

# Devido processo legal e o conceito de justo: o consenso para a gestão de conflitos em um devido processo penal ético e dialogado

## Due process of law and the concept of righteous: consensus for conflict management in a due ethical and dialogued criminal process

**Karyna Batista Sposato**<sup>1</sup>

Universidade de Federal de Sergipe, Brasil  
sposato@academico.ufs.br

**Henrique Ribeiro Cardoso**<sup>2</sup>

Universidade de Federal de Sergipe, Brasil  
henrique@mpse.mp.br

**Eliezer Siqueira de Sousa Júnior**<sup>3</sup>

Universidade de Federal de Sergipe, Brasil  
eliezerjr@hotmail.com

### Resumo

O presente artigo se propõe a analisar o processo judicial como ferramenta de proteção de direitos e sua relação com a ideia de processo justo, inserida no devido processo legal ao longo da história. Verificar o conceito do que seja justo se torna importante para elucidar o campo de ação do processo na apresentação de respostas adequadas aos constantes conflitos na seara penal. Compreender o pensamento de teóricos da justiça, como Aristóteles e John Rawls, é imprescindível para conceber o processo penal como campo

---

<sup>1</sup> Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Coordenadora dos Observatórios Sociais da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Programa de Pós-graduação em Direito. Departamental CCSA 02, sala 7, térreo, Cidade Universitária. Avenida Marechal Rondon, s/n. Bairro Jardim Rosa Elze. CEP 49.100-000. São Cristóvão/SE, Brasil.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça em Sergipe. Professor de Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes. Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Coordenador Adjunto do Programa de Pós-graduação em Direito. Departamental CCSA 02, sala 7, térreo, Cidade Universitária. Avenida Marechal Rondon, s/n. Bairro Jardim Rosa Elze. CEP 49.100-000. São Cristóvão/SE, Brasil.

<sup>3</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Mestre em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Programa de Pós-graduação em Direito. Departamental CCSA 02, sala 7, térreo, Cidade Universitária. Avenida Marechal Rondon, s/n. Bairro Jardim Rosa Elze. CEP 49.100-000. São Cristóvão/SE, Brasil.

adequado para a busca de soluções justas e efetivas. Assim, objetiva-se neste trabalho atrelar o processo judicial a uma decisão justa elaborada pelo consenso dos envolvidos como forma de se garantir o devido processo legal e proporcionar resultados adequados e concretos aos problemas no processo penal.

**Palavras-chaves:** devido processo legal; cláusula geral; consenso; resolução de conflitos.

### **Abstract**

This article aims to analyze the judicial process as a tool for protecting rights and its relationship with the idea of fair process and due process throughout history. Verifying the concept of what is fair becomes important to elucidate the field of action of the process in presenting adequate responses to the constant conflicts in the penal area. Understanding the thinking of justice theorists, such as Aristotle and John Rawls, is essential to conceive the criminal procedure as an adequate field for the search for fair and effective solutions. Thus, the objective of this work is to link the judicial process to a fair decision elaborated by the consensus of those involved as a way to guarantee the due legal process and provide adequate and concrete results to the problems in the criminal process.

**Keywords:** due process of law; general clause; consensus; conflict resolution.

## **Introdução**

Ao lado de expressões como “constitucionalidade”, “supremacia constitucional” e “dignidade da pessoa humana”, o devido processo legal se revela como elemento essencial para a compreensão e o desenvolvimento do direito através dos séculos. Não são raras as vezes em que se encontram imprecisões acerca do seu conceito e de seu alcance. O devido processo legal é invocado para tratar desde a nulidade de meros procedimentos até a nulidade essencial de um processo que tramitou em estrita obediência à lei de regência, mas que não teria satisfeito à teleologia do “princípio”.

Uma das vertentes conceituais diz respeito ao que se chama de “processo justo”, ou seja, a busca por um procedimento que respeite os corolários previamente estabelecidos e que apresente uma resolução adequada da demanda, com a prestação, também, de uma tutela efetiva, que garanta os direitos envolvidos<sup>4</sup>. Ao lado desta vertente do “processo justo”, quadra analisar, também, no que consiste esta noção do que seja “justo”, numa concepção objetiva, inicialmente desenvolvida por Aristóteles, e que interessa na análise do instituto do “due process of law”: a análise de um processo justo e de suas perspectivas.

---

<sup>4</sup> Leonardo Greco chama a atenção de que o devido processo legal é denominado “Processo justo” na Convenção Europeia de Direitos Humanos e no artigo 111 da Constituição Italiana. (2002. p. 02).

Esse artigo esquadrinha o devido processo legal, suas origens e desdobramentos, bem ainda suas repercussões na sociedade de nosso tempo. Após, provoca uma reflexão sobre o conceito de justo traçado por Aristóteles, base no Ocidente para essa compreensão, e por John Rawls, autor destacado sobre o tema, com sua importância para a ideia do consenso, a resolução de disputas e sua expansão no direito processual penal brasileiro. O conceito de justo, contido no devido processo legal, será analisado em seu aspecto meta jurídico – ético e filosófico, precipuamente – ao se aproximar do conceito Aristotélico de justo<sup>5</sup>.

Em atenção ao objeto da pesquisa, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, servindo-se a pesquisa de premissas já validadas, com ampla revisão bibliográfica acerca da inefetividade do modelo clássico do processo penal brasileiro com o fito de construir um sólido quadro de referência teórico apto a fundamentar possíveis soluções aos problemas por este modelo enfrentados, com destaque à serventia de métodos mais adequados a demandas penais, de acordo com as necessidades do Judiciário, da sociedade e, especialmente, dos envolvidos.

## **O devido processo legal: raízes históricas, natureza jurídica e sentido contemporâneo**

Tem-se como surgimento do devido processo legal a Magna Carta de 1215, embora haja controvérsias em relação a isso<sup>6</sup>. Nesta época, os Reis estabeleciam acordos informais com os nobres da Inglaterra, que escolhiam o soberano em troca de assumir alguns encargos com os senhores feudais<sup>7</sup>. João Sem Terra, após aproximadamente treze anos de um reinado desastroso, vendo-se acuado, em 24 de maio de 1215, ocasião em que os barões marcharam sobre Londres negando lealdade à Coroa, com forte adesão da população local, assinou, no dia 15 de junho daquele ano, o documento conhecido como “Artigo dos Barões”.

Assim, a Carta de 1215, longe de ser uma benevolência da Coroa, revelou-se como uma exigência dos senhores feudais em resposta ao despotismo real, que restou derrotado pelos Barões e pela Igreja Católica, que também foi alvo de retaliações de João Sem Terra<sup>8</sup>. De início, observa-se que a preocupação dos elaboradores do texto era de garantir uma série de direitos aos Barões, o que levaria a crer que os elaboradores do texto não tivessem ideia do que seria uma lei geral e para todos naquela época, ou que o documento se destinasse a proteger direitos do povo em geral.

