

## FUNDAMENTOS DE APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS AO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Fundamentals of application for the atypical contracts of procedure in the criminal  
procedure law

Revista de Processo | vol. 291/2019 | p. 43 - 59 | Maio / 2019  
DTR\2019\27872

Catharina Peçanha Martins Oroso  
Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP.  
Advogada. catharina.pmo@gmail.com.

Área do Direito: Processual

Resumo: Este ensaio tem por objetivo demonstrar os fundamentos da aplicação dos  
negócios jurídicos processuais atípicos ao Direito Processual Penal.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais atípicos – Direito processual penal –  
Direito processual civil – Cláusula de negociação – Consensualidade

Abstract: This paper aims to demonstrate the fundamentals of application for the  
atypical contracts of procedure in the Criminal Procedure Law.

Keywords: Atypical contracts of procedure – Criminal procedure law – Civil procedure  
law – Negotiation clause – Consensuality

Sumário:

1.Introdução - 2.Considerações introdutórias sobre a teoria dos fatos jurídicos  
processuais e o conceito de negócios jurídicos processuais - 3.Fundamentos de aplicação  
dos negócios jurídicos processuais ao direito processual penal - Referências bibliográficas

### 1.Introdução

O objetivo do presente ensaio<sup>1</sup> é, traçadas as necessárias premissas quanto à Teoria dos  
Fatos Jurídicos Processuais e o conceito de negócios jurídicos processuais<sup>2</sup>, avaliar a  
existência de fundamentos que permitam a conclusão de que os negócios jurídicos  
processuais atípicos, notadamente através da cláusula geral de negociação prevista no  
art. 190 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), são aplicáveis ou não ao âmbito do Direito  
Processual Penal.

### 2.Considerações introdutórias sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais e o conceito de negócios jurídicos processuais

Fredie Didier Jr e Paula Sarno Braga partem da Teoria dos Fatos Jurídicos desenvolvida  
por Pontes de Miranda, no seio da Teoria Geral do Direito, e a transplantam para o  
Direito Processual<sup>3</sup>, uma vez que o conceito de ato processual<sup>4</sup> não deve apenas  
abranger os atos procedimentais<sup>5</sup>, mas igualmente os demais atos que interfiram no  
desenrolar da relação jurídica processual<sup>6</sup>.

O fato processual em seu sentido amplo é apto a produzir efeitos dentro do processo  
através da incidência de norma processual<sup>7</sup>. Dessa forma, ele “adquire o qualificativo de  
processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma processual  
e se refira a algum procedimento, atual ou futuro”<sup>8</sup>. Por consequência lógica, ele deve  
obrigatoriamente se relacionar a algum processo, independentemente de onde o ato  
tenha sido praticado: seja intraprocessualmente, uma vez que no curso do  
procedimento; seja extraprocessualmente<sup>9</sup>.

Pedro Henrique Nogueira, em importante passagem, bem sintetiza o entendimento ora  
adotado: “Se são os elementos nucleares do suporte fático que fazem o fato jurídico  
ingressar no mundo jurídico, nada mais coerente do que identificar as espécies em

função daquilo que se pode identificar no seu núcleo”<sup>10</sup>.

Entre as razões pelas quais se pode dizer que a teoria ora seguida é a mais pertinente para o que se propõe aqui defender, podemos citar o fato de que a sistematização proposta leva em consideração os elementos capazes de fazer com que fato ingresse no mundo jurídico, além de sistematizar as diferentes espécies de forma independente em relação ao sujeito a que se liga à prática do ato<sup>11</sup>. É, justamente, em razão dessa concepção que se pode justificar, por exemplo, a celebração de negócios jurídicos processuais praticados pelo juiz do processo<sup>12</sup>.

Quando propomos a aplicação da Teoria dos Fatos Jurídicos ao Direito Processual, não necessariamente nos referimos ao Processo Civil exclusivamente, eis que, como se verá adiante, os fatos processuais podem ser aplicados a qualquer tipo de processo, não apenas ao civil. Prova disso é o fato de que, no Brasil, já no século passado, a categoria passou a ser difundida no âmbito do Direito Processual Penal através de Hélio Tornaghi, quem afirmou que os negócios processuais são manifestações de vontade que dependem da lei quanto à eficácia técnica ou em relação ao valor jurídico do processo, a exemplo do perdão e da retratação<sup>13</sup>.

