.

Não corresponde aos casos de isenção de pena, onde não há culpa nem punibilidade, assim como também distinto dos casos em que não há abertura de processo, embora em tais

²³⁸ MAIA GONÇALVES, Manoel Lopes - **Código de Processo Penal Anotado**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 39-41.

²³⁹ MAIA GONÇALVES, op. cit., p. 33-36.

²⁴⁰ PORTUGAL. CP. Artigo 74º Dispensa de pena 1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se: a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) O dano tiver sido reparado; e c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.

hipóteses também ocorra um arquivamento. A decisão de arquivamento é irrecorrível (art. 280.3 do CPP português), embora a decisão que defere ou indefere o arquivamento seja sujeita à impugnação²⁴¹.

Trata-se de instrumento que preserva a ideia de direito penal como *ultima ratio*, sendo importante alternativa no trato da criminalidade de menor potencialidade, sendo que processualmente corresponde a um julgamento antecipado do processo criminal²⁴².

Já a suspensão provisória do processo, também denominada arquivamento contra injunções e regras de conduta, pode ser proposta pelo parquet com a finalização do inquérito, por decisão fundamentada, sempre que presentes os requisitos legais, com a especificação das condições aplicáveis ao autor do fato. Deve ser aceita pelo autor do fato, pelo assistente da acusação, cabendo ao Juiz de Instrução homologá-la, ocasião em que emite juízo valorativo sobre tais condições²⁴³. Diversamente do sistema brasileiro, a suspensão ocorre antes de formalizada à acusação pelo parquet.

Trata-se de solução alternativa que tem razões em política criminal, aplicável para crimes com penas privativas de liberdade não superiores a cinco anos, ou outra sanção (art. 281.1 do CPP português). Uma vez cumpridas as condições, pelo período de até dois anos, em determinados casos até cinco anos, o processo é arquivado. Os requisitos para sua aplicação estão previstos nesse mesmo dispositivo²⁴⁴.

Já as condições estão previstas no art. 281.2 do CPP português²⁴⁵, tratando-se de rol exemplificativo, e dado não haver reconhecimento da responsabilidade criminal, tem caráter preventivo, e não retributivo. De acordo com o Tribunal Constitucional, tais condições, uma

²⁴¹ MAIA GONÇALVES, op. cit. p. 529-530.

²⁴² GIACOMOLLI, Nereu José - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Op. cit., p. 282-283.

²⁴³ COSTA ANDRADE, Manuel da - Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). in **Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal (org. CEJ)**, 1988, p. 347.

²⁴⁴ PORTUGAL. CPP. Art. 281.1 a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza; c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza; d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; e) Ausência de um grau de culpa elevado; e f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

²⁴⁵ PORTUGAL. CPP. 281.2 - São oponíveis ao arguido, cumulativa ou separadamente, as seguintes injunções e regras de conduta: a) Indemnizar o lesado; b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia ou efectuar prestação de serviço de interesse público; d) Residir em determinado lugar; e) Frequentar certos programas ou actividades; f) Não exercer determinadas profissões; g) Não frequentar certos meios ou lugares; h) Não residir em certos lugares ou regiões; i) Não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; j) Não frequentar certas associações ou participar em determinadas reuniões; l) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime; m) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso.

vez definidas, não podem ser alteradas²⁴⁶, sendo necessário controle jurisdicional sobre a suspensão²⁴⁷, em decisão irrecorrível (art. 281.5 do CPP português).

Assim como ocorre no direito brasileiro, as condições de suspensão do processo e suspensão da pena são semelhantes, muito embora nos artigos 51 e 52 do CP português o legislador estabeleça deveres e regras de conduta ao apenado para o *sursis*. Da mesma forma, não corre prazo prescricional no período de suspensão, voltando a correr no caso de descumprimento.

Já o consenso sobre a pena, no chamado processo sumaríssimo (art. 392 a 398 do CPP português) verifica-se a eliminação da fase instrutória, do julgamento e do prazo para ocorrência do trânsito em julgado, sempre que não houver qualquer oposição do acusado.

Aplica-se aos crimes punidos com sanção pecuniária ou com pena privativa de liberdade não superior a cinco anos, com a proposta de aplicação de sanção pelo parquet, desde que aceita pelo acusado e assistente de acusação.

O magistrado que recebe o pedido pode não aceitar, prosseguindo o feito pelo rito comum. Da mesma forma, pode aplicar sanção diversa da proposta pelo parquet, com a anuência do órgão de acusação. Em não havendo oposição a sanção proposta, o magistrado, por despacho, que equivale à sentença condenatória com trânsito em julgado imediato, já que por expressa disposição legal não comporta recurso²⁴⁸, condena o aceitante.

Diversamente do que ocorre com a suspensão provisória do processo, a existência de provas suficientes, aliada a necessidade de uma política criminal orientada pela maximização do consenso, afasta a necessidade de uma fase de julgamento²⁴⁹.

Outrossim, o art. 344 do CPP português permite que já no início do julgamento (declarações iniciais da audiência) o acusado admita os fatos imputados pelo órgão acusador, sem quaisquer reservas, nas situações em que a pena privativa de liberdade não supere cinco anos. Trata-se da aceitação da imputação fática, correspondendo propriamente à confissão como prova do delito, assemelhando-se ao *guilty plea* americano e ao *plea bargaining* inglês²⁵⁰.

²⁴⁶ Nesse aspecto, defende COSTA ANDRADE a possibilidade de alteração posterior para potencialização do consenso. op. cit. p. 351.

²⁴⁷ Decisão 302/86, de 9 de janeiro de 1987 do Tribunal Constitucional.

²⁴⁸ PORTUGAL. CPP. Art. 397. 2 - O despacho a que se refere o número anterior vale como sentença condenatória e não admite recurso ordinário.

²⁴⁹ COSTA ANDRADE, op. cit. p. 356-357. Refere ainda o autor que tal instituto se assemelha ao processo monitorio alemão, italiano e à *ordonnance pénale* francesa.

²⁵⁰ MARQUES FERREIRA, Manuel - **Meios de Prova**. Jornadas de direito processual penal. O novo código de processo penal. Coimbra : Almedina, 1988, p. 251.

Diante da pluralidade de agentes, deve ser questionado ao corréu se também aceita, sendo que a confissão deve ser coerente com os fatos alegados, estando sujeita a apreciação jurisdicional. Verificada a coerência e liberdade na manifestação reduz-se a termo, implicando em renúncia a produção de provas sobre os fatos admitidos.

Da mesma forma, a confissão pode ser parcial ou realizada por apenas alguns dos autores do fato, bem assim pode se tratar de confissão qualificada. Nessa esteira, a confissão não implica necessariamente condenação, haja vista que os fatos confessados podem não constituir ilícito penal (e.g. alegação de excludente de ilicitude) Em qualquer hipótese, não vincula a apreciação livre pelo magistrado, podendo ser admitida ou não²⁵¹.

Também há previsão no ordenamento português da chamada colaboração processual, utilizada em processos envolvendo a macrocriminalidade. Também denominada arrependimento, prevista no art.31 do Decreto-Lei 15/93, referente às drogas. Na referida legislação há previsão de causa de diminuição de pena no caso de colaboração processual relativa aos crimes dos arts. 21, 22 e 23 (tráfico e branqueamento de capitais – revogado o art. 23 pela Lei 11/2004, que tratou integralmente a matéria), desde que o acusado abandone a atividade ou, ainda, auxiliando concretamente as autoridades com elementos para identificação ou captura dos responsáveis.²⁵²

A última parte do dispositivo corresponde a uma delação, que traz como contrapartida ao colaborador a atenuação da pena ou sua completa dispensa (equivalente ao perdão judicial).

De igual forma, a Lei 36, de 29.09.1994, estabelece uma hipótese de atenuação especial da pena quando se tratar de atividade de combate à corrupção e à criminalidade econômico-financeira²⁵³.

Oportuno referir que a figura do arguido colaborador não pode ser confundida com a do arguido arrependido, sendo esta relativa ao que se arrepende da prática do fato ou desiste de sua continuidade para evitar um dano ou que ressarce o dano causado.²⁵⁴ Mais ainda

²⁵¹ MAIA GONÇALVES, op. cit., p. 620-621.

²⁵² PORTUGAL. DECRETO-LEI 15/93. Artigo 31.º Atenuação ou dispensa de pena Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.

²⁵³ Artigo 8.º Atenuação especial Nos crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e e), a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

²⁵⁴ PORTUGAL. CP. Artigo 71º, n. 2, letra “e” 2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando,

porque a colaboração somente pode ocorrer nos feitos em que envolvam coletividade criminosa.

Como já referido, a todos esses institutos citados, não se vê qualquer incompatibilidade possível com a aplicação da sistemática da sentença em capítulos. Isso porque, o arguido ao optar por uma dessas soluções alternativas disponibilizadas pelo sistema penal, acaba por realizar verdadeiro negócio jurídico processual, não se enquadrando nas hipóteses em que será necessária uma sentença condenatória ou absolutória, embora o próprio sistema por vezes equipare a decisão que coloca termo à lide a uma sentença, como visto no consenso sobre a pena.

Tal questão é de fato importante, principalmente, porque a sentença penal condenatória, além de ter que preencher diversos requisitos para sua validade, também tem efeitos, tanto primários como secundários²⁵⁵ que interferem sobremaneira na esfera jurídica do condenado²⁵⁶. Daí porque a estrita observância a todas as garantias fundamentais daqueles que estão sofrendo um processo criminal é medida impositiva.

O direito lusitano prevê também a figura da confissão integral e sem ressalvas, que se caracteriza pela não vinculação do órgão julgador, bem como pela inexistência de qualquer poder de barganha pelo ministério público. Dessa forma, a confissão do arguido não é amparada por qualquer segurança jurídica quanto aos efeitos premiais para sua esfera jurídica, não havendo um acordo propriamente, mas apenas dispensa de produção probatória, facilitando o deslinde da causa.

Por conta dessa insegurança jurídica para o arguido, o mestre Figueiredo Dias, propôs um modelo de negociação acerca de sentenças criminais, ao argumento de que o processo

nomeadamente: e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;; artigo 72º, n. 2, letra “c”, 2 - Para efeito do disposto no número anterior, são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes: c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados;

²⁵⁵ Nesse sentido o Código Penal brasileiro: Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

²⁵⁶ Como importante precedente, cita-se RE 795.567, rel. min. Teori Zavascki, P, j. 28-5-2015, DJE 177 de 9-9-2015, Tema 187.: “As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo”. Precedente esse que deu ensejo a edição da Súmula Vinculante 35, *verbis*: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

penal funcionalmente orientado seria uma exigência do Estado de Direito, dado o dever imposto ao ente estatal de realizar a justiça de maneira rápida e eficiente, pela qual se reafirmaria a confiança da sociedade nas instituições públicas²⁵⁷.

Sobre os chamados acordos de sentença, a questão prática que se coloca já foi objeto de indagação por Jorge de Figueiredo Dias: “devem reputar-se admissíveis, perante nossa Constituição processual penal (especialmente minuciosa, como é reconhecido) e o nosso sistema processual penal ordinário, conversações e acordos sobre a sentença, destinados a facilitar, a simplificar e consequentemente abreviar o procedimento e o resultado do processo? É a eficiência funcionalmente orientada, daqui indiscutivelmente resultante, ainda compatível com o respeito devido aos princípios do Estado de Direito? Representa ela – como já foi chamada – o adeus ao Estado de Direito? Ou, pelo contrário, pode constituir para este um novo princípio?”²⁵⁸

Não obstante a salutar proposta do mestre Figueiredo Dias, e sua excelente recepção pela doutrina e, inicialmente, pelos órgãos do Ministério Público²⁵⁹, quando do exame de processo em que adotado o modelo consensual, o Supremo Tribunal de Justiça, diferentemente do que ocorreu com o instituto do ANPP brasileiro, anulou a avença ao argumento da inexistência de amparo legal na celebração de acordos sobre sentenças, salvo os já previstos no procedimento sumaríssimo²⁶⁰.

Posteriormente, em maio de 2021, o governo português apresentou a proposta legislativa Lei n.º 90/XIX, visando à alteração de diversos pontos do ordenamento lusitano, propondo a inclusão do art. 313.º-A no Código de Processo Penal, instituindo a possibilidade de formar acordo sobre a pena aplicável, desde que o arguido livremente confesse os fatos imputados²⁶¹. Muito embora os esforços para aprovação, não teve esta parte do texto convertido em lei.

²⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Coimbra: Almedina, 2011, p. 37.

²⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Coimbra: Almedina, 2011, p. 28.

²⁵⁹ Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (por meio da recomendação n.º 01/2012) e a Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra (por meio do memorando datado de 19/01/2012). Posteriormente à decisão do STJ Depois dessa manifestação do STJ, a Procuradora-Geral da República (PGR) exarou a Diretiva n.º 2/2014184, determinando que os Magistrados e Agentes do Ministério Público não promovessem ou aceitassem a celebração de acordos sobre sentenças penais. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>. [Consult. em 01.12.23]

²⁶⁰ ANDRADE, Flávio da Silva - **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 160.

²⁶¹ O projeto dispunha da seguinte redação: Artigo 313.º-A Acordo sobre a pena aplicável 1 – O tribunal pode acordar com o Ministério Público e o arguido a pena aplicável no processo, mesmo em caso de concurso de infrações, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou do arguido. 2 – O acordo tem como objeto o limite máximo da pena aplicável, incluindo o da pena acessória eventualmente aplicável. 3 – O acordo pode ter

Verifica-se que a incorporação dos capítulos de sentença ao processo criminal português redundaria no fortalecimento dos mecanismos de consenso, haja vista que a demonstração prática de uma maior funcionalidade do sistema, possibilitando o imediato cumprimento da parcela do julgado que se encontra preclusa pelas vias recursais, geraria uma maior busca e atenção às possibilidades demonstradas pelos diversos mecanismos abordados acima.

Igualmente, a sistemática dos capítulos de sentença auxiliaria também na incorporação e desenvolvimento da proposta de acordos de sentença, haja vista que se apresentam como instrumentos afins de implementação de uma lógica instrumentalista aos feitos criminais, fixando essa maior previsibilidade e segurança jurídica para o arguido que opte pela cooperação processual.

Destaca-se também uma maior participação do arguido na construção da solução processual para seu caso concreto, podendo exercer seu poder de voz nas tratativas, pelo estímulo à assunção da responsabilidade, cria-se uma ideia de processo participativo (*due process* em sua versão substancial), afastando-se os efeitos excludentes e estigmatizantes de uma condenação criminal.

É preciso se superar a lógica do pensamento da obrigatoriedade da punição, que apenas faz com que cada vez mais se utilize da força como resposta aos delitos, numa busca irracional de afirmação do poder estatal sobre os indivíduos, que se vêem aliados dos processos de solução dos conflitos, bem como da interpretação e aplicação das normas jurídicas²⁶².

Nas palavras de Figueiredo Dias, a resistência de implantação da justiça restaurativa é uma relevante causa que leva o inconformismo da sociedade em face das sentenças judiciais,

ainda como objeto, se o limite máximo da pena aplicável acordado não for superior a cinco anos de prisão: a) A substituição da pena de prisão que vier a ser concretamente determinada por pena não privativa da liberdade; b) A execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controle à distância, caso venha a ser concretamente determinada pena de prisão efetiva não superior a dois anos. 4 – O acordo tem como pressupostos: a) A confissão livre, integral e sem reservas dos factos que são imputados ao arguido; b) A concordância do Ministério Público e do arguido; c) A audição do assistente constituído ao abrigo das alíneas a) a d) do nº 1 do artigo 68º. 5 – O acordo implica: a) A renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e conseqüente consideração destes como provados; b) A passagem imediata à produção da prova relevante para a determinação da pena; c) A isenção da taxa de justiça. 6 – O tribunal pode acordar com o Ministério Público e o arguido a pena aplicável, ainda que não verifique a confissão livre, integral, sem reservas e coerente de todos os arguidos, aproveitando ao arguido a decisão sobre a questão da culpabilidade dos participantes. 7 – Na situação prevista no número anterior, é pressuposto do acordo que o arguido renove a confissão na audiência, sendo aplicável o disposto nos artigos 343º e 345º. 8 – Na falta de acordo, a confissão não pode ser utilizada como prova, desentranhando-se dos autos quaisquer documentos que permitam reconstituir a interação entre os sujeitos processuais, sem prejuízo do disposto na alínea e) do nº 9 do artigo 312º.

