

JUSTIÇA CONSENSUAL: O SUICÍDIO DO DIREITO DE DEFESA TRANSFORMADO EM VIRTUDE

CONSENSUAL JUSTICE: THE SUICIDE OF THE RIGHT TO A DEFENSE AS A VIRTUE

Nadir Mazloum¹  

Escola Paulista da Magistratura, São Paulo/SP
mazloum14@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12709883>

Resumo: O novo modelo de justiça consensual vem sendo defendido de maneira entusiasmada na doutrina, e, o que é pior, de maneira fatalista, ao ponto de se ouvir com frequência que “a justiça consensual veio para ficar”. Este breve trabalho procurará demonstrar que é exatamente isso o que os adeptos da justiça negocial querem: por meio de discursos sedutores e fatalistas, querem que a justiça negocial seja aceita passiva e irrefletidamente. Fato é que uma análise mais refletida e ponderada sobre esse novo modelo de justiça não pode levar senão a uma única conclusão: a justiça negocial, alegando preservar o direito de defesa, o devido processo legal e o contraditório, elimina traiçoeiramente esses direitos e garantias do cidadão no processo penal.

Palavras-chave: justiça negocial; direito de defesa técnica; devido processo legal; contraditório.

Abstract: The new model of consensual justice has been defended enthusiastically in doctrine, and, what is worse, in a fatalistic way, to the point that it is often heard that “consensual justice has come to stay.” This brief work will seek to demonstrate that this is exactly what supporters of consensual justice want: through seductive and fatalistic speeches, they want consensual justice to be accepted passively and unreflectively. The fact is that a more reflected and considered analysis of this new model of justice can only lead to a single conclusion: consensual justice, claiming to preserve the right to a defense, to a due process of law and a contradictory proceeding, treacherously eliminates these rights and guarantees of citizens in criminal proceedings.

Keywords: consensual justice; right to a defense; due process of law; contradictory proceeding.

1. Introdução

A filósofa russa **Ayn Rand** foi uma vigorosa defensora da vida humana enquanto valor a ser protegido de forma intransigente pelo Estado e contra o Estado. Ela não apenas defendia com ardor a vida humana, mas buscava combater aquelas doutrinas que, sorrateiramente, procuravam coonestar a repressão pelo Estado a esse bem supremo. Daí a sua incisiva frase: “Mais vil do que assassinar um homem é lhe oferecer o suicídio como ato virtuoso” (**Rand**, 2010, p. 130). Menoscar teoricamente o valor da vida humana é permitir que o Estado possa mais facilmente investir contra esse bem sem receber críticas ou, o que é pior, permitir com que o Estado seja louvado por isso.

O paralelo com o alerta de **Rand** (2010) é valioso sobretudo àqueles que apreciam o valor do direito de defesa em um Estado Democrático de Direito, pois a tendência da doutrina processual penal hoje é fazer com ele — o direito de defesa — rigorosamente o mesmo: oferecer ao cidadão a ideia da renúncia

desse direito como um ato virtuoso. A justiça negocial, em todas as suas mais variadas manifestações, tem um núcleo indisfarçável: a supressão ou abreviação do devido processo legal, e, logo, com a consequente supressão daquilo que o devido processo legal tem no seu núcleo, o direito de defesa e o contraditório como corolário.

Neste breve texto, procurarei demonstrar que a justiça negocial, venerada de maneira supersticiosa e entusiástica hoje em dia, não passa de um sofisticado e traiçoeiro método totalitário de negação do direito de defesa, direito cujo respeito costuma ser o sinal infalível de que se vive em um Estado de Direito. Vejamos.

2. A justiça negocial enquanto doutrina científica de abreviação do processo penal

Quando pensamos no terror da Revolução Francesa, nossa mente imediatamente remonta à guilhotina. Mas bem analisado o fenômeno, a

¹ Pós-Graduado *lato sensu* na Escola Paulista da Magistratura – Especialização em Direito Processual Penal. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2355549636052706>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4108-8577>. Instagram: <https://www.instagram.com/nadirmazloum>.

guilhotina era apenas o resultado sensível de todo um aparato jurídico-legal que a precedia. A Lei 22 de Prairial, a famigerada Lei dos Suspeitos, tudo isso existia precisamente para que a guilhotina não aparecesse como um ato brutal e repugnante da repressão jacobina: ela era apenas o cumprimento daquele aparato jurídico existente. Logo, aparato que a coonestava.

