

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A INQUISITORIEDADE DAS SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: INCONGRUÊNCIAS CULTURAIS, RUÍDOS
SISTÊMICOS**

BERNARDO FRECHIANI LARA MACIEL

Rio de Janeiro
2019/2º semestre

BERNARDO FRECHIANI LARA MACIEL

**A INQUISITORIEDADE DAS SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: INCONGRUÊNCIAS CULTURAIS, RUÍDOS
SISTÊMICOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado**.

**Rio de Janeiro
2019/2º semestre**

CIP - Catalogação na Publicação

M371 MACIEL, BERNARDO FRECHIANI LARA.
A INQUISITORIEDADE DAS SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO:
INCONGRUÊNCIAS CULTURAIS, RUÍDOS SISTÊMICOS /
BERNARDO FRECHIANI LARA MACIEL. -- Rio de Janeiro,
2019.
248 f.
Orientador: Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.
1. Sistemas processuais penais. 2. Culturas
jurídicas. 3. Plea bargaining. 4. Neoliberalismo. 5.
Transplantes jurídicos. I. Prado, Geraldo Luiz
Mascarenhas, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

BERNARDO FRECHIANI LARA MACIEL

**A INQUISITORIEDADE DAS SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: INCONGRUÊNCIAS CULTURAIS, RUÍDOS
SISTÊMICOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da
graduação em Direito da Universidade Federal do Rio
de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau
de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor
Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

_____ **Orientador**

_____ **Co-orientador (Opcional)**

_____ **Membro da Banca**

_____ **Membro da Banca**

**Rio de Janeiro
2019/2º semestre**

“A fenda corta a estrada, toda a grande área de estacionamento, e prolonga-se, adelgaçando-se para os dois lados, na direção do vale, onde se perde, serpenteando pela encosta do monte acima, até desaparecer nos matos. Estamos no exacto e preciso lugar de fronteira, a autêntica, a linha de separação, neste limbo sem pátria entre os postos das duas polícias, la duana e la douane, la bandera e la drepeau”.

José Saramago

“Diferentemente de Newton e Schopenhauer, seu antepassado não acreditava num tempo uniforme, absoluto. Acreditava em infinitas séries de tempos, numa rede crescente e vertiginosa de tempos divergentes, convergentes e paralelos. Essa trama de tempos que se aproximam, se bifurcam, se cortam ou que secularmente se ignoram, abrange todas as possibilidades. Não existimos na maioria desses tempos; em alguns existe o senhor e não eu; noutros, eu, não o senhor; noutros, os dois. (...) O tempo se bifurca perpetuamente rumo a inumeráveis futuros”.

Jorge Luis Borges

RESUMO

A pesquisa ora apresentada ao leitor foi fruto de investigação acerca do alargamento dos espaços negociais no âmbito do processo penal contemporâneo. Mais especificamente, a tese procurou examinar, criticamente, a novel inserção dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro. Para satisfazer tal intento, buscou-se trabalhar a problemática a partir de dois eixos – complementares, ainda que independentes: no primeiro, ao qual denomino de dimensão cultural, foi descrita a formação histórica de duas distintas famílias do direito (civil law e common law), e, dentro desses grandes grupos, buscou-se retratar a modelagem das culturas jurídicas brasileira e estadunidense. Ainda nessa perspectiva, se almejou demonstrar de que maneira a trajetória de formação da cultura jurídica dos Estados Unidos impactou no surgimento – e paulatina aceitação – das práticas judiciárias negociais, bem como se explorou o pano de fundo da hodierna expansão dos espaços de consenso, através do estudo sobre neoliberalismo, globalização e o fenômeno dos transplantes jurídicos. O segundo eixo, numa dimensão político-normativa-epistêmica do problema, visou evidenciar a incompatibilidade da barganha com o modelo acusatório de processo penal, pretendendo se comprovar, através de uma abordagem sistêmica e fronteiriça, que as soluções negociadas estão bem mais alinhadas às funções e finalidades destinadas ao sistema inquisitório.

Palavras-chave: Culturas jurídicas; Plea bargaining; Neoliberalismo; Transplantes jurídicos; Sistemas processuais penais; Acusatório-inquisitivo.

ABSTRACT

The research now presented to the reader was the result of an investigation into the expansion of plea bargaining within the scope of contemporary criminal procedures. Particularly, the thesis sought to critically examine the modern insertion of the plea bargaining (and other negotiation mechanisms) in the Brazilian criminal process. To satisfy this objective, we tried to approach the problem from two axes: in the first, which I called the cultural dimension, we analyzed the historical formation of two distinct systems (civil law and common law), and within these large families we tried to depict the shaping of the Brazilian as U.S. legal cultures. Still in this perspective, the goal was to demonstrate how the formation path of the United States legal culture had no impact on the emergence – and gradual acceptance – of plea bargaining, as well as the background of the current expansion of this judicial practice, through the study on neoliberalism, globalization and legal transplants. The second axis, in a political-epistemic-normative dimension, we aimed to highlight the incompatibility of plea bargaining with the adversarial system, seeking to demonstrate that plea bargaining (and negotiation mechanisms) are more compatible with the inquisitorial system performance.

Keywords: Legal cultures; Plea bargaining; Neoliberalism; Legal transplants; Procedural systems; Adversarial-inquisitorial dichotomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. DUAS DISTINTAS CULTURAS JURÍDICAS E A IMPORTAÇÃO DA BARGANHA PROCESSUAL PENAL: UM ESTUDO COMPARADO.....	21
1.1. CULTURA JURÍDICA (1): A FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA DE DIREITOS.....	21
1.2. CULTURA JURÍDICA (2): A FAMÍLIA DE DIREITOS DO <i>COMMON LAW</i> ...	42
1.3. O SURGIMENTO DO <i>PLEA BARGAINING</i> NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	64
1.4. SOBRE O NEOLIBERALISMO, A GLOBALIZAÇÃO E OS TRANSPLANTES LEGAIS: DAS CONDIÇÕES PARA A DISSEMINAÇÃO DO MODELO DA BARGANHA PROCESSUAL PENAL	78
2. A INQUISITORIEDADE DA BARGANHA PROCESSUAL PENAL: O AUTORITARISMO CONSENSUAL NA CONTRAMÃO DA DEMOCRACIA PROCESSUAL PENAL	97
2. 1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS ACUSATÓRIO, INQUISITÓRIO E MISTO(?) OU: DA <i>VONTADE DE SISTEMA</i> E O <i>PROCESSO COMO DISPOSITIVO</i>	97
2.2. PRINCÍPIO DE SISTEMA: DEMARCANDO OS CONTORNOS DE INQUISITIVO E ACUSATÓRIO.....	123
2.3. <i>ZONA FRONTEIRIÇA</i> : DELINEAMENTOS PARA UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DA BARGANHA FRENTE AOS MODELOS INQUISITIVO E ACUSATÓRIO.....	169
CONCLUSÃO.....	232
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	238

INTRODUÇÃO

As recentes tendências de ampliação dos espaços negociais têm sido alvo constante de discussões doutrinárias e suscitado inúmeras polêmicas no tocante ao seu uso e quanto à sua adequação a realidade processual penal brasileira, em especial após a promulgação da Lei nº 12.850/2013 (denominada Lei das Organizações Criminosas), em que se instituiu a colaboração premiada, e com a tramitação dos projetos de lei 236/2012 (novo Código Penal) e 8.045/2010 (novo Código de Processo Penal).

Explico melhor esse impasse. Trata-se, originalmente, a barganha¹ de um conjunto de institutos de direito norte-americano, oriundos, portanto, de um sistema jurídico de matriz anglo-saxônica. Ademais, para além de terem sido concebidos dentro do grande grupo da família *common law*, cujas nuances serão explicadas posteriormente, o *plea bargaining* e os *agreements/settlements* (acordos entre acusador e defesa, de maneira geral) frutificaram inseridos no (suposto) modelo adversarial estadunidense.

As soluções barganhadas devem ser analisadas, portanto, sob a perspectiva histórica, fazendo-se breve paralelo entre as tradições romano-germânica e anglo-saxã e como elas implicam na formação de culturas jurídicas absolutamente distintas, demonstrando-se, ao final do percurso, por qual razão a importação de categorias é tarefa das mais áridas (o trânsito de categorias jurídicas de famílias distintas acarreta em dificuldade adicional, pois modeladas sob bases quase sempre dissemelhantes).

Soma-se à importação de um modelo alienígena, o que naturalmente já levaria a discussões acaloradas quanto a sua aplicabilidade, o fato de que os mecanismos de barganha incorporados ao direito brasileiro – este de origem romano-germânica e tradição inquisitória –

¹ No curso da presente tese, tomar-se-á a *barganha*, na esteira da definição proposta por Vinícius Vasconcellos, “como o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado” (VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 67). Compreende-se que tal conceito é o mais operativo para trabalhar com as soluções negociadas, não apenas por permitir antever, na própria definição, alguns dos pontos problemáticos de tais mecanismos (i.e. vulneração à defesa, renúncia ao processo, coercibilidade da proposta), mas também por oportunizar a identificação das mais variadas tendências negociadas – *plea bargaining* e suas derivações, transação penal, delação premiada, etc. – a partir de uma base conceitual comum.

carecem de uma regulamentação rígida. Tal situação sugere, desde já, uma incoerência quanto ao seu implemento na realidade processual penal nacional.

Neste ponto, não poucos têm sido os questionamentos suscitados pelo transplante das soluções consensuais para uma ambiência jurídica dominada pelo *civil law*. A saber, qual seria a natureza jurídica e valor probatório de acordos entre Ministério Público e Defesa, a (im)possibilidade de retratação pelo MP de acordo de colaboração já firmado, a concessão de prêmios e benefícios não previstos em lei (em alguns casos, até contra previsão da lei), problemas quanto à ética do delator e a ineficácia investigativa do Estado, a (im)parcialidade do juiz que homologou o acordo e qual o seu papel nesse novo espaço negocial, quais os limites quantitativos e qualitativos acerca da negociação sobre a pena, bem como a (im)possibilidade do cumprimento dos critérios de voluntariedade e liberdade da negociação e delação em casos em que o acusado encontra-se preso, entre tantos outros.

As questões acima expostas, que já não são poucas, agravam-se ante a miríade de leis que versam, direta ou incidentalmente, sobre a questão no Brasil, cada qual dando-lhe tratamento jurídico e “premiação” diversos. A título exemplificativo, a delação premiada encontra previsão na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/1999), Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/1995), Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998), a nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), e a recente Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13); a transação penal, composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo na Lei 9.099/1995; os pacotes e os referidos projetos de lei para a reforma dos Códigos Penal e Processual Penal (PLS 236/12 e PL 8.045/10).

Ora, para além de todas as dúvidas que naturalmente surgiriam quando da importação acrítica de categorias forâneas, a ausência de um regramento único e coerente só torna ainda mais confusa (e discricionária) a aplicação dos mecanismos negociais na prática processual penal brasileira. Não poucas as vezes que a confusão terminológica, doutrinária e normativa obsta o efetivo exercício do direito da defesa, servindo essa desorganização de mola propulsora às pretensões repressivas de um maximizado Estado Penal.

Nesse ponto, é necessário esclarecer: desde uma epistemologia repressivo-eficientista (e do que Coutinho² chamaria de “*ideologia repressivista*”) – que identifica o processo penal não como um método de arbitramento de responsabilidade, mas instrumento de imposição de penas (mero meio de se chegar a pena) – o incremento dos espaços negociados tem se feito empreitada exitosa, vez que, propulsionado pelo espetáculo midiático, tais soluções têm sido consideradas “responsáveis” pelo dismantelamento da criminalidade organizada. A exemplo disso, observem-se as recentes Operações realizadas conjuntamente por Ministério Público e Polícia Federal, com destaque para a Lava-Jato, e os sucessivos vazamentos (diga-se: ilegais) das delações premiadas na mídia dos mais diversos atores.

Os defensores dessa incorporação da barganha ao processo penal brasileiro (repita-se: muitas vezes norteados por um discurso de cunho repressivo) sustentam que a complexidade das práticas delitivas, em especial as que envolvem o crime organizado e a corrupção, conduziu o Estado à necessidade de buscar meios não-tradicionais de obtenção de prova, tendo papel central a colaboração premiada – mas também salta aos olhos as propostas de introdução do *plea bargaining* ao processo penal brasileiro.

Ainda que se admitisse verdadeira essa hipótese (de que o Estado devesse adotar métodos “não-tradicionais”), a delação premiada não deveria ser encarada como nada mais do que um meio de obtenção de prova, e não como um meio de prova *per si*, conforme resta claro ante uma leitura mais atenta do artigo 3º, inciso I, da Lei 12.850/2013, reforçado pelo artigo 4º, parágrafo 16 do mesmo texto.

Não se nega que a corrupção e o crime organizado constituam modalidades delitivas altamente repulsivas, pelo seu desvalor ético; no entanto, para combater tais delitos, o Estado não pode se despir de sua vinculação estrita à legalidade (e porque não à moralidade), e se esvair de seu conteúdo ético, sob pena de praticar um ato ilícito e imoral a pretexto de reprimir condutas tidas, exatamente, como ilícitas e imorais (Hassemer). Contradição maior inexistente³.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? In: ___. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 105

³ A respeito da violação ao mínimo ético do Estado, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. **Revista de Estudos Criminais**, n. 22, ano VI, p. 75-84, São Paulo, abr-jun 2006.

É evidente, portanto, que qualquer conduta atípica, antijurídica e culpável deve ser combatida segundo as “regras do jogo”. Contudo, a pretexto de se “*combater o mal*” não podem ser suprimidas garantias constitucionais, como o devido processo legal, a presunção de inocência e o contraditório e ampla defesa, tampouco ser indevidamente dilatado o âmbito de atuação do Ministério Público (frise-se: órgão com atribuições constitucionais expressas de defensor da ordem jurídica e garante do regime democrático), que, de forma recorrente, tem se arvorado de um descabido protagonismo negocial, inclusive com a conivência de diversos magistrados.

Hodiernamente, vê-se a consolidação de um processo penal do espetáculo, conforme terminologia de Rubens Casara⁴, e ressurge uma cultura de emergência (Hassan Choukr⁵), onde os papéis dos atores sociais (em especial os jurídico-penais) têm sido redesenhados. A “nova razão do mundo”⁶ (Pierre Dardot e Christian Laval), dominada pela globalização e/do neoliberalismo, tem apontado para uma crescente mercantilização das relações humanas, em que (quase) tudo é vendável como se mercadoria fosse. Não escaparia dessa lógica o processo penal: as soluções *consensuais*, menos onerosas e mais “eficientes”, são a resposta do sistema jurídico-penal às pressões extrínsecas dos sistemas político e econômico.

Na atual quadra, também os meios de comunicação de massa têm exercido um papel estrutural para a consolidação de um novo (velho) processo penal⁷; atuam os oligopólios midiáticos como porta-vozes do grande capital, ambos apoiadores (mídia e capital) da introdução desses mecanismos negociados, pois economicamente mais proveitoso. Afinal, para uma lógica da mercadoria, nada mais interessante do que um modelo que propicie mais punições em menos tempo.

⁴ CASARA, Rubens. **Processo penal do espetáculo**: e outros ensaios. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. 248p. Sobre o conceito de espetáculo, recomenda-se a leitura de DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. 238p.

⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 242p.

⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad.: Mariana Echalar. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016. 413p.

⁷ Nilo Batista recorda que Zaffaroni inclui, “em seu rol de agências do sistema penal, as ‘agências de comunicação social’ e os exemplos que ministrou (“rádio, televisão e jornais”) deixam claro que não se referia aos serviços de relações públicas de tribunais ou corporações policiais”. Por essa razão, Batista poderá “sinaliza[r] para a ultrapassagem da mera função comunicativa por parte da mídia” e, nessa senda falará “da *executivização* dessas agências de comunicação social do sistema penal”. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271- 289, 2º semestre de 2002.

Nesse tocante, deve ser somado à *nova razão do mundo neoliberal* o fato de existir uma pretensa impunidade no imaginário coletivo brasileiro. Apesar de ter presenciado um crescimento exponencial de sua população carcerária nas últimas décadas, permanece no ideário popular uma noção de que se pune pouco em *terra brasilis*. Vários são os motivos para essa percepção; no presente trabalho, no entanto, adotar-se-á a tese forte de que a modelagem de tal visão passa pela relação dúbia do brasileiro com relação à lei e ao sistema de justiça criminal⁸.

