



A distinção entre normas processuais constitutivas e regulativas



Alexandre Morais da Rosa
Juiz de Direito - SC

Será necessário abandonar algumas “verdades consolidadas” do modelo que

aplicamos no processo penal, mediante as perguntas adequadas. *Até que ponto as normas processuais podem ser renunciáveis? Quais as que constituem o limite de negociação? Qual a diferença entre standard e privilégios? O direito de defesa e a culpa agora podem ser objeto de acordo? Em que sentido? Quais os limites?*

A Constituição Federal indica (artigo 5º, parágrafos 1º, 2º e 3º), juntamente com a normativa internacional de direitos humanos, a utilização do sistema de controle social por seus aparatos (polícia, Ministério Público, Poder Judiciário etc.), com fundamento nos princípios democráticos, partindo-se da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a noção de direitos fundamentais e a possibilidade de disposição sobre o conteúdo de certas normas processuais em face da inserção da lógica da *commow law* ganhou nova coloração. Há novos significantes e compreensões sobre a possibilidade de uso da barganha, razão pela qual precisamos rever o estatuto/dispositivo do processo penal, especialmente pelo impacto da delação homologada no processo a ser instaurado contra os delatados (caso Odebrecht, em que foram homologadas 77 delações, com imediato cumprimento de pena, mesmo sem sentença de mérito)[1].

Os direitos fundamentais possuem como características teóricas a inalienabilidade, inegociabilidade e indisponibilidade[2]. Não são, portanto, alienáveis, negociáveis ou disponíveis, quer por setores privados e, com maior vigor para pretensão deste escrito, pelo “mercado penal”, via contratos/acordos de delação e leniência. Logo, as normas de processo penal eram pensadas, até a invasão pragmática[3], como direitos fundamentais, sendo que atualmente podemos falar em regimes especiais, nos quais vigora a disponibilidade da ação penal e a ampla negociação da culpa, com a renúncia ao processo.



A discussão da eficácia operativa do que se constitui como *standard* de garantias e o que pode ser negociado/renunciado, na perspectiva de privilégios, então, é atualíssima. Precisamos estabelecer, no processo penal brasileiro, quais são os resguardos básicos da dignidade humana, especialmente pela incidência do devido processo legal substancial e do controle de convencionalidade, que exigem a acreditação como direitos fundamentais. O *standard* se apresenta como o delineamento do mínimo de garantias reconhecidas e efetivadas em face da tendência de relativização destas garantias[4], situando o núcleo irrenunciável[5]. O que se passou nos últimos tempos foi o acolhimento de uma nova forma de pensar (mapa mental), em que se deve distinguir, como mostra Garcez[6], entre estrutura padrão (*standard*) do Estado, sobre as quais inexistem disponibilidade pelas partes, enquanto direitos conferem privilégios, plenamente renunciáveis pelo titular, desde que devidamente informado[7].

Assim é que as normas constitutivas do jogo da delação (jurisdição, órgãos, linhas gerais etc.) não podem ser renunciadas, porque não são privilégios dos jogadores, enquanto as normas regulativas (processo, procedimento, direitos subjetivos vinculados à assunção de culpa e obrigações probatórias) autorizam que os jogadores disponham da vontade para obtenção de consensos. As normas regulativas imputam direitos disponíveis e com juízos de oportunidade/disponibilidade para os jogadores, transformando a atividade jurisdicional em mecanismo de homologação (controle predominantemente formal). As cláusulas de disponibilidade, portanto, inserem mecanismos de barganha e negociação ampliados, tanto sobre o conteúdo da imputação como sobre os efeitos (penas, regimes etc.) das sanções.

Depois do acolhimento da delação premiada e da leniência, precisamos repensar como compreendemos o processo penal. Isso porque falar em princípios do processo penal (jurisdição, ação e processo) sem modular o mapa mental com as novas compreensões gera curto-circuito. Podemos continuar, por exemplo, a falar que a ação penal é indisponível? Com a transação penal da Lei dos Juizados Especiais Criminais, já se criou o “jeitinho” da “disponibilidade regrada”[8], embora Geraldo Prado[9] tivesse demonstrado que não cabia na tradição do Direito continental, da qual, em princípio, somos herdeiros. Mas a invasão do *common law* e da lógica da eficiência processual é uma realidade. Continuar negando historicamente o modo de adjudicação das decisões em matéria penal é uma posição possível, eticamente louvável, mas incompatível com o regime atual de construções de verdade. Claro que a crítica deve ser feita — e de maneira forte — apontando-se os limites, incongruências e inconsistências do modelo importado sem a respectiva adaptação. Mas mesmo que não se concorde com o modelo, em face de sua eficácia, não discutir as (im)possibilidades é ingênuo.

Coexistem, atualmente, duas frequências/pistas de processo penal, com incongruências marcantes, incapazes de formar um sistema coeso[10]. São tantos institutos incompatíveis com a nossa antiga maneira de pensar que, atualmente, diante da profusão de fontes e tradições, encontramos-nos em sérias dificuldades de compreender um Direito que seja minimamente uniforme. Buscamos propiciar coerência que, todavia, torna-se insustentável. A discussão insere-se, portanto, na lógica da busca do “melhor Direito”[11], mas que para sua fixação, depende, por sua vez, da discussão antecedente das funções e finalidades do processo penal, bem assim dos limites e controles do procedimento de delação.