Da mesma forma, o perigo da justiça negocial não é apenas que ela abrevia o processo penal de seu devido trâmite: ela o faz com ares de cientificidade jurídico-doutrinária. É uma violência do Estado que é coonestada cientificamente. Não é algo novo, se pensarmos bem. Sempre existirão teóricos prontos para justificar uma forma de repressão estatal que, a rigor, é ilegítima. Todo aparato teórico da Escola Positiva italiana, por exemplo, era de um refinado absolutismo processual. **Rafaele Garofalo** (1893, p. 408, grifo nosso), despididamente, pregava:

No sistema da escola positiva o julgamento deveria revestir formas muito diversas. Antes de tudo, *nenhuma necessidade de uma discussão sobre o fato quando o réu tenha sido surpreendido em flagrante ou plenamente e haja confessado e não exista motivo para duvidar de tal confissão*. A discussão sobre o crime deveria limitar-se, como ainda hoje se faz em Inglaterra, ao caso em que o imputado se declare inocente e pronto a fornecer provas disso. *Nem a presença de um defensor deveria ser exigida pela lei sob a pena de nulidade. A imprescindível necessidade de um advogado que sustente a inocência ou a menor culpabilidade do imputado é muitas vezes um não senso*.

Talvez **Garofalo** tenha externado aquilo que se encontra firmemente estabelecido como sentimento em muitas autoridades, mas que não têm a mesma “coragem” do positivista italiano em externá-la publicamente. Longe de reconhecer juridicamente o direito de defesa como algo insuprimível do devido processo, propunha **Garofalo** o exato oposto: reconhecer a inutilidade e até o prejuízo do direito de defesa para a justiça. Rigorosamente o mesmo que os adeptos desse novo modelo consensual de justiça procuram oferecer de modo sedutor. Toda a teoria da justiça negocial passa por admitir, mais ou menos disfarçadamente, a abreviação do devido processo legal, o que prova que de fato o pensamento de **Garofalo** não é algo isolado no pensamento jurídico. É fundamental, então, estar sempre reafirmando a necessidade do direito de defesa como núcleo *sine qua non* do devido processo, pois teorias de sua inutilidade e da necessidade de sua supressão, ou, mais delicadamente, de sua abreviação, sempre surgirão silenciosas e traiçoeiramente e sempre encontrarão adeptos prontos para justificá-la com ares de cientificidade jurídica. Quando a comunidade acadêmica aceita, passivamente, a justiça consensual, dizendo que ela “veio para ficar”, ela — a comunidade acadêmica — permite com que doutrinas abreviadoras do processo penal ganhem cientificidade jurídico-acadêmica, contribuindo para a ideia de que o direito de defesa deve ser mesmo suprimido ou, no máximo, abreviado.

É preciso então reafirmar que a justiça negocial tem no centro de seu aparato teórico esse núcleo inafastável: ela é uma forma de abreviação do processo. Mas a justiça negocial, para além dessa inconstitucionalidade frontal ao devido processo, contém ainda algo mais venenoso, por assim dizer.

3. A justiça negocial enquanto doutrina científica de negação da defesa

Precisamente por ter como objetivo indistigível a abreviação do processo penal, a justiça consensual não pode ter como meio para atingir esse fim senão a eliminação daquilo que “prolonga” o processo: a defesa. Na visão dos adeptos da justiça negocial, a defesa torna o processo “prolongado” demais, conflitivo, e, por isso, o consenso é a melhor saída para eles: a defesa então adere à acusação e com ela faz um acordo sobre a aplicação imediata da pena. É evidente que isso soa como uma investida muito clara e escancarada sobre o direito de defesa. Seria preciso então algo mais “sofisticado” para que a justiça consensual fosse aceita sem mais “protestos”, por assim dizer.

Investigando então com mais profundidade a justiça consensual, veremos que o perigo não é somente esse de conferir cientificidade jurídico-doutrinária à supressão do direito de defesa. Os seus adeptos vão mais além, afirmando então: a justiça negocial é uma “técnica defensiva”. Aí o aspecto insidioso da justiça negocial: como ver violação ao direito de defesa em algo que é oferecido como uma “técnica de defesa”? A sofisticação do discurso consensualista é precisamente o de poder encobrir, por meio de palavras grandiloquentes, a gravidade de um modelo de justiça que retira do cidadão o seu mais elementar direito frente ao Estado: o direito de se defender.

