

BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONSENSO E A VERDADE NO PROCESSO PENAL: REFLEXÕES A PARTIR DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

BRIEF NOTES ON CONSENSUS AND TRUTH IN CRIMINAL PROCEDURE: REFLECTIONS FROM THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENTS

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa¹

Faculdade Curitibaana

Resumo

Pretende-se discutir a relevância da verdade no Processo penal, nos moldes como se conforma a sistemática processual brasileira na atualidade. Ademais, com os novos influxos da justiça penal negocial no Brasil, almeja-se analisar se tais teorias sobre a verdade representam um contributo e um limite à tal seara, especialmente ao se tratar dos pressupostos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave

Justiça penal negocial. Processo penal. Verdade. Epistemologia jurídica. Política-criminal.

Abstract

It is intended to discuss the relevance of the truth in the criminal procedure, along the lines of the current Brazilian procedural system. Furthermore, with the new inflows of criminal justice in Brazil, the aim is to analyze whether such theories about the truth represent a contribution and a limit to this harvest, especially when dealing with the necessary assumptions for offering the non-criminal prosecution agreement.

Keywords

Plea bargaining. Criminal proceedings. Truth. Legal epistemology. Criminal-policy.

¹ Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil(2022)
Professor da Faculdade Curitibaana , Brasil

1. Considerações iniciais

A problemática sobre a verdade no Processo penal poderia parecer superada ou ultrapassada, principalmente ante à enormidade da produção teórica sobre o assunto no Brasil nos últimos anos.² Tal conclusão seria verdadeira se efetivamente tal discussão tivesse gerado um ganho prático condizente com a estatura e importância de tal tópico. Parece, no entanto, que nenhuma resposta definitiva ou, ao menos, capaz de fornecer uma solução razoável da controvérsia foi apresentada, motivo pelo qual se justifica tecer algumas considerações sobre a verdade no Processo, especialmente à luz da realidade imposta pela inserção dos acordos de não persecução penal.³

² Vide a discussão, no Brasil, problematizada por COUTINHO, Jacinto. Glosas ao ‘Verdade, dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In. COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 161 e ss.

Recentemente: KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no Processo penal*. Belo Horizonte: Letramento, 2020; além de TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2020.

³ Fato é que discorrer sobre verdade e justiça negocial seria objeto de um trabalho próprio, sendo arriscado tecer considerações sobre tema tão complexo em poucas páginas. Todavia, algumas considerações são relevantes para a verificação da hipótese desse trabalho. Em realidade, sendo os acordos mecanismos de Política criminal, referem-se à outra lógica que a da verdade como correspondência. Ainda assim, demandam um certo lastro para sua consecução, dado que acarretaria uma grande injustiça aceitar uma sanção sem ter qualquer responsabilidade para o fato. Nesse sentido, não é possível abrir mão de um certo lastro de verossimilhança das acusações, até como forma de garantir ao investigado um efetivo direito de defesa, como forma mesmo de perfazer um modelo principialista de Política criminal, como anteriormente pleiteamos. Especificamente sobre a temática das relações da verdade com a justiça negocial, vide o trabalho de SANTANA, Gabriel Andrade. *Verdade e Justiça negocial: o paradigma filosófico do novo realismo como limite à expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro*. Dissertação

Como lembra NEUMANN, a pretensão de verdade em Direito em geral, e no Processo penal em particular, está ligada necessariamente à ideia de legitimidade.⁴ Justamente por esse motivo, seu completo abandono na discussão sobre a finalidade Processo penal, partindo de críticas pautadas em raciocínios históricos anacrônicos, acarreta aparentemente um tipo de niilismo metodológico quanto às funções que se pretendem obter do procedimento. Aliás, como se extrai das lições de FERRER BELTRÁN, apenas se o Processo penal cumprir a função sobre a determinação da verdade acerca das proposições aferidas sobre os fatos provados é que se poderá concluir sobre o êxito do Direito como mecanismo dirigente da conduta individual.⁵ Onde não haja efetividade sobre a aplicação de sanções, ou pelo menos uma grande probabilidade de sua imposição, não há que se falar em validade das pretensões prescritivas sobre determinados comportamentos.