Em que pese a difusão por Hélio Tornaghi, é inegável que foi no Direito Processual Civil que o conceito de negócio jurídico processual tomou corpo. Segundo Barbosa Moreira, a convenção processual é “Constituída por duas declarações de vontade, a convenção processual é ato uno; emitidas que sejam, as declarações fundem-se para formar entidade nova, capaz de produzir efeitos específicos”<sup>14</sup>.

Antonio do Passo Cabral, por sua vez, conceitua convenção processual como um negócio jurídico plurilateral, em que, além de não haver a necessidade de intermediação por terceiro, pode se dar antes ou durante o processo, visando à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas ou a alteração do procedimento<sup>15</sup>.

Conceito similar foi aquele desenvolvido por Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: para eles, negócio processual é fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático faculta-se ao sujeito escolher a categoria jurídica ou determinar situações jurídicas processuais<sup>16</sup>, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico nacional<sup>17-18</sup>.

Trazendo um novo capítulo para a história das negociações jurídicas processuais no ordenamento jurídico brasileiro, o CPC/2015 (LGL\2015\1656) consagrou, em seu art. 190<sup>19</sup>, a cláusula geral de negociação sobre o processo. Em que pese a existência de hipóteses típicas na codificação civil anterior, o novo diploma processual prevê expressamente a possibilidade de as partes, de comum acordo, convencionarem sobre alterações no procedimento ou disporem sobre situações jurídicas (ônus, deveres, faculdades e direitos).

### 3. Fundamentos de aplicação dos negócios jurídicos processuais ao direito processual penal

Analisar-se-á, então, a existência ou não de compatibilidade entre os negócios jurídicos processuais e o Direito Processual Penal, a fim de investigar a possibilidade de haver a aplicação analógica das modalidades tipicamente previstas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da cláusula geral de negociação presente no art. 190 do CPC/2015 (LGL\2015\1656).

Quatro serão os fundamentos analisados quanto à aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais ao Processo Penal: a conformação com a CF/1988 (LGL\1988\3); o preenchimento dos critérios do art. 3º do CPP (LGL\1941\8); a possibilidade de negociação mesmo quando constatada (casuisticamente) a vulnerabilidade do acusado; e, por fim, o descabimento do dogma da indisponibilidade do Direito Material e das ações penais.

### 3.1. Da necessidade de leitura conforme a Constituição Federal de 1988

O princípio do autorregramento da vontade<sup>20</sup> decorre dos direitos fundamentais à liberdade (art. 5º, caput, CF/1988 (LGL\1988\3)) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988 (LGL\1988\3)), os quais constituem as bases do Estado Democrático de Direito. Isso porque os sujeitos têm o direito de regular juridicamente os seus interesses e a sua própria existência da maneira que repute mais adequada, exercendo, assim, a sua plena liberdade negocial<sup>21</sup>.

Assim, pode-se conceituar o autorregramento da vontade como o direito do indivíduo a regular juridicamente seus interesses, concretizando-os em atos negociais que, incidindo a norma, criarão situações jurídicas<sup>22</sup>. Em outras palavras, é a possibilidade de converter atos humanos voluntários em atos jurídicos, conferindo-se à vontade o status de suporte fático de regras abarcadas pelo Direito<sup>23</sup>.

Partindo de uma visão tradicional, costuma-se vincular o autorregramento da vontade aos diversos ramos do Direito Privado, em que a vontade do agente é elemento nuclear dos atos jurídicos e a possibilidade negocial, de certa forma, mais ampla. Todavia, o entendimento não pode prevalecer, considerando que, mesmo no âmbito do Direito Público, a liberdade deve nortear os atos dos sujeitos, em que pese os limites impostos ao poder estatal<sup>24</sup>.