Ademais, deve ser levado em conta que a narrativa matricial do Brasil, que permeou toda a tradição clássica da sociologia pátria, está apoiada em conceitos como “homem cordial” (Sérgio Buarque de Holanda) e “jeitinho brasileiro” (Roberto DaMatta), que, quando somados ao *mito fundacional* do patrimonialismo corrupto herdado de Portugal, fazem com que tenhamos uma contínua descrença em nós mesmos, e, por extensão, em tudo que nos concerne. As instituições e atores jurídico-penais não escapam a essa percepção.

Nesse diapasão, Jessé Souza tem feito um trabalho acurado⁹ no sentido de denunciar que a narrativa do brasileiro como um ser do coração/emoções – expresso na concepção de homem cordial –, e, portanto, facilmente corrompível, carece de suportes teóricos e serve como uma poderosa ideologia de rebaixamento do brasileiro em relação aos “povos desenvolvidos” (daí a conhecida *síndrome de vira-lata*).

Feito esse giro teórico, importante retornar ao ponto: o neoliberalismo e sua “temporalidade espetacular” (Guy Debord) têm levado a um redesenho também do processo penal. Seguindo a lógica de eficientismo do mercado, e a consecutória compressão do espaço-tempo (*globalização de tipo neoliberal*), o direito não saiu ileso, havendo substantivas mudanças em seus mais diversos ramos. A aceleração dos ritos processuais levou no campo do processo civil, por exemplo, ao excepcional ganho de força das práticas negociais (exemplo claro disso é a introdução do art. 190 no novo Código de Processo Civil), bem como institutos como mediação, conciliação e arbitragem vêm sendo cada vez mais usados.

⁸ Nesse sentido, a presente tese é tributária da análise de Geraldo Prado em *Transação Penal*, obra a qual voltar-se-á posteriormente.

⁹ Tanto na obra já citada, *A elite do atraso*, como também em: SOUZA, Jessé. **A classe média no espelho**: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018. 288p.; e ainda SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. 2ª ed. Rio de Janeiro: Leya, 2018. 272p.

No entanto, a transposição da supracitada lógica ao processo penal é uma operação perigosa. Geraldo Prado¹⁰, ao trabalhar com questões controvertidas da Transação Penal, denuncia a euforia de grande parte da doutrina tradicional brasileira (em especial a escola paulista da teoria unitária do processo) com a introdução daquele instituto – a transação penal – e com a “*revolução*” que estaria por vir mediante a sua incorporação ao sistema jurídico pátrio. Com a barganha (em especial a delação premiada), nota-se semelhante quadro de encantamento em expressivo setor da doutrina nacional.

Contudo, deve-se ter bastante cuidado com o conteúdo da *revolução*. Nesse sentido, alerta Prado que a “tendência [à estruturação de um ‘espaço revolucionário de consenso’] abriu terreno a iniciativas cuja adequação à Constituição é, no mínimo, duvidosa”¹¹. É indubitável que ocorre no Brasil uma guinada em relação a alternativas de consenso no campo do processo penal, sendo necessário, portanto, (re)pensar o caminho a ser trilhado, visto que os espaços de consenso têm se tornado, paradoxalmente, não-consensuais – ou ainda, coercitivos.

Nessa senda, abre-se caminho tortuoso, que já está a se percorrer, para a continuidade (melhor dizendo, intensificação) de práticas autoritárias, escamoteadas por um discurso de renovação do processo penal e das burocratizadas instâncias da justiça criminal. No âmbito da delação premiada, vê-se claramente a estratégia de supressão dos direitos e garantias fundamentais para dar espaço a um modo de punir mais *eficiente*, e que, por conseguinte, agrada ao espectador/consumidor. O eficientismo, lema maior do economicismo capitalista, substitui a noção de eficácia da sanção penal; a presunção de inocência dá lugar a presunção de não culpabilidade – as implicações desastrosas dessa(s) mudança(s), aparentemente questões de mera terminologia, já são sentidas na prática ao olharmos, por exemplo, para os assustadores índices de prisões sem trânsito em julgado.

Ora, troca-se um processo orientado para a assertividade da sanção penal, que será arbitrada àquele que comprovadamente cometeu a infração penalmente reprovável, para procedimentos (administrativos?) orientado teleologicamente para a punição do delinquente-inimigo. Entende-se daí o porquê de as garantias processuais, desde uma visão eficientista,

¹⁰ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

¹¹ Idem, p. 55.

servirem como impeditivos à uma “adequada prestação jurisdicional”, devendo ser, portanto, suprimidas, quando não extirpadas de vez do processo penal.

A *justiça penal negociada* insere-se nesse contexto de uma inevitável cisão entre presteza jurisdicional – a qualquer custo – e garantias constitucionais, por estas últimas constituírem óbice àquela (desde a lógica de aceleração dos ritos). O que se defende, portanto, é a imperatividade por uma *demarcação clara de limites*, para que os acordos penais não venham a ser, como já está demonstrando ser, uma forma de mitigação de direitos e garantias processuais e um atentado ao combalido sistema acusatório (falar em sistema acusatório no Brasil já é, por si só, problemático).

Por todo o exposto, compreende-se ser essencial dissecar as raízes históricas do instituto, pertencente ao modelo de justiça criminal dos Estados Unidos da América, absolutamente diverso do brasileiro, bem como evidenciar os potenciais malefícios ante a tradição inquisitorial brasileira, para se ter uma resposta quanto a possibilidade (ou não) do seu uso. Se compreendido que a barganha de fato é um recurso passível de uso (que de seus mecanismos não há escapatórias), não devem ser poucos os esforços para criar uma disciplina jurídica verdadeiramente atenta ao desenvolvimento do processo penal brasileiro, não sendo meramente transplantadas categorias forâneas à realidade nacional. Tudo sendo feito, por imperioso, com um *norte acusatório*, visto ter sido esse sistema processual penal o eleito pelo constituinte brasileiro.

Neste diapasão, se admitido o seu uso, far-se-ia imperativo a elaboração de uma nova lei, tratando apropriadamente dos mecanismos de negociação penal/processual penal, de forma a trazer unicidade e sistematicidade ao instituto. Com efeito, necessário determinar a atuação dos atores envolvidos direta ou indiretamente na contenda - juiz, Ministério Público, defensores, acusado delator e delatado -, bem como especificar em quais situações e sob quais condições poderiam ser utilizados tais mecanismos, pois só com um espaço bem delimitado é que não ficaria tão vulnerável a subversões e arbitrariedades de toda ordem.

Realizada a aproximação teórica ao problema objeto de estudo, passa-se a uma breve exposição do método. Entenda-se: aqui a discussão do método não é lateral, transcendendo uma concepção de que este seria mero *meio* pelo qual o objeto é pesquisado, e atingindo o cerne –

ou o núcleo fundamental – do objeto perscrutado, na medida em que a eleição do método delimita, inexoravelmente, as ferramentas conceituais utilizadas pelo pesquisador. Aqui, necessário afastar qualquer discurso de objetividade científica e de alheamento do sujeito em relação ao objeto pesquisado (a assunção de neutralidade que é tão nociva, entre outros por travestir o “local de fala” do investigador).

Daí compreender-se-á a assertiva de que o método escolhido é, antes de tudo, uma forma – entre inúmeras – de se conceber, e, por conseguinte, se enxergar, o objeto. Relativamente a isso, tomar-se-á emprestada a noção de *paralaxe*¹², conforme desenvolvida pelo filósofo esloveno Slavoj Žizek, servindo-se dela como o ponto de partida (dito melhor: pontos de partida), um referencial teórico-metodológico mais rico para a compreensão do objeto de pesquisa.

Nesse tocante, pode-se afirmar que a escolha do método, ela mesma, surge como escolha política fundamental, visto que a abordagem metodológica recairá, inevitavelmente, sobre a maneira de conhecer o objeto. Inevitável, a esse respeito, lembrar Paul Feyerabend¹³ (Contra o método), para quem a escolha do método trata-se, essencialmente, de uma eleição política. E de fato é, ainda que desde o positivismo jurídico tenha ganhado maior força a concepção de neutralidade axiológica e uma tentativa de *desideologização* do conhecimento científico.

Aduz Geraldo Prado¹⁴, na esteira de Vera Andrade, que o “cotidiano da vida jurídica é orientado, no âmbito do positivismo, por um saber ‘científico’ que guarda independência dos sistemas econômicos e sociais”, resultando no fato de “que esta ótica limitada do fenômeno jurídico haveria de repercutir na seara do método para instituir um campo de investigação restrito às normas jurídicas e sua interpretação”. A asserção de que a tradicional dogmática penal e processual penal brasileira produz um saber dissociado do diálogo com disciplinas alheias ao direito – desvinculada, portanto, de problematizações econômicas, políticas, sociais

¹² Paralaxe é um fenômeno óptico simples em que há uma mudança de posição aparente de um objeto em relação a um segundo plano mais distante, quando esse objeto é visto a partir de ângulos diferentes. Slavoj Žizek serve-se do fenômeno como uma espécie de guia metodológico para a sua aventura filosófico-psicanalítica. A “abordagem paraláctica” é-nos interessante, visto permitir a captura dos diversos pontos de vista e possibilitar a compreensão pela eleição de um ou outro ângulo. ŽIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 14

¹³ FEYERABAND, Paul. **Contra o método**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011. 376p.

¹⁴ PRADO, Geraldo. op. cit, p. 102-3.

e históricas – passa pelo reconhecimento da expressiva influência do positivismo jurídico sobre os teóricos brasileiros.

Explica-se melhor: a adoção do método lógico-formal, que circunscreve (e, por conseguinte, limita) a atuação do intérprete a uma busca pelo sentido ideal da norma – ou na correção/adequação do ordenamento jurídico, visto como um todo fechado –, ainda inserido num paradigma purista do positivismo jurídico, leva à importante, mas não suficiente, proposição metodológica “orientada à eliminação de lacunas e antinomias”¹⁵.

Portanto, a ideia central que permeará o presente trabalho tem como base a noção de que a mera análise da letra da lei (,por mais bem-feita que seja,) é insuficiente, quando não propositadamente perniciosa, visto descartar tanto a existência de distintas culturas jurídicas, mas principalmente por deixar em segundo plano (ou mesmo não dar atenção alguma) o funcionamento real “dos mecanismos punitivos e as suas funções” (Foucault¹⁶).

A partir da crítica ao método técnico-jurídico, apontando a sua insuficiência categorial-analítica para a compreensão de fenômenos extrajurídicos e, por decorrência, das implicações destes no Direito (a incapacidade, por exemplo, de perceber a *maquinaria processual das expectativas*¹⁷), faz-se necessária a demonstração do método a ser usado na presente pesquisa.

Pelo exposto, compreende-se adequada a adoção do método histórico-crítico para o trabalho que se pretende. O transplante de mecanismos da justiça criminal consensual dos Estados Unidos da América para o Brasil requer uma análise cuidadosa, que passe, necessariamente, por um filtro de admissibilidade dos sistemas jurídicos; ademais, demanda-se também por um exame sobre os impactos do transplante em um novo sistema. Essa diferença entre culturas – decorrente das distintas linhagens familiares (René David) – é fundamental para a compreensão da expansão das soluções penais negociadas; e, se mal compreendida, invalida o transplante de categorias jurídicas anglo-americanas para o processo penal brasileiro.

¹⁵ Idem, p. 117.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 42ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013. 296p.

¹⁷ Termo cunhado por Rui Cunha Martins que será posteriormente desenvolvido na tese. Por ora, basta a percepção de que as expectativas sociais têm repercussões profundas, desde o exterior, no direito; nas palavras do autor português, “a maquinaria agenciadora das expectativas é o mecanismo responsável por movimentos da evidência a partir do exterior, correspondendo a uma contaminação da prova vinda de fora para dentro daquela putativa fronteira jurídica”. MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40

Aqui é necessário um parêntese: a noção de “*crítica*” que permeará a tese deve ser delimitada. Conforme leciona José Paulo Netto, ao tratar da categoria do método na teoria social marxiana:

Cabe insistir na perspectiva *crítica* de Marx em face da herança cultural de que era legatário. Não se trata, como pode parecer a uma visão vulgar de “*crítica*”, de se posicionar frente ao conhecimento existente para recusá-lo ou, na melhor das hipóteses, distinguir nele o ‘bom’ do ‘mal’. Em Marx, a crítica do conhecimento acumulado consiste em trazer ao exame racional, tornando-os conscientes, os seus *fundamentos*, os seus *condicionamentos* e os seus *limites* – ao mesmo tempo em que se faz a verificação dos conteúdos desse conhecimento a partir dos processos históricos reais. É assim que ele trata a filosofia de Hegel, os economistas políticos ingleses (especialmente Smith e Ricardo) e os socialistas que o precederam (Owen, Fourier)¹⁸

Ainda com Geraldo Prado sustenta-se que “identificar as correspondentes heranças históricas [...] e considerar também a cultura concreta e complexa das formações sociais são antídoto metodológico contra o perigo de uma globalização que não respeita diferenças e não acata a pluralidade”¹⁹. Parece ser esse um desafio para a *crítica* proposta na tese. Para tanto, convirá o exame histórico dos dois sistemas jurídicos (*common law* e *civil law*), bem como a análise dos influxos de uma trajetória secular sobre a formação de distintas culturas jurídicas, para que não se caia no discurso fácil (e enganoso) de um *admirável mundo novo e globalizado*.

Compreendendo-se que a história é ferramenta imprescindível para uma adequada análise sobre a introdução de mecanismos negociais na justiça criminal brasileira, são necessários dois alertas. Inicialmente, deve-se atentar para a tradição inquisitorial (e de cariz autoritário) do Brasil, aspecto sem o qual jamais poderá se compreender o efetivo e concreto funcionamento da justiça penal, e o espaço - ou a falta de espaço - para as soluções consensuais.

Um segundo alerta – desde uma perspectiva *crítica* – vai no sentido de compreender que as soluções consensuais não podem ser compreendidas a partir de uma análise dissociada dos mecanismos reais do poder punitivo, sob pena de se ter uma investigação desconectada da realidade social na qual se insere o objeto de pesquisa; recaindo-se no erro maior de (re)produzir uma teoria estéril.

¹⁸ PAULO NETTO, José. **Introdução ao estudo do método de Marx**. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 18

¹⁹ PRADO, Geraldo. op. cit, p. 123

Nessa linha, nos chama atenção Rubens Casara e Antônio Pedro Melchior para o fato de que:

A crítica se estabelece, portanto, a partir do funcionamento concreto da delação premiada no sistema de justiça criminal, fundado sob uma estrutura econômica, social e jurídica própria do que chamaremos aqui de pós democracia. Esta é a conjuntura real em que se inserem as instituições e a população, logo, que se produz as expectativas sociais e políticas que atravessam o processo penal. A possibilidade de transformação da realidade depende desta consciência e, assim, da imersão na realidade marginal da delação premiada no Brasil.²⁰

Feita a delimitação metodológica, passa-se a um breve relato de como a presente pesquisa pretende se desenvolver. Aqui se faz essencial um esclarecimento: sem prejuízo da discussão de novas questões (que não de suscitar inquietudes outras), é mister elucidar que o exame do objeto dar-se-á a partir de três eixos centrais, o que se explica a seguir.

Adotar-se-á como marco teórico, partindo de uma linguagem cartográfica²¹, os seguintes “planos de espacialidade”: inicialmente, desde uma perspectiva global, buscar-se-á perscrutar as diferenças entre os “grandes sistemas do direito contemporâneo” (René David) e seus impactos na modelagem de culturas jurídicas absolutamente distintas entre si. Nesse primeiro plano, a análise passará por demonstrar como a existência de dois sistemas jurídicos díspares é requisito fundamental para qualquer debate acerca da importação de modelos, visto que, inegavelmente, há uma dificuldade maior no transplante de categorias jurídicas tradicionalmente pertencentes (ou originárias) à família da *common law* para ambientes historicamente filiados à tradição europeia continental do *civil law*.

Para além disso, a análise das duas distintas tradições jurídicas deve fundamentalmente passar por uma compreensão da atual conjuntura global; nesse tocante, a globalização e o neoliberalismo como “nova razão do mundo” (Dardot e Laval) serão noções-chave para se entender como as expectativas espetaculares (e a temporalidade da mercadoria) atingem o

²⁰ CASARA, R.; MELCHIOR, A. P. Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (ORGS.). **Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 415

²¹ É mister asseverar a influência de Boaventura de Sousa Santos na escolha por essa abordagem cartográfica. Veja-se SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Volume 1: **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

processo penal – ora, desde uma lógica de aceleração dos ritos processuais, é muito mais eficiente a implementação de soluções penais consensuais do que as onerosas garantias ao devido processo legal, plenitude de defesa, contraditório, etc.