Nada obstante, com isso não se pretende afirmar que a única finalidade do Direito processual seja a incansável busca da verdade, ou que esse seja o único objetivo das partes no Processo. A finalidade que pretende atingir a Ciência nem sempre corresponde àquela dos cientistas. A delimitação de um fim, por óbvio, não exclui outros propósitos igualmente válidos que, inclusive, limitam e conformam aquele primeiro. Ao lado da busca da verdade como critério de

de Mestrado. Brasília: IDP, 2019, p. 92 e ss. Recentemente, com uma pretensão mais restrita, cf. KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In. SALGADO, Daniel et. al (org.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 61 e ss.

⁴ NEUMANN, Ulfrid. *La pretensión de verdad en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 13 e ss.

⁵ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 45.

legitimidade da ciência processual, encontram-se ladeados o desejo de celeridade na tomada de uma decisão resolutiva, a realização da justiça material, a proteção dos direitos e garantias individuais, a consecução dos princípios de Direito material, fins político-criminais etc.⁶ Nesse ponto entram em discussão as finalidades dos mecanismos de diversificação processual como instrumentos de realização dos fins próprios do Processo penal.

Exatamente pela dificuldade de vislumbrar essa distinção fundamental, aparenta-se haver uma má colocação do problema por parte de certa doutrina processual brasileira, que somada à uma insistência em determinadas temáticas parece ter levado a polêmica a uma circularidade insanável. Em termos formais, o respeito às regras do procedimento, por si só, não acarreta necessariamente uma conclusão correta e verdadeira. A coisa julgada ou o princípio do *in dubio pro reo* podem levar a decisões materialmente injustas ou não necessariamente correspondentes com a verdade dos fatos.⁷ Mesmo diante de uma situação ideal de respeito às regras do jogo, não se trata de um mero cálculo lógico-matemático.

2. Teorias sobre a verdade

É certo que, no âmbito da filosofia, é possível recobrar vários séculos nos quais pensadores das mais diversas filiações teóricas polemizaram sobre a questão da verdade. Especialmente em sua interseção com as funções do Direito, quando a verdade, pelo menos no sistema continental, é apresentada como condição necessária para

⁶ FERRER-BELTRÁN, *Valoração racional da prova*, op. cit., p. 47.

⁷ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 44.

a justiça das decisões judiciais,⁸ já se pleiteou sua restrição a uma espécie de verdade formal (Processo civil) em contraposição à uma verdade material (Processo penal), no sentido de que nem as partes nem o juiz podem se valer de quaisquer meios para alcançá-la, tendo em vista as estritas regras de admissibilidade probatórias. Não pende dúvida sobre o fato de que qualquer verdade dependa de um contexto específico. Nada obstante, concordamos com TARUFFO, para quem as regras do sistema processual não podem ser vistas como obstáculos para a busca da verdade, nem para restringi-la a um aspecto meramente formal.⁹

Tal qual o método científico em geral, no qual há rígidas regras de procedimento para se verificar ou refutar uma hipótese, não o é diferente no Direito processual, em que as regras pretendem racionalizar a valoração dos fatos e evitar erros e má compreensões sobre as provas. Dessa maneira, a verdade pode tanto ser buscada no Processo como de fato é perseguida em diversas outras searas do conhecimento.¹⁰ As normas jurídicas definem o contexto da verdade no Processo, assim como a historiografia e suas teorias o fazem para as pesquisas históricas. Por conseguinte, tendo em vista não haver diferença epistemológica entre verdade judicial e não judicial é que se podem formular observações gerais em nível filosófico, subjacente à tais discussões.

Obviamente, para obter um ganho prático de tal discussão, deve-se rechaçar pontos de vistas ceticistas, desconstrutivistas ou niilistas, pelas quais se considera sem sentido uma busca científica pela verdade, ou ainda de teorias do conhecimento baseadas

⁸ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 23. No mesmo sentido DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 43.

⁹ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 24.

¹⁰ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 24-25.

exclusivamente no sujeito ou em um ponto de vista solipsista ou idealista, que rechaçam a possibilidade de se falar, *a priori*, sobre uma concepção racional de verdade, em geral.¹¹ Obviamente com isso não se tem a pretensão de construção de verdades absolutas, ideia vista com reserva até para ciências consideradas “*duras*”, como a Física ou a Matemática. A ideia de verdade, como aqui se sustenta, parte da premissa, tal qual apresenta TARUFFO, de ideal regulatório, ponto de referência teórico que orienta a busca do conhecimento na experiência real.¹²