Também por essa razão, evita-se chamar o autorregramento da vontade de autonomia privada. Caso contrário, estar-se-ia vinculando o conceito diretamente ao Direito Privado, abolindo qualquer perspectiva de aplicação no Direito Público. Ademais, o seu elemento caracterizador é poder, através do seu exercício, "compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade", independentemente de qual ramo do Direito se refere<sup>25</sup>.

Conforme bem explica Antonio do Passo Cabral, a autonomia das partes no processo não se justifica na liberdade contratual do Direito Privado, mas sim na conjunção entre o princípio dispositivo e o princípio do debate, tendo em vista que o primeiro trata sobre a disponibilidade da cognição e decisão a respeito do direito material e o segundo sobre a independência das partes para conduzir o procedimento de maneira convencional<sup>26</sup>.

Partindo de uma análise das normas constitucionais, entende-se que o autorregramento da vontade é compatível com o Direito Público, uma vez que o publicismo não impede que os sujeitos exerçam o seu direito de regular juridicamente seus interesses. Assim, podem as partes, também no Direito Processual Penal, convencionar sobre o procedimento, adaptando-o às particularidades do caso concreto, bem assim sobre situações jurídicas processuais de sua titularidade<sup>27</sup>.

Assim, os negócios jurídicos processuais, analisados sob uma ótica constitucional, são plenamente aplicáveis ao Direito Processual Penal.

A CF/1988 (LGL\1988\3) consagra uma série de direitos constitucionais dos quais são titulares os sujeitos da ação penal, como é o caso da garantia de um processo justo, com a observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV), assegurando, assim, a bilateralidade dos atos processuais e o livre exercício, por parte do réu, do seu direito de defesa. Ora, negar ao réu a possibilidade de se valer do instituto da negociação processual é também limitar o seu direito constitucional de se defender, uma vez que se retira do leque de possibilidades um instrumento consensual de resolução de conflitos.

Não adianta que a CF/1988 (LGL\1988\3) preveja formalmente direitos e garantias ao acusado se não lhe são assegurados todos os meios efetivos à defesa dos seus interesses no processo e na sua máxima extensão e profundidade. Subtrair do réu a possibilidade de transigir sobre aspectos pontuais do processamento dos fatos em apuração, por mero formalismo, cegando-se aos avanços da dogmática jurídica, pode,

enfim, significar a limitação ao próprio direito de defesa.

O próprio ordenamento constitucional permite e estimula a leitura integrada dos diversos ramos da ciência jurídica, de modo que pode o Direito Processual Penal se valer de institutos essencialmente desenvolvidos no campo do Direito Processual Civil, adaptando-os ao seu sistema jurídico, com a devida observância dos princípios e regras próprios da sua realidade normativa.

Dessa forma, não pode ser excluído do sistema jurídico processual penal o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, consagrado na cláusula geral de negociação processual (art. 190, CPC/2015 (LGL\2015\1656)), do qual o negócio jurídico processual é tradução. Todavia, a aplicação do instituto no Processo Penal deve se dar de forma a respeitar o modelo de processo previsto na CF/1988 (LGL\1988\3), bem como as regras e princípios característicos do campo jurídico-penal, servindo, então, para o adequado deslinde da relação processual, com respeito aos direitos e garantias do acusado.

Não havendo qualquer tipo de vedação constitucional à adoção de práticas consensuais nos ramos do Direito Público, tendo em vista que a própria CF/1988 (LGL\1988\3) contém expressa previsão de instrumento de convenção no âmbito processual penal<sup>28</sup>, não encontramos óbice constitucional à aplicação dos negócios jurídicos processuais ao Processo Penal.

### 3.2. Do preenchimento dos critérios do art. 3º do Código de Processo Penal para a aplicação dos negócios jurídicos processuais

A aplicação dos negócios jurídicos processuais não pode se dar de maneira automática, devendo haver uma compatibilização com o sistema jurídico no qual estará sendo inserido. No que tange especificamente ao Direito Processual Penal, o art. 3º do Código de Processo Penal (LGL\1941\8) (CPP (LGL\1941\8))<sup>29</sup> permite a interpretação extensiva e a aplicação analógica de princípios e regras externos à mencionada Codificação, desde que com ela guardem pertinência temática.