Em plano subsequente – continental – far-se-á uma aproximação teórica da institucionalização de tais mecanismos numa ambiência de tradição marcadamente autoritária do processo penal brasileiro. A partir de uma análise que parte da discussão entorno dos sistemas processuais penais, tentar-se-á demonstrar como os instrumentos da barganha, pretensamente inovadores e revolucionários, são extremamente perigosos, visto que, em um país de tradição autoritária como o Brasil, abrem espaço para o aprofundamento da operacionalidade inquisitorial (daí o sentido das *metástases inquisitoriais*, trabalhadas por Ricardo Gloeckner²²).

Por fim, a análise circundará as soluções de consenso na realidade processual brasileira, demonstrando os efeitos nocivos da importação do modelo estadunidense e suas distorções quando instalada em ambiente de manifesto autoritarismo (*autoritarismo consensual*). O modelo negocial sofre inúmeras objeções já no seu local de origem; no Brasil, a importação de tais mecanismos consensuais tem nos conduzido a perigoso caminho, pondo-nos cada vez mais distantes (ao invés de nos aproximar) de um processo penal efetivamente acusatório.

²² GLOECKNER, Ricardo. Metástases do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. 375 p.

1 DUAS DISTINTAS CULTURAS JURÍDICAS E A IMPORTAÇÃO DA BARGANHA PROCESSUAL PENAL: UM ESTUDO COMPARADO

1.1. Cultura jurídica (1): a família romano-germânica de direitos

Dentro do escopo dos sistemas de direito contemporâneo, faz-se necessária uma análise minudente da chamada família da *civil law*, também denominada romano-germânica. Esse grande sistema, que foi se desenvolvendo com o passar dos séculos e se dissipou pelas mais diversas regiões do globo, tem por base o fato de agrupar os Estados nos quais a cultura jurídica foi forjada sobre uma base de sustentação comum, qual seja, o direito romano.

No entanto, por mais que a tradição romana tenha sido, indubitavelmente, o ponto de partida para o surgimento de uma linhagem familiar comum, o seu desenvolvimento milenar fez com que diversos institutos fossem criados, a depender das características de cada localidade, e, assim, houvesse um natural afastamento da sua origem histórica. Nessa linha, preciso René David ao atestar:

A família romano-germânica tem atrás de si uma longa história. Liga-se ao direito da antiga Roma, mas uma evolução mais que milenar afastou, de modo considerável, não só as regras substantivas e de processo, mas a própria concepção que se tem de direito, da que era admitida no tempo de Augusto ou Justiniano.²³

A gênese dessa família, enquanto tal, remonta ao século XII, a partir dos esforços da escola de juristas da Universidade de Bolonha para a “reconstrução analítica da obra de Justiniano e à exegese dos textos assim recuperados”²⁴. Tal renascimento dos estudos do direito romano nas universidades europeias – inicialmente em Bolonha, para posteriormente difundir-se Europa afora - não se deu por acaso; a *contrario sensu*, encontra-se, nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos²⁵, no cerne mesmo do processo histórico de tensão entre a regulação da atividade econômica e emancipação social.

²³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Col. *Justiça e Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 33.

²⁴ LOSANO, Mario. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 52.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: Contra o desperdício da experiência. Vol. 1. 1ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2017. p. 120.

As invasões dos povos “bárbaros”, em especial a partir da virada para o século IV d.C., implicaram na derrocada do Império Romano do Ocidente, tendo por consequência também a fratura territorial do poder político e a dispersão populacional – vide o massivo deslocamento no sentido “cidades-campo”. Essa fragmentariedade, característica típica da sociedade feudal²⁶, manifesta-se no âmbito do direito pela multiplicidade de ordenamentos jurídicos aplicáveis, a depender da localidade e da atividade exercida.

O período do direito consuetudinário, conforme denomina René David²⁷, tem em sua gênese um processo de fratura sócio-política e de miscigenação entre as populações romanizadas e os povos germânicos, o que explica a confluência entre diversas ordens – o(s) direito(s) feudal(is), o direito real, a *lex mercatória* e o direito canônico. Predominantemente orais, locais e costumeiros, os plúrimos direitos existentes no primeiro medievo ora mesclavam elementos romanos e germânicos, ora mantinham-se em domínios distintos, enquanto “direito erudito” e “leis bárbaras”²⁸.

O renascimento das cidades enquanto pólos comerciais a partir do século X, somado ao aparecimento de uma classe social de mercantes – e o enriquecimento exponencial destes, no contexto das Cruzadas –, tornou forçosa uma reconfiguração do quadro jurídico extremamente caótico do sistema feudal. Nesse tocante, há de se concordar com Mário Losano quando afirma que “o direito romano oferecia a uma sociedade mercantil instrumentos jurídicos mais adequados que os dos direitos romano-bárbaros de alta Idade Média”²⁹.

O surgimento do direito como uma disciplina autônoma insere-se, portanto, em um contexto histórico de ruptura com a ordem anterior (diga-se: desordenada) e a exigência por uma nova maneira de regulação da vida social, que estivesse em conformidade com os interesses da classe nascente – classe essa que, se financeiramente havia se tornado prevalente, do ponto de vista político ainda não tinha representação. A demanda por racionalidade, estabilidade e unicidade em um “*sistema*” considerado disforme está no centro do renascimento

²⁶ BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. p. 85-7.

²⁷ DAVID, René. op. cit, p. 37.

²⁸ LOSANO, Mario. op. cit, p. 41.

²⁹ Idem, p. 51.

do estudo do direito romano na Universidade de Bolonha e na formulação, junto ao direito canônico, do *jus commune*.

Na virada do século XII, o monge Irnério passa a se dedicar ao estudo integral das compilações de Justiniano e à cátedra do *Corpus Iuris Civilis*, dando origem à Escola dos Glosadores. A escola de juristas de Bolonha se constitui a partir da necessidade de restaurar a “grandiosidade” das leis romanas, por um lado, e de servir como um modelo ideal de organização social, por outro. Através das glosas, tal empreitada ganha força e se dissipa por outras universidades da Europa, culminando na obra magna da Glosa de Acúrsio, que se constituiu no “instrumento da aceitação do direito romano nos outros Estados europeus”³⁰.

Nessa esteira, René David aponta para o prestígio do direito romano nas universidades europeias como sendo fruto de uma demanda dupla, qual seja de racionalização e de universalidade:

Sob pena de se tornarem escolas locais de processo, sem prestígio, sem irradiação e sem meios, as universidades deviam ensinar algo diferente do direito local. Além disso, foi precisamente para superar este direito local, para se elevar acima dos costumes atrasados e insuficientes, que o renascimento dos estudos do direito romano se produziu. Nenhuma universidade europeia vai tomar como base do seu ensino o direito local consuetudinário; este, aos olhos da Universidade, não exprime a justiça, não é verdadeiramente direito.³¹

Aqui é válido um parêntesis. A expansão do direito romano não se deu sem resistência: houve uma influência recíproca entre costumes locais e princípios do direito erudito. Exemplo claro desse entroncamento são as *Siete Partidas*, compêndio através do qual o monarca Afonso X, de Castela, buscou conciliar as regras consuetudinárias com o direito romano e canônico. René David³² aponta para o fato de que essa compilação teve profundos impactos em Espanha e Portugal, empurrando ambos os países no sentido de uma romanização de suas regras de direito – o que, inclusive, ressoou na colonização jurídica do Brasil.

Retorno ao ponto. Através do trabalho dos glosadores, o direito romano foi reestabelecido e serviu bem aos propósitos emancipatórios da classe mercante. No entanto, gradualmente uma nova necessidade se impôs: a aplicação do direito romano clássico pelos juristas havia se

³⁰ Idem, p. 52.

³¹ DAVID, René. op. cit, p. 42.

³² Idem, p. 57.

demonstrado muito rígida – vide a fidelidade ao texto de Justiniano e seu caráter não sistemático³³ – e, por vezes, não se coadunava com a realidade social do século XIV. A formação dos Estados Nacionais, é bem verdade que ainda incipiente, foi responsável por aplicar um golpe forte na pretensão de restauração do Império Romano do Ocidente, o que acarretou, por conseguinte, a necessidade de libertação das balizas (ainda bastante) estreitas do direito romano conforme delimitadas pela Escola de Bolonha.

Nesse momento, representada por Bartolo de Sassoferrato, surge a escola dos Pós-Glosadores ou Comentadores. Esta “via no direito romano a *ratio scripta*, ou seja, um conjunto de princípios que deviam ser adaptados à realidade de cada Estado por meio de intervenções que os Glosadores teriam considerado inadmissíveis”³⁴. Através desse estudo menos aferrado a praxeologia do direito romano e mais propositivo a adaptações de acordo com a realidade local, desenvolveram-se ramos inteiramente novos do direito e relativamente autônomos do *ius civili*, que, no entanto, apesar de díspares, eram incorporados ao direito comum (*ius commune*). Quanto a isso, segue-se o pensamento de Antônio M. Hespanha, no sentido de que “unidade (ou comunicação, comunhão) não significa, neste contexto, homogeneidade, pois, mesmo neste nível da alta cultura, a ideia de um direito comum compatibilizava-se com o reconhecimento de particularidades jurídicas regionais (...)”³⁵.

Se a incipiente formação de Estados Nacionais impôs uma reconfiguração/adaptação do direito romano, a progressiva centralização do poder político demandou um redesenho ainda mais profundo, que levou ao abandono de princípios da doutrina romana em detrimento dos novos direitos nacionais. Ademais, essencial recordar, com Enrique Dussel³⁶, que a descoberta da Ameríndia operou uma cisão com o “sistema asiático-afro-mediterrâneo”, alargando os horizontes para um “sistema-mundo”; nesse momento, deslocou-se o “centro” oriental do sistema inter-regional para o Ocidente europeu, o Atlântico substituiu o Mediterrâneo como nova rota de conexão centro-periferia e acirraram-se as rivalidades na febre mercantilista do ouro e da prata³⁷.

³³ HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p. 213.

³⁴ LOSANO, Mário. op. cit, p. 54.

³⁵ HESPANHA, António Manuel. Ibidem, p. 115.

³⁶ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. p. 57.

³⁷ GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. 1ª Ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010. p. 29-43.

Neste tocante, lembra-nos Antônio M. Hespanha³⁸ que a submissão do *ius commune* ao direito próprio dos reinos e cidades “acontece, antes de mais, naqueles ramos em que o direito romano não podia trazer grande contributo (dada a maior evolução do estilo de vida) – como o direito público, o direito criminal e o direito comercial”. Assim entende-se que o direito ensinado nas universidades afastou-se cada vez mais dos textos justinianeus para se tornar um direito sistemático, ancorado pela razão³⁹; ademais, o fortalecimento do poder político e os projetos de expansão ultramarina empurraram os direitos régios para a consolidação dos mencionados ramos.

Nesse momento, surgem duas correntes de transição: o humanismo jurídico (França) e o *usus modernus Pandectarum* (Alemanha). Não cabe a análise pormenorizada de cada uma das correntes; no entanto, entende-se indispensável a compreensão de que ambos constituíram movimentos de ruptura e continuidade com a tradição românica. Paradoxalmente, se houve um incremento da importância dos direitos locais, também é verdade que foi possível a “unificação do saber jurídico - a construção de “sistemas” jurídicos progressivamente mais gerais, estruturados dos princípios locais que se iam obtendo”⁴⁰.

Com esse simultâneo afastamento do direito comum (*ius commune*) e aproximação entre os direitos locais, foram lançadas as bases para o surgimento do direito natural racionalista. A revolução científica pela qual passou a Europa no século XVI-XVII, tendo como seus principais expoentes Galileu Galilei, René Descartes e Francis Bacon, teve profundos impactos no redesenho de todo o pensamento científico da época. A busca por uma maior certeza nas disciplinas “inexatas” – filosofia, direito, ética – levou Descartes a desenvolver um método que fornecesse balizas mais sólidas e seguras nesses campos; uma das regras estruturantes do seu método era, exatamente, a evidência racional.

A ideia de que as leis naturais poderiam ser apreendidas através do uso da razão por um método científico – portanto, mais preciso e universal – representou, no âmbito do direito, uma grande virada. É precisamente nesse quadro que se desenvolve a escola de direito natural. Nesse sentido, precisa a observação de René David quanto ao rompimento em diversos pontos entre o jusnaturalismo e a escola dos pós-glosadores:

³⁸ HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 232.

³⁹ DAVID, René. op. cit, p. 46.

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 241.

Abandonando o método escolástico, eleva a um alto grau a sistematização do direito, que ela [escola do direito natural] concebe de modo axiomático, eminentemente lógico, à imitação das ciências. Afastando-se da ideia de uma ordem natural das coisas exigida por Deus, ela pretende construir toda a ordem social sobre a consideração do homem (...)⁴¹

O direito natural racionalista simboliza um rompante final com a teologia escolástica, ante a crise da filosofia clássica; era necessário secularizar a razão humana, que não mais poderia se submeter a ordem divina. Nesse ponto, faz-se necessário um reconstituido histórico, para que se compreenda a derrocada do direito divino – seja no direito românico, seja o canônico – e os impactos que teve sobre a reelaboração do saber sobre novas bases (é a partir daí que surgirão as teorias do contrato social, buscando dar um novo fundamento ao exercício do poder político).

Dois são os movimentos que merecem destaque: num primeiro plano, houve um grande abalo das estruturas da filosofia clássica com o escolástico inglês Guilherme De Ockham, considerado por muitos como o precursor do racionalismo e empirismo que, séculos mais tarde, iriam se desenvolver, respectivamente, na Europa Continental (através, principalmente, de René Descartes) e Inglaterra (com John Locke e David Hume como expoentes). A doutrina de Ockham, desenvolvida ainda no século XIV, inaugura a via moderna, em oposição ao realismo tomista, e desafia a produção do conhecimento dentro do paradigma realista. Conforme explica Kunz:

A constante “luta entre as duas vias”, isto é, o conflito entre os que sustentavam a “via moderna” (nominalismo) e os “nominales” (terministae, conceptistae) e os “reales”, preenche todo este período do tempo. Com a sua exagerada separação entre a fé e a ciência, o nominalismo contribuiu decisivamente para preparar a estrada aos inovadores do século XVI.⁴²

A epistemologia, como campo do saber que estuda as condições de produção do *conhecimento*, tem suas raízes em Guilherme de Ockham. Este teólogo inglês vai desafiar a compreensão que concebe, até o momento, o conhecimento enquanto ato de revelação divina, para, com a formulação do nominalismo, afirmar que “o conhecimento humano é condicionado

⁴¹ DAVID, René. op. cit, p. 46.

⁴² KUNZ, Armindo Antonio. **História da Igreja: a Idade Nova (1303-1648)**. Taubaté: Instituto Teológico SCJ, 1978. p. 45.

ao contato direto ou indireto com algum objeto ou dado da experiência”⁴³. Essa ruptura ontológica com a Verdade (paradigma ainda não rompido pelo processo penal), bem como a separação entre filosofia/ciência e teologia/religião, são pontos fundamentais para compreender a revolução científica do século XVI.

Em um segundo momento, a crise da legitimidade da Igreja se manifesta através da Reforma de Martinho Lutero, já em princípios do século XVI. Ao mesmo tempo tributário e crítico do ockhamismo, Lutero propõe a retomada da centralidade do estudo da Escritura Sagrada e desafia a autoridade pontifícia – à época, o papa Leão X –, denunciando a “detestável tirania dos clérigos com relação aos leigos”⁴⁴, bem como afirma que “a Palavra de Deus se encontra em uma situação incomparavelmente mais alta que a Igreja, a qual, como criatura da Palavra, não pode determinar, ordenar ou fazer, mas ela deve ser regida, ordenada e estabelecida”⁴⁵.

A partir desse pano de fundo conturbado são criadas as condições para a revolução científica do século XVI e XVII, que desaguam no desenvolvimento do direito natural racionalista e nas teorias do contrato social. A escola do direito natural, que teve em Hugo Grotius um de seus pioneiros e maiores expoentes, é a desembocadura desse movimento que começa com Guilherme de Ockham e passa por Lutero; também pelos juristas escolásticos Francisco de Vitória, Francisco Suárez, *et al.* Percebe-se a influência dessa trajetória quando, em *De Jure Belli ac Pacis*, Grotius afirma:

entre as características do homem há uma vontade que o impele para a sociedade, ou seja, para a vida social – não para qualquer uma, mas para uma que seja pacífica e organizada à medida da sua inteligência – com os seus semelhantes [...]. A preservação da ordem social, que sumariamente resumimos e que se harmoniza com a inteligência humana, é a fonte do direito na verdadeira acepção do termo [...] O que temos vindo a dizer seria sempre válido, mesmo que admitíssemos aquilo que só com a maior perversidade pode admitir-se: que Deus não existe, ou que os assuntos dos homens O não preocupam (1964: 11-13, Prolegomena, Secções 6-11)⁴⁶

Prossegue o autor:

⁴³ GHISALBERTI, Alessandro. **Guilherme de Ockham**. Trad. Luís A. De Boni. Porto Alegre: EPIPUCRS, 1997. p. 67.