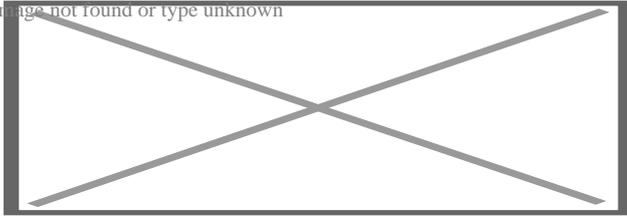
Há duas posturas. A primeira é passar à margem dessas questões e simplesmente continuar a compreender como sempre se ensinou, sem entender o que se passa. A segunda é reconhecer que não possuímos um processo penal, mas várias versões simultâneas e que a versão que será utilizada em cada processo penal dependerá dos personagens envolvidos, ou seja, só saberemos as regras do jogo negocial depois de fixarmos quem estará sentado nas respectivas cadeiras e funções negociais. Seguirei a segunda opção.

A proposta que se verá, a seguir, com a modulação da Teoria dos Jogos, poderá demonstrar que os jogos negociais para delação podem não compartilhar as mesmas regras. Chegamos a uma bifurcação de lógicas que operam com princípios informativos diversos. A noção de processo penal chega à encruzilhada: tradicional (duro/*hard*) ou ambivalente (flexível e duro). O tradicional (duro) opera em uma lógica de institutos sem margem de negociação, enquanto no ambivalente em alguns casos abre-se a porta da negociação/barganha. A alteração de caminhos não é meramente operacional, justamente





Image not found or type unknown



O momento é de perplexidade, já que o modo de aplicar e

ensinar o processo penal herdado da tradição continental aplica-se somente aos crimes do cotidiano, com denúncia, instrução e decisão motivada que estabelece a responsabilidade penal. Aos poucos, sem que tenhamos nos apercebido, ainda que alguns tenham escrito sobre o tema, continuamos fingindo que as coordenadas de como pensamos os institutos do processo penal não servem mais para responder como o processo penal acontece. Essa lógica do acontecimento^[12] e de diálogo de tradições precisa ser questionada, já que continuamos a ensinar um processo penal que anda em descompasso com os novos institutos. Para os crimes de todos os dias (furto, tráfico, roubo, estupro etc.), de fato, temos o mesmo processo penal duro, incapaz de responder aos novos desafios, especialmente colaboração premiada e leniência. Podemos, então, aceitar acriticamente a situação? Não deveríamos nos indagar se podemos ensinar parcialmente e se não seria nosso dever ético mostrar aos acadêmicos que continuamos na mesma pista e que existem, atualmente, duas? A distinção, sempre arbitrária, de selecionarmos os casos em que os pressupostos do “processo penal *hard*” se aplicam não é violadora da isonomia? Será que não precisamos de um mínimo de coerência sistemática? O tema angustia porque estamos em sistemas antagônicos que convivem sem possibilidade de coerência. Fechar os olhos sempre foi a saída arbitrária. Mas chegamos a um ponto de virada, no qual não podemos mais fingir. Os desafios se renovam.

Será na culpa negociada que os caminhos se bifurcam. A distinção entre normas *standard* e privilégios nos será importante daqui em diante. Os caminhos se deparam com uma encruzilhada e será necessária certa dose de coerência. Em resumo:

- a) se o leitor compreender a presunção de inocência^[13] e direito ao processo como direitos fundamentais, indisponíveis, será impossível negociar-se culpa e pena. Logo, por exemplo, adiante, por dever de coerência, não poderá aceitar a negociação (barganha), justamente porque o caso penal seria inegociável;
- b) se compreender como normas disponíveis (presunção de inocência e direito ao processo), não poderá invocar boa parte da tradição continental de Direito Processual Penal e deverá compreender como privilégios, portanto, disponíveis.

Para tanto, de início, será necessário reconhecer a inexistência da proeminência de um sistema articulado do ponto de vista *kantiano*^[15], isto é, algo que se pode deduzir de um princípio informador^[16]. Em face do acolhimento, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tanto da colaboração premiada como da leniência, as tentativas de leitura coerente do processo penal brasileiro esbarram na assimetria inicial. Daí que no decorrer do texto farei alusão a dois modelos (duas pistas processuais) que coexistem, embora não possam ser harmonizados. Isso porque o processo penal adota muitos institutos sem que se tenha sequer a compreensão de como funcionam no ambiente da *common law*, gerando, com isso, diversas perplexidades e insuficiências. A influência do modo de pensar “americanizado” precisa de adaptação cultural, muitas vezes ausente. Por isso, o processo penal no Brasil apresenta-se fragmentado em múltiplos regimes de jogo processual e negocial. É um jogo processual multifacetado,



prenhe de surpresas e posicionamentos *ad hoc*. Um mínimo de organicidade exige não leis esparsas, mas um Código Processual Penal coerente e sistemático. O desafio se renova a cada dia, em cada foro. O que importa sublinhar é que a proeminência do modelo *american way of law* não encontra barreiras, instaurando-se constante “comércio” entre os sistemas de *common law* e *civil law*. O tempo é do *american way of law*, mas à brasileira, diante do excerto que se operou. Desconsiderando-se o pano de fundo filosófico, social, religioso e da tradição entre os países, diversos institutos foram exportados para Estados que desconheciam a formação de verdades dessubstancializadas, ou seja, em que a verdade não é descoberta, como ensina boa parte dos manuais brasileiros, mesmo que um século atrasado, mas construída pelo consenso^[14].