---

<sup>5</sup> Toma-se, para os objetivos deste artigo, o conceito Aristotélico de justo para fornecer um contorno ético, ao lado das já conhecidas concepções formal e material, ao devido processo legal.

<sup>6</sup> Maria Rosynete Oliveira Lima enfatiza que a Carta de 1215 não trouxe a expressão “*due process of law*”, mas sim “*legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*” (em tradução livre, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra), expressão que apareceu em documentos anteriores, como o decreto feudal de 1037, da lavra do Rei Conrado II, Imperador Romano, e nas Leis do Rei Henrique, de 1118, bem como no *iudicium parium*, encontrado em leis alemãs do século XI (LIMA. 1999. p. 22 e 33). A expressão *due process of law*, viria a aparecer, pela primeira vez, em 1354, no conhecido *Statute of Westminster of the Liberties of London*, quando a Carta Magna, pela primeira vez, apareceu no idioma inglês, durante o Reinado de Eduarco III (1999. p. 34).

<sup>7</sup> Os Reis ingleses subiam ao trono através de sufrágio, e não por suposto direito divino, eleição esta, obviamente, nada universal, pois contava em seu colégio eleitoral com os poderosos donos da terra (LIMA. 1999. p. 26).

<sup>8</sup> A Magna Carta foi redigida em latim, língua oficial da Igreja Católica.

O capítulo 60<sup>o</sup> da Magna Carta, por exemplo, obrigava os Barões a concederem aos indivíduos que habitavam suas terras os mesmos costumes e liberdades que lhes outorgaram, o que fez com que o documento alcançasse inegável apoio popular. Aponta-se assim que, desde o início, a Magna Carta possuía um viés mais amplo do que o pretendido, transcendendo os destinatários oficiais da missiva ao tutelar interesses que não pertenciam à Realeza e à Nobreza, com a concessão de certas liberdades dos plebeus, clérigos e afins, ao limitar tanto ao poder real quanto ao poder feudal. Estava dado um passo significativo para a substituição da força da Coroa pelo poder da lei.

Ao atravessar o Oceano Atlântico, foi nas antigas colônias inglesas no Norte da América que o devido processo legal ganhou contornos mais amplos. Além de uma série de direitos ligados à vida, liberdade e propriedade, bem como o óbvio sentido processual do direito a um processo ordenado (*orderly proceedings*), surge, por volta do século XIX, um sentido mais substancial do “*due process of law*”, fruto de pressão de interesses econômicos<sup>10</sup>. E, muito embora a Constituição Americana não contivesse, em sua redação original, a expressão “*due process of law*”, foi em terras estados unidenses que a dimensão substancial aflorou e ganhou importância<sup>11</sup>.

A Quinta Emenda introduziu à Constituição Americana a expressão “ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. Considerada por alguns como a mais importante emenda constitucional dos Estados Unidos da América, a cláusula continha, primitivamente, contornos mais modestos, notadamente de cunho processual. Junto à mesma, a Décima Quarta Emenda também surgiu da necessidade de se declarar a igualdade entre os cidadãos dos Estados Unidos, ao prever que nenhum estado poderia restringir direitos “nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

No Brasil, a positivação constitucional do devido processo legal só se deu com a promulgação da Constituição de 1988. É de se observar que a Carta Imperial de 1824, nossa primeira carta política, foi escrita após a Quinta Emenda do texto constitucional dos Estados Unidos da América, não acarretando, portanto, qualquer influência sobre nossa primeira constituição, muito embora trouxesse limitações estatais aos direitos individuais<sup>12</sup>.

A partir do primeiro texto constitucional, o que se teve no Brasil foram declarações de direitos e garantias nas demais constituições como irradiação do devido processo legal no Brasil, sobretudo na seara penal, como mera garantia procedimental, só chegando ao campo

---

<sup>9</sup> “E mais, todos os referidos costumes e liberdades que concedemos para serem observados no nosso reino, na medida em que nos concerne em relação aos nossos homens, clérigos ou leigos, estes deverão observar em relação aos seus próprios homens.” (Tradução livre).

<sup>10</sup> Atribui-se ao precedente *Dred Scott v. Sandford* (1857) o início da chamada dimensão substancial do devido processo legal. No caso, uma lei local violava direitos de senhores de escravos sem atender ao *due process of law*, o que fez a Suprema Corte dos Estados Unidos anular o ato legislativo local (Missouri Compromise). (LOPES. 1999. p. 73-74).

<sup>11</sup> É interessante notar que, já no início, o devido processo legal não se referia apenas a um aspecto procedimental, na medida em que se lançava, sobretudo, à proteção de direitos materiais como a vida, a liberdade e a propriedade. Desta feita, ainda que não se tratasse ainda de uma faceta substancial, o seu nascedouro já apontava para uma proteção meta processual.

<sup>12</sup> O art. 179 da Constituição de 1824 corresponderia ao art. 5<sup>o</sup> da nossa atual Constituição. Naquele artigo, constavam incisos que, por exemplo, impediam que uma pessoa fosse presa sem a culpa formada, excetuados os casos declarados em lei (inciso VIII); ninguém poderia ser sentenciado senão pela autoridade competente constituída por lei anterior e na forma por ela prescrita (inciso XI); bem como garantia o direito à propriedade em toda a sua plenitude (inciso XXII).

civil de modo generalizado e sobre o mesmo enfoque procedimentalista<sup>13</sup>. Portanto, até a Constituição de 1988, o devido processo penal sempre foi considerado uma “norma implícita” do direito brasileiro<sup>14</sup>. A partir da promulgação da Carta Cidadã, tem-se, pela primeira vez a positivação do devido processo legal no art. 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Com o surgimento, posteriormente, da dimensão substancial, o devido processo legal deixa de ser mero requisito procedimental e passa a ganhar significados mais amplos. Com a positivação do Direito, fruto da concepção de um Estado de Direito dentro da Modernidade, surgiu a necessidade de que o Estado, através das leis, regulasse as condutas humanas e sociais, em uma pretensão de conseguir, por si mesmo, a resolução dos conflitos através da pacificação social. Entretanto, o ideal moderno entrou em colapso justamente porque possuía uma aspiração inalcançável: a de unir a humanidade em torno de seres humanos totalmente iguais. E com a falência da modernidade, surge um novo movimento filosófico, com bastante influência na cultura jurídica: o fenômeno pós-moderno.