Passando para o conteúdo do conceito de verdade, uma breve e sintética exposição não pode deixar de destacar as duas grandes teorias que concorrem para apresentar uma solução satisfatória:¹³ (1) as teorias da coerência e (2) as teorias da correspondência. Do primeiro critério de verdade apresentado (1), tendo sido inicialmente formulado por BRADLEY, postula-se que a verdade consiste em relações coerentes estabelecidas entre um conjunto de crenças.¹⁴ A verdade de um enunciado depende de sua coerência em um contexto de vários enunciados.¹⁵ Diversas críticas foram apresentadas a tal perspectiva, principalmente a de confundir verdade com coerência ou de que somente a coerência não assegura o caráter verdadeiro de uma afirmação.¹⁶ No Processo judicial pode fazer sentido quando julga-se a

¹¹ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 25-26.

¹² TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 26.

¹³ Sobre a verdade enquanto uma das finalidades do processo penal vide DIAS, *Direito processual penal*, p. 40 e ss.; BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal penal*; ROXIN, Claus. *Derecho Procesal penal*, op. cit., p. 4.

¹⁴ HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo: Unesp. 2002. Ainda, cf. GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el Proceso penal*: una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2011, p. 52.

¹⁵ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 26-27.

¹⁶ GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 52.

fiabilidade de um enunciado ante sua coerência com o contexto de diálogos apresentados pelas testemunhas e demais provas. A coerência do relato apresenta um importante papel persuasivo, principalmente diante da escolha das provas que se apresentam, o que a torna muito favorável da perspectiva do advogado que quer provar seu ponto de vista. Deve-se, no entanto, ter em vista que o advogado nem sempre que obter a verdade dos fatos, mas antes disso fazer valer sua tese defensiva favorável a seu assistido. Narrativas coerentes e persuasivas nem sempre correspondem com a realidade.¹⁷

No segundo grupo de teorias (2), as quais remontam em certa medida à ARISTÓTELES,¹⁸ baseia-se na ideia de que o enunciado verdadeiro é aquele que se baseia, ou corresponde, à realidade, com o mundo empírico.¹⁹ À primeira vista tal ideia pode parecer tautológica. Contudo, considera como condição necessária e suficiente para a aplicação do direito substantivo que os fatos, colocados de forma adequada, sejam baseados em elementos de prova relevantes e admitidos: os fatos narrados devem corresponder às provas apresentadas. A função da prova é a de fornecer ao julgador os elementos empíricos necessários para formular racionalmente um enunciado ou juízo sobre a ocorrência dos fatos.²⁰

O debate em torno da verdade no Processo penal, principalmente nas discussões teóricas brasileiras, está ligado essencialmente a um certo tipo de “*fundamento histórico*” do sistema inquisitivo. Recorrendo a uma ideia medieval, sobretudo ante os métodos de tortura para obtenção de confissões, o conceito de verdade

¹⁷ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 27-28.

¹⁸ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Livro IV, VII. Cf. GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 49.

¹⁹ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 27.

²⁰ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 28-29.

ganhou o adjetivo de real: “*verdade real*” ou verdade material. O objetivo era de justificar a obtenção da verdade com a utilização de qualquer meio para prová-la, sob pena de se estar diante de uma versão falsa dos fatos e com isso macular a função do Processo penal. A verdade estava com o acusado e para obtê-la poder-se-ia utilizar qualquer meio.²¹ Mas nem por isso se deve abandonar por completo o conceito. Além de se tratar de um pleonasmo carente de conteúdo, os meios para a obtenção da verdade não podem ser confundidos com a verdade como objetivo em si, ou pelo menos uma das finalidades a serem alcançadas pelo Processo.

Um conceito de verdade, seja ele qual for, não se confunde com o método pelo qual se utiliza para alcançá-lo.²² A verdade não pode ser simplesmente uma narrativa livremente construída entre acusação e defesa, nem pode ser confundida com a facticidade histórica.²³ Da mesma forma que renunciar à lógica inquisitiva não significa renunciar ao valor da verdade, caso contrário se perde um referencial de legitimidade para a aplicação de uma pena. Basta analisar o caminho inverso para se concluir que um sistema inquisitivo, baseado na tortura por exemplo, também não se logra atingir a verdade, visto que obterá, ao mais das vezes, confissões falsas.²⁴ Por esse motivo, qualquer conceito de verdade que se queira pretender em Processo penal deve compatibilizar-se com a facticidade, condicionando-a e limitando-a às

²¹ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, op. cit., p. 49. LANGBEIN, *Tortura e plea bargaining*, op. cit., passim.