A justiça consensual anula no direito de defesa o que é o seu atributo essencial: o ser a reação à acusação. Numa primeira, singela e até vulgar definição, pode-se dizer que a defesa é uma repulsa a um ataque (**Carulli**, 1974). Traduzindo essa definição à ciência processual, tem-se então a defesa como “*repulsione dell’attacco che si fonda su di un preteso diritto statuale*

di punire” (**Carulli**, 1974, p. 8). **Dinacci** (1977, p. 198) define a defesa como “*rigetto dell’attacco derivante dall’esercizio della potestà punitiva spettante alla comunità*”. Nesse sentido estrito, a defesa é aquela função processual desenvolvida com o fim de negar a pretensão punitiva que o Estado quer fazer valer no processo. É, em suma, reação à acusação, a sua negação, uma “*attività di resistenza o di limitazione*” (**Bellavista**, 1964, p. 455) em face da pretensão punitiva; antípoda, em suma, da acusação. Como ensina **Graziano** (1913, p. 24), a defesa:

[...] *costituisce in senso lato quella funzione processuale che è l’anima del processo penale, perpetuamente in lotta con un’altra funzione opposta e contraddittoria, che inizia l’attacco e persegue il processo fino alla fine: l’accusa*.

Sempre pareceu à doutrina uma exigência sine qua non da construção dogmática do processo penal a individualização conceitual da acusação e da defesa pelo método de contraposição recíproca das duas funções, exurgindo dessa contraposição, como anota **Bellavista** (1964, p. 454), um valor dogmático que “*è utile soprattutto per estraniare dal concetto di difesa ogni attività accusatoria*”.

Se a defesa tem no seu núcleo conceitual o ser a negação da acusação, de onde que tiraram então a ideia de que a justiça consensual — que é a adesão à acusação pela defesa — é uma “técnica defensiva”? O objetivo é o seguinte: além de ser aquele estratagema sofisticado de encobrir a negação do direito de defesa, procura-se passar a ideia de que algo é defensivo por beneficiar o acusado de alguma forma. **Carulli** (1974, p. 12) bem observa que da expressão “defesa” deve-se afastar qualquer situação que, ainda que benéfica ao acusado ou que lhe remova um prejuízo, não constitui atividade defensiva, vale dizer, uma atividade cujo núcleo é a reação à acusação. Do contrário, qualquer situação processual que favoreça o réu, ainda que produzida por ele ou por seu defensor técnico — ou até mesmo produzida pelo juiz ou pelo Ministério Público na aplicação objetiva da lei —, mesmo que não tenha conteúdo defensivo (reação à acusação), seria considerada uma forma de “defesa”, que é precisamente o que fazemos com a delação ou qualquer outra forma de justiça consensual. Mas essas manifestações processuais, ainda que tenham participação da defesa e lhe tragam algum “benefício processual”, não são e não têm como ser “técnica defensiva”, pois carecem do elemento nuclear da atividade defensiva: reação à acusação. Aliás, a delação, longe de ser a reação à acusação, é a atividade que a confirma e ainda lhe agrega volume, acrescentando uma segunda acusação. Percebe-se agora porque os adeptos da justiça consensual tomam o cuidado de apresentá-la, “sofisticadamente”, como uma técnica defensiva: suprime-se o direito de defesa sem parecer fazê-lo. Se procedermos ainda mais a fundo na investigação, perceberemos que a justiça negocial é uma sofisticada técnica da acusação de se fazer prevalecer sobre o próprio juiz e o poder de decidir que lhe é exclusivo, pois, sem a defesa, a acusação deixaria de ser acusação para ser a própria decisão, como bem escreveu **Foschini** (1965, p. 266):