A cultura jurídica deste pós-modernismo se caracteriza por um direito “plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo” (SOARES, 2008, p. 23). Assim, se a modernidade tinha como objetivo regular os conflitos sociais através da força da lei, a pós-modernidade demonstra que tal aspiração não se mostra atingível, o que revela a necessidade por parte dos operadores do direito de buscarem outras ferramentas para regular, satisfatoriamente, as relações humanas.

Para tanto, várias técnicas surgiram para, ao lado dos diplomas legais, ampliar os meios aptos e disponíveis ao intérprete e aplicador da lei, como, por exemplo, com a adoção das chamadas “cláusulas gerais”. Tem-se por cláusula geral um enunciado normativo, de conteúdo indeterminado, que possibilite ao intérprete adaptá-la ao caso concreto que lhe é apresentado em razão do contexto que o permeia. São elementos internos dos sistemas jurídicos que conectam as normas escritas e suas mudanças ocasionadas por valores obtidos em uma sociedade em constante transformação.

Ao lado da cláusula geral, tem-se ainda o denominado conceito jurídico indeterminado. Muito embora ambos se caracterizem pela amplitude de suas definições, no conceito jurídico indeterminado o juiz apenas preenche o termo vago previsto em lei, aplicando a consequência jurídica previamente estabelecida em lei.

Assim, o que torna os institutos semelhantes é que, em ambos, a hipótese normativa não está prevista previamente, ao passo que a diferença reside em que, enquanto na cláusula geral a providência a ser aplicada não está previamente estabelecida, no conceito jurídico indeterminado a referida providência é estabelecida de antemão pela norma legal.

Rodrigo Reis Mazzei (2005. p. 83-84) informa que expressões vagas podem funcionar ora como cláusulas gerais, ora como conceitos jurídicos indeterminados e até como princípios, a

---

<sup>13</sup> Isto pode ter acontecido em virtude de uma histórica visão brasileira do Direito Civil como uma vertente eminentemente contratualista, fulcrada fortemente na autonomia da vontade, “pacta sunt servanda”, o que contribuiu para a demora na importância do devido processo legal para este ramo do direito.

<sup>14</sup> Nos anos 70 do século passado, no RE 86.297/SP, o então Ministro Do Supremo Tribunal Federal João Leitão de Abreu, em alusão a outro então Ministro daquela Casa, Francisco Manoel Xavier de Albuquerque, ao se aproximar da ideia do direito natural, tratava a presunção de inocência diante da mera existência de processo que pudesse acarretar em inelegibilidade de candidato eleitoral, reporta de tais princípios são eternos, universais, imanes, que não precisam estar inscritos em Constituição alguma.

depende da delimitação que esse conceito vago terá. A boa-fé, por exemplo, pode ser tomada como princípio geral do direito (o princípio não positivado da boa-fé), como conceito jurídico indeterminado (no caso da boa-fé como requisito para a aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária – arts. 1.238 e 1.260 do Código Civil Brasileiro), ou ainda como cláusula geral (a boa-fé nos contratos – art. 422 do CCB).

É interessante notar que, nem sempre, um instituto será princípio, conceito jurídico indeterminado ou cláusula aberta, em si mesmo considerado. Curial é saber que, a depender do referencial adotado, uma expressão poderá ter qualquer um dos sentidos citados. Entretanto, em relação ao devido processo legal, chega-se à conclusão de que se trata, em regra, mais de cláusula aberta do que conceito jurídico indeterminado ou princípio, ao menos no plano constitucional.

Isso porque na cláusula do devido processo legal, tanto a hipótese normativa quanto a consequência jurídica, não restam previamente estabelecidas pela Constituição Federal (art. 5º, LIV). Ainda que o ordenamento infraconstitucional possa trazer elementos procedimentais e substanciais fechados, mais ligados a uma visão positivista, a ideia do devido processo legal emana de um direito fundamental demasiadamente complexo. Trata-se de genuína cláusula geral a ser preenchida pela experiência histórica. A construção do que é o devido processo legal é obra eternamente em progresso.

Nesta concepção, quadra também ressaltar que a cláusula geral e aberta do devido processo legal não concede ao intérprete e ao aplicador da norma liberdade absoluta para aplicá-la ao seu bel prazer, arbitrariamente, devendo, antes, vincular-se à norma ou ao princípio. Desta feita, a atividade interpretativa e integradora destes espaços vazios deixados pelas cláusulas abertas não pode se vincular ao mero arbítrio, sempre respeitado a lei, o contrato e os princípios.

Como receptáculo de conteúdo normativo de princípios, a cláusula geral do devido processo legal deve ser o indicativo para a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, com atenção às ligações entre as normas rígidas e escritas e o ambiente social em que eles se encontram. Exatamente por ter uma dimensão meta jurídica, o processo legal, para ser “devido”, deve se justificar com elementos éticos que revele o processo justo. Assim, para uma exata compreensão do alcance desta cláusula geral, parte-se para a análise do conceito do que seja justo a partir de dois importantes pensadores que se debruçaram sobre o tema: Aristóteles e John Rawls.

## **O conceito de justo: uma análise de Aristóteles e John Rawls**

Desde os primórdios o mundo se depara com os conflitos entre os seres humanos e suas consequências. Tais conflitos se revelam de diversas formas, e demandam soluções adequadas. Assim, ao ser humano sempre surge a noção - ou expectativa - de que estas soluções se revelem, na medida do possível, justas.

Na Antiguidade, Aristóteles se debruçou sobre o tema, e sua análise sobre o que é justo ou injusto sempre demandou muitos estudos e citações<sup>15</sup>. Chega-se a afirmar que o conceito de justo do filósofo grego tem uma conotação objetiva, voltada à adjetivação de coisas, sem levar em conta elementos subjetivos, sobre pessoas.

Entretanto, ao afirmar que uma interpretação aristotélica seria meramente objetiva, sem qualquer incidência de ações subjetivas, despreza-se a importância da voluntariedade nas relações intersubjetivas do justo, do julgar corretamente as ações, tidas como justas ou injustas na avaliação de Aristóteles.

Justiça, para ele, seria a disposição moral que os homens buscam fazer o que é justo. Desta forma, justiça se faria através do que é justo; e o injusto produziria injustiça. Em *Ética Nicomaqueia*, Livro V, duas são as definições de justo: uma ligada ao indivíduo que age de acordo com a convenção ou a lei da comunidade, e outra que se refere àquele que toma para si exatamente e tão-somente o que lhe cabe.

Assim, a justiça geral não seria uma virtude em si, mas a totalidade das virtudes morais, com a busca de uma vantagem coletiva, através do respeito das leis e convenções da comunidade. A justiça particular, por sua vez, revelar-se-ia em uma virtude moral específica, ao modo de lidar com bens externos, ao buscar o sentido do que seja igual, tanto em distribuições, quanto em correções ou trocas.