²² HABERMAS, *Teorías de la verdad*, op. cit., p. 139. GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 41.

²³ DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 49.

²⁴ GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 41.

garantias e direitos do imputado face ao Estado, em especial ante às iniciativas e admissibilidades probatórias.²⁵

3. Relevância da discussão sobre a verdade em Processo penal

Indiscutível que os acordos representam uma mudança de paradigma ante ao papel da verdade no sistema penal. De fato, haverá situações em que não haja correspondência entre as afirmações do Ministério Público e o que efetivamente tenha sido praticado pelo acusado, no entanto, um acordo será estrategicamente mais favorável ao imputado, sob o risco de ser condenado em uma pena muito mais grave. Essa conclusão serve para pensar, inclusive, sobre os limites da renúncia de direitos fundamentais por parte do réu em troca de uma solução mais favorável: há limites para a substituição do devido processo? Certamente sim. E é exatamente nessa intersecção que se encontram os possíveis freios aos acordos sobre a sentença, ou pelo menos um chamado a reflexão quanto à modulação de seus efeitos. Afirmar ser a verdade uma, dentre tantas outras, das finalidades do procedimento é, antes de tudo, uma defesa do devido processo legal. Como se pretende demonstrar, não é essa lógica que segue a sistemática dos acordos.

Inevitável para se avançar na polêmica questão sobre a verdade no Processo penal, portanto, que se passe pelo conjunto de críticas que a ela é apresentado quando definida como finalidade da persecução. Ao se recorrer ao esclarecedor estudo de DE-LORENZI e CEOLIN,

²⁵ DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 49.

pode-se agrupá-las, e sistematizá-las, basicamente em três grupos: (1) críticas políticas; (2) críticas filosóficas; e (3) críticas pragmáticas.²⁶

(1) Na esfera das críticas políticas encontra-se aquela principal sobre a suposta “*verdade real*” no Processo penal que, como se viu, antes de mais nada, diz respeito a uma má-colocação do problema sobre a verdade. Baseiam-se primordialmente da utilização de tal artifício como mecanismo para legitimar abusos e violações de direitos e garantias fundamentais dos acusados, ao se alargar as situações em que o juiz tem iniciativa probatória, herança de um certo tipo de pensamento inquisitivo baseado em um maquiavelismo vulgar de que os fins justificam os meios.²⁷ O problema deveria ser colocado de outra forma: a busca da verdade está atrelada ao princípio da investigação? Parece-nos que não. Busca da verdade não pode ser confundido com amplo rol de poderes instrutórios do juiz. Tanto não é um problema de sistema inquisitivo que o modelo adversarial americano, por sua vez, não rejeita a busca da verdade como fim do Processo, obviamente nas hipóteses em que o caso penal não seja resolvido por meio de acordos. O princípio da investigação diz respeito ao papel que se atribui a cada sujeito processual para atingir essa finalidade e, a seu turno, ao funcionamento das regras processuais. Toda Ciência tem princípios e limites para a busca da verdade, regras que não podem ser desconsiderados entre as variáveis para se atingir um resultado válido. E isso também sucede com o Direito, em geral, e o Processo, em

²⁶ DE-LORENZI, Felipe; CEOLIN, Guilherme. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 177, mar/2021, versão online.

²⁷ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 3.

particular, no qual os direitos e garantias fundamentais são limites explícitos à uma suposta busca incontrolável da verdade.²⁸

(2) Em termos filosóficos, desde há muito se afirma a impossibilidade de se atingir o conceito de verdade. CARNELUTTI, recorrendo à HEIDEGGER, em seu texto de 1965 “*Verità, dubbio, certezza*”,²⁹ já advertia para o fato de filosoficamente ser impossível se atingir a verdade, pois esta pressuporia uma ideia de totalidade inalcançável ao entendimento humano. Essa crítica, atrelada a um certo tipo de pensamento cético, pode satisfazer uma certa concepção filosófica, mas não parece conduzir a uma solução convincente às exigências próprias do Processo penal, bem mais restritas.