²⁶² PIRES, Álvaro - **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 68, 2004, p. 44.

que não tem o consenso da doutrina portuguesa, provocando uma abundância de demandas de Revisão Criminal, abalando a segurança jurídica e vulnerando o caso julgado.²⁶³

Os mecanismos de consenso atuais se não correspondem na totalidade à justiça restaurativa, representam embrionariamente esse modelo, dando uma nova visão às formas de solução das lides criminais, com uma participação do acusado na resolução do conflito, bem como na reparação do dano, correspondendo a um avanço em termos doutrinários, aproximando ainda mais as soluções consensuais do modelo restaurativo.

Visando o fortalecimento desse modelo consensual, reforça-se a propagada ideia de impossibilidade de revisão do quanto pactuado nos mecanismos de consenso, não somente por representar um reforço à segurança das soluções consensuais, mas também evitando a sobrecarga do sistema, tendo de solucionar mais de uma vez uma mesma situação posta em juízo, em evidente abuso do exercício de direitos pelo pactuante e fortalecendo o viés cooperativo.

2.1.2. Contribuição aos mecanismos de consenso penal no ordenamento brasileiro

Primeiramente, cumpre referir que diferentemente do direito português, os procedimentos em matéria penal no Brasil, embora se dividam também em comum e especial, tal divisão é distinta, tendo em vista que o procedimento comum abrange o ordinário (art. 394 a 405 do CPP), o sumário (art. 531 a 536 do CPP) e o sumaríssimo, afeto aos chamados juizados especiais criminais. Outro ponto de divergência digno de nota é a ainda ausente separação²⁶⁴, como ocorre em Portugal, entre o juiz atuante na fase inquisitorial (juízo de garantias) e o magistrado que atua na fase judicial (juiz de instrução).

O aumento das demandas cíveis de menor complexidade, bem como da criminalidade de baixa potencialidade, associado à necessidade de se dar um tratamento diferenciado para tais demandas e fazer findar o processo em prazo razoável²⁶⁵, fizeram por surgir na legislação brasileira a Lei 9.099 de 1995, que criou os chamados Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Tal criação já prevista no art. 98, I, da CF, com influência preponderante dos sistemas de países da *common law*, inaugurando a chamada justiça consensual no ordenamento

²⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito penal I: parte geral - questões fundamentais - a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 66.

²⁶⁴ Como visto quando se examinou o princípio da ampla defesa, a implementação do juiz de garantias foi suspensa por decisão do STF.

²⁶⁵ Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi inserido no texto Constitucional brasileiro o princípio da razoável duração do processo como garantia fundamental assegurada a qualquer indivíduo (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988).

brasileiro²⁶⁶. O objetivo da criação era atingir a criminalidade de massa, praticada com pouca ou nenhuma organização. Daí ser orientada pelos princípios da oralidade, informalidade, economia e celeridade, substituiu o inquérito policial pelo termo circunstanciado.

Inicialmente, surgiu abarcando as infrações penais a que a lei cominava pena máxima não superior a um ano, sendo que a Lei 10.259, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal acabou para alargar esse espectro para as infrações com pena máxima até dois anos ou multa.

Dentre os mecanismos introduzidos pelo referido diploma normativo para o tratamento de crimes de menor potencial ofensivo estão: a reparação civil do dano; a transação penal e a suspensão condicional do processo²⁶⁷.

O mecanismo da composição civil dos danos, previsto na lei 9.099/95, em seu art. 74, deve ser incentivado pelo magistrado, que exerce um papel de mediador, conforme previsão legal, podendo ser composto por indenização ou retratação feita pelo autor do fato. Uma vez lavrado o acordo e devidamente homologado por sentença, nos casos de ação penal privada, ou pública condicionada à representação, corresponde à renúncia ao direito de queixa ou representação, importando em extinção da punibilidade. Nos casos de ação penal pública incondicionada prossegue-se com os demais termos do procedimento.

Em não havendo conciliação nas ações penais privadas, o lesado deve obedecer ao prazo legal para ofertar a queixa. Já nas ações penais públicas, condicionadas ou não, dá ao parquet a possibilidade de proposta de transação penal, instituto que se verá em seguida.

Oportuno referir que a composição não constitui renúncia ou admissão dos fatos, mas antes, um meio de solucionar o conflito civil, sendo responsabilidade do magistrado, com a fiscalização do ministério público. Tem-se daí tratar-se de conciliação ou forma autocompositiva facultativa processual para solução do conflito²⁶⁸.

Seu principal fundamento é a proteção da vítima na seara criminal, sendo que os interesses em jogo são meramente privados, ainda que com reflexos criminais. Por isso,

²⁶⁶ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 799.

²⁶⁷ Institutos previstos nos artigos 74, § único; 76 e 89 da referida Lei, respectivamente, *verbis*: 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. (...) 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.

²⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 315.

também é exigida a forma escrita para o acordo que se convola em título executivo com a homologação.

Por fim, em havendo descumprimento do acordo firmado, não autoriza o exercício da ação penal ou da representação, haja vista que o legislador delimitou o momento da renúncia ao trânsito em julgado da sentença de homologação, e não ao cumprimento do avençado²⁶⁹.

Outro instrumento previsto pela lei 9.099/95 é a denominada transação penal, que tem entre seus antecedentes também a previsão dos artigos 392 a 398 do CPP português, aplicável no processo sumaríssimo naquele país.

De acordo com o art. 76, nas infrações penais de menor potencial ofensivo o parquet poderá propor ao autor do fato o cumprimento de uma pena restritiva de direitos ou multa, deixando de oferecer inicial acusatória. A aceitação da proposta não implica declaração de culpabilidade, como ocorre no sistema anglo-saxão do *plea guilty*, apenas tem a restrição de proibir nova transação pelo prazo de cinco anos.

A par da divergência se a transação tem natureza jurídica de autocomposição ou técnica defensiva, estamos com o magistério de Nereu Giacomolli, para quem seria melhor decompor a transação em vários atos, analisando a natureza jurídica em cada ato em separado²⁷⁰. O autor do fato não é obrigado a aceitar a transação, podendo recusá-la ou ofertar contraproposta, sempre em ato público presidido por um magistrado.

Discutia-se se, em estando presentes os requisitos da proposta haveria um direito subjetivo do investigado, ao que o Superior Tribunal de Justiça respondeu afirmativamente²⁷¹. Aceita a transação o magistrado profere sentença homologatória. Em caso de descumprimento da medida aplicada abre-se a possibilidade de nova denúncia²⁷². Uma vez cumprida será proferida sentença de extinção da punibilidade.

O último dos instrumentos previstos na lei 9.099/95 é a chamada suspensão condicional do processo, que é assim denominada por ser possível somente após formalizada a acusação. Outrossim, difere dos instrumentos acima pois aplicável a qualquer procedimento, inclusive especial, desde que satisfeitos os requisitos legais²⁷³, que se assemelham aos do

²⁶⁹ GIACOMOLLI, op. cit. p. 323.

²⁷⁰ Op. cit. p. 335

²⁷¹ REsp 376.176/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 23/09/2002, p. 318.

²⁷² Nesse sentido STF, Pleno, RE 602072, Rel. Min. Cesar Peluso, DJe 26.02.10 e STJ, HC 188.959.

²⁷³ BRASIL.CPP. 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) (...) Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: **I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II**

sursis, previsto no art. 76 do CP, instituto esse que tem uma aplicabilidade bastante reduzida, em virtude da possibilidade de substituição da pena (art. 44, do CP).

Em resumo se trata de instituto processual despenalizador que permite, após a acusação e com concordância do acusado que não se prossiga na instrução processual, suspendendo o feito por dois a quatro anos, em troca de cumprimento de determinadas condições. Constitui ato processual bilateral de postulação, que tem como fundamento razões de política criminal processual, uma vez que não reduz, como a transação penal, o trabalho persecutório na fase inquisitorial.

Diferentemente da transação penal, o STJ entendeu não se tratar de direito subjetivo do réu²⁷⁴, mas poder-dever do órgão acusador que deve analisá-lo de forma fundamentada. Ademais, deve ser examinada a possibilidade, inclusive, em fases avançadas do processo quando ocorre desclassificação para crime que o comporte.

Uma vez acolhida a suspensão o juiz homologa e fixa as condições; do contrário determina o prosseguimento do feito. No período de cumprimento a prescrição resta suspensa, restando extinta a punibilidade com o cumprimento das condições (art. 89, §5º, da Lei 9.099).

O avanço da macrocriminalidade e as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro²⁷⁵ fizeram surgir a necessidade de conferir um tratamento diferenciado às situações em que envolvidas organizações criminosas. Após vários embates doutrinários e jurisprudenciais acerca da existência ou não de um tipo penal próprio de organizações criminosas²⁷⁶, haja vista a existência de previsão em tratado internacional ao qual o Brasil se obrigou (Convenção de Palermo, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 231/2003, e internalizada pelo Decreto 5.015/2004), primeiramente pelo advento da Lei

- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

²⁷⁴ AgRg no HC 504.074/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 23/08/2019.

²⁷⁵ Além da Convenção de Palermo, cita-se a Convenção de Mérida, Decreto n.5687/2006, que visa coibir a corrupção e as recomendações do GAFI (Grupo de Ação Financeira), criado em 1988 no âmbito da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), com o intuito de promover políticas de combate à lavagem de dinheiro, diretivas que levaram também ao aperfeiçoamento da legislação brasileira de branqueamento de capitais, que evoluiu para a 3ª geração na classificação adotada internacionalmente, haja vista não dispor mais de rol de crimes antecedentes para sua configuração, podendo advir de qualquer infração penal. A primeira geração corresponderia àquela que combate a lavagem tão somente do delito de tráfico de entorpecentes; a segunda geração apresenta um rol de crimes antecedentes além do tráfico de drogas, sendo exemplos desse tipo de legislação as adotadas na Alemanha e em Portugal. In DE SANCTIS, Fausto Martin - **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008, p. 4-25; 57-60.

²⁷⁶ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 96007, negou a existência de um tipo de organizações criminosas com amparo somente na Convenção de Palermo, salientando a necessidade de norma interna que previsse tal tipo penal.

12.694/2012, denominada lei de proteção aos magistrados²⁷⁷, criou-se o referido tipo penal de organização criminosa, previsão legal que veio a se consolidar com a edição da Lei 12.850/2013, lei específica sobre o tema, que o disciplinou integralmente.

Nesse diploma previu-se, entre outros instrumentos de combate à criminalidade organizada, a chamada colaboração premiada (atualmente com previsão nos art. 3º-A ao 7º da referida lei), que consiste em meio de obtenção de prova – e não meio de prova, tanto com relação ao colaborador como relacionada a terceiro, formalizada por acordo, através do qual se incentiva um membro de organização criminosa a revelar pessoas e fatos criminosos, mediante vantagens no processo criminal.

Há quem aproxime o instituto da delação premiada ao instituto do *plea bargaining*, de origem anglo-saxônica. Não obstante, tais institutos possuem feições e características bastante distintas, embora se note uma aproximação no tocante ao fato de premiar o acusado que colaborar com a justiça, tendo a defesa técnica²⁷⁸ função de aproximar e esclarecer o acusado acerca do acordo a ser firmado com o órgão de persecução, ainda que alguns defendam que a função do advogado no *plea bargaining* assuma uma feição de mediação²⁷⁹.

O art. 4º da Lei prevê os requisitos²⁸⁰, que estão atrelados a resultados necessários para que o colaborador possa obter as vantagens previstas em lei, que vão desde a redução da pena, até o seu perdão. Os benefícios, embora negociados com o ministério público, são aplicados pelo magistrado que verificará entre outras circunstâncias a eficácia da colaboração. Daí a importância da homologação, que pode ser parcial e dela o magistrado não participa (art. 4º, §§ 5º e 8º, da Lei 12.850).

A colaboração pode se dar em qualquer fase investigatória e até mesmo posteriormente à sentença (art. 4º, §5º, da Lei 12.850), nessa hipótese com benefícios reduzidos, sendo que o art. 5º da lei traz especificadamente os direitos do réu colaborador. O termo de colaboração e seu conteúdo contêm previsão no art. 6º da Lei, sendo que o pedido de

²⁷⁷ Assim designada em razão de seu surgimento ter se dado em virtude do assassinato da juíza Patrícia Acioli, no dia 12 de agosto de 2011, em Niterói/RJ.

²⁷⁸ De acordo com o art. 4º, §15, da Lei 12.850 a participação do advogado no acordo de colaboração é obrigatória, sob pena de nulidade da avença.

²⁷⁹ HALLEVY, Gabriel - **Is ADR (alternative dispute resolution) philosophy relevant to criminal justice(int) – plea bargains as mediation process between the accused and the prosecution**. Heinonline. Orig Law Rev (2009) Vol 5 No 1., p.4-10.

²⁸⁰ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

homologação corre sigilosamente, sendo levantado o sigilo quando do recebimento da denúncia (art. 7º, da Lei 12.850)²⁸¹.

Quanto à legitimação para o oferecimento, após decisão do STF na ADI 5508 a colaboração pode ser firmada tanto com o órgão de acusação quanto com a polícia judiciária. A projeção dos efeitos do acordo, ainda que possam abarcar outras infrações e processos do réu colaborador (e.g. limitação do tempo máximo de pena, restrição de investigação de outras infrações, etc.) deve obedecer à esfera do colaborador, não podendo repercutir na esfera jurídica de terceiros, como já decidiu o STJ.²⁸²

A colaboração premiada também é reflexo do princípio da cooperação processual, diretiva essa de que se depreende o postulado da boa-fé que orienta todo o sistema jurídico, podendo ser defluida da própria Constituição Federal.

Na mesma linha do que se defendeu quanto aos ganhos no ordenamento lusitano, com relação aos mecanismos de consenso relativos à criminalidade de menor potencial ofensivo, a incorporação dos capítulos de sentença ao processo criminal brasileiro viria a reforçar os instrumentos consensuais, haja vista que um sistema mais célere, tanto no processamento dos feitos, quanto na execução da parcela das decisões já transitadas em julgado, além de reforçar a credibilidade no sistema judicial, influenciaria na tomada de decisão pelo acusado quanto à aceitação ou não das soluções consensuais postas ao seu crivo.

No âmbito da colaboração premiada se defende aqui a observância da mais absoluta liberdade no momento da avença. Assim, devem ser evitadas tratativas com réus que estão presos cautelarmente, sobretudo por um grande lapso temporal. E nesse ponto, a aplicação da sistemática da sentença em capítulos, sobretudo por reafirmar a certeza e celeridade da pena aplicada, acaba por influenciar na tomada de decisão pelo réu, afastando-se a certeza da impunidade, com o reforço da efetividade do sistema.

O problema da falta de sinalagma nas tratativas é objeto de crítica por grande parte da doutrina, e não somente quanto às circunstâncias²⁸³ que permeiam os acordos, destacando-se

²⁸¹ BRASIL. Lei 12.850/13. Art. 7º. § 3º O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese. ([Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#))

²⁸² AgRg no Inq 1.093/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/09/2017, DJe 13/09/2017

²⁸³ Nesse sentido já se cogitou de violação da normativa CNJ 213/2015 regulando as audiências de custódia, ao possibilitar proposta de ANPP durante a referida audiência, pois estaria tratando do mérito da causa. *In* <https://www.conjur.com.br/2022-nov-21/norma-tj-rj-permite-anpp-audiencia-custodia-contraria-cnj/> [Consult. em 17.11.23]

que a parte Estatal da relação negocial, por praticamente ter o monopólio do negócio, apresenta-se em posição superior, com a quebra do sinalagma inerente a uma justa avença.²⁸⁴

É inegável que o colaborador ao buscar a autoridade com o fim de iniciar tratativas, barganhando com as informações que possui não tem plena clareza do quando será aproveitado pela autoridade, nem o quanto comprometido pode estar seu direito de liberdade, não havendo plena paridade negocial.²⁸⁵

Outrossim, essa possível posição de superioridade do órgão ministerial pode redundar em pressões psicológicas, receios dos mais diversos com o intuito de compelir o réu a colaborar de qualquer forma, sob a sombra de um mal maior, por vezes admitindo a culpa, sem que de fato tenha contribuído.²⁸⁶

Alguns autores referem ainda que a justiça penal negocial acaba por deslocar o eixo decisório do processo, na medida em que, faticamente, o poder de decisão se transfere da alçada do magistrado julgador para as mãos do titular do órgão ministerial, haja vista que é esse quem, de fato, detém as prerrogativas de definir os casos sujeitos a aplicação da justiça consensual, bem como da pena avençada e sua medida.²⁸⁷

Sustentam ainda deixar de existir o contraditório, com uma exagerada preeminência da investigação inquisitorial, já que o convencimento do órgão ministerial e a determinação dos termos do acordo se aperfeiçoam antes mesmo do processo judicial.