Segundo Guilherme Nucci, a interpretação extensiva é aquela em que se amplia o conteúdo da lei a fim de alcançar o real significado da norma jurídica pretendida. Em outras palavras, é “quando a norma disse menos do que deveria”. Por outro lado, através da analogia, o intérprete vai buscar um processo de integração do Direito para que sejam supridas eventuais lacunas existentes no ordenamento jurídico, aplicando determinada norma existente a um caso concreto que com ela guarde semelhança ou utilidade, mas não possui resposta legislativa própria<sup>30</sup>.

Assim, da leitura do art. 3º do CPP (LGL\1941\8) e considerando toda a realidade normativa penal, compreende-se como requisitos necessários para aplicação integrativa dos sistemas processuais a conformidade com os princípios processuais penais, previstos tanto na CF/1988 (LGL\1988\3) quanto na legislação específica, bem assim a inexistência de regra própria sobre o tema.

Passa-se, então, a justificar o preenchimento dos critérios do referido dispositivo, permitindo-se a aplicação do art. 190 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) e demais modalidades típicas ao Direito Processual Penal.

Deve-se frisar, em primeiro lugar, que os negócios jurídicos processuais estão de acordo com a CF/1988 (LGL\1988\3) e os princípios processuais penais lá previstos, tais como o da reserva legal (art. 5º, XXXIX), o da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL), o do devido processo legal (art. 5º, LIV) e o da individualização da pena (art. 5º, XLV). E não poderia ser diferente, uma vez que, como visto, o próprio autorregramento da vontade decorre de uma análise das normas constitucionais. Eventuais transgressões e violações a direitos fundamentais dizem respeito à convenção processual concretamente analisada, e não ao instituto abstratamente considerado.

Estando em consonância com as normas constitucionais, constata-se que a cláusula geral de negociação, consagrada no art. 190 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), é plenamente compatível com o próprio CPP (LGL\1941\8) e os princípios e regras que norteiam o seu sistema, o que, conseqüentemente, permite a sua aplicação através do art. 3º do CPP (LGL\1941\8). O ordenamento processual penal não é infenso ao princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, considerando que o seu exercício da vontade é limitado de acordo com as normas cogentes processuais.

Ademais, não há norma específica no Direito Processual Penal que verse sobre negociações de caráter atípico, de modo que se permite a interpretação extensiva e aplicação analógica das normas do Direito Processual Civil atinentes à matéria. Todavia, as convenções processuais, para que aplicáveis no âmbito penal, não podem ferir os direitos e garantias do réu, bem assim os demais limites impostos pelo sistema processual penal, construído a partir de diretrizes protetivas a fim de garantir um devido processo ao acusado<sup>31</sup>.

### 3.3. Da vulnerabilidade do acusado no processo penal

Uma das questões de maior preocupação na doutrina contrária à aplicação de técnicas consensuais no Direito Processual Penal diz respeito à vulnerabilidade do acusado perante o Estado-acusador.

Todavia, partimos da compreensão de que, mesmo no campo processual penal, a situação de "inferioridade" deve ser aferida no caso concreto, uma vez que não pode ser compreendida apenas no que se refere ao sujeito economicamente hipossuficiente, podendo derivar, entre outros, de aspectos sociais, culturais, técnicos e jurídicos<sup>32</sup>. Para se determinar se o indivíduo se encontra na posição de vulnerável, é necessário que se averigue, casuisticamente, se as partes "dispõem do domínio das informações, se estão tecnicamente assistidas quando a natureza do negócio assim o recomendar, ou se as possibilidades de barganha estão razoavelmente equilibradas"<sup>33</sup>.

Assim, cabe ao magistrado, quando da análise da validade do negócio jurídico, avaliar se o acusado, devidamente assistido, compreende as cláusulas pactuadas, além de julgar se as disposições estão em conformidade com o caso concreto e os direitos fundamentais do réu<sup>34</sup>.