A ideia da busca da verdade no Processo parece ser bem mais singela, como apontam DE-LORENZI e CEOLIN: significa que a decisão deve estar de acordo com critérios verossímeis de verdade, e não estar ligada a uma falsa versão dos fatos. Em última análise, significa dizer: o mais relevante é que se tenha uma vinculação objetiva entre a decisão e os fatos exteriores ao processo.³⁰ A exigência da verdade, nesse caso, diz respeito inclusive à gravidade da consequência penal a ser aplicada. Aplicar uma pena injustamente a um inocente é atentar frontalmente com a ideia de busca da verdade.³¹ Outrossim,

²⁸ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 5.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XX, anno 1965, p. 4 e ss. Sobre as ideias de Carnelutti na doutrina brasileira vide: COUTINHO, Jacinto. Glosas ao ‘Verdade, dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre a propedêutica processual penal*, op. cit., p. 161 e ss.

³⁰ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 7.

³¹ Em sentido similar: MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY Rachel. *No processo penal, a verdade dos fatos é garantia*. Disponível em

quando se fala em busca da verdade, não se trata de recuperar o fato tal qual tenha acontecido, o que de fato é impossível, mas sim de certa proposição sobre fatos ocorridos no passado, que podem ser verdadeiras ou falsas conforme se assentem ou não nas provas trazidas ao conhecimento do magistrado, no caso.

(3) Por fim, no âmbito de preocupações pragmáticas, encontra-se a crítica segundo a qual o Processo penal não seria instrumento idôneo a conhecer a verdade, pelos problemas na reconstrução dos fatos pretéritos que apresentaria. A ineficácia epistêmica das técnicas de prova iria desde a possibilidade de valorar falsas memórias, colocando-se em xeque a credibilidade de testemunhas, ou ainda admitir reconhecimentos pessoais amparados por ressentimentos pessoais ou racismo estrutural.³² Tal crítica também seria mal colocada, uma vez que se dirige aos métodos da busca da verdade, não à busca da verdade em si.

A busca da verdade, pelo contrário, serve para garantir meios para uma melhor reconstrução dos fatos, não ser um subterfúgio para

<https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia>. Acesso em 19 de dezembro de 2021. Em síntese, as autoras sentenciam: “*Deve o processo penal perseguir a verdade? A resposta é afirmativa. A busca pela verdade pode ser resumida como a tentativa de fazer corresponder a premissa fática do raciocínio judicial com os fatos como efetivamente ocorreram. Não se quer apenas que a decisão seja válida do ponto de vista jurídico, mas também que ela seja justa – isto é, que atribua penalidade somente àqueles que as fazem por merecer. Logo, a preocupação com a relação entre processo penal e verdade consiste na preocupação com os erros judiciais que devemos evitar.*” Em resposta, com sentido diverso, e em grande parte repetindo o objeto da crítica apresentada: COUTINHO, Jacinto. *Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?* Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.

³² DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 8

aplicação de uma pena a qualquer custo. Sempre válido recordar que a busca da verdade não é e nem pode ser atrelada a uma busca cada vez maior de condenações. Pelo contrário, deve ser um meio de limitar o exercício da atividade cognitiva da jurisdição para valorar apenas os fatos verossímeis e evitar condenações injustas e sem um lastro probatório adequado para assegurar a imposição de uma sanção.

Em contraposição à tais posicionamentos críticos é possível sistematizar, também na linha de DE-LORENZI e CEOLIN, outros três argumentos em favor de se considerar a verdade como finalidade do Processo penal. São eles: (1) a busca da verdade pode ser considerada, na mesma linha a qual se filia FIGUEIREDO DIAS, como critério para a concretização da justiça material no caso concreto;³³ (2) considerar a verdade como garantia real do acusado, ao fazer depender sua pena de uma prova robusta de sua culpabilidade; e (3) de um ponto de vista eminentemente prático, ao se aceitar a possibilidade de revisão criminal dos enunciados formulados na sentença, com força de coisa julgada, se abre espaço para criticar a prévia avaliação sobre os fatos, dado que não corresponderiam à realidade.

(1) O Processo penal deve buscar sempre uma solução justa, previsível e isonômica ao caso penal. Para que uma decisão contemple todos esses adjetivos, DE-LORENZI e CEOLIN apontam a necessidade de dois requisitos fundamentais: a) que seja resultado de um procedimento de acordo com regras e princípios constitucionais e processuais; e b) que seja baseada em fatos considerados verdadeiros.³⁴ A verdade é um dos requisitos necessários para uma solução justa, mas

³³ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 43.

³⁴ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 9. No mesmo sentido: TAVARES; CASARA, *Prova e verdade*, op. cit., p. 15: “a verdade é não só uma condição inegociável à justiça da decisão como também um limite ao arbítrio estatal”.

não o único: uma decisão baseada em uma versão falsa dos fatos será inevitavelmente injusta.