⁴⁴ LUTERO, Martinho. **Do Cativo Babilônico da Igreja**. Trad. Martin N. Dreher. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 106.

⁴⁵ Idem, p. 1001.

⁴⁶ GROTIUS, Hugo. **De Jure Belli Ac Pacis**. 1964, p. 11-3 apud SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência**. Vol. 1. 1ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2017. p. 125.

A prova *a priori* consiste em demonstrar o necessário acordo ou desacordo de uma coisa com uma natureza racional e natural, a prova *a posteriori*, em concluir, se não com absoluta certeza, pelo menos com toda a probabilidade, que isso está de acordo com a lei natural que se supõe existir em todas as nações ou entre as que estão mais avançadas na civilização. Pois um efeito que seja universal exige uma causa universal e a causa dessa opinião não pode ser outra senão o sentimento a que se chama o senso comum da humanidade. (1964: 42) ⁴⁷

Ora, estão claros os traços de continuidade, a saber: (1) a busca de um conhecimento seguro (epistemologia), em detrimento da certeza/verdade absoluta (postura dos realistas); (2) a desvinculação às leis divinas, para demonstrar a ordem social como obra da razão humana; (3) o caráter universal e imutável das leis naturais. A escola do direito natural racionalista será um marco decisivo na virada científica do direito, tendo repercussões profundas na contemporaneidade.

Nessa esteira, René David afirma que a escola do direito natural teve dois êxitos:

Em primeiro lugar, fez reconhecer que o direito devia estender-se à esfera das relações entre os governantes e governados, entre a administração e os particulares. (...)
O segundo êxito espetacular da escola do direito natural foi a codificação. (...) A codificação liquidará os arcaísmos que muito frequentemente se perpetuaram; ao mesmo tempo, ela porá fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes, que são muitas vezes um obstáculo na prática, e para os quais se tornou impossível, na época, fornecer uma justificação. ⁴⁸

No primeiro plano, “a substituição de uma estrutura mental teológica por uma outra dominada pelo novo pensamento científico”⁴⁹ implicou na exigência de uma justificação não-teológica do poder político. A emergência do direito público – aqui, enfatiza-se o direito criminal - enquanto campo de saber autônomo explica-se, em muito, pela premência por fundamentar uma nova ordem social; esta, não podendo ser mais sustentada por uma pretensa Lei divina, deveria ser concebida como obra de indivíduos que racionalmente escolheram limitar suas liberdades naturais e se submeterem a um Estado que fosse capaz de preservá-las. Nesse ponto, explica-nos Geraldo Prado que “o crime como violação das regras elementares do contrato social será tratado como consequência obrigatória do reconhecimento de uma

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ DAVID, René. op. cit, p. 65-6.

⁴⁹ HESPANHA, António Manuel. Ibidem, p. 313.

igualdade de todos os homens, comprometendo a responsabilidade de cada um na assunção de sua coexistência com os outros”⁵⁰.

O contratualismo social, em qualquer de suas modalidades, insere-se nesse contexto de reconhecimento da existência de um estado natural, no qual os indivíduos gozavam de uma liberdade inata; no entanto, por um ou outro motivo, voluntariamente firmaram um pacto entre si para disciplinar a sociedade política – vida em comunidade –, delegando parcela da fruição dos seus direitos subjetivos para um soberano em troca da tutela de seus interesses legítimos.

Em Thomas Hobbes, cujo pensamento se desenvolve em meios do século XVII, pronuncia-se o caráter belicoso do estado de natureza (“guerra de todos contra todos”), sendo imperioso, portanto, a presença de um soberano absoluto – o Leviatã – que zelasse pela e garantisse a paz social. Sedimentando o corte racionalista com o “direito divino dos reis” (Bodin, Bossuet) do *ancien régime*, Hobbes busca uma nova legitimação do poder político: ainda de dentro do paradigma absolutista, o contratualismo hobbesiano marca o momento em que “o povo renuncia ao estado de natureza – ou seja, à liberdade total e à igualdade que necessariamente conduz à guerra de todos contra todos – e cria uma sociedade civil baseada na soberania absoluta do Estado que, em vez de liberdade e da igualdade, garante a paz(...)”⁵¹.

Na mesma linha, o contrato social para Hobbes implicava no desaparecimento do próprio direito natural com a instituição da sociedade política, “justamente porque, uma vez instituído o soberano como único legislador, não haveria lugar para qualquer direito que não tivesse origem nele”⁵². Para se compreender a importância do pensamento de Hobbes, veja a marcante influência de sua teoria sobre o que se denominará, séculos depois, de positivismo jurídico⁵³.

Outro contratualista marcante para o desenvolvimento do sistema romano-germânico de direito e profundamente influente na Revolução Francesa é Jean-Jacques Rousseau, que, por sua vez, desenvolve sua teoria da vontade geral em meados do século XVIII – um século depois

⁵⁰ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 156-7.

⁵¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit, p. 133.

⁵² HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 317.

⁵³ GOYARD-FABRE, S.. **Os fundamentos da ordem Jurídica**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44-57 apud BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. O Direito em busca de sua identidade em Simone Goyard-Fabre. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD). 6(2):228-230, julho-setembro 2014.

de Hobbes. No contratualismo rousseauiano, a sociedade civil afigura-se como uma espécie de evolução do estado de natureza, visto que, através da associação recíproca, os indivíduos buscam maximizar a sua liberdade. Neste tocante, o Estado surgiria não como um Leviatã, mas como garantidor da vontade geral – frise-se, que não se confunde com a vontade de todos.

A sociedade civil, em Rousseau, representa, portanto, um estágio de sobrelevação da liberdade em relação ao estado de natureza, na medida em que a vontade geral representa um avanço rumo à racionalidade e igualdade – em oposição às vontades individuais, mais suscetíveis a serem corrompidas. Nessa linha, o autor francês compreende que

A passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça e conferindo às suas ações a moralidade que antes lhes faltava. Só então, assumindo a voz do dever o lugar do impulso físico, e o direito o do apetite, o homem, que até então não levava em conta senão a si mesmo, se viu obrigado a agir com base em outros princípios e a consultar sua razão antes de ouvir seus pendores. Conquanto nesse estado se prive de muitas vantagens concedidas pela natureza, ganha outras de igual importância: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto (...)⁵⁴

Feito esse giro pelos contratualistas mais marcantes no desenvolvimento do *civil law* – com a ressalva de que John Locke será analisado no capítulo que se destinar a família do *common law* – faz-se necessário um retorno às concepções gerais da escola jusnaturalista. Desde a já mencionada ruptura com a tradição, Antônio Hespanha nos alerta para o fato de que

Foi esta concepção *individualista* e *voluntarista* (que também tem repercussões na teoria das fontes do direito, ao identificar o direito com a vontade do poder, expressa nas leis) que se substitui à construção aristotélico-tomista do direito privado como ordem objetiva, baseada na natureza das coisas (...). Foi também ela que modelou os conteúdos dos códigos civis do século, bem como uma boa parte dos nossos manuais de direito privado.⁵⁵

Esse pensamento, que floresceu nos píncaros do Iluminismo, tem uma importância fundamental na modelagem do sistema romano-germânico em seus moldes atuais – influência marcante o tem também no sistema do *common law* (analisado no tópico 1.2.), o que, inclusive, é fundamental para explicar os distintos caminhos que tomaram as duas famílias. Resulta, na tradição europeia continental, num movimento de codificação pós Revolução Francesa em que a Lei escrita toma centralidade: é, ao mesmo tempo, resultado da manifestação voluntária da

⁵⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 25-6.

⁵⁵ HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 321-2.

vontade geral, materialização do direito enquanto ciência e barreira limitadora contra práticas arbitrárias e atentatórias ao direito natural. Nesse sentido, Rousseau questiona-se “*O que é uma lei?*”, para responder “*É uma declaração pública e solene da vontade geral sobre um objeto de interesse comum*”⁵⁶.

O largo movimento de codificação operado no século XIX – com destaque para o Código Civil Napoleônico de 1804 – foi um marco de consolidação dos ideais científicos do direito, na medida em que apresentava leis imutáveis e universais (características comuns às ciências da natureza ou exatas), dispostas em um único documento de maneira organizada e sistemática, e dotadas de uma inquestionável legitimidade, visto que amparadas pela razão e vontade dos indivíduos contratantes. O caráter universal das leis codificadas explica a sua disseminação na Europa e “expansão além da Europa”⁵⁷, seja através da recepção, seja pela colonização além-mar – fenômeno que se explicará pouco mais adiante, no caso do iluminismo jurídico luso-brasileiro (Gizlene Neder⁵⁸).

Antes disso, é necessário ressaltar: esse período de legiferação é decisivo para a história dos países de tradição romano-germânica, uma vez que é nesse momento que a lei positivada se tornará a fonte primeira do direito, compreendida como a forma mais adequada para a realização da justiça (e como instrumento de contenção do poder). A lei, considerada como a obra-mor da racionalidade humana, tomará a centralidade nos ordenamentos jurídicos da família da *civil law* e sua aplicação prática pelo intérprete deverá ser a mais fiel à vontade do legislador – vide o sucesso dos exegetas franceses do século XIX, que afirmavam ser o juiz apenas a “*bouche de la loi*” (‘boca da lei’). Apesar dessa postura ter sofrido abalos durante os séculos seguintes, a lei ainda hoje aparece como centro do esqueleto normativo, ao qual o

⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Lettres écrites de la Montagne**, I, VI apud HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia**, síntese de um milénio. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p. 328. Merece a pena colacionar o trecho extraído de Hespanha: “Et qu’est ce qu’une loi? C’est une déclaration publique et solennelle de la volonté générale sur un Object d’intérêt commun” [O que é uma lei? É uma declaração pública e solene da vontade geral sobre um objeto de interesse comum], explica Rousseau (Lettres écrites de la Montagne, I, VI). É este o ponto onde se consuma a orientação democrática que triunfa no Continente com a Revolução Francesa. A lei (o direito, de que a lei deve ser a única fonte) é uma vontade, mas uma vontade geral, no sentido de que (i) deriva de todos, (ii) se refere a problemas de todos, (iii) estabelece a igualdade e liberdade entre todos, (iv) prosseguindo o interesse de todos.

⁵⁷ DAVID, René. op. cit, p. 77.

⁵⁸ NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Coleção Pensamento Criminológico nº04. 2ª Ed. Brasil: Editora Revan, 2007. 256p. Voltar-se-á ao trabalho de Gizlene Neder em momento posterior, quando tratada a formação da cultura jurídica brasileira.

intérprete deve recorrer a todo momento para descobrir a regra de direito aplicável ao caso concreto.

Nessa esteira, explica Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que

A lei, por outro lado, com sua estrutura de preceito e sanção (preceito primário e preceito secundário), no seu conjunto – e hierarquizada – expressa valores e, assim, como regra (ou regras) contida no preceito (texto), oferece as bases para se dar e limitar os sentidos possíveis que o intérprete possa lhe emprestar, expressando (ou criando, como querem alguns) as normas. Com elas se aconselha também; mas, para além disso e principalmente, sanciona-se, pune-se. A legalidade, então, no *Civil Law*, é fundamental e ganhou, na modernidade, uma importância transcendental quando serviu de arrimo à *égalité*, mas também à *liberte* e à *fraternité*.⁵⁹

O rompante produzido pelos ideais iluministas, que vão desaguar na Revolução Francesa em 1789, leva a definitiva emergência da classe burguesa como hegemônica. Nesse ponto, importante fazer uma ressalva: se todo o arsenal teórico da modernidade foi muito bem “capitalizado” pela burguesia ascendente – desejosa de robustecer seu poder político – para cooptar o Terceiro Estado, no instante em que “alçou ao poder”, imediatamente refreou o processo *revolucionário*, com vistas a garantir o seu império enquanto nova classe dominante. Ora, nada mais ilustrativo do que o movimento liderado por Graco Babeuf (Conjuração dos Iguais), que já em 1796 se insurgira contra a “farsa burguesa” e denunciava que

... Desde tempos imemoriais se vem repetindo hipocritamente: os homens são iguais. Mas desde há longo tempo que a desigualdade mais vil e mais monstruosa pesa insolentemente sobre o gênero humano. Desde a própria existência da sociedade civil, o atributo mais belo do homem vem sendo reconhecido sem oposição, mas nem uma só vez pôde ver-se convertido em realidade: a igualdade nunca foi mais do que uma bela e estéril ficção da lei. E hoje, quando essa igualdade é exigida numa voz mais forte do que nunca, a resposta é esta: "Calai-vos, miseráveis! A igualdade não é realmente mais do que uma quimera; contentai-vos com a igualdade relativa: todos sois iguais em face da lei. Que quereis mais, miseráveis?"⁶⁰

Nessa esteira, ao apontar para o processo de tensão entre regulação e emancipação da modernidade, Boaventura de Sousa Santos afirma que

“... ao entrar na posse desta herança, o Estado minimizou os ideais éticos e as promessas políticas de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal. A soberania do povo transformou-se na soberania do Estado-

⁵⁹ COUTINHO, J. N. de M.; LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Delação Premiada no Limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil**. 1ª Ed. Florianópolis: EMais Editora, 2018. p. 11.

⁶⁰ BABEUF, Gracchus. **Manifesto dos Iguais**. Fonte: Mundo do Socialismo. 2006.

nação dentro de um sistema inter-estatal; a vontade geral transformou-se na regra da maioria (obtida entre as elites governantes) e na *raison d'état*; o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se um instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado; a boa ordem transformou-se na ordem *tout court*".⁶¹

Se todos os esforços dos séculos anteriores foram capitalizados pela burguesia em seu processo de ascensão ao poder político, fazia-se imperativo, após seu triunfo, que essa nova ordem social e política fosse adequadamente legitimada. Através do mito do contrato social e por meio do processo de codificação, a burguesia buscou frear o potencial emancipatório das classes subalternas por meio de um discurso que ocultasse a imanente luta de classes (Karl Marx) sob bordões vazios de essência – como liberdade, igualdade, fraternidade, cidadania formais e a propriedade privada. Nesse sentido, pode se afirmar que toda potência revolucionária havia sido revertida para a construção de uma nova supremacia.

Ainda na esteira de Sousa Santos, quando afirma que

o Estado liberal encontrou no caos daí resultante [das contradições do desenvolvimento capitalista] a justificação para impor um modo de regulação que convertesse as pretensões mais inequivocamente emancipatórias do paradigma em anomia ou utopia e, portanto, em qualquer dos casos, em perigo social. A deslegitimação social da emancipação ocorre quase simultaneamente no direito e na política, por um lado, e na ciência e na tecnologia, por outro (...).⁶²

O século XIX, portanto, consolida – não sem resistência – o senhorio da ordem burguesa liberal. No campo do saber, dá azo ao estabelecimento do positivismo científico⁶³. Neste novo paradigma, o direito, para ser considerado uma ciência autônoma, “deveria cultivar métodos objetivos e verificáveis, do género dos cultivados pelas ciências ‘duras’, dela devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais)”⁶⁴. O direito continental europeu, através do amplo movimento de codificação, consolidou esse “núcleo duro” de leis, a partir do qual os estudos – e o ensino – jurídicos se circunscreveriam.

O positivismo jurídico buscará a purificação do direito de qualquer consideração de natureza metafísica ou ética: enquanto observada as formalidades do direito (formalismo

⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit, p. 140.

⁶² Idem.

⁶³ Relativamente à adoção do método científico do positivismo nas ditas “ciências sociais”, e, em especial, no direito, ver WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. revista. Trad: A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 497-505.

⁶⁴ HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 399.

jurídico), dir-se-ia que uma norma integrava o ordenamento jurídico; portanto, era o direito que legitimava a si próprio. Tal corrente de pensamento, preponderante até os dias hodiernos na Ciência do Direito, serviu bem ao propósito da classe dominante, visto que esvaziava o direito de quaisquer preocupações extrajurídicas (políticas, morais, sociais); por detrás de uma máscara de neutralidade axiológica, o direito enquanto ciência surge como instrumento à disposição dos mais poderosos.

Realizado esse tracejo histórico sobre as linhas gerais mais relevantes da história da família romano-germânica – com a ressalva de que no ponto 1.4 tratar-se-á mais minuciosamente do neoliberalismo e da “globalização jurídica” –, importante perscrutar a trajetória luso-brasileira e situar o Brasil dentro desse movimento histórico, que o filia a tradição da *civil law*. Esta análise permitirá, em momento oportuno, a demonstração da (in)compatibilidade dos mecanismos negociados, proveniente de um sistema jurídico distinto, com a cultura jurídica sobre a qual se moldou o direito brasileiro.