Nota-se que para se alcançar o justo e se obter justiça nesta perspectiva, importa a voluntariedade do agente, se sua ação está sob seu controle e visa alcançar a justiça, geral ou especial. Se a conduta não for voluntária, ou se ela for voltada a prejudicar alguém, a ação seria injusta.

De outro lado, revela Aristóteles que há condições objetivas e subjetivas para qualificar a noção de justo e, assim, apresenta a seguinte variação de graus: o completamente injusto (quando ambas as condições de justo não são preenchidas), as situações intermediárias (quando uma das condições é preenchida, mas a outra não), e o completamente justo (quando ambas as condições são satisfatórias). Vê-se que o injusto é verificado no desequilíbrio, na violação à proporção, ao passo que o justo se revelaria na retribuição proporcional dos direitos e bens da vida. Nisso se tem a noção de justiça como um “meio-termo”, uma concepção distributivista de sua análise.

Contemporaneamente, John Rawls se notabilizou por desenvolver uma linha de pensamento voltada ao conceito e à concepção de justiça e do que seria o justo. Seu conceito de justiça seria o “equilíbrio apropriado entre exigências conflitantes”, ao passo que a concepção se seria um conjunto de princípios correlacionados para identificar as considerações relevantes para o equilíbrio. “Acredito que o conceito de justiça é definido, então, pelo papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das vantagens sociais. A concepção da justiça é uma interpretação desse papel” (RAWLS, 2016, p. 12).

---

<sup>15</sup> Afirma-se que o autor do Código Civil de 1916, Clóvis Bevilacqua, utilizou-se do denominado “conceito aristotélico de justo” para definir a equidade (BALDIN. 2013. p. 128).

Ao elaborar uma ideia central da teoria de justiça, Rawls volta ao postulado da justiça como equidade, para afirmar que a justiça resta escondida por trás do “véu da ignorância”, e, assim, ninguém restaria favorecido ou desfavorecido, seja pelo acaso, seja pelos fenômenos sociais, o que resultaria numa justiça equitativa, na medida em que ela é definida por situações primitivas e iniciais, isentas de pressões sociais<sup>16</sup>.

Adiante, Rawls apresenta seus dois princípios de direito:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos” (RAWLS, 2016, p. 73).

Com isso, volta-se a uma concepção aristotélica de uma justiça distributiva, quando trabalha com as expressões “benefício de todos” e “acessível a todos”. A diferença é que, junto com a noção de uma justiça distributiva, apresenta interpretações sobre estas expressões, o que o leva a estabelecer quatro sistemas baseados nos princípios da eficiência e da diferença: sistema de liberdade natural, aristocracia natural, igualdade liberal e igualdade democrática (RAWLS, 2016, p. 79).

A noção de justiça estabelecida por Rawls transcende à ideia pura de retribuição e abre outras concepções para o justo, atento aos princípios da eficiência (objetiva e socialmente considerada) e da diferença (sempre justificado se houver máximo benefício aos menos favorecidos e vinculados a cargos e posições disponíveis a todos que possam ter as mesmas oportunidades). Esta concepção é extremamente importante para se perceber que o conceito de justo, tanto em Aristóteles quanto em Rawls, ultrapassa o condão formalístico, e avançar sobre uma decisão adequada, tanto para a coletividade quanto para os indivíduos.

Ao basear a ideia da justiça na ação humana que não se volte a prejudicar outrem, Aristóteles prega um equilíbrio nas relações entre as pessoas e o consenso como modo de conduta e de julgamento desta. Já Rawls, ao conceituar justiça como o equilíbrio apropriado entre exigências conflitantes, abre as portas para a discussão de um modelo colaborativo entre os envolvidos como meio de se alcançar justiça.

Se o devido processo legal é uma manifestação que se protraí no tempo para legitimar o processo e justificar a aplicação da decisão final, o processo só pode ser considerado “devido” se ele for considerado “justo”, tanto pelo prisma distributivo (ou seja, uma justiça que contemple o anseio da coletividade) quanto pela adoção da eficiência e da diferença como elementos garantidores de um processo que respeite os direitos dos envolvidos e produza decisões adequadas à resolução dos conflitos.

---

<sup>16</sup> Em “Justiça: O que é fazer a coisa certa”, o professor de Harvard Michael J. Sandel demonstra que Rawls propõe que a justiça se revela através de princípios sobre os quais as pessoas, ou a maioria delas, concordam em uma situação inicial de igualdade. Para que esta situação hipotética leve a uma posição original de igualdade, Rawls lança mão da metáfora do “véu da ignorância”, que consiste no exercício mental em que nenhum integrante daquela sociedade sabe, de antemão, a que categoria social pertence. Assim, ter-se-ia um contrato social calcado em uma posição original de equidade. (2015, p. 154-155).

## **O consenso como nova forma de distribuição de justiça: observações sobre o devido processo legal e as técnicas para resolução de disputas (do microssistema dos juizados especiais aos acordos de não persecução penal)**

Conflitos são inerentes à vida em sociedade. A observância aos padrões de conduta, estabelecidos para evitar as tensões entre os participantes da vida em comum, também causam violações de interesses outros, principalmente em sociedades plurais e multifacetadas. São choques econômicos, culturais, políticos e éticos, dentre outros, que ocasionarão estes embates. Estes conflitos podem ser resolvidos, ou não, por uma série de formas.

Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso, integrantes do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ), dirigido pelo primeiro, apresentaram um conhecido trabalho sobre a forma de resolução de conflitos na realidade portuguesa.

Intitulado “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, o artigo tem como ponto alto a apresentação do que restou conhecido como “Pirâmide de litigiosidade”. Nela, observa-se como a via judicial é utilizada excepcionalmente na resolução de conflitos em Portugal. Disso tem-se que, normalmente, os mecanismos extrajudiciais, inerentes ao corpo social, são os mais utilizados para resolução de conflitos e efetivação de direitos, por apresentarem um sem-número de vantagens<sup>17</sup>.

Entretanto, na realidade brasileira, a conflitualidade está predominantemente estatizada, principalmente no Poder Judiciário, e conseqüentemente a referida pirâmide, entre nós, está invertida. Com a concentração de demandas no Poder Judiciário, causados também por uma cultura jurídica baseada em composição judicial para conflitos que apresentam alta complexidade e baixa resolutividade, os danos aparecem: abarrotamento do sistema judicial, desvalorização de meios administrativos e extrajudiciais de composição dos conflitos, utilização desnecessária de tempo e recursos financeiros para resolver questões mais simples, dentre outros.