(2) No entanto, nem sempre as decisões judiciais estarão baseadas em fatos verdadeiros e a intuição de justiça é insuficiente para afirmar sua certeza. Há ainda a necessidade de se recorrer a argumentos racionais para justificar a busca da verdade no Processo penal. De um lado, a aplicação de uma consequência jurídica depende sempre da adequação da norma a um pressuposto fático, condição necessária para sua subsunção. Esse processo pressupõe que as variáveis do silogismo sejam verdadeiras, a fim de que não se cheguem a conclusões inválidas: um argumento somente é válido e correto quando suas premissas sejam verdadeiras.

De outro, a busca da verdade diz respeito exigência dos fins a que se destina o Direito penal: a reafirmação da norma de conduta depende da veracidade dos fatos para efetivar a tutela de bens jurídicos, assim como somente a verdade sobre a culpa do réu possibilita a aplicação de uma pena justa e proporcional. Apenas assim se concretiza o princípio da culpabilidade.³⁵ Como bem lembram DE-LORENZI e CEOLIN, tais argumentos, antes de justificarem uma suposta busca da verdade real com quaisquer meios ilegítimos que esse propósito possa legitimar, reafirmam o papel da verdade como garantia do acusado.³⁶

(3) O terceiro argumento apontado pelos autores diz respeito ao instrumento processual da revisão criminal, fundado essencialmente na ideia de verdade e que opera sempre em favor do réu. Se a decisão penal fosse apenas um “*um ato de convencimento*

³⁵ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 10.

³⁶ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 10. Assim como MATIDA; NARDELLI; HERDY, *No processo penal, a verdade dos fatos é garantia*, op. cit., versão online.

formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo”,³⁷ sem a necessidade de uma vinculação epistemológica com os fatos em si considerados, não haveria razão para a desconstituição da coisa julgada, sempre quando todas as regras formais do procedimento fossem devidamente observadas.³⁸

4. Verdade e consenso

Como uma terceira via ao problema da verdade no Processo penal, a doutrina tem apontado uma ideia de consenso como passível de embasar a justeza das decisões. O consenso, como visto anteriormente, pode ser uma forma de obtenção de um critério de verdade. Segundo HABERMAS, “*verdade é uma pretensão de validade que vinculamos a enunciados ao afirmá-los*”.³⁹ No entanto, foge à tradicional definição da verdade como correspondência, isto é, cuja pretensão de validade se dá pela correlação empírica a um fato real, ao modo como os objetos se mostram à nossa experiência e pela qual podemos fazer afirmações sobre eles.⁴⁰ Para o filósofo, a teoria consensual da verdade pretende explicar um discurso como resultado não de uma coação lógica ou de uma coação empírica, mas pela força do melhor argumento, isto é, por sua motivação racional.⁴¹

Advogando a tese segundo a qual uma decisão baseada no consenso favorece a realização cooperada da justiça e com isso lhe garante mais dinamicidade, ANDRADE, seguindo a linha de

³⁷ LOPES JR, *Direito processual penal*, op. cit., p. 371 e ss.

³⁸ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 11.

³⁹ HABERMAS, *Teorias de la verdad*, op. cit., p. 114.

⁴⁰ HABERMAS, *Teorias de la verdad*, op. cit., p.118.

⁴¹ HABERMAS, *Teorias de la verdad*, op. cit., p.140.

HABERMAS, afirma que para a concretização desta possibilidade, emerge a necessidade de que, na construção do consenso, a relação intersubjetiva subjacente seja formada livremente, sem constrangimentos ou ameaças que maculem a manifestação de vontade do acusado.⁴² Referindo-se especificamente ao fenômeno do *plea bargaining*, como expressão máxima da justiça negociada, FISCHER chega a afirmar que a decisão construída no processo de negociação ajuda inclusive a proteger a legitimidade do sistema penal, uma vez que ao reconhecerem as partes uma decisão como válida, tiram do Judiciário o peso do erro acerca de uma condenação errada, pautada em falsas premissas.⁴³

Sem a pretensão de avançar na discussão da verdade na seara Filosofia em geral, ou no Processo penal em particular, o que renderia um trabalho autônomo,⁴⁴ a controvérsia assente na intersecção entre consenso e verdade seria a de se obter um enunciado verossímil não pelos fatos propriamente apresentados, mas pela negociação entre as partes envolvidas no caso penal. Dessa intersecção também surgem seus problemas. De um lado, ressaltando o ponto apresentado por ANDRADE, isto é, a ideia pela qual a decisão seria fruto de uma

⁴² ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 53.