Sem a pretensão de exaurir a história do direito português, entende-se necessário uma brevíssima reconstrução de suas origens, que marcarão, de forma decisiva, a modelagem da cultura jurídica brasileira. Para os propósitos do presente trabalho, o percurso a ser percorrido parte da romanização do direito português, a partir do século XIII, com os manuscritos *Fuero Real* e *Siete Partidas* durante o reinado de Afonso X de Castilla. Esses documentos tiveram influência marcante na Península Ibérica até o século XV, tendo permitido a incorporação do direito romano e das glosas (“direito erudito”) aos costumes locais e às práticas jurídicas – é bom lembrar que a península estava imersa em ordens jurídicas plurais ante a coexistência de regimes religiosos díspares, vide a convivência de muçulmanos, judeus e católicos no contexto da Reconquista⁶⁵.

Em Portugal, a recepção do direito romano ocorre “por meio dos portugueses que foram estudar na Itália. E sua difusão se deve, principalmente, à universidade fundada, em 1290, por D. Dinis, em Lisboa, e, mais tarde, transferida para Coimbra”⁶⁶. Nesse sentido, percebe-se que, desde muito precocemente, o direito português apresenta-se pela confluência entre caracteres

⁶⁵ Para uma análise de maior fôlego ver: LOSANO, Mario. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 220-7.

⁶⁶ ALVES, J. C. M.. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 88, 1993. p. 187.

do direito romano e do direito pátrio – tendo papel destacado nesse contexto as universidades, responsáveis a partir do século XIII pelo retorno ao estudo dos textos justinianeus, bem como à renovação do direito canônico. Explica Antônio M. Hespanha que

Na falta de expressa previsão das fontes de direito justinianeu ou de direito canônico, apelava-se para o direito doutrinal dos glosadores ou dos comentadores. Em primeiro lugar, para a Glosa de Acúrsio e, na insuficiência desta, para a opinião de Bártolo, ainda que contrariada por outros doutores, pois o rei, por o ouvir dizer a letrados, a tinha tida como a habitualmente mais conforme à boa razão (...) ⁶⁷

A partir do século XV, as Ordenações – sejam as Afonsinas, Manuelinas e Filipinas – caracterizam-se por um esforço para promoção de um direito comum, em que tensões entre as múltiplas ordens fossem amainadas e se conseguisse concatenar direito canônico, romano e régio (pátrio), ainda que, como visto acima, num sistema de subsidiariedade. As conquistas ultramarinas de Portugal e Espanha, numa ambiência de mercantilismo acumulativo e consolidação dos Estados Nacionais, leva, ao menos no plano teórico, à expansão do direito europeu para as novas áreas recém-colonizadas. Digo teoricamente porque desde cedo Portugal buscou estatuir dois regimes jurídicos diversos: as Ordenações e leis da metrópole se aplicariam aos portugueses, enquanto os nativos sujeitavam-se a um domínio violento e adestrador dos capitães donatários e das missões jesuíticas – afinal, eram concebidos como algo a menos do que gente, não-gente ou homens bestializados. Precisa a observação de Alfredo Bosi, quando afirma que “Lei, trabalho e opressão são correlatos sob o escravismo colonial” ⁶⁸.

Ainda na esteira de Hespanha, há de se concordar que

no Ultramar, a guerra justificava-se ainda por alargar a fé e o reino (“reconquista” e “cruzada”). Era a guerra mais legítima, e também menos regulada e mais feroz: a guerra “sem quartel”, que se podia mover contra rebeldes, infiéis ou bárbaros. Este imaginário da guerra devia ser dominante entre os colonos, nomeadamente entre a nobreza e os militares. Para estes, os nativos eram inimigos, facilmente equiparáveis a bárbaros, contra os quais tudo era permitido. Esta contraposição entre a ideologia da unidade do género humano (temperada pela ideologia da civilidade-rusticidade) e a da guerra (de cruzada, ou de conquista) explica a tensão, muito evidente no Brasil durante toda época colonial, entre a legislação do reino que proibia a escravização dos nativos e as pretensões escravagistas e de extermínio normais entre os colonos (“bandeirantes”, guerras “dos bárbaros”) ⁶⁹

⁶⁷ HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 273.

⁶⁸ BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 24.

⁶⁹ HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 291-2.

Nesse ponto, há de se fazer um parêntesis. Se, de fato, a colonização influiu, inquestionavelmente, na construção do discurso jurídico das terras conquistadas, também é verdade que a formação do Brasil (como de qualquer outra colônia) não pode ser explicada a partir de uma noção de continuísmo com Portugal. A respeito disso, lembra Jessé Souza⁷⁰ que “no Brasil, desde o ano zero, a instituição que englobava todas as outras era a escravidão, que não existia em Portugal, a não ser de modo muito tópico e passageiro”. Portanto, para além da influência – principalmente no âmbito do discurso – do direito português sobre o Brasil, a “história real do Direito [Penal] em nossas terras se revela por trás de pelourinhos, senzalas, açoites e chibatadas, execuções públicas e autos de fé”⁷¹.

Dado o enraizamento da escravidão no âmago da ordem social e política colonial (mas não apenas colonial, visto o Brasil ter abolido a escravatura tardiamente, já independente, em 1888), não há como se compreender a formação da cultura jurídica brasileira dissociada desse fenômeno. Aliás, os discursos de cariz iluminista – com sua retórica liberal – visam ocultar (daí o caráter pernicioso da ideologia), por detrás de uma manta humanista, as práticas escravagistas. Sobre esse “*falso impasse entre escravismo e liberalismo*”⁷², foram ocultados os discursos violentos e racistas que foram, em muito, responsáveis pela e permeiam as nossas subjetividades até os dias hodiernos.

Voltemos a análise do direito português, para que possamos detectar as ressonâncias deste na formação da cultura jurídica brasileira, não olvidando o jogo de força entre a produção discursiva e as práticas socioculturais – também as judiciárias.

É bem verdade que, se as Ordenações tentaram reunir em seu bojo os direitos romano e canônico, o abalo científico que atingiu a Europa no século XVII, bem como a ascensão do jusracionalismo, levaram a um redesenho das bases do direito português: ante a secularização

⁷⁰ SOUZA, Jesé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Editora Leya, 2017. p. 40. E prossegue em sua ácida análise: “Nossa forma de família, de economia, de política e de justiça foi toda baseada na escravidão. Mas como nossa autointerpretação dominante nos vê como continuidade perfeita de uma sociedade que jamais conheceu a escravidão a não ser de modo muito datado e localizado. Como tamanho efeito de autodesconhecimento foi possível? Não é que os criadores e discípulos do culturalismo racista nunca tenham falado de escravidão. Ao contrário, todos falam. No entanto, dizer o nome não significa compreender o conceito”.

⁷¹ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 162.

⁷² BOSI, Alfredo. op. cit, p. 195. Merece a pena, por oportuno, um destaque à observação de Bosi: “O par, formalmente dissonante, escravismo-liberalismo, foi, no caso brasileiro pelo menos, apenas um paradoxo verbal. O seu consórcio só se poria como contradição real se se atribuísse ao segundo termo, *liberalismo*, um conteúdo pleno e concreto, equivalente à ideologia burguesa do trabalho livre que se afirmou ao longo da revolução industrial europeia”.

da vida social, impunha-se necessária uma revisão do sistema de fontes do direito, em que se prestigiasse a razão humana em detrimento das antigas concepções – *opinio* – prevalentes dos comentadores (Acúrsio e Bártolo). Neste sentido, Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira Filho lecionam que a inserção do “paradigma legalista, que toma o primado da lei como eixo da articulação do campo político e ideológico, anunciava, na virada do século XVIII para o XIX, a necessidade de adotar códigos criminal e civil modernos”⁷³.

Para se ter uma ideia do descompasso entre os estudos de direito romano (lembre-se, que tinha aplicação subsidiária) e a nova ordem jurídica que se impunha, Luiz Antônio Verney, em 1746, denunciava que

Sem dúvida é digno de admiração que saiam os homens das Universidades falando muito nas leis de Justiniano, que só servem faltando a lei municipal, e nada saibam daquela lei por que hão de se governar.⁷⁴

Nesse contexto, em fins do século XVIII, Marquês de Pombal inicia uma reforma jurídica em Portugal, com destaque para a Lei da Boa Razão, de 1769, e a reforma universitária, de 1772. No tocante à primeira, há de se observar com Antônio M. Hespanha:

A Lei da Boa Razão, de 18/08/1769, reviu todo o sistema de fontes de direito no sentido de tornar o direito mais certo, ou porque estava fixado na lei do Estado, ou porque estava organizado em sistema orientados por grandes princípios. Isto equivalia à proscrição do direito doutrinal e jurisprudencial que, como se sabe, constituía a espinha dorsal do sistema do *ius commune*; assim, bane-se a autoridade de Bártolo, de Acúrsio e da *opinio communis doctorum*, o mesmo acontecendo com a vigência do direito canónico nos tribunais comuns. Mantém-se a autoridade subsidiária do direito romano, mas apenas quando este fosse conforme à Boa Razão, ou seja – como se esclarecerá depois nos Estatutos da Universidade – aos princípios jurídico-políticos recebidos nas nações “polidas e civilizadas”. (...) Numa palavra, institui-se o monopólio da edição do direito a favor da lei do soberano, monopólio apenas temperado pela possibilidade de invocação dos princípios de direito natural, nomeadamente daqueles que tinham sido incorporados na legislação dos novos Estados iluministas.⁷⁵

Quanto à reforma do ensino jurídico, esta foi responsável por introduzir nos quadros da Universidade de Coimbra o estudo do direito português, nos ditames do ideário jusracionalista

⁷³ NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Os filhos da lei**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol.16, n. 45, 2001. p. 114.

⁷⁴ VERNEY, Luís António. **Verdadeiro método de estudar**, in *Estudos médicos, jurídicos e teológicos*. Lisboa, Sá da Costa, v. 4, 1952, p. 195 apud ALVES, J. C. M. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 88, 1993. p. 189.

⁷⁵ HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 350.

(há uma busca por uma identidade portuguesa), bem como “forneceu critério prático para se aferir a conformidade do direito romano com a boa-razão: era o acolhido pelos mais ilustres representantes do *usus modernus pandectarum*”⁷⁶ – vale frisar que a nova cadeira de direito pátrio, dada a sua importância, fora ocupada por um dos juristas mais renomados à época, Pascoal José de Melo Freire.

No Brasil, as reformas pombalinas também se fizeram sentidas. Marquês de Pombal “ordenou a consolidação das leis brasileiras e reformou o sistema judiciário”, bem como “facilitou o acesso de brasileiros às universidades portuguesas, das quais muitos jovens voltaram embebedos de idéias liberais que prepararam os movimentos independentistas no Brasil”⁷⁷. Nesse tocante, percebe-se que a independência, em 1822, é em muito tributário da influência iluminista sobre as elites locais que iam para Portugal estudar e retornavam impregnadas de um espírito liberal. Em relação a esse movimento, Ruth Gauer atesta:

A construção do pensamento brasileiro foi mediada por Coimbra. Se, por um lado, os portugueses foram hábeis na recriação do mundo português no Brasil pela miscigenação, por outro essa habilidade se produziu também com relação à normatização dos costumes e à formação superior dos “colonos” brasileiros, na Universidade de Coimbra. Na visão de Joaquim Nabuco (1982): “(...) pertencemos à América pelo sentimento novo, flutuante de nosso espírito, e à Europa pelas camadas estratificadas do nosso espírito”. (...) A formação em Coimbra foi essencial para garantir a europeização das camadas dominantes e de outros segmentos sociais na colônia.⁷⁸

Para além disso, convém lembrar que a fuga da família real e de grande parte do aparato técnico-burocrático da Corte lusitana ao Brasil, em 1808 – após as invasões napoleônicas em Portugal –, repercutiu favoravelmente aos ideais de emancipação difundidos nas elites locais, o que culminaria, anos mais tarde, no processo de independência.

A dualidade entre dominação colonial (permanência) e liberalismo iluminista (ruptura), simboliza bem a faceta do Brasil independente – que continuará até 1889 sob jugo da dinastia de Bragança. O direito não escapa a esse fato; antes, é através dele que essa ambiguidade se

⁷⁶ ALVES, J. C. M. op. cit, p. 189.

⁷⁷ LOSANO, Mário. op. cit, p. 269-270.

⁷⁸ GAUER, Ruth Maria Chittó. A contribuição portuguesa para a construção da sociedade brasileira. **Revista de História das Ideias** do Instituto de História e Teoria das Ideias. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. Vol. 19, 1998. p. 586. A respeito da construção do Estado brasileiro, sugere-se artigo da mesma autora: Violência e medo na fundação do Estado-Nação. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**. Ano 1, nº 2, dezembro de 2001, p. 79-98.

afirma. Exemplo maior é a promulgação, em outubro de 1823 – portanto, logo após a independência –, de uma lei na qual estabeleceu-se que “permaneceriam vigentes as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código, ou não fossem eles alterados”⁷⁹. Ou seja, promoveu-se uma ruptura com a independência, mas continuou-se a aplicar por algum tempo as leis da colônia.

Já no tocante ao ensino jurídico pós-independência, explica Hespanha:

Depois da Independência, o Brasil cria as suas próprias escolas de direito, com a cautela de que isso não pulverizasse a harmonia ideológica que a comum pertença à academia de Coimbra tinha garantido até então. A Carta de lei de 11 de agosto de 1827 instituiu os cursos de direito em São Paulo e Olinda (transferido para o Recife, em 1854). A matriz coimbrã não se alterava muito: a formação jurídica continuava a assentar num caldo jusnaturalista (direito natural, direito público universal, direito das gentes), agora combinado com a influência da doutrina francesa do primeiro quartel do século XIX, e com o novo direito do reino (análise da Constituição do império, direito civil pátrio).⁸⁰

Destaca Gizlene Neder⁸¹ que em 1827 surgirão as primeiras faculdades de direito – em Pernambuco e em São Paulo – profundamente embebidas no ideário iluminista lusitano, vide as reiteradas menções dos estatutos das novas universidades brasileiras ao Estatuto da Universidade de Coimbra. São nessas novas escolas de direito que os mais influentes juristas brasileiros do século XIX terão sua formação acadêmica – Joaquim Nabuco, Tobias Barreto, Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua, entre outros.

No entanto, se é verdade que se assentaram novas condições de produção de conhecimento, com a propagação de valores universalizantes e a formação de centros culturais urbanos, também o é a manutenção do pensamento racista escravocrata e a negação da alteridade – na linha de Dussel⁸², compreende-se a negação da alteridade não apenas como negação “eurocêntrica do Outro”, mas a interiorização por parte do “Outro” da negação de si próprio. O Brasil, que mostrava-se no *front* da modernidade ao cindir com a metrópole, não é

⁷⁹ ALVES, J. C. M. op. cit, p. 186.

⁸⁰ HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 427.

⁸¹ NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Formação Jurídica e História das Faculdades de Direito em Portugal e no Brasil**. In: Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 2, p. 106-136, 2o sem. 2018

⁸² DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, 672p. – especial destaque para a Seção 2, intitulada “O ‘sistema-mundo’: Europa como ‘centro’ e sua ‘periferia’. Além do eurocentrismo”.

capaz de romper com o familismo patriarcal e escravista: para lembrar Gilberto Freyre⁸³, a nova lógica urbana substituiu a casa grande e senzala pelos sobrados e mucambos, mantendo a mesma estrutura de dominação. As novas escolas de direito, concatenando modernos discursos com antiquíssimas regalias, inserem-se nesse contexto como mantenedoras de uma ordem que satisfizesse as classes abastadas. É Alfredo Bosi quem nos lembra que “uma linguagem ao mesmo tempo liberal e escravista se tornou historicamente possível”⁸⁴.

Nesse turbilhão, em que se tencionavam tendências liberais e conservadoras, surge, sob capitania de Bernardo Pereira de Vasconcelos e José Clemente Pereira (note-se: os dois graduados em direito na Universidade de Coimbra), o que viria a ser o Código Criminal de 1830 – código este que sofreu notável influência no projeto lusitano de Pascoal José de Melo Freire. As discussões para a elaboração do projeto evidenciaram a tentativa de conciliar discurso modernizante – antenado com as tendências pós-revolucionárias – e recrudescimento punitivo, principalmente através das penas cruéis aos escravos⁸⁵.

Ainda com Gizlene Neder, quando afirma ter sido fundamental o pronunciamento de Bernardo Vasconcelos “porque encaminhou uma solução que, aparentemente, apontava para uma conciliação: concluiu pela retirada da pena de morte, tal como queriam seus opositoristas, mas manteve a pena de morte (como dissemos, para os escravos rebelados)”⁸⁶. No que diz respeito ao tratamento “diferenciado” concedido aos escravos, vale colacionar alguns excertos do projeto final do Código Criminal, que comprovam essa postura ambivalente:

Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar.