Dois grandes grupos de tensões sociais são relatados no curso da história: a cooperação e o antagonismo. Este último se configura pela competitividade, competição e guerra, numa baixa densidade ética, uma vez que cobra o preço de vidas humanas e valores humanos para a sua consecução. Em uma sociedade plural e heterogênea, o antagonismo aparece fortemente como método de resolução de conflitos, uma vez que cada parte ou segmento, social ou cultural, sustentará seu ponto de vista, o que aumentaria as tensões e a própria relevância do conflito, em detrimento das questões mais importantes. Ao lado do antagonismo, a cooperação se apresenta como método de coordenação e harmonização de poderes para a consecução do fim comum, produzindo tolerância e confiança entre os participantes, que vai levar ao consenso.

---

<sup>17</sup> Economia de tempo, recursos financeiros, alta capacidade de resolução dos conflitos, alta taxa de efetivação de direitos e restabelecimento das relações pessoais são apenas alguns dos exemplos das vantagens na utilização de mecanismos extrajudiciais para resolução destes conflitos.

Como corolário do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º de nossa Constituição, o espaço público deve caminhar, cada vez mais, para harmonizar os interesses de seus integrantes, seja pela maior atuação dos participantes sociais, seja pela maior busca do Administrador Público em atender os interesses de seus cidadãos. Atingir um grau satisfatório de legitimação democrática<sup>18</sup>, em uma sociedade plural e heterogênea, com disputas por espaços, ideologias e forças, demanda um processo longo, contínuo e dinâmico, voltado sempre para a satisfação das necessidades de todos dentro do que se pode obter.

Assim sendo, o devido processo legal volta a obter novos contornos por exigência dos novos tempos, ao renunciar a uma conotação exclusivamente oficial, onde o Estado é o guardião e promotor do bem-estar social, e ao produzir novos métodos de resolução de conflitos, através de procedimentos extrajudiciais e também dentro da sistemática judiciária, como a negociação direta, a mediação, a arbitragem, a conciliação e o ajustamento de conduta, dentre outros modelos híbridos e particulares.

Como cláusula geral que se apresenta, o devido processo legal, nestes novos tempos, não se assenta, tão-somente, numa atuação soberana estatal para a resolução de demandas conflituosas, como também com o surgimento de novas técnicas que privilegiam o consenso ao conflito, o acordo ao litígio, o entendimento ao antagonismo.

Isto tudo porque, cada vez mais, a concepção de devido processo legal abandona a ideia de um procedimento oficial, estatal, transcorrido no interior da administração pública<sup>19</sup>, e se aproxima de uma tutela efetiva, tempestiva e justa. Segundo Deborah Rhode, “a maioria dos estudos existentes indica a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo” (*in* CNJ, 2015, p. 28). Ou seja, mais do que legal, o processo há de ser justo (ou devido).

Assim, a denominada resolução adequada de disputas se revela como um novo desdobramento do devido processo legal que, ao longo da história, dá ouvidos aos reclames sociais para cancelar os seus desejos e, assim, aumentar a segurança jurídica, sem a necessidade de alteração constante e perene das normas escritas. O que se extrai é que, se por um lado a Constituição estabelece que ninguém pode perder direitos (notadamente a vida, liberdade e propriedade) sem o devido processo legal, por outro lado a referida cláusula aberta prevista constitucionalmente prescinde de obrigatória e perene atuação estatal para que seja cumprida<sup>20</sup>.

Atualmente, portanto, a noção de devido processo legal mais se aproxima de procedimento eficiente e justo do que procedimento oficial e estatal. Não que se erradique completamente o

---

<sup>18</sup> No sentido substancial dado à palavra “democracia”, tal como ensina Norberto Bobbio. Para o pensador italiano, enquanto a democracia formal se revela como Governo do povo, a democracia substancial é um Governo para o povo (BOBBIO, 1998, p. 328).

<sup>19</sup> Aqui, o sentido é de oficial, seja administração pública direta ou indireta, em quaisquer dos poderes ou entidades de direito público, interno ou externo.

<sup>20</sup> Exemplo disso é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que determina a observância do devido processo legal nas relações privadas. No julgamento do STF do RE 201.819, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que um integrante de sociedade civil sem fins lucrativos não pode ser excluído sem a observância do devido processo legal. Ou seja, se a entidade civil respeita o devido processo legal, promove, ela mesma, efetivação de direito fundamental sem que o procedimento tramite pelo poder constituído, o que revela a prescindibilidade, nos tempos atuais, de atuação estatal para salvaguardar direitos.

processo clássico, aquele que tenha início pelas partes e siga pelo impulso oficial<sup>21</sup>. Ao contrário, como reforço ao devido processo legal, os meios para se alcançar um fim justo ao litígio vão buscar cada vez formas mais específicas, capazes de atender melhor à solução dos conflitos.

Se o modelo tradicional de litigância se baseia em uma ação de natureza bipolar, caracterizada por uma competição entre partes e interesses antagônicos, voltados a um fato passado, intra partes e que se inicia por ato dos litigantes, que definem a atuação estatal, cada vez mais surgem novos modelos para apreciar questões coletivas, com pluralidade de vozes e direitos, que não dispensa novas formas de dirimir conflitos, com a valorização de premissas funcionais e estruturas informais e diversas, afastados nesta noção tradicional, e surgimento de debates, inclusive, sobre questões até então fora da pauta do sistema judiciário, como políticas públicas e ações criminais<sup>22</sup>.

Nesta toada, até mesmo em áreas do direito em que o consenso sempre foi coadjuvante, como no direito penal e no direito administrativo, seja pela ideia da legalidade, seja pela noção de indisponibilidade do interesse público (no caso do direito administrativo) ou da ação penal (situação do direito penal), vários são os expedientes que surgem para flexibilizar a noção tradicional de resolução destes conflitos pela legalidade estrita e oficial.

A Constituição Federal estabeleceu a pedra fundamental do consenso na resolução de demandas criminais, ao prever, em seu art. 98, I, a criação dos Juizados Especiais com competência para a “conciliação, o julgamento e a execução de (...) infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação(...)”.

Com o estabelecimento destes novos Juizados, através da Lei 9.099/95, estabeleceu-se o primeiro microsistema jurídico destinado a conceder celeridade e eficiência aos processos penais de baixa complexidade, com a regulamentação de três importantes institutos: composição civil (art. 74), transação penal (art. 76) e suspensão condicional do processo (art. 89).

Com a implementação destes métodos de resolução de conflitos penais, que renunciam a uma tradicional dialética monológica, iniciou-se, entre nós, o processo de se buscar, cada vez mais, procedimentos que viabilizem maior participação dos envolvidos/atingidos para resolver processos penais<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> O art. 2º do CPC/2015 afirma que o processo “começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial”, ressalvadas as exceções previstas em lei, tal como a regra do “ne procedat iudex ex officio” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 155).