⁴³ “*To the extent a plea bargain delivers a verdict that onlookers acknowledge to be truthful, it protects the jury and the system that sponsors it from the risk of issuing the wrong verdict – or to be precise, a verdict the public will perceive to be wrong*”, cf. FISCHER, *Plea bargaining’s triumph*, op. cit., p. 178. A visão segundo a qual os acordos evitariam o erro parece, antes de tudo, parcial e errônea. De fato, desde há muito a própria doutrina americana vem levantando os riscos advindos do fenômeno do *overcharging*. Cf. ALSCHULER, *Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes*, op. cit., p. 127 e ss.

⁴⁴ Sobre a questão da verdade no processo, vide, por todos, TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

manifestação de vontade voluntária e livre de qualquer coação. De outro lado, visto que é difícil exigir do Poder Legislativo a descriminalização material de algumas condutas proibidas, recorre-se ao procedimento para um controle racional da distribuição de penas. Daí surge a possibilidade da desformalização do Processo, a fim de se imponham condições às condutas leve ou mediamente lesivas, na forma de sanções sem natureza criminal, de maneira a racionalizar a atribuição de encargos na administração da justiça criminal.

Para HASSEMER, por sua vez, a negociação no Processo penal implica nada menos que o abandono sistemático da busca da verdade como critério legitimador do procedimento. Isso porque, na maioria dos casos envolvendo a média e grave criminalidade há especiais dificuldades probatórias que tornam a busca da verdade complexa e laboriosa. A solução simplificada ou abreviada de casos é um dos principais instrumentos para se obter respostas: em troca da confissão se oferece uma especial atenuação da sanção.⁴⁵ A lógica dos acordos é a de, justamente, evitar a busca da verdade. Como ressalta LANGER, importa menos em saber como os fatos ocorreram e mais atribuir às partes o poder de decisão.⁴⁶ Em realidade, sequer é necessária tal busca, haja vista a aceitação da sanção, ou condição nos casos do ANPP, depender apenas do consentimento do acusado.⁴⁷

Em linha similar, SCHÜNEMANN afirma que nesse movimento de meios alternativos de resolução de casos penais deve-se recorrer a outro princípio legitimador, no lugar da averiguação da verdade material para a aplicação de uma consequência jurídica. A pressão das circunstâncias exercida sobre o imputado, principalmente

⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Cidade do México: Ubijus, 2009, p. 20.

⁴⁶ LANGER, *From legal transplants to legal translations*, op. cit., p. 10.

⁴⁷ HASSEMER, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*, op. cit., p. 22.

a possibilidade futura de receber uma pena desvantajosa, impede que a aceitação do acordo seja interpretada como manifestação de puro consenso. Nada obstante, tal instituto pode ser perfeitamente legitimado ante aos interesses defensivos do acusado.⁴⁸ E isso como medida eminentemente político-criminal.

Principalmente no tocante aos acordos de não persecução penal, a resolução do caso penal, haja vista a presença de indícios de autoria e materialidade de um fato descrito na lei como típico, a justificativa se adere ao fato de que não haverá um juízo de cognição por parte do magistrado acerca da culpabilidade do acusado. Além disso, as condições aceitas pelo acusado pelo fato cometido, cujo cumprido integralmente o acordo, acarretarão na extinção de sua punibilidade, não possuindo natureza de consequência penal.⁴⁹

5. Considerações finais

Em que pese o *caput* do art. 28-A estabeleça como pressuposto para a formalização do acordo a confissão formal e circunstancial do acusado, a sentença que avalia os requisitos do acordo tem natureza eminentemente homologatória, nos termos do §6º do mesmo artigo. Outro questionamento é o de se a confissão efetivamente corresponde à narrativa dos fatos apresentada pelos agentes penais, ou se apenas foi obtida como simulacro estratégico de defesa ante à possibilidade de consequências penais mais graves em caso de eventual condenação (*overcharging*, por exemplo). Por esse exato motivo se vê com ressalvas a possibilidade de se utilizar essa confissão com valor probatório em

⁴⁸ SCHÜNENANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 104-105.