[1] JARDIM, Afrânio Silva. Lava Jato, três anos e meio depois. Uma breve e provisória análise. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/lava-jato-tres-anos-e-meio-depois-uma-breve-e-provisoria-analise-por-afranio-silva-jardim-1508435746> : “Por incrível que possa parecer, aceitou-se a execução de pena (ainda que branda e para beneficiar os criminosos) sem sentença condenatória. Deve ter sido por descuido, mas aceitou-se execução penal por título extrajudicial (acordo de delação premiada) !!!”.

[2] FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. – La ley del más débil. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 1999, p. 23-4: “Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer”. SERRANO, José Luis. Validez y Vigencia: la aportación garantista de la norma jurídica. Madrid: Trotta, 1999.

[3] POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. New York: Aspen, 2003; Overcoming Law. Cambridge: Harvard University Press, 1995; Problemas de filosofia do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007; El análisis económico del derecho. Trad. Eduardo Suárez. México: FCE, 2007.

[4] RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: RT, 2006, p. 36. O autor aponta a confusão de sentidos sobre os mesmos significantes, dado o regime multifacetado do sistema judicial americano, cujo resultado é o de que “os autores não operam com os mesmos termos para designar os mesmos institutos”. No campo do devido processo legal, por exemplo, “a depender do texto consultado [pode ser considerado], um princípio, uma cláusula, um padrão, uma regra, uma doutrina. Evidente a dificuldade que essa falta de uniformidade causa”.

[5] NICOLÁS GARCÍA, Gerardo; ALBERTO JULIANO, Mario; PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo. Derecho al mejor derecho y poder punitivo. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.



[6] RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: RT, 2006, p. 110-111: “Ao conferir um direito, ou privilégio, ou prerrogativa, ao imputado, reconhecem que um certo mandamento foi concebido no seu estrito interesse. Em outras palavras, reconhecem que o enunciado é programático, que o sistema de justiça criminal pode ‘viver’ sem o respeito a ele, se for da vontade do imputado dele abrir mão. A essa característica da faculdade, ou direito, se chama de ‘desistibilidade’ (*waivability*). [No segundo caso]: “estabelecem um standard, os princípios alicerçam o próprio sistema de justiça criminal. Com isso, o mandamento é absoluto; não pode ser afastado, porque constitui a estrutura do próprio sistema. Se for violado, configurar-se-á uma verdadeira e própria infração ao princípio standard do devido processo legal”.

[7] ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 12.

[8] Não se pode falar em obrigatoriedade mitigada, mas sim de disponibilidade. Consultar: ARMENTA DEU, Terese. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991, 211.

[9] PRADO, Geraldo. Transação Penal. Coimbra: Almedina, 2015.

[10] MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal Aplicado à Criminalidade Econômico-Financeira. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 23, vol. 114, maio-jun, 2015, p. 279-320, p. 282: “Nossa opinião é tendente à conclusão de que por ora inexistente grau de evolução acadêmica, científica e legislativa que justifique a autonomia do chamado Direito Processual Penal Econômico [defendido por AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián. Derecho penal económico procesal: Lineamientos para la construcción de una teoría general. Buenos Aires; Eida, 2009] em relação ao Processo Penal tradicional”.

[11] NICOLÁS GARCÍA, Gerardo; ALBERTO JULIANO, Mario; PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo. Derecho al mejor derecho y poder punitivo. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 31.

[12] ZIZEK, Slavoj. Acontecimento. Trad. Raquel Vicedo. Madrid: Sexto Piso, 2014.

[13] MORAES, Maurício Zanóide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial p. 355-356: “A presunção de inocência corporifica e empreende nova realidade ideológica nacional de conceber a justiça criminal (direito e processo penais). O sistema jurídico processual penal, portanto, deverá ser conformado, interpretado e aplicado conforme esses desígnios. É dar cumprimento aos compromissos assumidos pelo Brasil junto à comunidade internacional colocando o país ao lado dos modernos sistemas persecutórios mundiais. Por ser escolha constitucional, a presunção de inocência conforma e orienta todos os poderes públicos e agentes privados em seus atos, funções, atribuições, poderes e deveres.

[14] LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Processo Penal no Limite. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 95-108.

[15] KANT, Emmanuel. Crítica da razão pura. Trad. J. Rodrigues de Meringe. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

[16] MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16-17: “Tenho a noção de sistema a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina”.

Date Created

28/06/2019