Anche l’accusa più evidentemente fondata, in quanto è accusa e non decisione, postula sempre la esistenza della antitetica situazione logica e cioè della difesa, poiché la evidenza dell’accusa non può essere che facilità nella risoluzione del dubbio che il giudizio deve pur sempre pressupporre. Infatti la evidenza non sorge se non nel raffronto tra l’accusa ed il suo antitetico pensiero, cioè la difesa. Affermare la colpevolezza è lo stesso che negare la innocenza. Valutare la colpevolezza di un imputato nella sua esistenza e nella sua entità altro non significa se non valutare anche e parimente la innocenza dell’imputato nella sua esistenza o nella sua entità. Ecco perché un giudizio non può essere valutazione dell’accusa senza che nello stesso tempo sai anche valutazione della difesa. L’accusa e la difesa non sono che imprescindibile poli dialettici per cui l’uno non avrebbe né significato né valore senza dell’altro. Un’accusa senza una difesa non è pensabile così come non lo sarebbe una difesa senza alcuna accusa. Un’accusa senza difesa sarebbe un’accusa al di fuori del dubbio, cioè un’accusa che contraddittoriamente sarebbe una condanna, cioè non accusa ma già decisione.

Como se vê, o direito de defesa é algo imanente à própria acusação, se quisermos que acusação assim permaneça. Toda acusação, juridicamente considerada, traz em si o germe do direito de defesa. É ela que instaura, ato contínuo ao seu nascimento, o direito de defesa. Uma acusação é algo que não prescinde da defesa para que a Justiça atinja o seu destino: a sentença, absolutória ou condenatória. E, na linha do raciocínio acima, quanto mais grave e terrível a acusação, tanto mais a justiça se vê necessitada de ver essa acusação contraditada, tanto mais a justiça reclama o auxílio da defesa em seu favor, e a função da defesa aparece como indispensável à administração da justiça, que seria reduzida, sem a defesa, a uma afirmação unilateral, vale dizer, a acusação. Na feliz síntese de **Ortolan** (1875, p. 569), sem o direito de defesa, “*la justice pénale n’est pas justice, elle est oppression*”.

4. A justiça negocial enquanto doutrina científica de negação do contraditório

Portanto, para fornecer esse auxílio à justiça, para que a justiça não seja reduzida à opressão estatal, a defesa não pode ser senão defesa: reação à acusação. Por esse ângulo, chega-se à conclusão de que a própria expressão “justiça consensual” é uma contradição em termos: se há o consenso da defesa com a acusação, justiça não há, pois não há devido processo, mas acusação pura e simples, transformada em decisão, pura e simples. Precisamente por abreviar o devido processo e negar a defesa enquanto manifestação desse devido processo, a justiça negocial carece do elemento fundante e constitucional da administração da justiça: o contraditório (art. 5º, LV, CF).

A defesa, mais do que um direito do acusado, é antes um componente necessário do processo para que o juiz possa decidir com justiça e segurança. “*La défense*”, pondera Hélie (1858, p. 499), “*n’est pas moins nécessaire au juge qu’à l’accusé lui-même*”. Ela é necessária ao juiz mais do que ao acusado, pois lhe fornece o que ele precisa para bem conhecer os fatos: o contraditório. Como observa Carnelutti (2004, p. 231, grifo do autor), “o juiz, quando o imputado não o faz, nomeia o defensor *nem tanto para que a parte, mas para que o processo não fique sem defesa*”.

Sem a contradição eficaz à acusação em que consiste a defesa, a justiça estará constantemente exposta ao risco de errar. Vale lembrar o alerta de Pascal (2023, p. 182):

A contradição é um mau sinal de veracidade. Muitas coisas certas são contraditas, e muitas falsas passam sem contradição. Nem a contradição é sinal de falsidade, nem a ausência de contradição é sinal de veracidade.

A supressão da defesa é precisamente a supressão dessa contradição necessária ao pleno conhecimento dos fatos pelo juiz. O contraditório é garantia não da defesa, mas do processo: o processo é procedimento em contraditório. E para que o processo tenha contraditório, ele postula aquilo que personifica o contraditório: a defesa, mas a defesa enquanto reação à acusação, a verdadeira defesa. Suprima-se essa verdadeira defesa e suprimido estará o contraditório. Suprima-se o contraditório e não haverá tanta distinção entre a afirmação unilateral da acusação que sobrevive isolada no processo e um grito em praça pública acusando alguém como culpado de um crime. A única garantia que esse tipo de processo consensual fornece ao acusado é a de que, ao contrário do que ocorreria em praça pública, ele não será linchado. Fora isso, existe tanta garantia de defesa e de contraditório numa como noutra hipótese.