Nesse sentido, a aplicação da sentença em capítulo aos feitos criminais, ao implicar na mudança da postura das partes, acabará por influenciar na busca cada vez mais pela justiça negocial, daí porque a alteração legislativa que venha a formalmente incorporá-la ao ordenamento trará enormes benefícios ao sistema penal como um todo.

O crescimento vertiginoso do volume de demandas criminais de baixa complexidade na justiça brasileira, associado à previsibilidade do quantum condenatório, principalmente em situações de réus primários, redundou na criação de um novel instrumento de solução de controvérsias na seara penal. Trata-se do denominado acordo de não persecução penal, instrumento este inicialmente previsto na Resolução 181 de 2017, do Conselho Nacional do

²⁸⁴ ROSA, Alexandre Moraes da - Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras. In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarin. (Org.) - **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 79 – 99.

²⁸⁵ NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber - Colaboração premiada: uma tentativa de implantação do sinalagma contratual na justiça penal negocial por meio do discovery. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5696, 4 fev. 2019. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/69046> [Consult. em 24.11.23]

²⁸⁶ JUNIOR LOPES, Aury - **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176.

²⁸⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. op.cit., p. 110.

Ministério Público (CNMP), órgão criado pela já citada Emenda Constitucional 45/2005, com a competência de controlar a atuação administrativa e financeira do Ministério Público, bem como o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Referida resolução, visava disciplinar o chamado procedimento investigatório criminal (PIC) no âmbito do parquet, e previu em seu art. 18 o chamado acordo de não persecução penal. Tratava-se de instrumento inovador e objetivamente mais benéfico ao investigado do que todos aqueles previstos até então na legislação brasileira. Os requisitos foram previstos nos incisos do art. 18 da Resolução²⁸⁸.

Muito se discutiu se uma resolução do CNMP poderia conter essa previsão, sendo que os críticos mais vorazes apontavam a necessidade de *interpositio legislatoris* para dispor sobre tal tema, tendo em vista tratar-se de matéria afeta ao direito penal e/ou processual penal²⁸⁹.

A temática estava sendo discutida pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação das ADI's 5.793 e 5.790, quando o legislador resolveu positivar o instituto, acrescentando o art. 28-A, no CPP brasileiro. Todavia, salienta-se que alguns tribunais brasileiros já vinham incentivando a feitura de acordos de não persecução, a exemplo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), cuja Corregedoria Regional emitiu circular²⁹⁰ a todos os magistrados referindo que tal instrumento constituía boas práticas na seara criminal, não havendo óbice a sua aplicação na Justiça Federal.

Verifica-se que o ANPP igualmente foi um instrumento criado de uma forma completamente inconstitucional (por resolução de órgão), e não por lei em sentido formal, como exige a CF/88. O ANPP orienta-se pelo princípio da fragmentariedade, tratando o direito penal como *ultima ratio*. Outrossim, mostra-se como importante instrumento de

²⁸⁸ BRASIL. CNMP. Resolução 181/2017. Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

²⁸⁹ Atraindo para tanto o disposto no art. 22, I, da CF, acerca da competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processo penal.

²⁹⁰ Circular COGER 8721150 de 2019.

celeridade e simplificação de procedimentos e processos. Em resumo, é salutar mecanismo de maximização do aparato persecutório e, portanto, medida salutar de política criminal.

Com a positivação do instrumento, inseriu-se o art. 28-A no CPP brasileiro²⁹¹, acabando com quaisquer discussões acerca da constitucionalidade do instituto. Igualmente, não há qualquer inobservância as garantias penais do investigado, haja vista o acordo ser firmado com a presença de defensor (art. 28-A, §3º, do CPP), passando pelo crivo judicial (art. 28-A, §4º, do CPP)²⁹². Em caso de descumprimento, retoma-se o curso investigatório. Devidamente cumprido, a investigação é arquivada, daí nenhum risco de inefetividade na persecução.

A norma processual, em que pese a nomenclatura do instituto, não deixa claro até que momento processual pode ser ofertado o acordo. O Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a aplicação do ANPP somente até o recebimento da denúncia. Não obstante o posicionamento firmado no âmbito do STJ²⁹³, aguarda-se que o Supremo Tribunal Federal acolha o entendimento da possibilidade de aplicação do ANPP até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Isso porque, o conteúdo do ANPP, muito embora inserido no CPP (art. 28-A), também se reveste de caráter de direito material, principalmente no que pertine às suas consequências, haja vista que uma vez cumprido, provoca a extinção da punibilidade²⁹⁴. Dessa forma, corresponde à norma de natureza mista, não apenas de direito processual, e sendo mais benéfica ao réu deve retroagir, nos termos do art. 5º, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP.

²⁹¹ BRASIL. CPP. Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (...).

²⁹² BRASIL. CPP. Art. 28-A § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

²⁹³ No julgamento do Habeas Corpus nº 628.647, a 6ª Turma se alinhou ao entendimento da 5ª Turma, admitindo a aplicação do ANPP somente até o recebimento da denúncia. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 628.647/SC.

²⁹⁴ BRASIL. CPP. Art. 28-A. § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Essa mesma linha foi adotada pelo STF com relação aos institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal (Lei 9.099/95), a natureza processual com conteúdo material foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal²⁹⁵.

Cumpra referir que argumentos contrários a sua aplicação a qualquer tempo frisam a necessidade de colaboração do beneficiário até o fim do processo, e não posteriormente, ao que se contrapõe que não se pode afastar a aplicação de norma mais benéfica àquele que sofre uma ação penal, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal²⁹⁶.

Com relação ao aprimoramento do ANPP com a aplicação dos capítulos de sentença, tem-se que, independentemente do posicionamento a ser adotado pelo STF, o quanto pactuado e cumprido, porquanto já acobertado pela preclusão, não poderá voltar a ser discutido, bem como, caso firmado posicionamento pela possibilidade de aplicação até mesmo para processos já sentenciados ou em fase de execução, abrir-se vista ao ministério público para ofertar ao acusado/condenado a avença, que pode lhe ser mais benéfica, exceto, obviamente, os casos de absolvição.

Defende-se a possibilidade de aplicação até mesmo para processos em fase de execução, em que pese a nomenclatura do instituto, com base na conjugação do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal - aplicação da norma mais benéfica ao réu, com o instituto da revisão criminal. É dizer, se a qualquer tempo posso utilizar do sistema para corrigir um erro judiciário, porque não possibilitar a aplicação de um instituto a que o réu faria jus, somente porque já findado o processo? Ademais, tal lógica vai ao encontro de uma política de desencarceramento e de aplicação de medidas mais proporcionais à gravidade dos delitos.

Também, diante desse conflito aparente de normas o que se poderia fazer para o aperfeiçoamento do sistema seria beneficiar de uma melhor forma àquele que colabora em momento anterior, dividindo-se as benesses conforme o estado do inquérito ou processo em que efetivamente foi firmado o acordo, e não fazer tabula rasa de norma presente no sistema penal desde a elaboração do CPB.

Por isso se rechaça veementemente qualquer tentativa de utilização da confissão colhida por exigência legal²⁹⁷ como meio de prova para futura ação penal, ou condenação, em razão do descumprimento de quaisquer das cláusulas do ANPP firmado²⁹⁸.

²⁹⁵ Nesse sentido: BRASIL. STF (Tribunal Pleno). Questão de Ordem no Inquérito nº 1.055/AM. Relator: Min. Celso de Mello, 24 abr. 1996.

²⁹⁶ BRASIL. CÓDIGO PENAL. Art. 2º, Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²⁹⁷ Caput do art. 28-A do CPP assim o exige.

Propõem-se também o equacionamento das colaborações, aceitando inclusive confissões parciais, obviamente de forma menos abrangente, sempre com ênfase na efetividade da colaboração, com vias a melhoria do instituto.

Poder-se-ia pensar igualmente na mescla dos institutos da colaboração premiada e do ANPP, ou criação de um terceiro instituto com normas premiais intermediárias para as situações em que o acusado quer por fim a sua lide, que não apresenta maior potencialidade lesiva (abarcada pelo ANPP) e ao mesmo tempo querer oferecer maiores informações acerca de fatos outros afetos à criminalidade organizada, obviamente, tudo devidamente positivado e observada a proporcionalidade para a composição de novel instituto.

Não é só a resolução da demanda que se está em jogo. Mas o próprio motivo da colaboração que auxiliará tanto no encerramento do processo, mas sobretudo na pacificação da lide, tendo em vista que o réu colaborador verá na decisão que por fim à demanda parcela da sua verdadeira e efetiva colaboração.

Sem sombra de dúvidas a teoria dos capítulos da sentença pode auxiliar não só no reforço das soluções negociais, mormente se aplicada na forma como aqui se propôs – capítulos autônomos e independentes. Isso porque ao firmar um acordo com o Estado, preclusa estará a matéria e a impossibilidade de impugnação daquela avença.

Defende-se aqui, sim, a observância ao quanto pactuado entre o acusado e o Estado, quando firmado compromissos com bases nos institutos despenalizadores já citados. E se faz essa defesa com base em dois argumentos: primeiro a proibição do *venire contra factum proprium*, é dizer, uma vez assumido o compromisso, e a posição processual referente a tal compromisso, uma guinada só seria possível com uma justificativa plausível para tal mudança. O segundo, porque a não observância do quanto acordado sem qualquer parâmetro, iria incentivar comportamentos dissonantes, pondo em cheque o próprio sistema criado para redução de litígios criminais.

Ademais, uma interpretação em sentido diverso implicaria não só traria descrédito ao sistema, como frearia o desenvolvimento e expansão dos mecanismos consensuais, voltando-se à antiga, e anteriormente comentada, lógica punitivista que como já demonstrou a história, se mostrou incapaz de conferir efetividade ao sistema jurídico penal.

Nesse aspecto, não se pode olvidar da situação dos réus colaboradores nas grandes lides criminais, muitas delas em que firmados acordos de colaboração, homologados pelo Poder Judiciário, os réus já cumpriram a avença entabulada, não obstante o processo, com

²⁹⁸ Como examinado na obra **Justiça penal negociada**. Org. MARINHO JR. Inezil Penna; AKKERMAN, Willian. Brasília: Sobredireito, 2023.

relação aos demais corréus, se arraste nas instâncias recursais. Dessa forma, também sob o prisma da segurança jurídica dos colaboradores, a adoção da sistemática proposta é medida por demais salutar.

Outrossim, em tais macrolides, ainda que o CPP preveja a possibilidade de desmembramento do feito quando o magistrado se depare com um grande número de acusados²⁹⁹, na prática, tal cisão implica somente em aumento do número de processos, dada a ausência de um mecanismo que possibilite um melhor saneamento do processo com a rápida resolução de alguns litígios que não necessitam de instrução processual.

Nesse prisma, a aplicação do ANPP, combinado com a aplicação da sistemática da sentença em capítulos, nos processos oriundos de grandes operações policiais (com número indeterminado de réus), permitirá o desmembramento e solução rápida das relações processuais penais de menor complexidade que, vez que outra, insistem em tramitar conjuntamente com relações processuais mais complexas.

Não menos importante, as quantias despendidas pelos réus colaboradores a título de reparação de danos e ou prestação pecuniária para concretização da avença, em havendo possibilidade de futura discussão, nunca poderiam ser revertidas para qualquer finalidade, haja vista que a ação de revisão criminal não possui prazo para ser aviada.

Assim, afora as hipóteses de ação cível de ressarcimento ao erário, que na jurisprudência pátria também é qualificada pela imprescritibilidade³⁰⁰, em situações em que não se verifique lesão ao erário puramente, sequer será possível reaver por qualquer forma valores devolvidos ao colaborador que obtenha decisão que por qualquer razão lhe garanta a devolução do quanto despendeu quando da avença³⁰¹.

Na mesma linha, e objetivando um adequado aproveitamento do aparato estatal, não se vê qualquer problema na concentração de atos na justiça criminal. Assim, acertada a proposta do Fórum Nacional dos Juízes Criminais (Fonajuc)³⁰², propugnando que “A audiência de custódia poderá concentrar os atos de oferecimento e recebimento da denúncia, citação, resposta à acusação, suspensão condicional do processo e instrução e julgamento”

²⁹⁹ BRASIL. CPP. Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

³⁰⁰ STF. REPERCUSSÃO GERAL. Tema 897 - Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa. São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

³⁰¹ Nesse sentido matéria veiculada a respeito de ações de ressarcimento movidas por ex-colaboradores da operação lava-jato: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/devolucao-de-dinheiro-a-ex-condenados-pela-lava-jato-vira-batalha-de-teses-juridicas/> [Consult. em 01.12.23]

³⁰² Enunciado 29, do II Fórum Nacional de Juízes Criminais (Fonajuc).

Críticas inúmeras à concentração de atos³⁰³, *data venia*, acabam por olvidar não somente do ganho com a celeridade processual, mas também com a resposta efetiva do sistema à lide posta a sua apreciação, com a colheita da prova mais próxima à ocorrência dos fatos, reforçando o princípio da imediatidade. A sobrecarga das estruturas judiciais, traduz-se em demandas delongadas, onde os atores do processo – acusado/arguido e testemunhas – por diversas vezes sequer se recordam dos fatos para os quais prestaram declarações em sede inquisitorial.³⁰⁴

2.1.3. Mecanismos de consenso como capítulos de sentença: uma proposta

Evoluindo na temática, oportuno consignar que não se vê nenhum óbice a se considerar como capítulo de sentença o quanto pactuado nos mecanismos de consenso. Primeiramente, porque, como já restou consignado, não há um conceito apriorístico de coisa julgada, bastando que consista em parcela de decisão não mais passível de impugnação.

Obviamente que, dadas as circunstâncias e características dos institutos que foram vistos no direito luso-brasileiro temos que partir de uma visão ampliada do quanto consiste um capítulo de sentença, seja porque em diversos deles sequer há uma sentença no sentido formal, seja porque pelas circunstâncias e elementos exigidos em cada um dos institutos, não se está diante de um procedimento penal clássico. Daí porque considerar de modo alargado o capítulo como parcela de decisão não mais passível de impugnação pode perfeitamente abarcar as situações contidas nos mecanismos de consenso.

Outrossim, estamos com Salo de Carvalho, para quem, seja pela ampliação da tutela penal a novos bens jurídicos, seja pelo reconhecimento e expansão da justiça penal negociada, não se verifica diferenciação ontológica entre as condutas, é dizer, inexistindo conduta penal, civil ou administrativa em si mesma, o diferenciador da ilicitude se dará com a espécie de sanção aplicada, resultando cada vez mais difícil definir a natureza dos ilícitos, pois em inúmeros casos se nota a transferência entre as esferas de responsabilização pessoal³⁰⁵.

Nesse ponto, uma reflexão mais apurada nos conduz a uma conclusão que beira a obviedade. Em tese todos os tipos previstos nos códigos penais foram devidamente eleitos

³⁰³ Apenas a título exemplificativo https://www.conjur.com.br/2019-ago-17/henrique-kaster-ativismo-condenacao-audiencia-custodia/#_ftn1 [Consult. em 23.11.23]

³⁰⁴ Esse é o cotidiano vivenciado na justiça criminal brasileira, principalmente quando se trata de testemunhas vinculadas aos órgãos de segurança pública, que ao realizar inúmeros flagrantes, abordagens diárias, acabam por sequer lembrar de muitas das situações em que atuaram quando decorrido certo lapso temporal.

³⁰⁵ CARVALHO, Salo - A Sentença criminal como instrumento de descriminalização (o comprometimento do operador do direito na efetivação da Constituição). In **A Constitucionalização dos Direitos. Fundamentos Teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.881.

pelo legislador por ofenderem bens jurídicos importantes em nossa sociedade e assim, quando violados, em tese demandariam uma resposta na seara penal.

Ocorre que não é o tipo em abstrato e sua suposta violação que vão demonstrar a necessidade de intervenção da ultima ratio do ordenamento – o direito penal, mas sim o cotidiano vivenciado na sociedade e enfrentado pelos tribunais é que vai definir a necessidade do apenamento nos moldes dispostos no Código Penal.