É importante também ressaltar a tendência legislativa no sentido de determinar a obrigatoriedade de assistência técnico-jurídica ao acusado no momento da negociação processual, conforme se analisa, por exemplo, da leitura da norma presente no art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/2013 (LGL\2013\7484) (Lei do Crime Organizado). A razão de ser do limite negocial imposto pelo legislador reside na importância do bem jurídico tutelado na esfera penal, qual seja, a própria liberdade do infrator, cuja vulnerabilidade aqui tem sido normalmente presumida.

Em que pese compreendermos ser essa uma exigência recorrente do legislador e a atual realidade normativa do Direito Processual Penal, defendemos que o correto seria a aplicação do entendimento disposto no Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, cuja redação é no sentido de que haveria indício de vulnerabilidade nas situações em que a parte firma acordo processual sem assistência técnico-jurídica, devendo a manifestação de vontade ser consciente e livre, sob pena de nulidade do quanto pactuado.

É importante salientar que, mesmo na hipótese de ser constatada a vulnerabilidade do acusado no processo, estando ainda devidamente assistido de um defensor, caberá ao juiz realizar um juízo de validade do negócio e garantir a igualdade material entre os celebrantes<sup>35</sup>, buscando sempre dar eficácia ao acordo processual válido.

A busca pelo equilíbrio nas convenções processuais não é preocupação exclusiva do Processo Penal, uma vez que, analisada a doutrina processual civil, podemos constatar a

existência de posicionamentos vacilantes acerca da possível existência de desigualdade entre as partes, o que poderia resultar em acordos desconexos com o caso concretamente analisado<sup>36</sup>.

Dessa forma, a vulnerabilidade do acusado não é impedimento para a aplicação do instituto no âmbito processual penal, haja vista que a adequação do procedimento e a disposição de situações jurídicas processuais pode ser utilizada como forma de garantir ou aumentar os direitos do réu.

Tendo em vista que mesmo no Processo Civil se observa a paridade de armas quando da análise do acordo, razões inexistem para que a vulnerabilidade do acusado, abstratamente considerada, seja fundamento para a inaplicabilidade do instituto no Processo Penal, sob pena de retirar da disposição do réu um instrumento que pode ser utilizado para o seu próprio benefício.

### 3.4. Do dogma da indisponibilidade do direito material e das ações penais

A indisponibilidade do direito material não resulta no impedimento de negociação sobre o procedimento ou sobre situações jurídicas processuais, considerando que, em que pese indisponível o direito em litígio, pode o processo ser resolvido, por exemplo, por meio de autocomposição<sup>37</sup>. Assim, apesar de a convencionalidade no Direito Público sempre ter sido enxergada de modo cauteloso os movimentos doutrinários mais recentes têm se mostrado mais abertos ao reconhecimento da existência de graus de disponibilidade dos interesses públicos. De fato, não se pode sustentar a ideia de que o direito, única e exclusivamente pelo fato de ser considerado público, seria também indisponível, devendo haver uma margem de flexibilidade<sup>38</sup>.

Esse, inclusive, é o entendimento disposto no Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, segundo o qual a indisponibilidade do direito exclusivamente considerada não veda sequer a autocomposição, que dirá a celebração de negócios jurídicos processuais (espécie do gênero). Ora, considerando que os negócios jurídicos processuais têm como objeto o procedimento e/ou as situações jurídicas processuais, o direito litigioso pode ser indisponível, o que não acarretará obrigatoriamente na indisponibilidade das questões procedimentais.

Ademais, em que pese a possibilidade de reflexo das disposições no direito material, a negatividade ou não dessa influência deve ser aferida na análise do caso concreto, sob pena de, como já dito, se limitar excessivamente o autorregramento da vontade das partes<sup>39</sup>.

Especialmente no tocante ao Direito Processual, o dogma da indisponibilidade foi muito utilizado para fortalecer a sua independência perante o Direito Material<sup>40</sup>. Por outro lado, reconhecida a importância histórica da conquista, não se pode continuar insistindo na ideia da total indisponibilidade do processo, com a defesa de uma concepção ultrapassada de que haveria uma supremacia da publicidade das relações jurídicas processuais perante todo e qualquer interesse dos sujeitos<sup>41</sup>.