⁴⁹ *Mutatis mutandis*, acerca do *Absprachen* alemão (§153 StPO), vide: SCHÜNENANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 105.

outros procedimentos, dado que obtida sem o controle judicial do contraditório, além da corroboração exigida pelo art. 197 do CPP.

Ante o exposto, outra conclusão não é possível chegar senão aquela de que aos acordos atendem muito mais a uma utilidade dos sujeitos processuais do que a satisfação de algum critério de verdade.⁵⁰ Antes de tudo denota o caráter estratégico do discurso, na linha daquilo que aponta FOUCAULT em “*A verdade e as formas jurídicas*”.⁵¹ Os acordos de não persecução penal não se fundam propriamente em uma ideia de consenso, mas sim, de um lado, pelo poder-dever do Ministério Público de oferecer uma medida despenalizadora, por meio de uma faculdade atribuída e limitada a ele pela lei, como forma de caracterização de uma certa Política criminal.⁵² De outro lado, na ideia de estratégia processual de defesa, segundo a qual, diante do contexto dos indícios de provas apresentadas, o acusado quer obter uma resposta jurídica mais favorável a seu caso.

De toda forma, sob pena de se descerrar um acordo em um caso no qual fosse viável o arquivamento, por exemplo, o mínimo de verossimilhança é exigido em relação às provas colhidas no procedimento preliminar e a imputação atribuída pelo Ministério Público ao investigado. A verdade como coerência deve funcionar aqui como limite de garantia, e não, propriamente, como finalidade dos

⁵⁰ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 103.

⁵¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, p. 9. No mesmo sentido: PRADO, *Campo jurídico e capital científico*, op. cit., p. 61.

⁵² Em sentido análogo, sustentam LUCCHESI e ARNS DE OLIVEIRA que “*não há qualquer discricionariedade ampla na atuação do Ministério Público, tratando-se a oferta de proposta de ANPP de um poder-dever, proporcional e compatível com a infração imputada*”. Cf. LUCCHESI, Guilherme; OLIVEIRA, Marlus. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim do IBCCRIM*, v. 344, jul/2021, versão online.

acordos. A sua homologação judicial passa, necessariamente, pela análise da justa causa exigida para o exercício da ação penal.

Por sua vez, o problema sobre a verdade no Processo penal é um pouco mais problemático quando se está a tratar dos acordos sobre a sentença, que efetivamente produzem efeitos penais. Em tais casos há a necessidade de se comprovar a culpabilidade do acusado, não sendo suficiente sua confissão ou mero consentimento. Ante ao risco de se impor uma pena a um inocente, parece ilegítima a força de um falso consenso para fundamentar consequências jurídicas tão graves. De tal deficiência padece o instituto do *guilty plea* americano, por exemplo. Tenta-se substituir a ideia de realização de justiça material pela “*justiça do procedimento*”, nas palavras de SCHÜNEMANN.⁵³ Esse, no entanto, é um questionamento a ensejar outro trabalho.

6. Referências bibliográficas

ALSCHULER, Albert. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. In. GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual*. Salvador: JusPodivm, 2018

BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal penal*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.

⁵³ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 106.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XX, anno 1965.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto. Glosas ao ‘Verdade, dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In. COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

COUTINHO, Jacinto. Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala? Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.

DE-LORENZI, Felipe; CEOLIN, Guilherme. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 177, mar/2021, versão online.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo penal*. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 45.

FISCHER, George. *Plea bargaining's triumph*. Palo Alto: Stanford University Press, 2004.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el Proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2011.

HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo: Unesp. 2002.

HABERMAS, Teorías de la verdade. In. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Cidade do México: Ubijus, 2009, p. 20.

KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no Processo penal*. Belo Horizonte: Letramento, 2020

KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In. SALGADO, Daniel et. al (org.). i: acordos criminais, cíveis e administrativos. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 61 e ss.

LANGBEIN, John. Tortura e plea bargaining. In. GLOCKNER, Ricardo (org.) *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of Plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n.1, 2004.

LUCCHESI, Guilherme; OLIVEIRA, Marlus. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim do IBCCRIM*, v. 344, jul/2021, versão online.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY Rachel. No processo penal, a verdade dos fatos é garantia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.

NEUMANN, Ulfrid. *La pretensión de verdad en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil. In. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000.

SANTANA, Gabriel Andrade. *Verdade e Justiça negocial: o paradigma filosófico do novo realismo como limite à expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Brasília: IDP, 2019.

SCHÜNNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2020.