Inúmeros são os tipos penais que tem ou tiveram disposição no Código Penal, ou na Lei de Contravenções penais (LCP), sem demonstrar qualquer força normativa. Exemplos clássicos como o adultério (art. 240), que só veio a ser revogado pela Lei 11.160/2005, a mendicância (art. 60, da LCP), que só teve sua revogação em 2009, e ainda a vadiagem (art. 59, da LCP)³⁰⁶, que ainda se encontra em vigência, são demonstrações claras de que o objeto protegido pelo texto legal, por mais das vezes, não dispõe daquele valor necessário a torná-lo um tipo penal eficaz, demonstrando que os valores da sociedade são cambiantes e sua força normativa de alguma forma depende de tais valores.

E mais, é no caso concreto que se verificará realmente qual a necessidade da pena, de acordo com a garantia constitucional de sua devida individualização³⁰⁷.

Daí se questiona: porque o legislador, verificando pela desnecessidade de um tratamento mais rigoroso para determinados tipos, não pode ampliar os mecanismos consensuais, como fez com o precitado ANPP? E mais a mais, dados os requisitos exigidos pelo instituto (primariedade, crimes sem violência, etc.) é na situação concreta que será verificado a possibilidade de formalizar ou não a avença, e tudo devidamente passando pelo crivo judicial.

Ressalte-se que não se vê qualquer problema nessa transferência de atuação entre as esferas. A uma porque o poder estatal é uno, como já amplamente consagrado na doutrina. A duas porque ainda que exista a norma o que vai definir sua aplicação ou não é o direito vivo³⁰⁸ que brota da sociedade e se faz aplicar no âmbito dos tribunais.

Ademais, essa transferência acaba por efetivamente redimensionar faticamente o verdadeiro papel do direito penal, como sendo a última ratio do ordenamento jurídico,

³⁰⁶ BRASIL. LCP. Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. ([Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009](#))

³⁰⁷ BRASIL. CF. Art. 5º XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...)

³⁰⁸ EHRLICH, Eugen - **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UNB, p. 35-80. Para o autor, o direito, enquanto fato social, e sua evolução em determinado local não advém da atividade legislativa estatal ou da ciência produzida pelos juristas, mas das relações sociais estabelecidas na própria sociedade, nascendo das relações sociais, primordialmente.

devendo somente ser acionado quando os demais ramos do direito não consigam resolver a contenda.

Essa transferência entre as esferas também coloca em cheque a natureza dos efeitos produzidos pelos mecanismos de consenso, como por exemplo, a infundável discussão acerca da transação penal.

A título de exemplo, Grinover e outros entendem que "a pena não privativa de liberdade imposta pelo juiz, por consentimento dos partícipes, tem natureza jurídica de sanção penal, mas nem por isso apresente qualquer inconstitucionalidade"³⁰⁹, por se tratar de sanção consentida, sem juízo acerca da culpabilidade do beneficiário, tendo a decisão caráter meramente homologatório, com eficácia de título executivo.

Em verdade, a sentença que colhe a transação entre o Ministério Público e o autor do fato não tem natureza condenatória ou absolutória, dado que não se perscruta acerca da culpabilidade ou inocência do investigado, não se baseando o instituto em confissão ou assunção de culpa, daí porque que a multa e a restrição de direitos prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, não podem ter natureza jurídica de sanção penal.

Certo é que os acordos penais, de regra, impõem a confissão, o que poderia configurar uma inversão do ônus da prova no processo penal. Nessa esteira, menciona-se que o réu poderia por receio ou por não possuir condições de se defender eficazmente optar pela avença e confessar.

Nesse aspecto, oportuno citar Vinicius Vasconcelos, para quem “a estética da confissão consolidada por meio da economia psíquica, que permeia os mecanismos premiais, acarreta a sedimentação do reconhecimento da culpabilidade como prova irrefutável para a condenação, o que remete a um discurso processual em que o contraditório e ampla defesa são totalmente inviabilizados pelo poder alucinatório da evidência (a confissão inquestionável)”³¹⁰.

Até mesmo porque, observada a própria dicção legal, a espontaneidade da confissão que redunde em atenuante da pena a ser aplicada, tanto no ordenamento português, quanto no brasileiro, deve ser feita de forma espontânea³¹¹. Daí porque não há qualquer possibilidade de se comparar aquela confissão provinda de uma exigência legal, como no ANPP, com a espontaneamente realizada. Aliás, se assim fosse, abriria a possibilidade de o acusado

³⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] - **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134.

³¹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de - **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 176.

³¹¹ BRASIL. CP. Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

colaborador exigir uma maior redução na proposta do órgão acusador para concreção da avença.

De se ver que não se está em um mesmo quadro de regras, porque se assim fosse, os benefícios da confissão espontânea no processo seriam os mesmos aplicáveis aos acordos penais. Como se verificou ao examinar inúmeros mecanismos de consenso portugueses e brasileiros, os benefícios advindos da confissão legalmente exigida em tais acordos superam em muito aquele da confissão espontânea como atenuante de pena. Daí porque não há falar em inversão do ônus probandi e sim em opção do acusado/arguido segundo as regras do jogo processual.

Assim, a adoção de um tratamento uníssono entre os mecanismos de consenso, obviamente com critérios de barganha observando critérios de proporcionalidade para sua propositura, é medida impositiva em um sistema jurídico que tenha pretensões de segurança jurídica e efetividade. E dentre essas medidas o respeito ao pactuado, tratando a avença como capítulo de sentença autônomo e independente, insuscetível de revisão, constitui tomada de decisão política que pode contribuir enormemente na solidificação dos instrumentos de consenso, bem como numa maior confiança nos mecanismos de justiça criminal, fortalecendo a segurança jurídica tanto para aquele que optou por colaborar, quanto para o Estado, que verá a lide findada e pacificada.

Várias são as propostas que poderiam auxiliar na fixação das conclusões aqui delineadas. A primeira delas, seria alteração legislativa determinando que nas soluções conciliadas não cabe revisão do quanto pactuado, consagrando a ideia de autonomia absoluta do capítulo pactuado. Outra forma de se buscar o mesmo efeito prático é fazer constar, nas hipóteses em que cabível, no próprio instrumento do acordo, a irrepetibilidade do que se despendeu, tanto em reparação do dano, quanto prestação pecuniária/prestação de serviços.

Acerca de tais propostas, obviamente, o ideal seria incorporar a sistemática da sentença em capítulos e consignar em lei a irrepetibilidade do quanto despendido pelo colaborador. Isso iria nortear melhor o comportamento das partes no jogo processual, contribuindo para a segurança jurídica do réu e blindando o sistema, com a consequente diminuição do número de recursos, tanto ordinários, como extraordinários.

2.2. Capítulos de Sentença e reforço à garantia da coisa julgada

O chamado caso julgado é uma ferramenta processual que busca a concreção da ideia de certeza e convencimento dentro do sistema jurídico. Certo é que, uma sentença ou acórdão

somente produzirá seus efeitos no processo penal após o trânsito em julgado. Sob esse prisma, a adoção da sentença em capítulos acaba por possibilitar a fragmentação do julgado e, por conseguinte, a formação da coisa julgada em momentos distintos em relação a cada conduta imputada, a depender de ter havido recurso ou não contra a decisão condenatória/absolutória.

A aplicação da sistemática dos capítulos de sentença como defendido nesse estudo acaba por reforçar a garantia da coisa julgada, uma vez que se propugna a autonomia dos capítulos que transitaram em julgado.

Possibilita também o imediato cumprimento da parcela transitada em julgado, conforme inclusive reconhecido pelo STF no precitado julgamento da ação penal 470 (capítulo II, item 3.1), até mesmo porque é plena a autonomia dos capítulos, a independência da prova e a especificidade das penas impostas aos condenados para cada um dos crimes pelos quais estão sendo processados, sendo que o trânsito em julgado refere-se à condenação e não ao processo.

Muito embora sem previsão expressa no Código de Processo Penal (CPPB) tal teoria pode ser depreendida da diferenciação feita no tocante à coisa julgada para acusação e para a defesa, regulando distintamente a prescrição (art. 110, §1º e art. 112, I, do CP)³¹². Resta claro nos aludidos dispositivos que se o parquet não interpuser recurso, a sentença transita em julgado para a acusação, e alterações no julgado somente podem vir em benefício do acusado. Também, segundo a lei, essa será a última oportunidade de interrupção da prescrição da pretensão punitiva.

Não obstante a dicção legal, o STJ³¹³, seguindo orientação do STF, acabou por definir a necessidade do trânsito em julgado para ambas as partes para início da contagem do prazo

³¹² BRASIL. CP. Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. § 1º A prescrição, **depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação** ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - **do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação**, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

³¹³ BRASIL. STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AS PARTES. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** (AI 794.971- AgR/RJ, REL. PARA ACÓRDÃO MINISTRO MARCO AURÉLIO, DJE 25/06/2021). AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI 794971-AgR/RJ (relator para acórdão ministro MARCO AURÉLIO, DJe 25/06/2021), definiu que o dies a quo para a contagem da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes. Assim, por já ter havido manifestação do Plenário da Suprema Corte sobre a controvérsia e em razão desse entendimento estar sendo adotado pelos ministros de ambas as turmas do STF, essa orientação deve passar a ser aplicada nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, já que não há mais divergência interna naquela Corte sobre o assunto. 2. Na espécie, o Agravado foi definitivamente condenado às penas de dois anos de reclusão, no regime aberto, e 11 dias-multa, pelo cometimento do crime previsto no artigo 14, caput, da Lei n. 10.826/2003; e de seis meses de detenção, no regime aberto, e 11 dias-multa, pela prática do delito tipificado no

da prescrição da pretensão executória. E a razão parece óbvia: em não havendo trânsito em julgado não se poderia executar a pena. Assim, não haveria inércia estatal na execução da pena prevista em sentença.

Em que pese a alteração jurisprudencial, é certo que apesar de ficar no aguardo do trânsito em julgado, dada a preclusão em razão do não aviamento de recurso, eventual reforma do julgado não pode vir a prejudicar o réu (*non reformatio in pejus*), princípio presente nos ordenamentos brasileiro e português³¹⁴.

Há quem defenda a diferenciação entre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que ocorreria quando não coubesse mais recurso com efeito suspensivo, da coisa julgada, que somente se formaria com o julgamento desses recursos que não detêm efeito suspensivo (e.g. recursos aos tribunais superiores)³¹⁵. Assim, a exigência constitucional de trânsito em julgado da sentença não se confundiria com a formação da coisa julgada, que poderia ocorrer em outro momento.

Essa discussão também permeou os debates entorno da mitigação ou não da presunção de inocência no âmbito do direito constitucional brasileiro. Todavia, parece haver uma aparente confusão entre a produção de efeitos da decisão e o instituto da coisa julgada, já que os efeitos da decisão na seara penal acaba por ser atrelado à coisa julgada pelo próprio texto constitucional, como se viu no capítulo anterior. Salienta-se que até mesmo quanto a essa discussão a teoria dos capítulos da sentença poria fim a controvérsia.

Autores como Maria Clara Calheiros³¹⁶ afirmam ser a condenação penal sempre “coisa relativamente julgada”, haja vista a admissão dos institutos da revisão criminal e do *habeas corpus* para desconstituir qualquer injusta prisão ou erro judicial.

artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. 3. O acórdão condenatório transitou em julgado para a Defesa em 04/02/2020 (fl. 339). Dessa forma, considerado, respectivamente, o prazo prescricional de quatro anos (artigo 109, inciso V, do Código Penal) e de três anos (artigo 109, inciso VI, do Código Penal), a pretensão executória não está abarcada pela prescrição; nem sequer a pretensão punitiva, diante dos seguintes marcos interruptivos: fatos (30/11/2016), recebimento da denúncia (22/02/2017); sentença condenatória (16/11/2017); publicação do acórdão proferido na apelação (01/04/2019) e trânsito em julgado para a Defesa (04/02/2020). 4. Agravo regimental provido para afastar a prescrição da pretensão executória". (AgRg no RHC nº 163.758/SC, relatora ministra Laurita Vaz, 6ª Turma do STJ, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022).

³¹⁴ Há uma pequena diferença no tratamento de referido princípio pelos referidos ordenamentos, enquanto o CPP português admite no artigo 409, nº 02 o agravamento da multa, quando houver melhora econômica na situação do arguido, no direito brasileiro, é vedado integralmente a *reformatio in pejus*, ainda que no âmbito econômico. Nesse sentido STF. HC nº 75633/SP. Segunda Turma. Relator Marco Aurélio. Julgado em 17.11.1997. Publicado no DJ de 06 de fevereiro de 1998.

³¹⁵ JESUS, Damásio Evangelista de - **Código de Processo Penal Anotado**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1982, p.384.

³¹⁶ CALHEIROS, Maria Clara - **A construção retórica do processo penal**. In Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 363.

Em se tratando de sentença absolutória, a coisa julgada no sistema brasileiro é tida por imutável, haja vista a inexistência de previsão legal de revisão de sentenças em desfavor do réu, da mesma forma quando declarada extinta a punibilidade por qualquer forma não será mais possível modificar seu conteúdo.

Diferentemente, o direito português prevê hipóteses em que cabe revisão criminal de sentença absolutória, nos termos do art. 449 do CPP, sendo que pode ser manejada tanto pelo réu quanto pelo ministério público. Quanto ao réu, uma absolvição que não seja por negativa de autoria ou inexistência do fato (e.g. insuficiência de provas para condenação) daria ensejo à possibilidade de ter contra si uma ação indenizatória no âmbito cível, daí seu interesse revisional também nas sentenças absolutórias, segundo entendimento do Supremo Tribunal de Justiça lusitano³¹⁷.

O recurso de revisão demonstra o compromisso entre a garantia do caso julgado, que assegura a certeza e a segurança do direito, sendo essencial à manutenção da estabilidade jurídica e exigências da justiça material, sendo mecanismo que busca a concordância possível entre esses interesses contraditórios, admitindo para tanto, em casos muito específicos e limitados, a modificação da sentença transitada em julgado.

Nesse sentido, a partir da ideia da inexistência de direito fundamental absoluto, examinando à intangibilidade e a imutabilidade do caso julgado, entendeu o Tribunal Constitucional no acórdão nº 155 /2007 que “a restrição aos direitos fundamentais será admissível, se o objetivo e a necessidade de se atingirem as finalidades próprias do processo penal, como a descoberta da verdade e a realização da justiça no caso concreto”³¹⁸³¹⁹.

³¹⁷ PORTUGAL. STJ. Processo nº 04A4284. Acórdão de 10 de fevereiro de outubro de 2004. Relator Moreira Camilo. Disponível em: www.dgsi.pt [Consult. em 11.11.23].

³¹⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional (TC). Acórdão nº 155/2007. Acórdão de 02 de março de 2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/> [Consult. em 12.11.23].

³¹⁹ No direito brasileiro admissível a revisão até mesmo nos casos de crimes dolosos contra a vida, sem que isso afronte a soberania dos veredictos, a propósito: Recurso especial. Processual penal. **Crime doloso contra a vida. Tribunal do júri. Condenação. Revisão criminal. Absolvição. Possibilidade. Direito de liberdade. Prevalência sobre a soberania dos veredictos e coisa julgada.** Recurso ministerial a que se nega provimento. 1. É possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte do Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri. 2. Em homenagem ao princípio hermenêutico da unidade da Constituição, as normas constitucionais não podem ser interpretadas de forma isolada, mas como preceitos integrados num sistema unitário, de modo a garantir a convivência de valores colidentes, não existindo princípios absolutos no ordenamento jurídico vigente. 3. Diante do conflito entre a garantia da soberania dos veredictos e o direito de liberdade, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário. 4. Não há falar em violação à garantia constitucional da soberania dos veredictos por uma ação revisional que existe, exclusivamente, para flexibilizar outra garantia de mesma solidez, qual seja, a segurança jurídica da Coisa Julgada. 5. Em uma análise sistemática do instituto da revisão criminal, observa-se que entre as prerrogativas oferecidas ao Juízo de Revisão está expressamente colocada a possibilidade de absolvição do réu, enquanto a determinação de novo julgamento seria consectário lógico da anulação do processo. 6. Recurso a que se nega provimento. STJ. REsp nº 964978/SP. Quinta Turma. Relatora Laurita Vaz. Julgado em 14.08.2012. Publicado no DJe de 14 de agosto de 2013.

Nessa linha de ideias, andou bem o legislador português ao, em 2007, promover a reforma do art. 2º, nº 4, do Código Penal³²⁰, extirpando do sistema penal a ressalva pertinente dos casos julgados, ainda que a questão já tenha transitado em julgado e já se iniciada a execução penal.