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

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

exemplos que demonstram que o processo não é contrário à celebração de acordos<sup>42</sup>.

Citamos, ilustrativamente, a edição de duas recentes leis que comprovam a invasão da concepção de consensualidade no Direito Público: a Lei 13.140/2015 (LGL\2015\4771), a qual regula a mediação de conflitos entre particulares e a Administração Pública, e a Lei 12.846/2013 (LGL\2013\7382), consagradora do chamado "acordo de leniência" entre pessoas jurídicas e o Poder Público.

Dessa forma, o fato de o sistema penal tutelar bens jurídicos de cunho fundamental para o indivíduo não pode desaguar no falso pensamento de que a indisponibilidade do direito é incompatível com a consensualidade. Isso porque o objeto da negociação processual não será o direito material em litígio, mas sim a maneira pela qual as partes buscarão a consecução das pretensões em jogo no caso concreto.

Ao mesmo passo, há uma generalização no discurso defensor da inexistência de consensualidade no sistema jurídico penal, utilizando-se como argumento, muitas vezes, a indisponibilidade da ação penal. Assim, defendem, equivocadamente, que todo processo é indisponível. Ora, a ação penal de iniciativa privada, por exemplo, é espécie de ação penal regida pela conveniência e oportunidade do ofendido. Além disso, existe uma série de procedimentos especiais criminais e remédios constitucionais. Como bem aponta Antônio do Passo Cabral:

"Ora, nos mandados de segurança criminais, habeas corpus, revisão criminal, reabilitação etc., não se veicula pretensão punitiva, e é claro que o titular do direito invocado pode desistir da ação, do recurso, em suma, da situação processual de vantagem, e nestes processos é de admitir-se, *prima facie* e sem muita dificuldade, que as partes celebrem negócios jurídicos para modificar o procedimento, adaptando-o de acordo com as suas necessidades<sup>43</sup>."

À vista disso, no que tange à regra da indisponibilidade, segundo a qual, oferecida a denúncia, não poderá o membro do Ministério Público desistir da ação, não se poder chegar à conclusão apressada de que os negócios jurídicos processuais seriam inaplicáveis. A indisponibilidade da ação penal se refere aos atos de renúncia, desistência, perdão e *perempção*, plenamente possíveis no âmbito das ações penais de iniciativa privada<sup>44</sup>. Nada impede, por outro lado, que os sujeitos do processo disponham sobre aspectos outros do procedimento e situações jurídicas processuais, a exemplo da ordem de produção de provas, o tempo para sustentação oral no tribunal ou o prazo para apresentação de alegações finais em processos complexos.

Citamos, por exemplo, a utilização da calendarização processual, prevista no art. 191 do CPC/2015 (LGL\2015\1656)<sup>45</sup>. A modalidade de convenção processual típica, celebrada entre o órgão jurisdicional e os sujeitos processuais, representa grande vantagem para as partes, especialmente em demandas volumosas, com alta carga de complexidade e envolvendo mais de um acusado, eis que reforçam a segurança jurídica<sup>46</sup>. É o caso, por exemplo, do que ocorreu nos autos da Ação Penal 470-1/MG, conhecida como Mensalão.

Em apertada síntese, o Min. Relator Joaquim Barbosa unilateralmente "calendarizou" a oitiva das mais de 600 testemunhas arroladas pela defesa dos quase quarenta réus da ação<sup>47</sup>. A razão apresentada pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal para adoção da medida foi a de que haveria a necessidade de organizar a produção probatória a fim de garantir o seu melhor andamento, além de propiciar o exercício pleno do direito de defesa a todos os acusados que, de outra sorte, não poderiam acompanhar as diligências que ocorreriam simultaneamente em diversas unidades federativas do Brasil.

Sendo permitido ao magistrado, de forma unilateral, calendarizar a produção de provas de uma demanda em andamento, muito mais palpável a decisão conjunta do órgão jurisdicional e das partes envolvidas.