5. Conclusão

Depois de toda essa análise, a pergunta que qualquer um deve se fazer é: a justiça negocial, bem analisada, sobrevive ao filtro de sua constitucionalidade (art. 5º, LIV e LV)? A resposta negativa é indubitável. Positivar e declarar direitos e garantias na Constituição é um passo fundamental para a contenção do poder punitivo. Mas declarar na Constituição não basta, como advertiu Constant (2005, p. 153):

Todas as Constituições que foram dadas à França garantiam igualmente a liberdade individual e, sob o império dessas Constituições, a liberdade individual foi violada sem cessar. É que uma simples declaração não basta: são necessárias salvaguardas positivas; são necessários corpos suficientemente poderosos para empregar em benefício dos oprimidos os meios de defesa que a lei escrita consagra.

Para que o direito de defesa seja realmente útil ao cidadão não basta declará-lo na Constituição; é preciso vê-lo atuar exatamente no momento em que o cidadão dele necessita e o reivindica como direito: quando é acusado. A atuação efetiva e plena desse direito exige a defesa como tal: reação à acusação. O advogado de defesa, enquanto manifestação desse direito, não cumpre o seu papel de reagir à acusação quando a ela adere passiva e servilmente. A justiça negocial, valendo-se do rótulo traiçoeiro de “técnica defensiva”, faz prevalecer a acusação sozinha, unilateral, incontestada e incontestável no processo, e por isso a sua inconstitucionalidade: é a prevalência, no processo penal, de uma afirmação sem defesa e, conseqüentemente, sem contraditório.

O grande desafio da doutrina nacional hoje é saber resistir com coragem a esses sedutores — e fatalistas — discursos da justiça consensual. Para que o direito de defesa possa ser afirmado e reafirmado no processo penal como necessário à administração da justiça, ele precisa antes ser afirmado e reafirmado na doutrina como tal. A doutrina pátria precisa escolher entre duas alternativas mutuamente excludentes: ou afirmar sonoramente que a justiça negocial é inconstitucional, por violação frontal e descarada aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal; ou validar a sua constitucionalidade e permitir a vigência tranquila de um modelo de processo penal sem defesa e sem contraditório.

Aderir passivamente à justiça negocial significa negar a defesa enquanto meio imprescindível para o regular desenvolvimento do processo penal, entendido esse regular desenvolvimento como meio de tutela das liberdades públicas, e não como meio de coonestar os interesses da acusação, que não raro são interesses políticos e contrários à justiça. Não é coincidência que a justiça consensual teve larga e confortável aplicação na Operação Lava-Jato, o que revela que esse modelo de justiça, longe de ser prestigiado, merece antes ser visto com extremas cautelas, ou até mesmo ser denunciado ao extremo até que ele venha cessar de existir em definitivo.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:**

o autor garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

MAZLOUM, N. Justiça consensual: o suicídio do direito de defesa transformado em virtude. *Boletim IBCCRIM*, v. 32, n. 382, p. 29-31. [https://](https://doi.org/10.5281/zenodo.12709883)

doi.org/10.5281/zenodo.12709883. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1006. Acesso em 06 ago. 2024.

Referências

BELLAVISTA, Girolamo. Difesa giudiziaria penale. In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del Diritto*. vol. XII. Varese: Giuffrè, 1964. p. 454-464.
CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. v. 1. Tradução: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
CARULLI, Nicola. *La difesa dell'imputato*. Nápoles: Eugenio Jovene, 1974.
CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
DINACCI, Ugo. *Saggi di diritto e procedura penale*. Roma: Bulzoni, 1977.
FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del Diritto Processuale Penale*. v. I. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1965.

GAROFALO, Rafaella. *Criminologia*. Tradução: Julio de Mattos. São Paulo: Teixeira, 1893.
GRAZIANO, Silvestro. *La difesa penale nell'istruttoria*. 2. ed. Bolonha: Fratelli, 1913.
HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle*. v. 8. Paris: Charles-Hingray, 1858.
ORTOLAN, Joseph Louis Elzear. *Éléments de droit penal*. Tomo 2. Paris: Plon, 1875.
PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Tradução: Christian Lesage. Campinas: Kirion, 2023.
RAND, Ayn. *A revolta de Atlas*. Tradução: Paulo Henrique Britto. São Paulo: Arqueiro, 2010.

Recebido em: 14 02 2024. Aprovado em: 03 07 2024. Última versão do autor: 04 07 2024.