<sup>22</sup> Surgem debates sobre estas duas áreas que até então eram tratadas de modo autônomo. Se, no final dos anos 60 do século passado, o professor Gary Becker, da Universidade de Chicago, apresentou estudo importante sobre o assunto (Crime and Punishment: an Economic Approach – disponível em: <[www.jstor.org/stable/1830482?seq=1](http://www.jstor.org/stable/1830482?seq=1)>), no Brasil o assunto ainda demanda estudo e pesquisa.

<sup>23</sup> Os Juizados Especiais Criminais, sob os ideais da conciliação e da descentralização para desafogar o judiciário, abriram as portas da justiça penal a uma conflitualidade antes abafada nas delegacias, e para a qual o Estado é chamado a exercer um papel de mediador e não punitivo. Com a promessa de resolver disputas por meio do entendimento, através de uma intervenção menos coercitiva e mais dialógica, em um espaço estrutural (a domesticidade, os relacionamentos interpessoais) que antes ficava à margem da prestação estatal de justiça, a informalização da justiça penal pode ser um caminho para o restabelecimento do diálogo, com a contribuição de reverter a tendência de dissolução dos laços de sociabilidade no mundo contemporâneo. (AZEVEDO, 2001).

Vários expedientes consensuais no âmbito penal passaram a ser previstos em diversos diplomas legais, como o da Lei 12.850/2013, que em seu art. 4º passou a regular o instituto da colaboração premiada, positivado para solucionar tensões estabelecidas entre Estado e acusado, com objetivo de elucidar delitos e produzir provas, em troca de benefícios legalmente estabelecidos, a possuir semelhanças e diferenças com o acordo administrativo de leniência.

O Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), destinado a “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”, veio com a pretensão de distribuir melhor as funções de cada personagem do processo penal, ao criar, por exemplo, a figura do juiz de garantias, com novas regras para o arquivamento do inquérito policial, onde se destaca a participação da vítima participe neste evento, dentre outras novidades<sup>24</sup>. Reflexo disso é a figura do acordo de não-persecução penal.

Inicialmente previsto nas Resoluções 181/2017 e 183/2018, ambas editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi instituído também no Pacote Anticrime, com acréscimo do art. 28-A no Código de Processo Penal. Tal figura obedece à Resolução 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, também conhecida como Regras de Tóquio. O item 5.1 assim dispõe:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Esses acordos abandonam premissas tradicionais que permeiam o processo penal como o princípio da obrigatoriedade. A lição tradicional do direito processual penal professa o caráter inafastável e indelével da jurisdição como meio de realização da pena no estado democrático de direito.

Entretanto, a ausência de jurisdicionalização não afasta a atuação estatal, e se justifica pela solução efetiva dos conflitos pelos envolvidos e pela ausência de interesse processual quando a própria lei institui mecanismos pré processuais de gestão adequada de conflitos<sup>25</sup>. E aqui cabe uma consideração.

O Ministério Público possui, cada vez mais, relevante espaço decisório para propor a ação penal, nos casos em que existem elementos para a sua propositura e dentro de seu juízo de valor. Se o Ministério Público, no caso concreto, não é obrigado cegamente a intentar a ação

---

<sup>24</sup> Há de se ressaltar que diversos pontos da referida lei se encontram, até o momento, suspensos por decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, do STF, em decisão cautelar proferida nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 (Disponível em <portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiasDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>).

<sup>25</sup> Antônio Suxberger faz uma digressão importante acerca da inafastabilidade da jurisdição na tutela penal. Após distinguir, forte nos ensinamentos de Pontes de Miranda, direito subjetivo processual do direito subjetivo material – em que o primeiro existe para efetivar o segundo – o mencionado autor afirma que o acordo de não persecução penal afasta a obrigatoriedade da ação penal, uma vez que o acordo retira o interesse processual da ação penal, e que a pretensão estatal é atendida no campo extrapenal (pois o investigado foi responsabilizado pelo fato que lhe foi apontado), e o interesse social foi satisfeito (com a reparação de danos, por exemplo), o que aproxima o referido acordo com o postulado da oportunidade.

penal, tendo este espaço decisório, por que é que a lei, fruto do processo democrático de discussão no Parlamento, não pode prever situações prévias e abstratas em que se evite a eclosão a ação penal, por já estar atendido o interesse público com a aplicação de outras formas de resolução de conflito fora do processo judicial? Será que só se pode tutelar o interesse público na seara criminal no limiar ou no interior da ação penal?

Ademais, não se deve elevar a obrigatoriedade da ação penal a um dogma que não o pertence. Com a Constituição de 1988, mais especificamente com a instituição dos Juizados Especiais Criminais, parece-nos que o Constituinte, intencionalmente, abriu flanco para que procedimentos mais adequados fossem criados para a resolução das demandas penais, sendo os Juizados Especiais Criminais apenas um exemplo constitucional destes expedientes<sup>26</sup>.

Desta forma, vê-se que para satisfazer a exigência de um procedimento justo, que se revela como nova faceta do devido processo legal (afinal, processo devido é processo justo), a ideia sobre procedimento oficial e estatal deve dar lugar à efetividade das resoluções dos conflitos, o que se encontra, inclusive, em áreas até então fechadas para o diálogo.

## Devido processo penal ético e dialogado

O raciocínio analógico que segue pode ilustrar a complexidade dos problemas postos em juízo e a necessidade de se ter à disposição um conjunto de instrumentos adequados.

Imagine-se uma marcenaria. Esta oficina lida com objetos das mais variadas espécies. Fabricar móveis residenciais, peças de madeira, portas e portões, pisos e até peças para uso em jardins são tarefas que demandarão, além da habilidade manual do marceneiro, o emprego das mais variadas ferramentas para a consecução do trabalho pretendido: trena, chaves de fenda, martelos, régua, graminho, prensas, grampos, malhos, formões, esquadro, plaina, prumo, serras, pregos, parafusos, tornos, gabaritos, chaves de boca, lixas, furadeira, parafusadeira, e mais um sem-número de ferramentas, cada uma voltada a dar uma solução específica para cada serviço pretendido.

É óbvio que ninguém lançará mão de um martelo para cortar um pedaço de madeira, nem de uma chave de fenda para lixar uma superfície. Todas as ferramentas possuem suas aplicações. Mas imagine-se, agora, a oficina de um descuidado marceneiro que contenha poucas ferramentas: um jogo de chaves de fenda, um martelo e um serrote apenas, além de alguns pregos e parafusos. Imagine-se, ainda, que surja para esta oficina uma empreitada para a fabricação de uma mesa. Como o marceneiro executaria este serviço? Como faria para lixar, aplainar, nivelar e pintar somente com aquelas poucas ferramentas?