Outrossim, cumpre referir que o caso julgado se dirige à estabelecer à plena efetividade da proibição da dupla persecução penal (*ne bis in idem*). Assim ambas as garantias, segurança jurídica e o direito do condenado de propor revisão criminal, se encontram inter-relacionadas, sendo valores fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Oportuno consignar que o recurso de revisão só é admitido em circunstâncias excepcionais e imperiosas, nos estritos termos previstos na legislação infraconstitucional, tanto no direito brasileiro, como no ordenamento português³²¹, tudo para preservar a garantia do caso julgado, evitando que tal recurso extraordinário se transmute em uma apelação disfarçada³²².

Rui Medeiros bem observa que a Constituição portuguesa reconhece “que o sacrifício da intangibilidade do caso julgado só deve ter lugar nos casos extremos em que imperativos de justiça o justifiquem.(...) uma simples alteração no plano normativo ou hermenêutico não justifica, perante situações de fato invariáveis, o afastamento da decisão transitada em julgado”³²³.

Mas não é só o instituto da revisão que mitiga a garantia constitucional da coisa julgada. No direito brasileiro, ainda existem os institutos da anistia, graça e indulto³²⁴, o primeiro de competência do Congresso Nacional, os dois últimos prerrogativas do Presidente da República, diferenciando-se a graça (perdão individual), do indulto (perdão coletivo), todos sendo causas de extinção da punibilidade (art. 107, II, CP)³²⁵. Até então nenhuma surpresa, tendo em vista a já consignada e defendida necessidade do reconhecimento da relatividade de toda e qualquer direito fundamental. O que impressiona é a relativização de

³²⁰ PORTUGAL. CP (redação original). Artigo 2º (aplicação no tempo). 4 - Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, **salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado**.

³²¹ PORTUGAL. STJ. Processo nº 490/00. Acórdão de 10 de março de 2010. Disponível em: www.dgsi.pt. [Consult. em 23.11.23].

³²² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 1206.

³²³ MEDEIROS, Rui - **A decisão de inconstitucionalidade**, cit., p. 547-548.

³²⁴ Excetua-se pelo próprio texto constitucional: XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

³²⁵ BRASIL. CP. Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto;

uma certeza construída por decisão de um dos poderes da república, no caso o judiciário com a sentença transitada em julgado, por decisão de outros poderes, sem que haja um critério uníssono para a tomada de decisão sobre a concessão desses institutos despenalizadores.³²⁶

O propalado reforço à coisa julgada pela utilização do sistema de capítulos de sentença auxiliará, também, no caso do ordenamento português, uma menor intervenção por parte do Tribunal Constitucional, haja vista que as questões penais são uma exceção à Corte Constitucional quanto à revisão da coisa julgada. Assim, a reafirmação da primazia da coisa soberanamente julgada, principalmente nos casos em que se optou pela via do consenso em sede processual penal, produzirá uma redução significativa na utilização do instituto, sobretudo no manejo indevido, ou fora dos padrões previstos legalmente.

No ordenamento brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei tem, de regra, efeito *ex tunc*, sendo a lei considerada nula desde sua origem, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação a todos os órgãos judiciários e da Administração pública dos três entes da Federação³²⁷. A Lei 9.868/99 traz importante mecanismo em seu artigo 27³²⁸, que aparentemente confirma o efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

Não há dispositivo na Constituição brasileira que venha a mitigar a coisa julgada em determinadas matérias, como existe na Constituição portuguesa, nos termos do art. 282, 3, que ressalva as decisões em contrário à coisa julgada pelo Tribunal Constitucional nas matérias expressamente elencadas, dentre elas quando se tratar de norma de matéria penal e de conteúdo menos favorável ao arguido³²⁹.

³²⁶ A propósito cita-se a ampliação do famoso indulto natalino no Brasil, durante o governo do Presidente Michel Temer que concedeu o perdão para quem tivesse cometido crimes sem violência ou grave ameaça, depois de o preso cumprir um quinto da pena. Antes, era preciso cumprir no mínimo um quarto da reprimenda. O decreto também passou a permitir o perdão para condenados a penas mais elevadas, sem limite, quando anteriormente só os presos condenados a até 12 anos podiam ser beneficiados. Destaca-se o voto ministro Roberto Barroso na análise do Decreto 9.246/2017 que se pronunciou no sentido de excluir do âmbito de incidência do indulto natalino os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações e os crimes de lavagem de dinheiro, também entendendo ser inconstitucional o dispositivo que estende o perdão à pena de multa, por clara ausência de finalidade constitucional. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410684> [Consult. em 23.11.23]

³²⁷ BRASIL. LEI 9.868/99. Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

³²⁸ BRASIL. Lei 9.868/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, **restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.**

³²⁹ PORTUGAL. CRP. Art. 282. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e

Percebe-se que no direito brasileiro, assim como o português, não há necessidade de ser ressalvada a coisa julgada em quaisquer decisões de inconstitucionalidade, mas sim, para ser atingida, deve ter sua força mitigada por outro valor de fundamental proteção.

Como bem salientou Canotilho “a exceção ao princípio da intangibilidade do caso julgado não opera automaticamente como mero corolário lógico da declaração de inconstitucionalidade. A revisão de sentenças transitadas em julgado deve ser expressamente decidida pelo Tribunal em que se declare a inconstitucionalidade da norma”³³⁰.

Poder-se-ia cogitar de que o STF, nos termos do precitado art. 27, da Lei 9.868/99, seria detentor de um poder superior ao que dispõe o Tribunal Constitucional português, já que esse, em tese, não pode fazer a sua decisão retroagir sobre a coisa julgada, excetuados os casos de “a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.

Não obstante, até muito antes do advento da Lei 9868/99, já referia o Ministro do STF Gilmar Mendes³³¹: “o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro contempla uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julga. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade [prevista no texto constitucional desde 1969], tem-se por certo que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tabula rasa da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF/1969, art. 153, § 3.º). Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade ex tunc não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão.”

Refere o autor, ainda, que nosso ordenamento não contém regra expressa sobre o tema, projetando-se a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado de iliceidade, não obstante, acentua o dever de especial proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, devendo-se proceder à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*normebene*), daquele projetado no plano do ato singular (*einzelaktebene*), pela utilização das chamadas fórmulas de preclusão³³².

determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, **salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal**, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social **e for de conteúdo menos favorável ao arguido**.

³³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 1005.

³³¹ MENDES, Gilmar Ferreira - **Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 280.

³³² MENDES, Gilmar - **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 305.

Conjugando-se o quanto exposto no subitem anterior (2.1.1), em que se observou a inexistência de diferenciação ontológica entre conduta violadora de norma penal, civil ou administrativa em si mesma, estando o diferenciador na espécie de sanção aplicada, se notando transferência entre as esferas de responsabilização pessoal, verifica-se não haver qualquer óbice a que se considere e prestigie a coisa julgada no plano individual daquele que optou pelo consenso, dando-lhe tratamento distinto daquele que optou por litigar, sendo que as opções postas no processo criminal acabam por redundar em alternativas a serem sopesadas no jogo processual.

Somente com esse reforço à garantia do caso julgado pode-se evitar tanto uma sobrecarga no sistema, com pedidos inúmeros de revisão de avenças em cumprimento ou até já cumpridas, ao tempo de um profundo menoscabo aos institutos de solução consensual na seara processual criminal dos países.

Adotando-se a linha até então defendida se demonstrará em seguida como a aplicação da sentença em capítulos pode promover alteração no comportamento das partes, afetando até mesma a forma de compreensão do processo penal.

2.3. Capítulos de sentença influenciando em nova postura das partes

Sem sombra de dúvidas, a adoção da sistemática dos capítulos de sentença conforme aqui se defende, influenciará diretamente na postura das partes antes e durante o processo criminal.

Isso porque, ao alterar a forma como se trata a sentença, possibilitando o cumprimento progressivo da coisa julgada formada por capítulo transitado em julgado, bem como se priorizando a manutenção do quanto pactuado na justiça negocial penal, a forma como os partícipes do processo irão se comportar invariavelmente será distinta daquela atuação clássica.

Esse comportamento das partes remete à chamada teoria dos jogos, desenvolvida no direito processual brasileiro por Alexandre Moraes da Rosa³³³, nesse sentido: “O processo penal se estrutura como uma modalidade de jogo processual no qual há (a) conjunto de normas jurídicas; (b) que estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos (recebimento/rejeição da denúncia; absolvição sumária; produção probatória; informações, condenação/absolvição – em diversas circunstâncias), (c) mediante jogadas temporalmente indicadas (denúncia/queixa, defesa preliminar, alegações finais, recursos, similares), (d) para

³³³ ROSA, Alexandre Moraes da - **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 29-30.

os quais o Estado Juiz emite comandos (despachos, interlocutórias, decisões, acórdãos, similares) da vitória/derrota (total ou parcial).”

Na mesma linha, Miguel Carlos Teixeira Patrício refere que “o que leva um determinado indivíduo a colocar a sua questão em Tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão.”³³⁴ Essa análise pode basear-se em elementos não tão claros, e embora visem à maximização dos ganhos, principalmente individuais, podem redundar em resultados socialmente benéficos.

A mencionada teoria dos jogos constitui-se das táticas adotadas no decorrer do jogo processual, guiadas por estratégias dos efeitos pretendidos (pena), composta dos jogadores, julgadores, táticas e payoffs (ganhos e retornos)³³⁵.

A teoria dos jogos é uma nova dinâmica de compreensão do processo criminal, surgindo da “pressuposição de que o resultado processual não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação das estratégias e táticas utilizadas no limite temporal do processo”³³⁶

Nesse sentido, tal teoria não se destina a verificar um padrão dos possíveis movimentos processuais, por isso trabalha de forma dinâmica, com crenças, pois a cada petição, audiência, resposta, testemunho ou depoimento pode-se mudar a decisão a ser tomada dentro do processo.

Oportuno consignar que até mesmo em sede jurisprudencial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já foi reconhecida a aplicabilidade da teoria dos jogos³³⁷ no âmbito do processo criminal.

Nessa esteira, todos os atores do processo certamente sofrerão a influencia das novas diretivas aqui propugnadas para o aperfeiçoamento do sistema processual penal, haja vista

³³⁴ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira - **Análise económica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 14.

³³⁵ ROSA, Alexandre Morais da - **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38.

³³⁶ ROSA, Alexandre Morais da - **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 23.

³³⁷ Nesse sentido o HC 663.055/MT, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022. “(...) 8. Segundo Alexandre Morais da Rosa, "Fishing Expedition ou Pescaria Probatória é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. [É] a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade" (ROSA, Alexandre Morais da, **Guia do Processo Penal Estratégico**: de acordo com a **Teoria dos Jogos**, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-390).”

que a funcionalidade e efetividade do aparato estatal apresentam-se como fatores importantes na tomada de decisão pelo acusado.

Também é certo que ao enxugar um sem número de demandas criminais, bem como não ter que rediscutir lides já extintas pela via negocial, o aparato estatal persecutório ganhará fôlego extra para poder se dedicar a contendas que efetivamente tenham a necessidade de uma investigação mais aprofundada.

2.3.1. A nova postura das partes e o efetivo contraditório

Quando se fala em efetivo contraditório, busca-se com essa expressão representar situações em que há confronto de argumentos entre as partes, com igualdade de oportunidades, expressando-se também como uma garantia para a sociedade, é dizer, interesse público na certeza como fundamento da decisão judicial traduz a necessidade de que o contraditório seja efetivo.

Essa efetividade se traduz na certeza que deve traduzir a decisão judicial, com respeito ao contraditório, ampla defesa e efetivo direito à prova, sem que todas essas garantias impliquem necessariamente em isonomia. Dessa forma, pode haver contradição e meios de defesa reconhecidos sem que haja igualdade na prática.³³⁸

Assim se procede por admitir a disparidade material ab initio do aparato estatal persecutor e o acusado, devendo de alguma maneira tais diferenças ser restabelecidas, de modo a assegurar materialmente a paridade de armas tão defendida doutrinariamente. Com isso, não basta apenas possibilitar a manifestação das partes de forma igualitária, mas sim fazer valer essa possibilidade de manifestação, após uma devida e clara informação a ser fornecida para que, caso se deseje, seja confrontada.

Aqui se reprisa a defesa da concentração de atos nos feitos criminais, sem que isso implique em diminuição da imparcialidade do julgador, haja vista que não se vislumbra nenhum inconveniente, a não ser o aumento dos gastos públicos, na implementação do juiz de garantias no ordenamento brasileiro. E tal defesa se faz para que a informação chegue ao conhecimento de acusação e defesa de modo mais claro, dada a proximidade dos fatos a serem testemunhados, como já se destacou.

Também, cumpre referir, que nem todos os órgãos de persecução existentes possuem tecnologia para colher os depoimentos prestados em fase de inquérito por meio audiovisual, restando de regra de declarações levadas a termo e assinadas pela testemunha ou acusado.

³³⁸ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da - **Da igualdade no direito penal brasileiro**. São Paulo:RT, 2001, p. 89-97.

Aqui mais um motivo para incentivar-se os mecanismos de consenso, podendo promover o aparelhamento dos órgãos com o resultado das sanções pecuniárias propostas para a conclusão das avenças, além de outras finalidades de fundamental importância social.³³⁹³⁴⁰ Tal alternativa também vai na linha da ideia de justiça restaurativa, com a reversão dos recursos para o próprio meio social que teve sua dignidade abalada pela ocorrência do ilícito.

Outrossim, a autorização estatal dada ao indivíduo para dispor de um bem que em tese seria indisponível – direito ao devido processo legal, em verdade, seria mais uma forma de afirmação e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, e não uma supressão de seus direitos defensivos³⁴¹. Na mesma senda, entende-se que essa autonomia assegurada ao indivíduo, intrínseca à própria dignidade humana, o legitima a optar, ou não, por seguir o processo penal clássico.

Salienta-se que a garantia do devido processo legal é um direito que visa proteger o acusado dos desmandos estatais, nunca podendo tal direito configurar uma imposição, o que por si só configuraria mais uma forma arbitrária de interferência na esfera privada do cidadão, sempre considerado como a parte mais fraca da relação processual frente ao Estado e seu aparato persecutório.

2.3.2. O processo cooperativo e o caráter pedagógico do ordenamento.

O processo criminal clássico até então somente era visto sobre os prismas acusatório, em que havia separação entre as funções de acusador e julgador, e inquisitório, onde a figura de quem colhia as provas (acusador) e julgador se confundiam, não sendo respeitado nesse último o contraditório.

Quando se cuida de administração da prova, inegável a aproximação dos referidos sistemas com os chamados sistemas adversarial e inquisitorial³⁴². Nesse sentido, explica

³³⁹ BRASIL. CNJ. Resolução 154/2012. Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária.

³⁴⁰ Nesse aspecto a destinação de valores de prestação pecuniária para o combate à pandemia da Covid-19. A propósito: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-destina-verbas-pecuniarias-ao-combate-da-covid-19/> [Consult. em 17.11.23]

³⁴¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 103.

³⁴² No mesmo sentido Bernd Schünemann, que enquadra o sistema acusatório ao sistema adversarial, cujo suprimento de informações provem exclusivamente das partes. Tal característica gera os seguintes inconvenientes: a) o primeiro, relativo à questão da verdade a ser construída no processo, explicitando a necessidade de consideração de ‘todas as fontes de conhecimento existentes’, e não somente aquelas trazidas pelas partes; e, b) o segundo, a necessidade de comunicação do juiz com as partes e com as provas, bem como a rejeição ao juiz inerte (*Apud*, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de - **Curso de processo penal**. 18ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 13).

Fredie Didier Junior³⁴³ que o modelo adversarial desenvolve-se como uma forma de competição entre as partes frente ao órgão jurisdicional, cuja função primordial seria decidir.

Diferentemente, no modelo inquisitorial, o órgão de jurisdição assume um protagonismo no processo, desenvolvendo atividade processual, sendo aquele afeto ao princípio dispositivo, enquanto esse ao princípio inquisitivo, havendo por parte da doutrina uma tendência a associar o primeiro as sociedades liberais, enquanto o segundo as sociedades mais intervencionistas ou autoritárias³⁴⁴.

Para grande parte da doutrina o processo penal brasileiro teria feição acusatória, não obstante, na visão de parcela dela teria adotado o modelo misto³⁴⁵, mesclando sistema acusatório com inquisitivo, e para outros, embora adotado o sistema acusatório, teria se aproximando do *inquisitorial system*³⁴⁶, dada a atuação subsidiária do magistrado (art. 212, § único, do Código de Processo Penal – CPPB).