Ora, o mau uso do instituto por parte dos operadores do Direito, como é o caso de

alguns acordos de colaboração, não pode importar diretamente na demonização dos instrumentos negociais<sup>48</sup>. É papel da doutrina e da jurisprudência traçar os parâmetros para a correta aplicação das convenções entre os sujeitos processuais<sup>49</sup>.

Portanto, também por essas razões, não há óbice legal ou constitucional que impossibilite às partes convencionarem sobre o procedimento e/ou situações jurídicas processuais penais.

#### Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. Temas de direito processual. 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano da Existência. Revista de Processo, São Paulo, n. 148, jun. 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). Processo penal (Coleção Repercussões do Novo CPC (LGL\2015\1656). v. 13), Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. 2. ed. rev., atual. e amp. Salvador, JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios processuais. 2. ed. rev., atual., amp. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do nemo tenetur se detegere, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação – Influências principiológicas da Constituição da República e do novo CPC (LGL\2015\1656) no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). Processo Penal (Coleção Repercussões do Novo CPC (LGL\2015\1656). v. 13). Salvador: JusPodivm, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Impactos do novo CPC (LGL\2015\1656) no processo penal. Disponível em: [https://jota.info/colunas/novo-cpc/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9-11052015]. Acesso: 28.08.2017.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 1, n. 1, 2007.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Processo penal pop obriga uma nova abordagem de ensino. Disponível em:

[[www.conjur.com.br/2016-ago-05/limite-penal-processo-penal-pop-obriga-abordagem-ensino](http://www.conjur.com.br/2016-ago-05/limite-penal-processo-penal-pop-obriga-abordagem-ensino)]. Acesso: 28.08.2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2016.

OROSO, Catharina Peçanha Martins. Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Penal: possibilidades e limites de aplicação do art. 190, CPC/2015 (LGL\2015\1656). In: CUNHA JUNIOR, Dirley da; PINTO, Rodrigo Pacheco; BORGES, Lázaro Alves (Org.). Novas perspectivas do direito público: em homenagem à Prof.<sup>a</sup> Maria Auxiliadora Minahim. Salvador: Paginae, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratados das ações, I. Campinas: Bookseller, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. 3.

SILVA, Paula Costa e. Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

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

VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

ZANETTI, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC (LGL\2015\1656) ao CPP (LGL\1941\8). Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (processo penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). Processo penal (Coleção Repercussões do Novo CPC (LGL\2015\1656). v. 13). Salvador: JusPodivm, 2016.

1 Este artigo é resultado do grupo de pesquisa "Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual", vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ ([[dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053)]). Esse grupo é membro fundador da "ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo" ([<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>]).

2 Em que pese as diferenças conceituais entre negócios jurídicos processuais e convenções processuais, os termos serão aqui utilizados como sinônimos, eis que foge ao escopo do presente trabalho uma análise mais aprofundada sobre os termos.

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

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

5 "Há os atos processuais e há os atos do processo (melhor: do procedimento), que daqueles são exemplos. O ato do processo é o ato que compõe a cadeia de atos do procedimento; trata-se de ato processual propriamente dito. Mas há atos processuais que não fazem parte do procedimento, como é o caso da escolha convencional do foro (arts. 25 e 63, CPC)" (DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 373).

6 DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 373.

7 BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. Revista de Processo, São Paulo, n. 148, jun. 2007. p. 309.

8 DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 373-374.

9 BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. Revista de Processo, São Paulo, n. 148, jun. 2007. p. 309.

10 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 112.

11 Outras vantagens são: propicia uma sistematização capaz de abarcar as espécies de fatos processuais lícitos e ilícitos; propicia uma diferenciação nítida entre fatos processuais e os fatos processuais inexistentes (que não são jurídicos, mas acabam tendo, às vezes, aparência de juridicidade), permite segregar as espécies de fatos processuais que, apesar da presença humana em sua configuração (atos-fatos processuais), não estão sujeitas ao regime jurídico das invalidades processuais (NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 113).

12 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 113.