Do mesmo modo que em uma oficina de marcenaria que possui ferramentas adequadas para a solução das demandas contratadas não há espaços a improvisos ou “gambiarras”, no

---

<sup>26</sup> Prova disso, além dos procedimentos já relatados e outros mais existentes, é que a própria Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/1995, criou a suspensão condicional do processo, instituto que se dirige, inclusive, a crimes que não são alcançados pela competência dos Juizados Especiais Criminais. A suspensão, a nosso ver, é tão constitucional como os acordos de não persecução penal, não violam nenhum direito, e ambos são aplicáveis sem a imposição pelo Estado de uma decisão judicial de aplicação de pena.

mundo da vida, notadamente na seara criminal, onde há uma infinidade de problemas que precisam ser resolvidos, há a necessidade de ferramentas adequadas para esta resolução.

No entanto, ao se deparar com o modelo tradicional de procedimentos na área criminal, identifica-se três grupos básicos de “ferramentas”: os procedimentos do microsistema dos Juizados Especiais Criminais, que se destinam tão-somente às demandas cuja pena máxima não ultrapasse os dois anos; os procedimentos especiais, que atingem crimes específicos (dolosos contra a vida, drogas, contra a honra), onde se destaca que muitos deles possuem apenas uma fase diferenciada; e o procedimento comum ordinário, uma vez que, na prática forense, raras são as vezes que se lança mão do procedimento sumário.

Ou seja, o procedimento tradicional se assemelha à oficina daquele descuidado marceneiro: ante os infinitos problemas sociais que exsurgem na seara penal, o profissional do direito possui, apenas, três “famílias” de ferramentas para resolver as demandas criminais.

O surgimento de procedimentos adequados a lidar com as demandas penais se revela, desta forma, medida urgente e necessária para evitar as denominadas cifras ocultas de crimes e a seletividade que acabou tomando conta do sistema. Torna-se necessária a ampliação do consenso no processo penal para afastar, inclusive, a impunidade pela enxurrada de demandas e pela impossibilidade - quantitativa e qualitativa - de atuação dos agentes públicos de se debruçarem sobre todos os fatos penalmente relevantes. Neste passo, os interessados devem poder contribuir efetivamente para a aplicação de um desfecho justo ao procedimento.

Não se defende a substituição absoluta do sistema tradicional. Ao contrário, os sistemas se apresentam para solucionar adequadamente os conflitos, inclusive, com a possibilidade de utilização de mais de um procedimento. Como na analogia da marcenaria, onde podem ser utilizadas duas ou mais ferramentas simultaneamente (o marceneiro pode usar uma prensa para estabilizar um pedaço de madeira e uma lixa para aparar as arestas, por exemplo), o processo penal pode utilizar-se, por exemplo, para lidar adequadamente com determinada demanda, de um procedimento tradicional e da justiça restaurativa, sem prejudicar o devido processo legal.

Ao contrário, a pluralidade de procedimentos pode legitimar, ainda mais, a solução aplicada, seja pelo respeito ao rito previsto, seja pela decisão oriunda do respeito ao processo, seja ainda pela participação dos envolvidos/atingidos<sup>27</sup>. Assim, o processo penal tradicional e acusatório, consubstanciado por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial passa a conviver, ante as exigências causadas pelas transformações ideológicas, culturais e sociais desta quadra da história, com outro paradigma: a necessidade de aproximação das estruturas de consenso em detrimento da litigância, com o fito de se obter um processo penal dotado de eficiência funcionalmente orientada.

---

<sup>27</sup> Esta participação da vítima, sociedade, comunidade específica e demais envolvidos no processo penal ganha mais relevo com a condenação imposta ao Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 16 de fevereiro de 2017, no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*. No item 19 da conclusão da referida sentença, extrai-se o seguinte dispositivo: “O Estado deverá adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público, no sentido disposto no parágrafo 329 da presente Sentença” (Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_333\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf) >). Assim, o limite imposto ao assistente da acusação no art. 268 do CPP, que só pode atuar dentro da “ação pública” é, com o advento desta declaração da Corte, inconvencional. Por fim, é de se pontuar que todas as condenações do Brasil na CIDH, até o momento, são direcionadas, exatamente, à violação de direitos de vítimas em que houve proteção deficiente, seja legal, seja governamental.

Ainda que no processo penal venham a eclodir procedimentos tão plurais, ora ao se aproximar de um agir estratégico (vide a colaboração beneficiada<sup>28</sup>), ora a exigir uma participação mais franca e honesta dos participantes (como nos casos da justiça restaurativa e da constelação familiar), o que denota um forte apego ao agir comunicativo<sup>29</sup>, é mister ressaltar que em todos estes é imprescindível a participação efetiva dos envolvidos/atingidos na demanda penal, e que a eficiente resolução dos conflitos na seara penal passa pela implementação de sistemas mais específicos a cada tipo de conflito, o que abre portas para as modalidades consensuais, até bem pouco tempo impensáveis no direito público, em especial no processo penal.

Neste contexto, o processo penal na atualidade, composto por sistemas acusatório e conciliatório, conflituoso e consensual, clama pelo aparecimento de uma teoria discursiva apta a garantir que os envolvidos/atingidos nos problemas de relevância na seara penal tenha possibilidade de apresentarem, por si mesmos, soluções para cada um destes pontos, e afastando o paternalismo estatal.

A existência atualmente de métodos que se coloquem ao lado dos procedimentos tradicionais de resolução de demandas é uma necessidade e uma realidade. Uma necessidade, pois alia a obtenção de um resultado mais satisfatório de determinada demanda com a diminuição dos números de processos que tramitam pelos escaninhos do Poder Judiciário. Uma realidade, na medida em que as pessoas tomam, cada vez mais para si, a iniciativa de resolverem seus problemas ao largo da atuação estatal. Com a implementação destes métodos de resolução de conflitos penais, que renunciam a uma tradicional “dialética monológica”, iniciou-se, entre nós, o processo de se buscar, cada vez mais, procedimentos que viabilizem maior participação dos envolvidos/atingidos para resolver processos penais.

O processo penal dialógico se volta para legitimar os procedimentos, dar paridade aos sujeitos na demanda, inserir no contexto processual a vítima como sujeito ativo e determinante no conflito (e conseqüentemente abandonar sua clássica condição de quase-objeto do processo e as probabilidades reais de sofrer a denominada vitimização secundária), e garantir maior imparcialidade do Juiz, que se coloca na posição de verificador da legalidade e da consciência dos sujeitos nos acordos entabulados, para produzir um processo penal legítimo, justo, participativo e efetivo.