Em meio a essa dualidade doutrinária e visando um aperfeiçoamento do sistema, o autor expõe uma proposta de terceira via para organização do processo, a que denomina processo cooperativo³⁴⁷, caracterizando-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, não mais como mero espectador do duelo das partes.³⁴⁸

Cumprir verificar se o modelo cooperativo teria espaço de aplicação no âmbito criminal. No atinente às balizas constitucionais, destaca-se, entre os objetivos da República brasileira, a construção de uma sociedade justa, conforme refere o art. 3º, inciso I, da Carta Constitucional. Nesse prisma, indaga-se: como construir uma sociedade justa com a adoção de um modelo processual adversarial, em que não há qualquer esforço estatal na busca pela verdade dos fatos que se perscruta? Da mesma forma, o modelo inquisitorial não oferece uma resposta coerente, dada a possibilidade de uma atuação despótica pelo julgador.

³⁴³ In Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo** – Ano 36, vol. 198. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 214.

³⁴⁴ O autor salienta que é nesse contexto, com o intuito de coibir os abusos que podem advir do excesso de poderes conferidos ao juiz que surge o garantismo processual, capitaneado por Luigi Ferrajoli (*in Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Fauzi Choukr (trad.). São Paulo: RT, 2002, p. 683-766.

³⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza - **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009, p. 25.

³⁴⁶ PIETRO JUNIOR, João Carlos Garcia - **O sistema acusatório no processo penal brasileiro e a adoção do modelo inquisitorial system na gestão de prova pelo juiz**. Ambito Jurídico- cadernos. [Consultem 05.10.2023].

³⁴⁷ DIDIER, Fredie. Op. cit., p. 11.

³⁴⁸ Ibidem, p. 12.

Sobre o tema, oportunas as ponderações de Rogério José Bento Soares do Nascimento³⁴⁹:

Duas são as objeções mais frequentes contrariando a iniciativa do juiz em matéria de prova, interligadas. Representaria uma forma indireta de eximir a acusação de seu ônus de prova e comprometeria a imparcialidade do julgamento. Discordo. Os interesses objeto da demanda no processo penal (segurança e liberdade) são públicos. Com a atribuição de iniciativa penal ao MP, estruturado com independência na defesa da ordem jurídica, no regime democrático e dos direitos indisponíveis, traço característico do sistema penal brasileiro, o conceito de parte, como foi dito, é meramente formal. O órgão do ministério público, legitimado para formular a acusação, não tem o monopólio do interesse público, o juiz também é defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos indisponíveis. **Não há garantia de que, de uma perspectiva funcional, um sistema de gestão adversarial puro, totalmente dependente da atividade das partes, e com um juiz passivo, leve a um resultado mais justo (justiça penal é tanto absolver um inocente, quanto condenar um culpado impondo uma pena adequada). Não há uma relação necessária entre quem adota uma iniciativa de prova e a quem a prova aproveita (princípio da comunhão da prova). Não se condena sem certeza processual. (Grifei)**

Dessa forma, observado que não há uma certeza quanto ao melhor modelo a ser adotado para a gestão e iniciativas probatórias, principalmente quando examinada a finalidade pela qual se opta por quaisquer dos modelos existentes – a busca de uma decisão justa – é chegada a hora de se pensar em outras alternativas para a problemática que se coloca.

Nesse prisma, analisando as diretivas constitucionais de nossa Carta Magna, o magistério de Brunela de Vincenzi: “quando o constituinte estabeleceu que são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e que constitui objetivo fundamental da República, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), está elevando a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social, no desenvolvimento da economia por todos os seus meios.”³⁵⁰

³⁴⁹ NASCIMENTO, José Bento Soares do - **A Constitucionalização do Processo Penal: reinterpretando o processo penal a partir do princípio democrático**. In A Constitucionalização dos Direitos. Fundamentos Teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 863.

³⁵⁰ VINCENZI, Brunela Vieira de - **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162-163.

De outra banda, Fredie Didier Junior defende que seria mais fácil argumentar a existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal³⁵¹, sendo a lealdade e cooperação novos marcos na concretização do *due process of law*.

Cumpra referir que no âmbito do direito processual civil português encontramos referência expressa tanto ao princípio da cooperação, quanto ao dever de boa-fé entre as partes³⁵², da mesma forma que na legislação brasileira, onde os referidos princípios também se fazem presentes no Estatuto Processual.

Certo que há uma imbricação entre os princípios do contraditório, da boa-fé com o devido processo legal e cooperação, como ensina Humberto Ávila.³⁵³ Nessa esteira a boa-fé decorreria dos objetivos fundamentais encartados na Constituição, e o processo cooperativo, inclusive o criminal, observadas suas peculiaridades, seria o mais consentâneo com as diretivas constitucionais.

De fato, soa até estranho se falar em cooperação no âmbito do processo criminal. Certo é que, se fosse levantada a ideia de um processo de modelo acusatório na época em que vigia somente o modelo inquisitório, igualmente pareceria algo inatingível e que, certamente, encontraria resistência nas vertentes atávicas que já incorporaram e vivenciam o modelo até então vigente.

Não obstante, a visão do processo criminal sob uma feição cooperativa implica, a toda evidência, em uma nova postura das partes, que na medida de seus interesses legítimos, devem ter a colaboração como uma alternativa não somente válida, mas a que se deve primar.

Verifica-se que a proposta, para além de salutar, resgata não somente um viés material para o princípio do contraditório (art.5º, LV, da CF), mas um sentido lógico e funcional para tal diretiva dentro do sistema, com a participação efetiva dos atores do processo na construção da decisão judicial que mais se aproxime da verdade e seja mais correta, fortalecendo um modelo de processo democrático, mais próximo daquele delineado em uma leitura sistemática de nossa Constituição Federal.

Evidentemente que as regras do processo civil não se encaixam feito luvas no processo criminal. Não obstante, a matriz de ambos conduz a uma teoria geral do processo que lhes é comum, nunca se olvidando que seus princípios basilares têm assento constitucional, devendo ser observados de modo a garantir sua máxima eficácia, porquanto consistem em garantias

³⁵¹ DIDIER JR., Fredie - **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 79-90.

³⁵² Nesse sentido os artigos 7º e 8º do Código de Processo Civil Português: “**Dever de boa-fé processual** As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.” E artigos 5º e 6º do CPC Brasileiro.

³⁵³ AVILA, Humberto Bergman - **Teoria dos princípios**. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 130-140.

asseguradas pela CF. Não obstante sejam sistemas processuais distintos, é certo que a evolução da comunidade, em um e outro caso, demonstrou a insuficiência das normas e parâmetros que os norteavam, sendo premente a necessidade de alteração dos paradigmas que regiam o modo de tratar e conduzir os processos.

Nessa esteira, a consagração do princípio da cooperação no processo civil se não irradiou da mesma forma para o processo criminal, fez surgir uma consciência de que outra forma de ver o processo não só é possível, como é preciso. Assim, a instrumentalidade de há muito reconhecida no âmbito do processo civil, desde que preservadas as garantias fundamentais assegurada ao réu em processo criminal, também deve ser aplicada na seara criminal, reconhecendo que o processo penal não se mostra como um fim em si mesmo, mas serve como instrumento que a um só tempo disciplina a atuação estatal na persecução e exercício do jus puniendi, bem como assegura os direitos e garantias do acusado.

Não por outra razão, Jordi Ferrer³⁵⁴ prega que se rechace a distinção entre verdade formal e verdade material no âmbito dos processos cíveis e criminais, salientando que a verdade formal é apenas uma metáfora, sendo que a verdade buscada no processo ou coincide com a verdade material, não sendo mais que a verdade, ou dela se afasta, sendo uma não verdade. Em resumo, verdade é verdade, não cabendo adjetivações.

Na mesma linha, Michele Taruffo afirma que as normas sobre admissão, produção e valoração de provas, ao limitar ou condicionar a busca da verdade não implicam a descoberta de uma verdade distinta da que poderia ser descoberta fora do processo. Esse déficit que podem produzir na apuração dos fatos, embora produza uma verdade limitada ou incompleta, não redunde em apuração de verdade distinta da existente, sendo o problema reside nos limites que a disciplina processual permite que seja apurada.³⁵⁵

Não obstante a alteração de paradigmas pareça algo inatingível, o STJ brasileiro já reconheceu a necessidade da adoção da cooperação no âmbito criminal em diversos julgados, com destaque para o seguinte (MC no HC 151337)³⁵⁶:

³⁵⁴ FERRER, Jordi - **Prueba y verdad**. 2ª Edición. Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 63-64.

³⁵⁵ TARUFFO, Michele - **La prova nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 106-107.

³⁵⁶ Igualmente foi reconhecida a aplicação nos seguintes casos: **Sexta Turma STJ (HC 137.549) – duty to mitigate the loss**. No caso, o réu foi condenado a prestar serviços à comunidade, mas não compareceu ao juízo para dar início ao cumprimento, porque não foi intimado em razão de o endereço informado no boletim de ocorrência estar incorreto. O juízo de execuções ainda tentou a intimação em endereço constante na Receita Federal e na Justiça Eleitoral, sem sucesso. Por isso, a pena foi convertida em privativa de liberdade. A ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao analisar a questão, invocou a boa-fé objetiva. Para ela, a defensoria pública deveria ter informado ao juízo de primeiro grau o endereço correto do condenado. “A bem do dever anexo de colaboração, que deve empolgar a lealdade entre as partes no processo, cumpriria ao paciente e sua defesa informar ao juízo o endereço, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis diligências para a sua localização”, afirmou a magistrada.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. NÃO CONFIGURADA. CONDIÇÃO NÃO INFORMADA NOS PLEITOS DE TRANCAMENTO DO IP. **PRINCÍPIOS DA LEALDADE, BOA-FÉ OBJETIVA E COOPERAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS. NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPIDUDINEM ALLEGANS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULITTE SANS GRIEF.** TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA ATIPICIDADE DE DUAS, DAS TRÊS CONDUTAS NARRADAS NA DENÚNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PRONTO. AUSÊNCIA DE DOLO. NECESSIDADE DE APROFUNDADO EXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECURSO NÃO PROVIDO. I - **Se o recorrente estava ciente das investigações, quando já havia tomado posse no cargo de Defensor Público, tanto que pugnou pelo seu trancamento em três oportunidades distintas, porém nada informou acerca da existência foro especial por prerrogativa de função, não pode somente após o recebimento da denúncia, quando já estava exonerado do cargo, a pedido, arguir tal fato para apontar nulidade do inquérito policial.** II - **Vige no sistema processual penal o princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais,** não sendo lícito à parte arguir vício para o qual concorreu em sua produção, sob pena de se violar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza - nemo auditur propriam turpitudinem allegans. III - Não restou apontado e tampouco demonstrado o prejuízo, elemento essencial para o reconhecimento da suposta ilegalidade, nos termos do art. 563 do CPP - pas de nullitte sans grief, consoante sedimentado no enunciado n. 523 da Súmula do STF. IV - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de prova da materialidade ou de indícios mínimos de autoria, o que não ocorre na espécie. V e VI. Omissis. (RHC 83.296/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017)

- **(HC 143.414)** a Sexta Turma não reconheceu a ocorrência de nulidade decorrente da utilização de prova emprestada num caso de condenação por tráfico de drogas. Isso porque a própria defesa do réu concordou com o seu aproveitamento em momento anterior. A relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, lembrou que a relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva e invocou a proibição de comportamentos contraditórios. “Tendo em vista o primado em foco, por meio do qual à ordem jurídica repugna a ideia de comportamentos contraditórios, tendo em vista a anuência fornecida pela defesa técnica, seria inadequado, num plano mesmo de eticidade processual, a declaração da nulidade”

(HC 206.706), seguindo voto do ministro Og Fernandes, a Sexta Turma reconheceu haver comportamento contraditório do réu que solicitou com insistência um encontro com o juiz e, após ser atendido, fora das dependências do foro, alegou suspeição do magistrado em razão dessa reunião.

Igualmente, verifica-se a aplicação do princípio da boa-fé na vedação do comportamento contraditório no processo penal, conforme bem demonstrou Alexandre Moraes da Rosa, *verbis*: “Ganha espaço, dentro do contexto do jogo de boa-fé, a discussão sobre o comportamento processual contraditório, conhecido do direito civil pela expressão ‘venire contra factum proprium’, consistente no estabelecimento, a partir da confiança e da boa-fé objetiva, de uma expectativa sobre os comportamentos futuros, a saber, um primeiro comportamento do jogador, incluindo o julgador, promove a necessidade de coerência com o comportamento posterior”³⁵⁷

Tal magistério vem ao encontro do até então defendido – uma vez tendo optado pelo caminho consensual, não pode o acusado/arguido se valer posteriormente da via recursal para contestar a avença e buscar uma alternativa que lhe seja mais vantajosa no jogo processual. Não só já se verificou a constitucionalidade de dispositivos que limitam a via recursal, como em sendo objeto de acordos penais, salvo a existência de vício que macule a manifestação da avença, não há como desconsiderar manifestação anterior plenamente consciente e informada.

Como visto, problemas que assolam a justiça criminal, como a tradicional morosidade do processo, aliado à sobrecarga dos sistemas judiciais criminais, assim como a insatisfação com os resultados advindos dos processos, acabaram por redundar na procura de soluções consensuais como meios de solução das lides penais. Essa exitosa experiência, sobretudo no tocante a pequena e média criminalidade foi fator determinante para a criação de outros mecanismos de aperfeiçoamento e celeridade na solução de litígios na seara penal.³⁵⁸

A partir dessas experiências verificou-se uma crescente nos mecanismos de consenso no processo penal, sempre norteados pela simplificação de procedimentos, na autonomia do indivíduo e no respeito ao acordo de vontades, rompendo assim com o clássico modelo de processo, que se guiava pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal e pela lógica do confronto, permitindo uma solução mais rápida e satisfatória.

Tem-se que na seara do Direito Processual Penal Consensual, ao contrário do processo contencioso – realizado sempre em contraditório –, busca-se justamente o não exercício da dialética processual. É dizer, almeja-se uma convergência de pretensões, porquanto o processo não precisa ser em todo e qualquer caso meramente uma contraposição de ideias.

Vê-se que os mecanismos de consenso existentes nos ordenamentos luso e brasileiro correspondem ao embrião desse modelo cooperativo até então propugnado. Nessa lógica, é de

³⁵⁷ ROSA, Alexandre Moraes da - **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. 2ª ed. Florianópolis: EModara, 2017, p. 134.

³⁵⁸ ANDRADE, Flávio da Silva - **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 23.

todo razoável assegurar ao acusado o direito de optar pela via consensual, formalizando um acordo, com vias a evitar um moroso processo, ou, caso não lhe pareça atrativo o pacto, siga os rumos do devido processo legal, com direito a um julgamento justo.

Nessa mesma linha, observando o processo à luz da teoria dos jogos, Jéssica Gonçalves refere que “A metáfora da teoria dos jogos explica em quais situações o agir estratégico dos jogadores é induzido à competição (processo civil) e, ainda, justifica outro modelo em que o incentivo dá-se ao comportamento cooperativo (exemplo: mediação). Isso porque os litigantes ou jogadores por não se mostrarem como agentes neutros serão competidores ou cooperadores, de acordo com o modelo ou jogo de resolução dos conflitos que lhes seja ofertado.”³⁵⁹

Por tal razão, se defende aqui uma ampliação da justiça premial como forma de incentivar a cooperação e, ao mesmo tempo, alterar a consciência então presente de ver o processo tão somente como um embate. O incremento dos mecanismos de consenso de forma a tornar mais atrativa a cooperação do acusado, do que o enfrentamento de um processo estigmatizante e moroso, principalmente em países como o Brasil onde a cultura não milita em favor do cumprimento de normas³⁶⁰, o incentivo a uma cultura de busca da verdade em detrimento a um sistema burocrático configura uma alternativa para buscar essa alteração de paradigmas, sobretudo pela impossibilidade de se prognosticar a pena diante do casuísmo do embate processual, diante da citada teoria dos jogos.

Assim, deve-se buscar conduzir o processo de forma a aproximar ao máximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos. Isso porque, o processo nada mais é do que uma tentativa de reconstrução a partir da influencia do meio e de suas pré-compreensões, conforme discorrido quando se citou o formalismo valorativo, no primeiro capítulo desse estudo.