Art. 113. Julgar-se-ha commettido este crime [insurreição], retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força.

Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.⁸⁷

⁸³ A referência aqui é feita às duas obras homônimas; ver FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª ed. rev. São Paulo: Global, 2003; e ainda _____. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. 16ª ed. São Paulo: Global, 2006.

⁸⁴ BOSI, Alfredo. Ibidem, p. 212.

⁸⁵ NEDER, Gizlene. **Degredo e pena de morte no Brasil Império** In: ANPUH – XXV Simpósio Nacional de História – Fortaleza, 2009. p. 5

⁸⁶ Idem, p. 7.

⁸⁷ BRASIL, Lei de 16 de Dezembro de 1830 – **Código Criminal do Império do Brazil**. DOU, 1830, online.

Para além disso, o advento da Lei nº 4/1835 estabelece um regime de aplicação da pena capital à parte aos escravos que “matarem, ferirem ou cometerem outra qualquer ofensa *physica* contra seus senhores”. Passando por cima do Código de Processo Criminal de 1832, que “exigia votação unânime sobre fato criminoso para a imposição da pena capital”, a nova lei impunha ao réu-escravo tratamento mais severo, visto que estabelecia que “a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, se executará sem recurso algum”⁸⁸. O tratamento distinto para negros e brancos, pobres e ricos, está no cerne mesmo da construção do sistema de justiça criminal brasileiro; ora, qualquer narrativa que ignore os impactos do racismo (seja no século XIX, seja nos dias atuais) no arbitramento das responsabilidades jurídico-penais, ou foi enganado ou – o que é pior – está enganando.

Nesse espectro, compreende-se o porquê da modelagem da subjetividade do brasileiro passar por uma permanente desconfiança com relação a lei penal (Prado); ora, desde cedo operou-se uma cisão entre discurso e práticas jurídicas: o primeiro, através de uma roupagem ideológica, buscou muitas vezes ocultar a violência – real e simbólica – das últimas. Já no primeiro Código Criminal do país, mas também em toda a nossa história republicana – nem tão democrática –, as fricções entre o que se diz (ou deixa de dizer) e o que se faz (ou deixa de fazer) guardam uma posição de destaque na construção da cultura jurídica brasileira.

É observando a formação jurídica do Brasil – que ao mesmo tempo parte e dissidia de Portugal, encontrando guarida no século XX em Itália, vide a influência do *Codice Rocco* de 1930⁸⁹ – que pode ser compreendido o vínculo do direito brasileiro ao sistema da *civil law*; no mesmo sentido, apenas perscrutando a história nacional que se entenderá a relação dúbia – de ora desrespeito, ora medo – do brasileiro com a lei, os influxos da escravidão e do senhorio no molde das subjetividades nacionais, bem como a seleção de “inimigos comuns” aos quais se aplicariam a lei penal (em detrimento dos amigos, que escapam sorrateiramente às sanções). Foi nesse jogo de forças dialético, em que se digladiaram submissão e emancipação política,

⁸⁸ PRUDENTE, E. A. DE J. O negro na ordem jurídica brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 83, 1 jan. 1988. p. 138.

⁸⁹ Sobre os influxos da tradição autoritária italiana no processo penal brasileiro, sugere-se a leitura da brilhante obra de Ricardo Gloeckner. GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Vol. 1. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. 662pp.

conservação e fraturas, centro e periferia, repressão e privilégios, que se forjou o direito – penal e processual penal – no Brasil.

1.2. Cultura jurídica (2): a família de direitos do *Common Law*

Realizado o percurso histórico da formação e desenvolvimento do sistema romano-germânico, bem como analisado os liames que unem a cultura jurídica brasileira (a par de suas particularidades) à tradição europeia continental, faz-se imperioso a reconstrução das origens de uma segunda grande família do direito: a do *common law*.

Assim como foi feito em relação à primeira, é a partir de uma pesquisa de fôlego da gênese – e das condições de consolidação – da *common law* que o presente estudo busca se desenvolver, demonstrando as características dessa família e comparando-as àquelas do sistema romano-germânico. Em última instância, busca-se demonstrar como a modelagem de culturas jurídicas absolutamente diferenciadas (não obstante os seus pontos de toque), perpassadas por experiências históricas particulares, estão no cerne da construção de dois sistemas autônomos.

Como lembra René David⁹⁰, “todo o estudo da *common law* deve começar por um estudo do direito inglês. A *common law* é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês”. É daí que se partirá.

A história do direito inglês tem início no denominado período anglo-saxônico, que vai do fim do domínio romano sobre a ilha no século V até a invasão Normanda, em 1066. Nesse interregno, a Inglaterra seria ocupada por diversas tribos de origem germânica – anglos, saxões e jutos – que se organizariam, num primeiro momento, em espécies de reinos distintos, o que se convencionou chamar heptarquia (apesar de que se sabe atualmente ter havido mais de sete reinos). Sobre esse período inicial, lembra David Hume:

De esta suerte se estableció en Bretaña la heptarquia ó los siete reinos Sajones, al cabo de siglo y médio de revueltas y de combates. Toda la parte meridional de la isla, excepto el país de Gales y la Cornualla, cambió enteramente de pobladores, de lenguaje, de costumbres y de instituciones políticas. (...) Mientras fué preciso disputar el terreno á los Bretones palmo á palmo con la punta de la espada, los diferentes príncipes Sajones obraron de acuerdo y coligados por el interés, pero quando los isleños quedaron totalmente encerrados en las áridas provincias de Gales y Cornualla,

⁹⁰ DAVID, René. op. cit., p. 351.

y no molestaron ya á sus vencedores, introdujose la discordia entre los principes de la heptarquia.⁹¹

Assim, se por necessidade as diversas tribos germânicas firmaram alianças para combater os bretões, logo que o conflito cessou e o domínio sobre a ilha foi consolidado surgiram discórdias entre os vencedores. Em um primeiro momento, no entanto, essas tribos organizaram-se em reinos autônomos – por mais que em permanente guerra entre si. A conversão inglesa ao cristianismo, com a missão de Agostinho da Cantuária em 597, foi um fator importante para a posterior unificação da Inglaterra em torno de um só monarca. Sobre os impactos da implantação do cristianismo, elucida Thomas Plucknett:

The results of the re-introduction of Christianity were of the highest importance. The existing tribal organisation must have seemed weak and inefficient to the missionaries coming from such well-organised States as existed on the continent, and very soon we see the results of their teaching in the enhanced value placed upon the monarchy, and in the tendency towards larger national units. After long years of warfare the petty tribal units were replaced by a few large kingdoms ruled and administered by kings who watched European methods.⁹²

Hector Munro Chadwick, na mesma linha firmada por venerável Beda em *História Eclesiástica do Povo Inglês*, vai ainda mais longe, ao afirmar que a história da Inglaterra tem início com a conversão do rei Etelberto, de Kent, ao cristianismo:

In the year 597 there arrived in this country a mission sent by Pope Gregory the Great for the evangelisation of the English people. Aethelberht the king of Kent, to whom they had made their way, quickly embraced the Christian faith and gave them a habitation in his capital, Canterbury. It is with there events that our knowledge of English history begins.⁹³

⁹¹ HUME, David. **Historia de Inglaterra**: desde la invasion de Julio César hasta el fin del reinado de Jacobo II (Año de J. C. 1689) – Tomo I. Barcelona: Imprenta de Francisco Oliva, 1842. p. 19-20. Em tradução livre, resta assim o excerto acima colacionado: Desta sorte, se estabeleceu na Bretanha a heptarquia ou os sete reinos Saxões, ao fim de um século e meio de revoltas e combates. Toda a parte meridional da ilha, com exceção do País de Gales e da Cornualha, mudou inteiramente de habitantes, de linguagens, de costumes e de instituições políticas. (...) Embora fosse preciso disputar o território com os Bretões, palmo a palmo com a ponta da espada, os diferentes monarcas saxões agiram coligados por interesse, mas quando os insulanos foram derrotados e cercados nas áridas províncias de Gales e Cornualha, e não incomodaram mais os seus vencedores, introduziu-se a discórdia entre os príncipes da heptarquia”.

⁹² PLUCKNETT, Theodore F. Thomas. **A Concise History of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. p. 59. Em uma tradução livre: “Os resultados da reintrodução da cristandade foram da maior importância. As tribos existentes devem ter sido percebidas como fracas e ineficientes perante os missionários vindo de Estados tão bem organizados como àqueles que existiam no continente, e pouco depois vemos os resultados dos seus ensinamentos no valor acrescentado sobre a monarquia, e na tendência rumo a maior unidade nacional. Após longos anos de disputa, as pequenas tribos rivais foram substituídas por reinos maiores, governados e administrados por reis que observavam os métodos da Europa.

⁹³ CHADWICK, Hector Munro. **The Origins of English Nation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1907. p. 1. apud NECKEL, K. J.; BOY, R. V. A Inglaterra como construção e manutenção historiográfica na História Eclesiástica de Beda e na Crônica Anglo-Saxônica. **Anais do XVII Encontro Estadual de História da ANPUH-**

Ora, é certo que a conversão paulatina dos ingleses ao cristianismo, a partir de 597, foi um dos motores da unificação inglesa, uma vez que Kent era um dos mais poderosos reinos nos séculos VI e VII. No entanto, foi apenas com Egberto (827) que se deu a primeira reunião dos reinos da heptarquia em um só estado, apesar dessa empreitada não ter sido exitosa por muito tempo. Nesse sentido, explica David Hume:

Bajo el cetro de Egberto, la reunion de los reinos de la heptarquia en un solo estado, aunque producto de una conquista tan reciente, parecia vigorosamente cimentada, con la renuncia de los moradores de las diferentes provincias á todo deseo de rebelarse contra aquel conquistador, y á restablecer la independencia de sus primitivos gobiernos. (...) pero pronto destruyó esta lisonjera esperanza la llegada de los Dinamarqueses, quienes por espacio de muchos siglos tuvieron á los anglo-Sajones en continuas zozobras, ejercieron contra ellos las mas crueles violencias y acabaron por reducirlos á la mas dura servidumbre.⁹⁴

Durante séculos, as batalhas com os dinamarqueses estiveram no centro do processo de agregação e desagregação do território inglês. Com Alfredo, o Grande – neto de Egberto – foram criadas condições para uma convivência pacífica entre os dinamarqueses e os ingleses; isto porque o monarca inglês, tendo vencido uma batalha em Wessex contra os invasores nórdicos, “outorgou-lhes a vida, com um plano de converte-los, de ferozes inimigos, em súditos e aliados fiéis”⁹⁵. Para tanto, Alfredo exigiu dos derrotados que aderissem ao cristianismo, batismo que foi aceito prontamente pelo exército dinamarquês. Aproveitando da relativa paz que pôde gozar, o monarca direcionou forças para pôr ordem no estado, organizando o exército e elaborando um plano para a administração da justiça:

estableció instituciones civiles y militares, introdujo entre sus vassallos el respeto á la justicia y la aflicion á la industria, y atendió á ponerlos á cubierto de que se repitiesen las calamidades que habian sufrido. (...) Aunque todavia por algun tiempo los Dinamarqueses que poblaban la Estanglia y el Nortumberland estuvieron gobernados inmediatamente por sus propios príncipes, todos reconocian el dominio de Alfredo y obedecian á su autoridad superior. Como la igualdad entre los súbditos es la gran fuente de la concordia, dió las mismas leyes á los Dinamarqueses y á los

SC, 2018. A tradução do trecho é feita por estes autores, *ipsis litteris*: “No ano de 597 chegaram neste país uma missão mandada pelo Papa Gregório, o Grande para a evangelização do povo Inglês. Aethelberght, o rei de Kent, a quem eles fizeram o seu caminho, rapidamente abraçou a fé Cristã e deu a ela uma casa em sua capital, Canterbury. É com estes eventos que nosso conhecimento da história inglesa começa” (p. 8).

⁹⁴ HUME, David. op. cit, p. 48. Em tradução nossa: “Sob o cetro de Egberto, a reunião dos reinos da heptarquia em um só Estado, apesar de um produto de conquista recente, parecia vigorosamente cimentado, inclusive com a renúncia dos moradores de diferentes províncias a todo o desejo de se rebelar contra aquele conquistador, e a reestabelecer a independência anterior de seus governos. (...) nada obstante, logo essa esperança lisonjeira cessou, com a chegada dos Dinamarqueses, que, pelo espaço de muitos séculos, tiveram os anglo-saxões em constante desassossego, exerceram contra eles a mais cruel das violências e acabaram reduzindo-os à mais severa servidão.

⁹⁵ Idem, p. 60.

Ingleses, y los puso enteramente bajo el mismo pie en la administracion de la justicia civil y criminal.⁹⁶

No tocante a organização judiciária, Alfredo dividiu o seu território em condados, que, por sua vez, dividiam-se em cantões (ou *hundreds*) e estes em dezenas (ou *tithings*); cada *tithing* era responsabilizada "pelas ofensas cometidas pelos seus, fazendo com que os membros das comunidades arbitrassem em conjunto as diferenças entre eles e que as comunidades maiores arbitrassem as diferenças entre as menores"⁹⁷. Elucida David Hume:

Incorporábanse á la par diez amos de casas contiguas, que, bajo el nombre de tithings, decenarios ó fribourgs, es decir, fiadores, formaban una comunidad y respondian recíprocamente de su conducta: un hombre llamado tithingman, head-bourg, ó borsholder, es decir, cabeza de una comunidad, los presidia. (...)

*Cuando en algun tithing ó comunidad se acusaba á alguno de un crimen, se intimaba al cabeza de aquellos decenarios que saliese su fiador, y se si negaba á responder de él y de su justificacion, el acusado era encarcelado hasta que se fallase su causa. Si huia antes ó despues de haber dado fiador, el borsholder y los decenarios estaban sujetos á un examen, y expuestos á las penas dictadas por la ley. (...) Por medio de esta institucion de policia, cada cual tenia por su proprio interés, que vigilar atentamente la conducta de sus vecinos.*⁹⁸

Através de um sistema de responsabilidades descentralizado, o rei conseguiu conter os saqueios recíprocos e o regime de violência imperante, altamente nocivos à população inglesa. No mais, apesar da incerteza que ronda as origens do instituto, Hume afirma ter se dado nesse período o surgimento do júri: periodicamente se reuniam dez *tithings* numa assembleia dos *hundreds* para falar sobre as causas locais; e nessas reuniões, elegiam-se doze *free-holders* que, juntos ao magistrado que presidia o cantão, seriam responsáveis pelo exame da causa submetida a sua jurisdição⁹⁹. De fato, se há controvérsia quanto ao seu surgimento (perceber-se-á tal

⁹⁶ Idem, p. 61. Traduzido livremente: “estabeleceu instituições civis e militares, introduziu entre seus vassalos o respeito pela justiça e aflição à indústria, e cuidou de protegê-los das recorrentes calamidades com as quais haviam lidado.(...) Embora por um tempo os Dinamarqueses que habitavam a Estanglia e a Nortúmbria estivessem sob o governo de seus próprios príncipes, todos reconheciam a autoridade de Alfredo e obedeciam-no. Como a igualdade entre os sujeitos é a grande fonte de concordância, ele deu as mesmas leis aos Dinamarqueses e ingleses, e os pôs inteiramente sob o mesmo pé no tocante a administração da justiça civil e criminal”.

⁹⁷ LIMONGI, Maria Isabel. O volume I da História da Inglaterra e o debate constitucional inglês: Hume contra a ideia de lei fundamental. **Cadernos de História e Filosofia Alemã**, Vol. 20, Nr. 2, 2015. p. 46.

⁹⁸ HUME, David. op. cit, p. 67. Tradução livre: “Dez mestres de casas contíguas, que, sob o nome de tithings (dízimos), decenários ou fribourgs, isto é, fiadores, formavam uma comunidade e respondiam ao seu comportamento: um homem chamado homem do dízimo, ou seja, o chefe da comunidade, os presidia. (...) Quando em algum tithing ou comunidade se acusava alguém de um crime, se intimavam aqueles decenários que fossem seus fiadores, e se o acusado se recusasse a responder à eles e dar sua justificativa, era encarcerado até que sua causa fosse decidida. Se ele fugisse antes ou depois de ter dado fiador, o borsholder e os decenários estavam sujeitos à exames, bem como expostos a penas ditadas pela lei. (...) Por meio desse instrumento de polícia, cada um teria o maior interesse de vigiar atentamente a conduta de seus vizinhos”.