Um processo penal que garanta os direitos fundamentais, orientado pela correção fática, lógica e normativa, formado pela leitura atualizada do devido processo legal, com obediência a um comprometimento ético dos participantes em suas ações e palavras. Assim como um marceneiro terá mais êxito em suas empreitadas se possuir e lançar mão de ferramentas adequadas a cada espécie de trabalho, o direito processual penal, pautado por um devido

---

<sup>28</sup> Neste caso, é importante notar que, na colaboração beneficiada, geralmente o colaborador se apresenta com sentimentos egoísticos (imunidade, diminuição de pena, regime inicial de cumprimento de pena mais benéfico), com a busca de um benefício para si, pouco se importando com os efeitos que sua colaboração possa causar em terceiros. Por isto, afirma-se que a colaboração beneficiada se aproxima da ideia do agir estratégico, como definido por Jürgen Habermas (HABERMAS, 1989, p. 164-165).

<sup>29</sup> O agir comunicativo se deflui pela harmonização interna dos planos de ação dos personagens do processo da fala, ao estabelecimento de acordos e entendimentos mútuos, dando ao outro os motivos, razões e explicações, sem jogos internos que não revelem seus verdadeiros propósitos (HABERMAS, 1989, p. 165).

processo legal eticamente fundamentado, produzirá argumentação e decisões mais adequadas e justas.

## Conclusão

O devido processo legal persiste até os dias de hoje graças à sua textura aberta, o que lhe permitiu se moldar em diversos procedimentos em tempos e locais diversos. Se inicialmente estabelecido como limitação da atuação da realeza britânica, com ênfase em um procedimento formal, oficial e estatal, com o passar dos tempos adquiriu novas roupagens, para manter viva a ideia do processo justo. Uma destas mutações foi a incorporação do sentido substancial à cláusula, para dar ênfase a um processo “devido”, que respeitasse não só o curso e a forma processual estabelecidos por lei, como também atentasse ao que se demonstrasse eficaz, eficiente e, principalmente, desenvolvesse um procedimento capaz de produzir um resultado justo.

Esse conceito de justo, embora se trate de elemento extremamente complexo de se atingir, sempre demandou atenção de diversas personalidades da história, desde a Grécia Antiga. Aristóteles lança as bases de que uma decisão justa seria, a priori, uma decisão equilibrada, em atendimento aos reclames de todas as partes envolvidas, o que lançou as bases da denominada justiça distributiva. Rawls, por sua vez, suplanta a mera noção retributivista do que seja justo, ao se debruçar sobre os princípios da eficiência e da diferença, e salientar que o justo centra-se, também, numa ideia de equilíbrio geral, com benefício aos que sejam menos favorecidos e posições a serem distribuídas em igualdade de oportunidades. Nesta seara, vê-se que a concepção de devido processo legal se aproxima, cada vez mais, de processo eficaz e, sobretudo, justo.

Mais do que voltado à ideia de um procedimento provido e mantido pelo Estado (o processo legal há, sim, de ser previsto e permitido em Lei), deve-se lançar mão de métodos extrajudiciais para ampliar a resolução dos problemas contemporâneos. Meios diferentes e mais eficazes para a produção de resultados justos cada vez mais se apresentam como alternativas mais simples e desburocratizadas, mais próximas da realidade das partes e voltadas, principalmente, à produção do consenso.

O devido processo legal, assim, distancia-se de procedimentos engessados e oficiais para se aproximar, sempre que possível, do conceito e do resultado justo, equilibrado e que atenda à necessidade dos envolvidos, inclusive, em áreas do direito que, até então, não possuíam interesse em produção de acordos, como nos casos do direito administrativo e do direito penal. Como garantia plástica e flexível, propaga-se como cláusula em eterna construção e progresso, com a função de sempre resguardar os direitos e proteger os interesses sociais.

Nessa dinâmica, o processo penal deve criar e aprimorar procedimentos que levem em consideração democracia, integridade, ética e o diálogo entre os envolvidos, com escopo de proporcionar efetividade social para as decisões apresentadas e participação adequada dos envolvidos no procedimento penal. Expandir novas formas de resolver os conflitos no processo penal é, além de uma necessidade econômica (financeira e temporal) e institucional

(pública e privada), o modo mais apto a produzir justiça e celeridade em áreas onde interesse dos envolvidos sempre foi sufocado por uma leitura equivocada e estática do devido processo legal.

## Referências

- ARISTÓTELES. 1991. *Ética a Nicômaco*. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4ª edição. São Paulo, Nova Cultural.
- AZEVEDO, R. G. de. 2001. Juizados Especiais Criminais: Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, **16**(47):97-110.
- BALDIN, M. de C. 2013. Os conceitos de justo e injusto em Aristóteles: entre EN V,1 e EN V,9. *Dois pontos*, **10**(1):127-142.
- BECKER, G. S. 1974. Crime and Punishment: an Economic Approach. In: Gary S. Becker and William M. Landes (eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Cambridge, Mass., NBER, pp. 1-54. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/1830482?seq=1](http://www.jstor.org/stable/1830482?seq=1)>
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2015. *Manual de Mediação Judicial*. Org. por A. G. de Azevedo. 5ª Edição. Brasília. CNJ. 2015.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2016. *Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade*. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília. CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.
- CARDOSO, H. R. 2016. *O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?* Rio de Janeiro, Lumen Júris.
- DIAS, J. de F. 2011. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto, Conselho Distrital do Porto, Coleção Virar de página.
- DIDIER Jr., F. 2017. *Direito processual civil*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador, Juspodivm.
- FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. 2008. *Direitos das Obrigações*. 3ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.
- GRECO, L. 2002. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>.
- HABERMAS, J. 1989. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro.
- RAWLS, J. 2016. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 4ª ed. São Paulo, Martins Fontes.
- LIMA, M. R. O. 1999. *Devido processo legal*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Farbis Editor.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. 2017. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- MAZZEI, R. R. 2005. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: A. ALVIN; T. ALVIN (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Parte geral*. Rio de Janeiro, Forense.
- MOREIRA NETO, D. de F. 2003. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, **231**:129-156.
- SANDEL, M. J. 2015. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

- SANTOS, B. de S.; MARQUES, M. M. L. 1995. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Oficina do CES (Centro de Estudos Sociais)*, **65**. Disponível em <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>.
- SOARES, R. M. F. 2008. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador, Juspodivm.
- SUXBERGER, A. H. G. 2018. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: R. S. Cunha *et alli*. *Acordo de não persecução penal*. Salvador, Juspodivm, 2018, p. 87-107.
- VASCONCELLOS, V. G. de. 2017. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais.

*Submetido: 11/11/2021*

*Aceito: 19/10/2022*