Aliada a cooperação das partes, mostra-se salutar também o incentivo ao magistrado na busca da verdade possível dentro das balizas processuais. Não é a toa que muitos ordenamentos permitem manifestações de oficialidade tanto na fase inquisitorial como na fase processual. As exigências de um sistema acusatório, na maioria dos ordenamentos, aliado a ideia de imparcialidade do julgador, todavia, são balizas para a adoção de uma atuação mais proativa do magistrado.

³⁵⁹ GONÇALVES, Jéssica - **O Direito como jogo?** Aplicação da Teoria dos Jogos no Ordenamento Jurídico – parte V. Disponível em <https://emporiadodireito.com.br/backup/o-direito-como-jogo-aplicacao-da-teoria-dos-jogos-no-ordenamento-juridico-parte-v> [Consult. em 23.04.23]

³⁶⁰ Não por outra razão cita-se a Lei de Gérson, famoso jogador de futebol, que serviu como garoto propaganda de uma marca de cigarros e em comercial afirmou que gostava de “levar vantagem em tudo”.

Não obstante, no sistema europeu, vários ordenamentos³⁶¹ reconhecem faculdades ao juiz no tocante à prova, sem que com isso se verifique prejuízo a imparcialidade. Nesse sentido o processo alemão (§§244, 202, 216 e 214, todos do StPO), o CPP francês (art. 81, 310 e 456), a Lecrim espanhola (art. 406 e 729 da exposição de motivos) e o CPP de Portugal³⁶² (art. 340, 1). Nesse último, praticamente há o desaparecimento da instrução judicial, mantendo a busca pela verdade material como diretiva do sistema.

Uma postura intermediária é mantida na Itália, que eliminou a ideia de busca pela verdade material como finalidade do processo, mantendo a atuação probatória extraordinária do juiz (art. 507 do CPPI)³⁶³.

E essa condução pelo magistrado também deve orientar-se pelo princípio da cooperação, sendo que em algumas circunstâncias o esclarecimento por parte do magistrado é fator preponderante na tomada de decisão pela parte. Não obstante o ordenamento preveja a devida defesa técnica, por vezes a parte não detém a confiança necessária em seu defensor, principalmente nos casos em que esse não é constituído pelo réu, e sim nomeado para fazer a defesa daquele que não constituiu causídico. Sobreleva-se a figura informativa do julgador, principalmente nas consequências de tomada de decisão por parte do réu.

Muitas são as situações em que tal intervenção é imprescindível para promover uma informação efetiva, como já mencionado, viés material do direito à informação contido no princípio do contraditório. Nessa toada, aqui se sobreleva novamente o princípio da cooperação, não podendo o magistrado deixar de prestar a plena informação ao arguido por respeito a uma possível paridade de armas.

Nesse prisma de ponderação dos direitos envolvidos, facilitada pela adoção de um processo de viés cooperativo, tendo como norte a persecução da verdade pelo magistrado, parece ser um caminho adequado para conformar a preservação dos direitos fundamentais, ao tempo em que o processo cumpre sua verdadeira função instrumental para a efetivação dos direitos e efetivação das diretivas constitucionais.

³⁶¹ DEU, Teresa Armenta - **Prova ilícita, um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2014, p. 26-27.

³⁶² PORTUGAL. CPP. Art. 340 1 - O tribunal ordena, **oficiosamente** ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta. 3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 328.º, os requerimentos de prova são indeferidos por despacho quando a prova ou o respectivo meio forem legalmente inadmissíveis.

³⁶³ ITALIA. CPPI. Art. 507.1. Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove. 1-bis. Il giudice può disporre a norma del comma 1 anche l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli articoli 431, comma 2, e 493, comma 3.

CONCLUSÕES

As transformações sociais ocorridas no Brasil e em Portugal implicaram a adoção de mecanismos diversos para o enfrentamento do crescimento exponencial das demandas criminais, tanto àquelas relacionadas à criminalidade de baixo potencial ofensivo, quanto às afetas à criminalidade organizada.

A sobrecarga dos órgãos de persecução e jurisdicionais no âmbito processual penal acaba por demonstrar estatisticamente e na prática a impossibilidade de se prestar adequadamente uma jurisdição criminal que respeite os direitos fundamentais, principalmente pela morosidade do sistema, mormente quando da execução penal, assim como aspectos de quantitativo de pessoal, déficit de vagas em estabelecimentos prisionais e de execução das reprimendas.

Assim, um olhar mais acurado para essa problemática impõe que se adotem medidas que mitiguem a situação caótica atual, repensando todo o sistema de persecução e cumprimento de reprimendas, de modo a que cumpra seu papel social, mas principalmente seu papel constitucional. Dessa forma, adotar mecanismos que cada vez mais coloquem a pena privativa de liberdade como última ratio do sistema, ao tempo em que se preservem institutos em que o Estado investe para redução das demandas é questão que se impõe.

Nessa esteira, a adoção da teoria dos capítulos da sentença no processo criminal representa avanço prático e dogmático principalmente no enfrentamento do aumento das demandas nessa seara, fazendo com que o Estado repense suas estruturas de modo a obter a maior efetividade possível de seu aparato.

Esse instituto segue na mesma linha da necessidade de aumento dos mecanismos de composição no direito penal, diminuindo o número de lides e com isso possibilitando que a força de trabalho estatal se concentre nos casos que verdadeiramente requerem uma maior atenção por parte dos órgãos de persecução e julgamento.

Tal sistemática, surgida no âmbito do direito processual cível, com destaque aos doutrinadores italianos, por encontrar sedimento em uma matriz da teoria geral do processo, acabou por se espalhar para outros ramos do ordenamento, ganhando aplicação jurisprudencial nos mais diversos segmentos do direito, vindo a ser aplicado até mesmo na seara que representa a última *ratio* do ordenamento jurídico – o direito penal.

Tendo em vista as distinções inerentes às sentenças cíveis e criminais, os capítulos da sentença penal podem ser concebidos como unidades independentes no interior de uma sentença plúrima, abstratamente capazes de exaurir sozinha a essência de uma decisão. Mostra-se também necessária a segregação dos capítulos relativos ao dispositivo, daquele relativo à pena aplicada, haja vista que o acusado pode manifestar irresignação apenas quanto à pena, aceitando a culpa formada sobre o fato.

Da mesma forma, cada uma das três fases da dosimetria da pena no direito brasileiro, a aplicação da pena de multa (bifásica), a parcela relativa à substituição da pena e os efeitos da condenação também constituirão capítulos próprios da sentença penal.

Defende-se a autonomia absoluta entre os capítulos, possibilitando a execução imediata da parcela transitada em julgado, bem como de eventual acordo entre as partes, pois em ambos os casos põem fim aquela específica lide. Em face da existência do instituto da revisão criminal, bem como do controle exercido pelo juízo da execução penal quanto às questões de ordem pública que surgirem quando da execução, assim como a adequação de regime e concessão de benesses, não se verifica qualquer prejuízo, mas sim ganhos, em se defender a autonomia absoluta dos capítulos.

Verifica-se que, apesar de aparentes contradições com alguns dos princípios que norteiam o direito processual penal a sistemática da sentença em capítulos mostra-se perfeitamente ajustável a esse ramo do direito. Talvez o principal deles, a presunção de inocência, tem diversas aberturas no sistema que o mitigam, como as prisões cautelares no direito brasileiro, bem assim hipóteses como a do art 400º do CPP português, que prevê situações de decisões irrecorríveis no ordenamento lusitano, cuja constitucionalidade já foi confirmada pelo Tribunal Constitucional português.

Igualmente, não há qualquer incompatibilidade frente ao princípio da ampla defesa e contraditório, uma vez que se situa dentre as possibilidades conferidas ao réu de impugnar, no todo ou em parte, o julgado que lhe tenha sido desfavorável, observando-se os princípios que regem a esfera recursal, e desde que tenha sido clara e devidamente informado. Não se pode obrigar o réu a litigar, principalmente quando as alternativas existentes no ordenamento lhe sejam mais atrativas.

Também não se vislumbra violação ao sistema acusatório, porque as normas que regem a produção probatória continuam válidas, havendo necessária análise e valoração pelo magistrado sentenciante, até mesmo nos casos em que empregados mecanismos de consenso, com a devida homologação judicial.

Indubitável o ganho quanto à celeridade, cumprindo com a diretiva constitucional da duração razoável do processo, bem como da efetividade do sistema penal, com a redução do número de lides (cada relação processual formada), auxiliando na concentração do labor dos órgãos de persecução nas demandas em que se faz realmente necessário um labor mais minucioso, aumentando a taxa de efetividade e diminuindo o tempo de tramitação das demandas criminais.

Na linha do fenômeno da constitucionalização dos direitos, o processo tem suas diretrizes elevadas a direitos e garantias amparadas no seio constitucional, sendo o processo penal orientado por duas diretrizes fundamentais: preservação dos direitos e garantias individuais e necessidade de funcionalidade e eficiência do sistema jurídico-penal.

A interpretação de uma norma Constitucional, mormente relativa a direito fundamental, deve se dar pelo método sistemático de hermenêutica, não se interpretando o dispositivo isoladamente, mas sim em conjunto. Daí a necessidade de reconhecimento de que os direitos e garantias são em sua totalidade relativos, sob pena de, se assim não se entender, um direito acabar anulando outro.

Essa visão sistemática e prática do processo criminal nada mais é do que a aplicação do instrumentalismo, ou para os que preferem a forma mais aperfeiçoada do modelo, do formalismo-valorativo, no trato da matéria penal, na busca de conciliação das garantias dos acusados\arguidos com as demais diretivas constitucionais, dentre elas a duração razoável do processo e a efetividade do sistema criminal.

Nessa perspectiva, a consideração da relatividade de todos os direitos e garantias fundamentais, associada à necessária instrumentalidade do processo permite que se agreguem instrumentos de melhor gestão do sistema jurídico-penal, como os mecanismos de consenso e a aplicação da sistemática da sentença em capítulos, essa como reforço ao sistema, com vias a concretizar também sua eficiência e funcionalidade.

A incorporação dos capítulos de sentença ao processo criminal português redundaria no fortalecimento dos mecanismos de consenso, haja vista que uma maior funcionalidade do sistema, possibilitando o imediato cumprimento da parcela do julgado que se encontra preclusa pelas vias recursais, geraria uma maior busca e atenção às possibilidades demonstradas pelos diversos mecanismos de solução consensual.

Auxiliaria também na incorporação e desenvolvimento da proposta de acordos de sentença, haja vista se tratarem de instrumentos afins de implementação de uma lógica instrumentalista aos feitos criminais, fixando uma maior previsibilidade e segurança jurídica ao arguido que optar pela cooperação processual.

Da mesma forma haveria um reforço com relação aos mecanismos de consenso relativos à criminalidade de menor potencial ofensivo no direito brasileiro, haja vista que um sistema mais célere, tanto no processamento dos feitos, quanto na execução da parcela das decisões já transitadas em julgado, aumentando a credibilidade no sistema judicial, influenciaria na tomada de decisão pelo acusado quanto à aceitação ou não das soluções consensuais.

Igualmente uma maior procura pelos mecanismos criados para combate da criminalidade organizada, como a colaboração premiada, sendo que se defende quanto a essa, que se evitem avenças em determinadas situações em que possa se comprometer a liberdade da manifestação (e.g. com réus presos por longo lapso temporal).

A adoção da colaboração premiada no Brasil oportunizou excelentes avanços na justiça colaborativa, assim como na recuperação e repatriação de ativos.³⁶⁴ A existência ou não de comprovado conluio entre os agentes não pode ser motivo de recriação do instrumento utilizado para dar concreção aos acordos que possibilitaram a recuperação de vultosas quantias ao erário público.

Observa-se que, segundo órgão próprio, houve destinação de valores vultosos sem prévia previsão legal³⁶⁵, fato que, igualmente, não retira a importância do instrumento utilizado para obter a repatriação dos ativos. Não se trata aqui de defender de forma utilitarista determinado instituto, mas, de outra banda, e de forma comedida, não o recriar por eventuais desvios de agentes do estado que utilizaram de forma indevida as ferramentas postas a seu favor. Sob outro viés, mas com a mesma ratio, retoma-se aqui a questão da punição do processo em detrimento do indivíduo violador das normas constitucionais.

Quanto ao acordo de não persecução penal (ANPP), defende-se a possibilidade de aplicação até mesmo para processos em fase de execução, em que pese a nomenclatura do instituto. Tal entendimento depreende-se da conjugação do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal - aplicação da norma mais benéfica ao réu, com o instituto da revisão criminal, haja vista que se a qualquer tempo posso utilizar do sistema para corrigir um erro judiciário,

³⁶⁴ Segundo dado do MPF, o total de valores recuperados foram de 14,7 bilhões, sendo 12,7 bilhões em multas compensatórias e 2 bilhões em acordos de colaboração. Desse total, 4,3 bilhões foram devolvidos aos cofres da União e da Petrobrás. Disponível em <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. [Consult. em 11.10.23]

³⁶⁵ Segundo o Tribunal de Contas da União (TCU), cerca de 22 bilhões foram obtidos por instrumentos negociais – acordos de leniência e colaboração premiada – e destinados sem que houvesse a devida transparência. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-set-22/lava-jato-movimentou-22-bilhoes-transparencia-tcu>. [Consult. em 11.10.23]

porque não possibilitar a aplicação de um instituto a que o réu faria jus, somente porque já extinto o processo?

Ressalta-se que a aplicação do ANPP, combinado com a aplicação da sistemática da sentença em capítulos, nos processos oriundos de grandes operações policiais (com número indeterminado de réus - macrolídes), permitirá o desmembramento e solução rápida das relações processuais penais de menor complexidade que tramitam conjuntamente com relações processuais mais complexas.

De forma a aperfeiçoar o sistema propõem-se escalonar os prêmios conforme o momento processual da colaboração, beneficiando de uma melhor forma àquele que colabora em momento anterior, dividindo-se as benesses conforme o estado do inquérito ou processo em que efetivamente foi firmado o acordo.

Propõem-se também o equacionamento das colaborações, aceitando inclusive confissões parciais, obviamente de forma menos abrangente, sempre com ênfase na efetividade da colaboração, com vias a melhoria do instituto.

Também se poderia mesclar os institutos da colaboração premiada e do ANPP, ou criação de um terceiro instituto com normas premiais intermediárias para as situações em que o acusado quer por fim a sua lide, que não apresenta maior potencialidade lesiva (abarcada pelo ANPP) e ao mesmo tempo querer oferecer maiores informações acerca de fatos outros afetos à criminalidade organizada, obviamente, tudo devidamente positivado e observada a proporcionalidade para a composição de novel instituto.

Em qualquer caso, pugna-se pela impossibilidade de revisão do quanto pactuado nos mecanismos de consenso, não somente por representar um reforço à segurança das soluções consensuais, mas também evitando a sobrecarga do sistema, tendo de solucionar mais de uma vez uma mesma situação posta em juízo, em evidente abuso do exercício de direitos pelo pactuante e fortalecendo o viés cooperativo.

Assim, em face da proibição do *venire contra factum proprium*, uma vez assumido o compromisso, uma guinada só seria possível com uma justificativa plausível para tal mudança, mormente porque a não observância do quanto acordado sem qualquer parâmetro iria incentivar comportamentos dissonantes, pondo em cheque o próprio sistema criado para redução de litígios criminais. Daí porque se propõe que os mecanismos de consenso devidamente formalizados constituam capítulos de sentença.

Dessa forma, as quantias despendidas pelos réus colaboradores a título de reparação de danos e ou prestação pecuniária para concretização da avença, não podem ser objeto de repetição. Isso porque em havendo possibilidade de futura discussão, nunca poderiam ser

revertidas para qualquer finalidade, haja vista que a ação de revisão criminal não possui prazo para ser aviada.

Advoga-se pela expansão da justiça negocial também porque, com sua expansão, verificou-se não haver diferenciação ontológica entre as condutas penal, civil ou administrativa em si mesma, sendo o diferenciador da ilicitude verificável a partir da espécie de sanção aplicada, resultando cada vez mais difícil definir a natureza dos ilícitos, pois em inúmeros casos se nota a transferência entre as esferas de responsabilização pessoal.

Essa transferência acaba por efetivamente redimensionar faticamente o verdadeiro papel do direito penal, como sendo a última ratio do ordenamento jurídico, devendo somente ser acionado quando os demais ramos do direito não consigam resolver a contenda. Daí porque o legislador, verificando pela desnecessidade de um tratamento mais rigoroso para determinados tipos, pode ampliar os mecanismos consensuais, como fez com o precitado ANPP.