⁹⁹ Idem, p. 68.

imprecisão histórica um pouco mais abaixo), parece estar lançada a semente do que viria a ser o júri.

Ademais, foi Alfredo responsável por organizar um corpo de leis, ancorado nas práticas e costumes dos germanos, que "serviu de base, por um longo tempo, à jurisprudência inglesa, e que usualmente se considera como a fonte primeira do que se denomina *common law*"¹⁰⁰. Todavia, se Alfredo havia promovido reformas importantes e gozava de grande respeito entre seus súditos, ainda não fora capaz de unificar o território inglês – visto haver vultuosas porções de terra a leste ocupadas pelos dinamarqueses.

O período que se segue é marcado por conflitos entre os escandinavos e ingleses pelo trono, saques, tratados de paz descumpridos, traições e jogos de interesses dos nobres, bem como por uma aproximação da linhagem real inglesa aos normandos. A esse contexto conturbado, soma-se o fato de que Eduardo, o Confessor, a par de ter restaurado o poder inglês após a morte de Canuto – rei escandinavo – em 1042, não conseguiu produzir um herdeiro; ora, o que se viu nos anos subsequentes a sua morte (de Eduardo) foi uma feroz disputa por hegemonia política, a saber, quem se erigiria como o sucessor ao trono inglês.

Liderando o exército dos normandos, Guilherme II, o Conquistador, invadiu a Inglaterra e sagrou-se vitorioso em 1066, na batalha de Hastings. Tal acontecimento, considerado o marco inicial do feudalismo na Inglaterra, seria capital na história da unificação do território e da estruturação do direito inglês, "porque trouxe para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia"¹⁰¹.

Sobre a conquista normanda, Plucknett afirma que

*The greatest result of the Norman Conquest was the introduction of precise and orderly methods into the government and law of England. The Norse invaders who had settled in Normandy had made it in a century and a half (911-1066) the best-ruled state in Europe, and the gifts for strong administration and for orderly accounting and finance which had been displayed in the duchy were to have fuller opportunities in the conquered kingdom.*¹⁰²

¹⁰⁰ Idem, p. 69.

¹⁰¹ DAVID, René. op. cit, p. 357-8.

¹⁰² Plucknett, Theodore F. Thomas. op. cit, p. 62. Tradução livre: "O grande resultado da conquista normanda foi a introdução de métodos precisos e ordenados no governo e na lei da Inglaterra. Os invasores normandos haviam estabelecido na Normandia o mais bem-governado Estado da Europa por um século e meio, e os dons para uma

Comungando vigor e brandura, Guilherme foi capaz de tranquilizar o ânimo dos ingleses mais revoltosos - apesar de terem sido orquestrados golpes e conjurações contra seu trono. Seu reinado pôde gozar de maior unidade do que outros países da Europa continental, visto que os nobres normandos "sentem[iram] a necessidade de se agrupar à volta do seu soberano, para defender a sua conquista e as suas propriedades"¹⁰³.

Para consolidar sua autoridade, Guilherme encomendou a feitura do *Domesday Book*, uma espécie de censo através da qual buscava organizar a distribuição de terras – de modo que não houvesse nenhum nobre demasiadamente poderoso –, bem como estruturar a taxaço e o serviço militar. Sobre esse documento, Plucknett¹⁰⁴ afirma ter sido a sistematizaço da situaço agrária capaz de fazer da Inglaterra o mais perfeitamente organizado sistema feudal da Europa.

No entanto, para além da unidade administrativa e militar, o grande triunfo de Guilherme foi consolidar sua autoridade judiciária - o que estará no centro da elaboraço de um direito comum à toda a Inglaterra, portanto, da *common law*. Inicialmente mantendo a competência das cortes judiciárias saxãs - *County Court* ou *Hundred Court* - e das jurisdições senhoriais e escolásticas, Guilherme foi responsável por estruturar os Tribunais Reais de Justiça, jurisdições "excepcionais" que teriam competência reservada à apreciaço de questões fiscais, criminais e relativas a propriedade imobiliária e posse de imóveis (Exchequer, King's Bench e Common Pleas, respectivamente). Assim, o monarca normando permitiu a permanência de costumes locais, bem como incorporou-os ao nascente direito inglês (*general immemorial custom of the Realm*), de modo que não houve, "no tocante ao direito material, ruptura abrupta"¹⁰⁵ entre passado anglo-saxão e presente feudal.

Pouco a pouco, a competência dos Tribunais Reais foi expandida, seja como confirmaço da autoridade real, seja pelas reiteradas solicitaço dos particulares, que demandavam por uma melhor administraço da justiça. Explica-nos René David que

administraço forte e para manter finanças equilibradas que haviam sido demonstrados no ducado foram ter melhores oportunidades no reino conquistado”.

¹⁰³ DAVID, René. op. cit, p. 358.

¹⁰⁴ PLUCKNETT, Theodore F. Thomas. op. cit, p. 64.

¹⁰⁵ PRADO, Geraldo. **Transaço Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 146.

só os Tribunais Reais possuem meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar as suas decisões. Por outro lado, só o Rei, com a Igreja, pode obrigar os seus súditos a prestar juramento; os Tribunais Reais puderam, por isso, modernizar o seu processo e submeter o julgamento dos litígios a um júri, enquanto as outras jurisdições estavam condenadas a conservar um sistema arcaico de provas.¹⁰⁶

Neste ponto, importante fazer uma brevíssima anotação. O estabelecimento do Júri tem suas origens – oficialmente – em 1166, com a criação por Henrique II do *Assize de Clarendon*, no writ *novel disseisin*. Nesse primeiro momento, reuniam-se 23 cidadãos com vistas a auxiliar os juízes reais itinerantes nas investigações criminais, denunciando os suspeitos do cometimento de crime em suas vilas. Thomas Plucknett¹⁰⁷ alerta que em *Assize of Clarendon* encontramos pela primeira vez o “estabelecimento de um sistema de inquérito como parte do mecanismo de justiça criminal, que seria a origem do que conhecemos hoje como *Grand Jury*”.

Contudo, apenas em fins do século XIII – com a edição do Statute of Westminster I – que se imporá o julgamento pelo júri (*trial by jury*), em substituição ao antigo procedimento dos ordálios (*trial by ordeals*). Nesse novo procedimento criminal, constitui-se um corpo de jurados (*Petit Jury*), composto por doze homens livres e cumpridores da lei, que serão responsáveis pela emissão de um *veredito* (culpado ou inocente)¹⁰⁸. Assim, esse precedente histórico, bem como a posterior formação de uma estrutura dual do Júri, está no cerne da estruturação do sistema de justiça criminal inglês, e, mais adiante, (a despeito de suas particularidades) do norte-americano.

Feita essa exígua nota sobre o surgimento do júri, retorno ao ponto. É que, se a competência dos Tribunais de Westminster fora alargada (como de fato o foi) a sua jurisdição permanecerá excepcional até fins do século XIX, ainda que muito antes tenham desaparecido as jurisdições “paralelas”. Assim que, até 1875, a submissão de uma causa às jurisdições reais não se constitui em direito subjetivo para os particulares, se dando a partir da outorga real de um privilégio para demandar face a uma Corte - mediante os *writs*.

¹⁰⁶ DAVID, René. op. cit, p. 361.

¹⁰⁷ PLUCKNETT, Theodore F. Thomas. op. cit, p. 161.

¹⁰⁸ A esse respeito, elucida John Gilissen que “quando no século XIII os ordálios desapareceram progressivamente, o júri devia decidir se o acusado era culpado ou não conforme o que sabiam do caso, sem ouvirem testemunhas ou admitirem outras provas; o júri é que era a prova dizendo a verdade (*vere dictum – veredicto*). (...) Foi somente nos séculos XV-XVI que o *petty jury* mudou de caráter: em vez de ser um júri de prova, torna-se a instituição que deve ouvir as testemunhas (*oral evidence*) e apenas pode julgar sobre o que tiver sido provado”. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian. p. 210.

Extraem-se daí duas consequências capitais para a formação do sistema da *common law*, quais sejam (I) a importância, ou até mesmo primazia, conferida ao rito processual, consolidada na fórmula *remedies precede rights* (os remédios precedem aos direitos), e (II) o enfraquecimento do direito privado ou a prevalência do direito público, visto que a concessão do *writ* pela Chancelaria Real comprovaria o interesse da Coroa na resolução da demanda. Ainda na linha de René David, quando afirma:

É necessário que fique clara a importância primordial que as questões de processo tiveram, nestas condições, na Inglaterra. Enquanto no continente os juristas concentravam a sua atenção principalmente na determinação dos direitos e obrigações de cada um (regra substantiva de direito), os juristas ingleses concentravam a sua atenção nas questões de processo.

Remedies precede rights: em primeiro lugar o processo. A *common law*, nas suas origens, foi constituída por um certo número de processos (*forms of action*) no termo dos quais podia ser proferida uma sentença; qual seria, quanto à substância, esta decisão, era algo incerto. O problema primordial era fazer admitir pelos Tribunais Reais a sua competência e, uma vez admitida, levar até o fim um processo cheio de formalismo.¹⁰⁹

Percebe-se, portanto, que a formação do direito comum inglês está permeada por regras atinentes às formalidades processuais, sobressaindo-se desde o princípio a figura do julgador e as decisões judiciais – eis outra diferença com relação a família romano-germânica, uma vez que esta se formou a partir do esforço das Universidades em recuperar (e reabilitar) o direito romano. Para além disso, seria inconcebível, aos olhos de um jurista filiado à tradição continental, dar importância maior ao processo do que à substância, como fazia-se nos Tribunais ingleses; ora, seria um atentado à própria essência do direito relegar justiça e moral a um plano inferior às preocupações meramente formais.

Ademais, há de se concordar com Mario Losano quando afirma que "a unidade jurídica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense explicam por que o direito romano não foi adotado na Grã-Bretanha"¹¹⁰. Deveras, a formação de um corpo de decisões judiciais por parte dos Tribunais Reais, dentro de um quadro processual rígido, criou um direito comum à Inglaterra, eminentemente jurisprudencial (*case law*) – em muito distinto do que se formava na Europa continental, apoiado em um corpo legal preestabelecido.

¹⁰⁹ DAVID, René. op. cit, p. 363-4.

¹¹⁰ LOSANO, Mario. op. cit, p. 327.

Há de se lembrar, no entanto, que esse processo de unificação jurídica prematuro não ocorreu sem que houvesse resistência; pelo contrário, foram diversas as tentativas de conter a autoridade real. No que tange à delimitação da jurisdição real, três documentos merecem destaque: a Carta Magna (1215), as Provisões de Oxford (1258) e o Estatuto de Westminster II (1285). A primeira, para além de ser um marco do constitucionalismo no que toca a liberdades e garantias individuais, estabeleceu limitações às jurisdições reais face às senhoriais; a segunda e terceira proibiram a criação de novos *writs*, o que levou a uma momentânea "*esclerose da common law*"¹¹¹.

É que, se pela atividade jurisprudencial das Cortes de Westminster havia sido possível a formação de um direito comum inglês, a demasiada rigidez dos *writs* nas jurisdições reais provocou um congelamento do *common law*, que se tornara incapaz de responder às necessidades de justiça do século XIV. Nessa senda, leciona René David que

A competência restrita das jurisdições reais pudera ser tolerável enquanto existiram, ao lado dos tribunais de *common law*, outras jurisdições hábeis em preceituar quando não se encontrava uma solução na *common law*. O declínio e desaparecimento destas jurisdições tornavam necessário que se encontrasse um novo corretivo para as insuficiências da *common law*.¹¹²

Na mesma linha, Antônio Hespanha lembra-nos que

o direito medieval inglês (*common law*) – de origem normanda – era, sobretudo, um sistema muito estrito e formalizado de ações (*writs*). Um queixoso não poderia fazer valer os seus direitos se não encontrasse uma ação na qual pudesse integrar a sua pretensão (*ubi remedium ibi jus* [só se houver um remédio processual, haverá um direito]). O grande jurista inglês Henry Bracton, no seu *Tractatus de legibus et consuetudines Angliae*, (c. 1256; 1ª ed. impressa 1569), refere que “há tantos géneros de ação [de processos de garantir direito] quantas as fórmulas dos *writs*” (“*tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum*”, fl. 413 b)¹¹³

Nesse contexto de premência em satisfazer as pretensões não acauteladas pelo *common law*, bem como àquelas solucionadas injustamente, aparece a figura da *equity* (equidade). Esse sistema, que rivalizaria com o *common law* até a edição dos *Judicature Acts* (1873-75), tem suas origens no século XIV nos recursos dos particulares ao Rei - através do Chanceler -, quando estes consideravam-se vitimados por uma decisão injusta dos Tribunais de

¹¹¹ DAVID, René. op. cit, p. 370.

¹¹² Idem.

¹¹³ HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 170.

Westminster. Nesses casos, o Rei, "fonte de toda a justiça e generosidade"¹¹⁴, teria a última palavra para a resolução justa do litígio.

Todavia, de prática excepcional, os apelos por equidade à Chancelaria passam, pouco a pouco, a se tornarem rotineiros, ante a rigidez dos *writs* e os custos e ineficiência do *common law*; resulta daí o desenvolvimento de um sistema *quasi-apartado*: a *equity*. Sobre as condições de emergência da *equity*, Plucknett aduz:

In the fifteenth and early sixteenth centuries we therefore find the development of the rules of equity determined, for the most part, by the procedural or substantive defects of the common law system — its slowness, its expense, its inefficiency, its technicality, its abuse by the mighty, its antiquated methods of proof (for it refused to allow parties or any interested persons to testify, and stubbornly maintained wager of law), its suspicions of volunteer witnesses, and its inability to compel one party to an action to discover evidence useful to his adversary.¹¹⁵

O florescer da *equity*, enquanto sistema rival ao *common law*, insere-se em um contexto político de centralização do poder real, logo após a vitória de Henrique Tudor sobre Ricardo III que deu cabo à Guerra das Duas Rosas. Após cento e cinquenta anos imersa em guerras - dos Cem Anos (1337-1453) e das Rosas (1455-1485) -, a Inglaterra viu ascender ao trono o primeiro dos Tudors, coroado como Henrique VII.

Com pretensões absolutistas, os reis das dinastias Tudor e, posteriormente, Stuart valeram-se da *equity* como instrumento político que desse substância a centralização do poder; a jurisdição da Chancelaria, apoiando-se em princípios do direito romano e canônico, perfazia mais adequadamente aos interesses da Coroa. Ora, "o processo escrito, secreto e inquisitório da Chancelaria parecia aos soberanos, sequiosos de autoridade, preferível aos processos orais e públicos da *common law*"¹¹⁶; de fato, a incorporação de normas processuais e substantivas do direito processual continental, através da jurisdição da equidade, demonstra a preferência real por um modelo que satisfizesse seus anseios por poderes absolutos.

¹¹⁴ DAVID, René. op. cit, p. 371.

¹¹⁵ PLUCKNETT, Theodore F. Thomas. op. cit, p. 697. Em livre tradução: "Nos 1500's e início dos 1600's, portanto, vemos o desenvolvimento de regras de equidade, determinado na maior parte pelos defeitos processuais ou substantivos do sistema do common law – sua lentidão, seus elevados custos, sua ineficiência, sua tecnicidade, seu abuso pelos mais poderosos, seus métodos antiquados de prova (recusa de permitir às partes ou interessados que testemunhassem), suas suspeitas sobre as testemunhas voluntárias e sua incapacidade para compelir alguém a exercer ação que desse substrato probatório a seu adversário".

¹¹⁶ DAVID, René. op. cit, p. 372.