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

14 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. Temas de direito processual. 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89.

15 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 68.

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

17 DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 59-60.

18 Paula Costa e Silva alerta para o fato de que certos efeitos regulados por lei permanecem, em que pese a disposição negocial. Em suas palavras, "[...] a expressão

negócio processual pode induzir em erro se através dela se pretende, uma vez mais, afirmar que todos os efeitos induzidos por um acto processual devem ser abrangidos pela vontade do respectivo autor. Há efeitos do acto processual negocial que continuam a estar tabelados. Os efeitos que os actos, independentemente do respectivo conteúdo e zona de ataque, têm no processo estão estabelecidos por lei” (SILVA, Paula Costa e. Acto e processo – O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 270).

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

20 A denominação dada ao instituto é discutida doutrinariamente, variando entre “autonomia da vontade”, “autonomia privada” e “autorregramento da vontade”. Utilizar-se-á aqui a última nomenclatura, uma vez que se demonstra mais adequada para o estudo dentro do Direito Processual. Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, III. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. p. 54 e segs.; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 136.

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

22 DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios processuais. 2. ed. rev., atual., amp. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 32.

23 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 187.

24 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188.

25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, III. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. p. 83.

26 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 141.

27 Nesse sentido: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188; DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios processuais. 2. ed. rev., atual., amp. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 31-38.

28 É o caso da suspensão condicional do processo: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de

primeiro grau”.

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

30 NUCCI, Guilherme de Souza. Interpretação extensiva, interpretação analógica e analogia no processo penal. Disponível em:

[[www.guilhermenucci.com.br/dicas/interpretacao-extensiva-interpretacao-analogica-e-analogia-no-proc](http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/interpretacao-extensiva-interpretacao-analogica-e-analogia-no-proc)]  
Acesso: 31.08.2017.

31 Uma vez mais, remetemos o leitor à leitura do seguinte ensaio: OROSO, Catharina Peçanha Martins. Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual penal: possibilidades e limites de aplicação do art. 190, CPC/2015. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da; PINTO, Rodrigo Pacheco; BORGES, Lázaro Alves (Org.). Novas perspectivas do direito público: em homenagem à Prof.<sup>a</sup> Maria Auxiliadora Minahim. Salvador: Paginae, 2017. p. 329-358.

32 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 1, n. 1, 2007.

33 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 238.

34 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 238.

35 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 1, n. 1, 2007.

36 A tônica protetiva no âmbito processual civil, além do disposto no parágrafo único do art. 190 do CPC/2015, pode ser inferido da leitura do art. 7º do CPC/2015, segundo o qual “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

37 DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 387-389.

38 CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). Processo penal. Salvador: JusPodivm, 2016 (Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 13). p. 156.

39 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 161.

40 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 150.

41 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 150.

42 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 154-155.

43 CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). Processo penal. Salvador: JusPodivm, 2016 (Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 13). p. 165.

44 LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 200.

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

46 CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios processuais. 2. ed. rev., atual. e amp. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 505-506.

47 BRASIL. STF. AP 470-1/MG. Despacho. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 17.02.2009. Inteiro teor disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mensalaodefesa.pdf]. Acesso: 28.08.2017.

48 Não concordamos, todavia, com o argumento de que as colaborações premiadas serviriam como um instrumento de resposta à criminalidade em razão do “anseio social”, como defende Marcos Paulo Dutra Santos (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) premiada. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 71). O processo penal não pode ser pautado pela opinião pública, mas sim pelas normas constitucionais processuais penais, de forma que entendemos inconstitucional a previsão do art. 4º, § 1º da Lei 12.850/2013 no que tange à “repercussão social do fato criminoso”.

49 Sobre o tema: OROSO, Catharina Peçanha Martins. Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual penal: possibilidades e limites de aplicação do art. 190, CPC/2015. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da; PINTO, Rodrigo Pacheco; BORGES, Lázaro Alves (Org.). Novas perspectivas do direito público: em homenagem à Prof.<sup>a</sup> Maria Auxiliadora Minahim. Salvador: Paginae, 2017. p. 329-358.