Assim, a adoção de um tratamento uníssono entre os mecanismos de consenso, obviamente com critérios de barganha observando critérios de proporcionalidade para sua propositura, é medida impositiva em um sistema jurídico que tenha pretensões de segurança jurídica e efetividade. E dentre essas medidas o respeito ao pactuado, tratando a avença como capítulo de sentença autônomo e independente, insuscetível de revisão constitui tomada de decisão política que pode contribuir enormemente na solidificação dos instrumentos de consenso, bem como numa maior confiança nos mecanismos de justiça criminal, fortalecendo a segurança jurídica tanto para aquele que optou por colaborar, quanto para o Estado, que verá a lide findada e pacificada.

O propalado reforço à coisa julgada pela utilização do sistema de capítulos de sentença auxiliará, também, no caso do ordenamento português, uma menor intervenção por parte do Tribunal Constitucional, haja vista que as questões penais são uma exceção à Corte Constitucional quanto à revisão da coisa julgada.

Na doutrina brasileira, acentua-se o dever de especial proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, devendo-se proceder à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*normebene*), daquele projetado no plano do ato singular (*einzelaktebene*), pela utilização das chamadas fórmulas de preclusão. Assim, não há qualquer óbice a que se prestigie a coisa julgada no plano individual - daquele que optou pelo consenso, dando-lhe tratamento distinto daquele que optou por litigar, sendo que as opções postas no processo criminal acabam por redundar em alternativas a serem sopesadas no jogo processual.

Também, a aplicação da sentença em capítulo aos feitos criminais, ao implicar na mudança da postura das partes, acabará por influenciar na busca cada vez mais pela justiça negocial, com base na teoria dos jogos aplicada no processo criminal, semeando ainda mais um ideal de justiça cooperativa em oposição àquela de oposições, própria do sistema adversarial.

A mudança na mentalidade no trato do processo criminal, tanto pelo Estado quanto pelas partes destinatárias pode redundar no abandono dos tradicionais modelos inquisitorial e adversarial, substituídos por um processo cooperativo, cuja efetividade e grau de solução e satisfação supera em muito os antigos paradigmas³⁶⁶.

Não obstante, a visão do processo criminal sob uma feição cooperativa implica, a toda evidência, em uma nova postura das partes, que na medida de seus interesses legítimos, devem ter a colaboração como uma alternativa não somente válida, mas a que se deve primar. Tal proposta resgata um viés material para o princípio do contraditório (art.5º, LV, da CF) e um sentido lógico e funcional para tal diretiva dentro do sistema, com a participação efetiva dos atores do processo na construção da decisão judicial que mais se aproxime da verdade e seja mais correta, fortalecendo um modelo de processo democrático.

Nessa esteira, se a consagração do princípio da cooperação no processo civil não se irradiou da mesma forma para o processo criminal, ao menos fez surgir uma consciência de que é necessária outra forma de ver o processo.

Nesse prisma, no Direito Processual Penal Consensual, ao contrário do processo contencioso – realizado sempre em contraditório, busca-se justamente o não exercício da dialética processual. É dizer, almeja-se uma convergência de pretensões, sem uma necessária contraposição de ideias. Daí porque os mecanismos de consenso existentes nos ordenamentos luso e brasileiro correspondem ao embrião desse modelo cooperativo até então propugnado.

Propugna-se pela ampliação da justiça premial como forma de incentivar a cooperação e alteração da consciência então presente de ver o processo tão somente como um embate. O incremento dos mecanismos de consenso de forma a tornar mais atrativa a cooperação do acusado, do que o enfrentamento de um processo burocrático, estigmatizante e moroso, configura uma alternativa para buscar essa alteração de paradigmas.

Aliada à cooperação das partes, mostra-se salutar também o incentivo ao magistrado na busca da verdade possível dentro das balizas processuais, devendo esclarecer efetivamente

³⁶⁶ Aqui se defende um modelo cooperativo além do defendido pelo já citado autor Alexandre Rosa, que defende, na teoria dos jogos, que o jogo deve acontecer de forma cooperativa quando se está do mesmo lado, podendo haver prejuízo a ambos os acusados quando o benefício perseguido tem feição egoísta (op. cit., p. 17).

as partes nas tomadas de decisões dentro do jogo processual, também orientado pelo princípio da cooperação.

Por fim, a participação do acusado/arguido na construção da decisão condenatória e, por conseguinte, da pena a ser cumprida, representa indiscutível avanço na temática da individualização da pena, sem contar na inegável maior facilidade da compreensão, aceitação e cumprimento da reprimenda.

DIPLOMAS E DOCUMENTOS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988). **Constituição da república Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. [Consult. em 01.02.23]

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. [Consult. em 01.11.23]

BRASIL. CÓDIGO PENAL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. [Consult. em 01.03.23]

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. [Consult. em 01.03.23]

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. [Consult. em 01.02.23]

BRASIL. Legislação. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. [Consult. em 01.10.23]

BRASIL. Legislação. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. [Consult. em 01.10.23]

ITALIA. CODICE DI PROCEDURA CIVILE. **REGIO DECRETO, 28 ottobre 1940.** Disponível em <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>. [Consult. em 11.05.23]

ITALIA. CODICE DI PROCEDURA PENALE. **DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 22 settembre 1988.** Disponível em <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>. [Consult. em 18.11.23]

PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (1976). **Constituição da República portuguesa de 1976:** sétima revisão constitucional - 2005. Aprovada em 02 de abril de 1975, em vigor desde 25 de abril de 1975. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. [Consult. em 03.04.23]

PORTUGAL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Decreto-Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987.** Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075>. [Consult. em 02.05.23]

PORTUGAL. CÓDIGO PENAL. **Decreto-Lei nº 48, de 15 de março de 1995**. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. [Consult. em 12.05.23]

PORTUGAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Lei nº 41, de 26 de junho de 2013**. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. [Consult. em 03.04.23]

PORTUGAL. Legislação. **Decreto-Lei nº 15, de 22 de janeiro de 1993**. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/15-1993-585178>. [Consult. em 03.04.23]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávio da Silva - **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Juspodivm, 2019. ISBN 9788544243947.

ANDRADE, Mauro Fonseca - **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008. ISBN 9788536220871.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. ISBN 9789725402955.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018. ISBN 9789725408834.

ASSIS, Araken - **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. ISBN 9788530923266.

ÁVILA, Humberto Bergmann - O que é 'devido processo legal?'. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.163, set. 2008.

ÁVILA, Humberto - **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 9788539200900.

ÁVILA, Humberto - **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 9788539202270.

BACHOFF, Otto - **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. ISBN 9788563182005.

BARROSO, Luis Roberto - Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Ano I, Vol. 1, n.º 6, set. 2001.

BELTRAN, Jordi Ferrer - **Prueba y verdad**. 2ª Edición. Barcelona: Marcial Pons, 2005. ISBN 9788497682404.

- BERARDI, Luciana Andrea Accorsi - Interpretação Constitucional e o Princípio do Devido Processo Legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 54, a. 14. ISSN 1518-272X.
- BIDART, German J. Campos - **El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa**. Buenos Aires: Ediar, 1995.
- BOBBIO, Norberto - Per um lessico di teoria generale Del diritto. **Studi in memória di Enrico Guicciardi**. Padova: Cedam, 1975.
- BOBBIO, Norberto - **Teoria do ordenamento jurídico**. 7ª Ed. Brasília: UNB, 1996. ISBN 8523002766.
- BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 8535215611.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz - **Deixem em paz a presunção de inocência**. Revista Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Ano XXXII, outubro 2012, n.117.
- BOSCHI, José Antonio Paganella - **Das penas e seus critérios de aplicação**, 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. ISBN 9788573489064.
- BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; DIDIER JÚNIOR, Fredie - **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2009. ISBN 9788577611621.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 9788502064683.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva - **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. ISBN 9788536255569.
- BUIKA, Heloisa Leonor - Análise da Teoria dos Capítulos de Sentença e suas Implicações no Âmbito dos Recursos. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 133, abr. 2014.
- CAHALI, Yussef Said - **Prescrição e decadência**. São Paulo: RT, 2012.
- CALHEIROS, Maria Clara - **A construção retórica do processo penal**. In Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CÂMARA, Luiz Antônio - **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. ISBN 9788536233802.
- CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 9789724021065.

- CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno - **Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. ISSN 2179-8575.
- CAPEZ, Fernando - **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 9788547213961.
- CAPPARELLI, Bruna. VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de - Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em www.redp.com.br. [Consult. Em 04.10.23] ISSN 1982-7636.
- CATENA. Víctor Moreno - Sobre o princípio da presunção de inocência **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIX, n. 67, set./dez. 2015.
- CINTRA, Antônio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER. Ada Pellegrini - **Teoria geral do processo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 9788574207193.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes - **Da boa fé no Direito Civil**, vol. I. Coimbra: Almedina, 1984. ISBN 8520321070.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da - **Da igualdade no direito penal brasileiro**. São Paulo:RT, 2001.
- COSTALUNGA. Danilo Alejandro Mognoni - A Teoria das nulidades e o sobredireito processual. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997.
- COSTA ANDRADE, Manuel da - Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). *in* **Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal (org. CEJ)**, 1988. ISSN 1808–2807.
- DE BEM, Leonardo; MARTINELLI, João Paulo - O Respeito à Constituição Federal na Aplicação Retroativa do ANPP. *In*: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020. ISBN 9786555894851.
- DE SANCTIS, Fausto Martin - **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008. ISBN 9788576251477.
- DEU, Teresa Armenta - **Prova ilícita, um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2014. ISBN 9788566722130.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito processual penal**. Vol. I. Coimbra: Coimbra editora, 1974.

- DIAS, Figueiredo - **Para uma reforma global do processo penal português**. In Para uma nova Justiça Penal. Coimbra: Almedina, 1983.
- DIDIER JR., Fredie - **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER JR., Fredie - **Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista de Processo – Ano 36, vol. 198. Editora Revista dos Tribunais, 2011. ISSN 1809-8487.
- DINAMARCO, Cândido Rangel - **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel - **Capítulos de Sentença**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. ISBN 9788539201709.
- DINAMARCO, Cândido Rangel - **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. ISBN 9788539203826.
- DORÓ, Tereza Nascimento Rocha - **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. Campinas-SP: Copola, 1999. ISBN 8585789549.
- FERNANDES, Antonio Scarance - **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 9788520336182.
- FERNANDES, Fernando - **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi - **Direito e razão – teoria geral do garantismo penal**. FauziChoukr (trad.). São Paulo: RT, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de - **Direito penal português - As consequências jurídicas do crime**. Coimbra: 2009. ISBN 9789723213539.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa - Capítulos Autônomos da Decisão e Momentos de seu Trânsito em Julgado. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 111, jul./set. 2003.
- GIACOMOLLI, Nereu José - **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 8573483970.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira - **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos (pacto de São José da Costa Rica)**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009. ISBN 9788520331194.
- GRAU, Eros Roberto - **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003. ISBN 8574205273.
- GRECO, Rogério - **Curso de direito penal: parte geral – v. 1**. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

- GRECO FILHO, Vicente - **Tutela constitucional das liberdades**. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. ISBN 850200462x.
- GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al.*] - **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- HALLEVY, Gabriel - **Is ADR (alternative dispute resolution) philosophy relevant to criminal justice(int) – plea bargains as mediation process between the accused and the prosecution**. Heinonline. Orig Law Rev Vol 5 No 1., 2009.
- JESUS, Damásio Evangelista de - **Código de Processo Penal Anotado**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1982.
- LACERDA, Galeno Velinho - O código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, comemorativa do cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre. ISSN 2318-8502.
- LACERDA, Galeno Velinho - **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1990.
- LEONE, Giovanni - **Tratado de derecho procesal penal**. Vol 3. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa- America, 1963.
- LOBO, Paulo Luiz Netto - Constitucionalização do Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.
- LOPES JR., Aury - **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 9788537507568.
- LOPES JR. Aury - **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 9788502221574.
- LOPES JR, Aury - **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502618909.
- LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da - **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacaopremiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. [Consult em 03.11.23]
- LUCON, Paulo Henrique dos Santo - Devido processo legal substancial. **Revista de Doutrina Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)**. Edição 15. Publicada em 22.11.2006.
- MADUREIRA, Claudio Penedo - Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDirUFRGS**. Porto Alegre. Vol. X. Número 3. 2015. E-ISSN: 2317-8558.
- MAGALHÃES, Moacir Lima - O Devido Processo Legal e os Direitos Fundamentais. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 9, n. 1.

- MAIA GONÇALVES, Manoel Lopes - **Código de Processo Penal Anotado**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz - **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 9788520336335.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 9788520367612.
- MARQUES FERREIRA, Manuel. Meios de Prova - **Jornadas de direito processual penal. O novo código de processo penal**. Coimbra : Almedina, 1988. ISBN 972-40-0257-8.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira - **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 9788520347478.
- MENDES, Gilmar Ferreira - **Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira - **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 8502044230.
- MITIDIERO, Daniel Francisco - **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ISBN 8573483830.
- MORAES, Alexandre de - **Direito Constitucional**. 15ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004. ISBN 8522437335.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion - **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ISBN 857348540x.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro - **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. ISBN 9788576602316.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa - Sentença Objetivamente Complexa, Trânsito em julgado e Rescindibilidade. **Revista de Processo**, Volume 141, Nov. 2006. ISSN 0100-1981.
- NASCIMENTO, José Bento Soares do - **A Constitucionalização do Processo Penal: reinterpretação o processo penal a partir do princípio democrático**. In A Constitucionalização dos Direito. Fundamentos Teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISSN 0103-6769.
- NERY JUNIOR, Nelson - **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN: 9788520337424.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção - **Manual de direito processual civil**. V. único. 8 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. ISBN 9788544206959.
- NUCCI, Guilherme de Souza - **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009. ISBN 9788520335062.
- NUNES, Filipe Maia Broeto - **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro**. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2018.
- NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber - Colaboração premiada: uma tentativa de implantação do sinalagma contratual na justiça penal negocial por meio do discovery. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5696, 4 fev. 2019. ISSN 1518-4862.
- NUZZO, Francesco - **L'appello nel processo penale**. 3ª Ed. Giuffrè Editore, 2008. ISBN 8814140510.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de - **Curso de processo penal**. 18ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. ISBN 9788522486311.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de - Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**. n. 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira - **Análise económica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9724024342.
- PATRICIO, Rui - **A presunção da inocência no julgamento em processo penal**. Alguns problemas. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 9789724078502.
- PEDROSO, Fernando de Almeida - **Processo penal o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ISBN 8520319688.
- PIETRO JUNIOR, João Carlos Garcia - **O sistema acusatório no processo penal brasileiro e a adoção do modelo inquisitorial system na gestão de prova pelo juiz**. Ambito Jurídico- cadernos. [Consult. em 05.11.23].
- PIRES, Álvaro - **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAp, São Paulo, n. 68, 2004.
- PORTANOVA, Rui - **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ISBN 8573483628.
- PRADO, Luiz Regis - **Direito Penal Econômico**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RANGEL, Paulo - **A coisa julgada no Processo Penal Brasileiro Como Instrumento de Garantia**. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 9788522472055.

- ROSA, Alexandre Moraes da - **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ROSA, Alexandre Moraes da - **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. 2ª ed. Florianópolis: EModara, 2017.
- ROSA, Alexandre Moraes da - Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras. In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarino. (Org.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa - **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006. ISBN 857348411x.
- SOUSA, Marllon - **Plea bargaining no Brasil**. Salvador: Juspodium, 2019.
- SOUZA JÚNIOR, Sidney Pereira de - **Sentenças Parciais no Processo Civil**. São Paulo: Método, 2009. ISBN 9788530930660.
- TARUFFO, Michele - **La prova nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 2012. ISBN 9788814157585.
- TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. ISBN 8577614476.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M - **La constitucion penal. Los derechos de la libertad**. In Las sombras del sistema constitucional español. Madri: Trotta, 2003. ISBN · 9788481646146.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto - A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela, no direito processual civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 310, abr.-maio-jun. 1990.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto - **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I. ISBN 9788530928322.
- TONINI, Paolo - **Lineamenti di Diritto Procesuale Penale**. 10ª Ed. Giuffré Editore, 2010. ISBN: 8814159793
- TUCCI, Rogério Lauria - **Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 8520323197.
- VINCENZI, Brunela Vieira de - **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 8522433909.

WATANABE, Kazuo - **Da cognição no processo civil**. 2ª Edição. Campinas: Bookseller, 2000. ISBN 8574680206.

ZACCARIA, Giuseppe - **La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica**. Editoriale scientifica, 2007. ISBN 8895152522.