Sobre esse movimento de centralização política na era dos Tudors, acurada observação do historiador inglês Lawrence Stone, quando atesta que

Para reforçar sua própria autoridade judiciária, a Coroa instituiu uma série de novos tribunais que exerciam poderes judiciários e administrativos sobre determinadas regiões geográficas (Gales, Norte e Oeste), sobre determinadas pessoas (*Wards, Exchequer* [Tutelas, Tesouro]) e para determinadas categorias de delitos (*Star Chamber, Requests, Admiralty* [Câmara Estrelada, Recursos, Almirantado]). Estes tribunais estavam submetidos a um controle régio maior do que o exercido sobre os tribunais de direito consuetudinário, utilizavam procedimentos mais rápidos e baratos e dispunham de funcionários mais preocupados com a administração rigorosa da justiça do que com a preservação de arcaísmos legais obsoletos. Mas os tribunais de direito consuetudinário sobreviveram, e com eles as suas tradições, que iriam desempenhar papel de primeira grandeza nas futuras lutas políticas.¹¹⁷

Inicialmente, tal concentração de poderes nas mãos do monarca não fora vista com maus olhos pela burguesia ascendente, uma vez que cumpria o papel de reorganização e reestruturação de um país devastado por guerras. Para além disso, a Coroa serviu como importante aliada comercial aos burgueses na expansão mercantilista. Nesse sentido, explica Christopher Hill:

Na realidade, até cerca de 1590, a monarquia tinha muitos interesses em comum com a burguesia da cidade e do campo – na luta contra Espanha, contra a Igreja Católica internacional, contra as casas nobres rivais que disputavam com a Casa Tudor o controlo supremo e arruinavam o país com as suas guerras privadas. Daí a colaboração no Parlamento entre a monarquia, a pequena nobreza e a burguesia. Porém, havia um ponto para além do qual esse recuo não podia continuar, e por fim a unidade de interesses soçobrou”. (...) na última década do século XVI, quando todos os inimigos internos e externos tinham sido esmagados, a burguesia deixou de depender da protecção da monarquia; ao mesmo tempo, a Coroa tornou-se progressivamente consciente do perigo que a crescente riqueza da burguesia significava, batendo-se por consolidar a sua posição antes que fosse demasiado tarde.¹¹⁸

Contudo, a situação financeira da Coroa, à época de Jaime I, já não era mais sustentável: os gastos excessivos com uma nobreza parasitária e os custos para derrotar a Invencível Armada da Espanha, bem como as perseguições religiosas haviam deixado um rombo nos cofres públicos ingleses. Ademais, os inúmeros equívocos em sua política externa – a exemplo da impopular reaproximação com a Espanha (vez que os Stuart eram católicos), bem como o insucesso do projeto colonial – serviram para aprofundar o desgaste entre Coroa e sociedade civil (em especial a fortalecida burguesia inglesa).

¹¹⁷ STONE, Lawrence. **Causas da Revolução Inglesa**: 1529-1642. Bauru: Edusc, 2000. p. 122.

¹¹⁸ HILL, Christopher. **A Revolução Inglesa de 1640**. 2ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1983, p. 54-5 e 58.

Diante dessa situação de crise, que atingiu fortemente a legitimidade real, operou-se um movimento em sentido duplo: por parte dos reis Jaime I e Carlos I, ações visando o reforço do poder absoluto mediante o aumento dos impostos, centralização do controle econômico (por meio da criação de monopólios), justificação divina do poder, bem como a validação da *equity*; em sentido oposto, a reação do Parlamento e dos tribunais da *common law*, que atacavam o absolutismo real e denunciavam as indevidas intromissões do monarca sobre os seus poderes. Tal tensão entre ruptura e continuidade levaria, tempos depois, à eclosão da Revolução Inglesa.

Realizada essa ambientação histórica, interessa-nos agora dissecar o resultado da contenda entre a *equity* e a *common law*. Como exposto, o jogo de forças entre esses dois sistemas ocupou papel de destaque na ordem política dos séculos XVI e XVII: é que, a afirmação de um desses sistemas importava, em última instância, na prevalência ou colapso do absolutismo real. Em 1616, o rei Jaime I, como era de se esperar, deu um pronunciamento a favor da *equity*; não obstante, “a força do Parlamento terminou dobrando os reis e uma solução de compromisso, que prestigiasse o *Common Law*, acabou se impondo”¹¹⁹. Nessa linha, elucida René David que

ao terminar um conflito de extrema violência entre os tribunais de *common law*, representados pelo juiz-presidente Coke (chefe da oposição liberal do parlamento), e a jurisdição do Chanceler, o rei Jaime I, em 1616, pronunciou-se em favor deste última. Contudo, o alarme foi violento e os chanceleres tiveram a sabedoria de não abusar de sua vitória, desarmando assim a hostilidade de um parlamento que obteria, em 1641, a supressão da Câmara Estrelada. No que diz respeito à *equity*, estabeleceu-se um entendimento tácito na base do *status quo*. A jurisdição do Chanceler subsistirá, mas já não tentará realizar novas intromissões em detrimento dos tribunais de *common law*; ela preceituará de acordo com os seus precedentes, furtando-se, assim, à acusação de arbitrária que lhe fora dirigida.¹²⁰

Nesse ponto, há de se recordar: a resistência à *equity* era, em maior escala, uma resistência às pretensões absolutistas dos Stuart. As fricções entre burguesia e Parlamento, de um lado, e monarca e alta nobreza, de outro, evidenciam as permanentes tensões entre esses grupos; tensões que, como salientado, culminariam na Revolução Inglesa (1640-1689). Sobre as condições profundamente conflitantes da Inglaterra, explica-nos Plucknett:

A war was the immediate result and then came inevitably the summoning first of the short Parliament (1640), and then of the long Parliament (1640-1660). By this time, Parliament was master of the situation. The Earl of Strafford and Archbishop Laud

¹¹⁹ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 149.

¹²⁰ DAVID, René. op. cit, p. 374.

*were attained and put to death. Ship-money was abolished; so also were the Courts of Star Chamber and High Commission, and a statute was passed to prevent a dissolution without Parliament's own consent. The Church and the universities were both attacked, and Charles replied by impeaching before the House of Lords five members of the Commons, a proceeding which the Commons claimed was their sole privilege. The House vigorously defended its members, and when the King in person came to order their arrest, the word "privilege" was uttered loud enough for him to hear. From this date (1642) the Civil War became inevitable. All sense of moderation was lost and in 1649 a revolutionary tribunal condemned and executed the King.*¹²¹

Assim, a Guerra Civil Inglesa (1642-1651), que marca o primeiro momento da revolução, opõe o Parlamento (*round-heads*) e os monarquistas (*Cavaleiros*) em uma disputa assaz acirrada pela dominância política. Sem pretensão de narrar tais conflitos, deve se compreender a importância histórica dessa guerra civil, que confirma o desgaste irremediável da autoridade absoluta do rei Carlos I. O período que se seguirá à guerra, conhecido como República de Cromwell, solapará as estruturas feudais ainda vigentes e, a despeito da Restauração subsequente, lançará os germes da insurreição de 1688 – Revolução Gloriosa – e do Bill of Rights (1689).

Nesse caldo político são gestadas as bases do contratualismo inglês: seja de Thomas Hobbes, seja de John Locke. Forçosa uma nova legitimação da sociedade política e da natureza do governo, uma vez que o poder divino dos reis entrara em crise (frise-se o rompante com a estrutura mental teológica em prol de um novo pensamento apoiado na razão), aparecem as distintas narrativas sobre o contrato social.

Em Thomas Hobbes, o contrato social surge como superação do estado de natureza, em que vige o medo e a desconfiança permanente com relação aos outros. Assim, o Estado, no contratualismo hobbesiano, serviria como ente garantidor da ordem e da paz social, devendo ser forte o suficiente para conter os impulsos dos homens no sentido da “guerra de todos contra todos”. Sobre a condição natural da humanidade relativamente à sua felicidade e miséria (título do capítulo XIII do *Leviatã*), assinala Hobbes:

¹²¹ PLUCKNETT, Theodore F. Thomas. op. cit, p. 105. Traduzido livremente: “Uma guerra foi o resultado imediato e depois adveio, inevitavelmente, a convocação do ‘short Parliament’ (1640) e, posteriormente, do ‘long Parliament’ (1640-1660). Nessa altura, o Parlamento era o mestre da situação. O conde de Strafford e o Arcebisbo Laud foram atingidos e condenados à morte. O dinheiro dos navios foi abolido; e também o foram as Cortes de Star Chamber e o Alto Comissariado, e um estatuto foi aprovado para prevenir a dissolução sem o consentimento do Parlamento. A Igreja e as universidades foram atacadas e Charles respondeu impugnando frente a Câmara dos Lordes cinco dos membros dos Comuns, um processo que os Comuns alegaram ser seu privilégio. A Casa defendeu vigorosamente os seus membros e quando o Rei em pessoa ordenou a sua prisão, a palavra ‘privilégio’ foi gritada alto o bastante para ele ouvir. A partir desta data (1642), a Guerra Civil tornou-se inevitável. Todo o senso de moderação estava perdido e em 1649 um tribunal condenou e executou o rei”.

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele.

(...) Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro e disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho; mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros.

(...) De modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória.¹²²

Profundamente marcado pelas condições atribuladas da Inglaterra da sua época – vide as tensões entre absolutismo monárquico e o Parlamento e suas implicações na Guerra Civil -, bem como pelas disputas e perseguições religiosas no contexto da Reforma e Contrarreforma, Hobbes evidenciará o caráter belicoso e pouco afável dos homens em comunidade. É assim que, em busca da paz, o homem, por meio de um contrato, se dispõe a “renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo”¹²³ – ora, extraem-se daí as bases do contratualismo hobbesiano.

No entanto, tal pacto entre os homens de pouco seria útil se não houvesse um poder superior que os obrigassem, mediante (a ameaça do) uso da força, a cumpri-lo; ora, no estado de natureza, os homens seriam, fatalmente, empurrados na direção do descumprimento dessa promessa. É nessa linha que Hobbes afirma ser

necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento de seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de fortalecer aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram. E não pode haver tal poder antes de erigir-se um Estado.¹²⁴

¹²² HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. s/d, p. 45-6.

¹²³ Idem, p. 48.

¹²⁴ Idem, p. 52.

O contratualismo de Thomas Hobbes terá influência marcante no pensamento político da Europa continental (vide o exposto no tópico 1.1.), servindo como sustentáculo para os iluministas franceses. Apesar dos traços de permanência ao ideário absolutista, Hobbes opera uma fundamental cisão materialista com o fundamento divino dos reis (Filmer, Bodin, Bossuet); a sociedade política é erigida a partir de um contrato entre homens “miseravelmente livres”, que outorgam a um soberano o poder sobre sua liberdade em troca da garantia de uma vida social ordenada e pacífica.

Em John Locke, o fundamento do contrato social encontra-se em outras bases. Apesar de não se contrapor absolutamente a Hobbes – em verdade, Locke dedicara-se muito mais a refutar o pensamento de sir Robert Filmer, ao menos no *Primeiro Tratado sobre o Governo Civil* –, há alguns pontos de discordância radicais com relação a teoria política hobbesiana, que fundamentarão a adoção de perspectivas distintas sobre o estado de natureza e sua superação pelo contrato social.

Partindo, como Hobbes, do estado de natureza, John Locke desenvolverá a sua teoria política. No entanto, dessemelhante a descrição desse estado no segundo pensador, com relação àquela exposta pelo primeiro. A despeito da compreensão de que os homens, em sua condição natural, são absolutamente livres e iguais entre si, as implicações dessa liberdade e igualdade serão divergentes em Locke. No *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, percebe-se desde logo que

(...) ainda que se tratasse de um “estado de liberdade”, este não é um “estado de permissividade”: o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens (...).¹²⁵

Nessa senda, há de se comprovar que o estado de natureza difere-se, substancialmente, de um estado de guerra permanente de todos contra todos. Na esteira do próprio Locke, quando assevera:

¹²⁵ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Editora Vozes. Distribuição pelo Clube do Livro Liberal. p. 36.

E temos aqui a clara diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra, que, embora alguns homens confundam, são tão distintos um do outro quanto um estado de paz, boa-vontade, assistência mútua e preservação, de um estado de inimizade, maldade, violência e destruição mútua. Homens vivendo juntos segundo a razão, sem um superior comum na terra com autoridade para julgar entre eles, eis efetivamente o estado de natureza.¹²⁶

No entanto, ele não negligencia que no estado de natureza há uma potencialidade de guerra, que, por falta de uma lei positiva e de uma autoridade judiciária comum, tende a perdurar no tempo. É como forma de manter o estado de natureza, mas conter sua potencialidade de guerra, vilania e vingança privada, que se legitima a existência de um governo civil. Há de se concordar com Antônio Hespanha quando afirma que “na verdade, o estado político apenas garantiria uma melhor administração dos direitos naturais, substituindo a autodefesa e a vingança privada pela tutela de uma autoridade pública”¹²⁷. Dessarte, “o governo civil é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza, que certamente devem ser grandes quando aos homens é facultado serem juízes em suas próprias causas...”¹²⁸.

Nesse tocante, a legitimidade do governo civil circunscreve-se a sua capacidade de respeitar e proteger os direitos naturais – em especial o direito à propriedade, que em Locke, ao contrário de Hobbes, pré-data a existência da sociedade civil. É para assegurar o pleno gozo da propriedade, ao mesmo tempo limitando os riscos e incertezas do estado de natureza, que os homens se reúnem em sociedade e renunciam de seu poder de punir para buscar guarida sob as leis estabelecidas do governo¹²⁹.

Percebe-se, portanto, que o contratualismo lockeano parte de uma concepção positiva do estado de natureza “onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros”¹³⁰; todavia, para superar suas imperfeições, os homens organizam-se em sociedade e submetem-se a um soberano. Contudo, este não deve ser dotado de poderes absolutos, devendo se deter às estreitas balizas delimitadas pelo acordo de vontades dos governados – o pacto.

¹²⁶ Idem, p. 40.

¹²⁷ HESPANHA, Antônio Manuel. op. cit, p. 318.

¹²⁸ LOCKE, John. op. cit., p. 38.

¹²⁹ Idem, p. 69.

¹³⁰ Idem, p. 36.

Essa concepção, muito mais compatível com os anseios emancipatórios da burguesia inglesa, vide a primazia aos direitos à liberdade e à propriedade, marcará profundamente o processo de afirmação da monarquia parlamentarista na Inglaterra, mas também será base fundante no projeto político dos Estados Unidos.

Após esse breve panorama sobre os contratualistas ingleses e antes de adentrar nos seus influxos sobre o ideário norte-americano, faz-se imperioso lembrar as condições históricas na Inglaterra do século XVII. Há de se recordar que, para além das contendas religiosas e as tensões permanentes entre Parlamento e Rei, o século XVII foi marcado por um massivo êxodo rural, ante as políticas de cercamento (*Enclosure Acts*) e a expansão das manufaturas.

Os servos ingleses, expulsos do campo pelo cercamento, seriam empregados nas fábricas manufatureiras ou (mais comumente) formariam um “excedente” de desempregados. Assim, esse deslocamento acarretou num crescimento avassalador das cidades – que seria decisivo na formação da mão de obra para a posterior Revolução Industrial –, e também levou a um pauperismo sem precedentes de parcela significativa da população inglesa. Dessa maneira, a ideia de uma nova vida do lado de cá do oceano (nas colônias norte-americanas) seria “um poderoso ímã sobre essas massas” de perseguidos políticos e religiosos e dos miseráveis – estes seriam, portanto, os primeiros colonos ingleses na América. Nessa linha, recorda Leandro Karnal:

A própria Companhia de Londres declarara, em 1624, que seu objetivo era: ‘a remoção da sobrecarga de pessoas necessitadas, material ou combustível para perigosas insurreições e assim deixar ficar maior fartura para sustentar os que ficam no país’. Ao contrário de Portugal, nação de pequena população, a Inglaterra já vivia problemas com seu crescimento demográfico no momento do início da colonização dos Estados Unidos.¹³¹

Não está nos propósitos do presente trabalho dissecar a nuances da colonização inglesa nos Estados Unidos; todavia, necessário perceber que as convulsões internas fizeram com que a Coroa tardasse em realizar um projeto colonial – em verdade, delegava a exploração à sociedades comerciais. Foi apenas no século XVIII que a Inglaterra buscou ampliar o controle sobre suas colônias, principalmente por meio de uma política tributária mais rígida; a

¹³¹ KARNAL, Leandro et al. **História dos Estados Unidos**: das origens ao século XXI. São Paulo: Editora Contexto, 2007. p. 45.

consequência dessas imposições, como sabido, foi o movimento que culminaria na independência das 13 colônias.

Mais relevante para as pretensões da presente pesquisa é compreender os traços de continuidades e rupturas entre o direito estadunidense e a tradição inglesa. Para tanto, adotar-se-á uma classificação de Ángel Tinoco Pastrana¹³², o qual divide a história do direito dos Estados Unidos em duas grandes fases: a primeira, denominada “pré-revolucionária”, vai do início da colonização até a independência das treze colônias em 1776; a segunda, chamada “pós-revolucionária”, começa na independência e perdurará até os dias atuais.

A história do direito estadunidense¹³³ inicia-se em 1607 com a criação da primeira colônia inglesa em território norte-americano, Jamestown (Virgínia). Os anos subsequentes seriam de descoberta de novos territórios e a fundação de diversas colônias: em 1620 chegam a Plymouth os peregrinos – Pilgrim Fathers – a bordo do Mayflower; seguem-se a eles colonos que irão fundar Massachussets (1630) e Maryland (1632). Pouco a pouco, estarão formadas as 13 colônias.

À medida que os colonos foram se instalando em solo americano, fazia-se necessário disciplinar as relações sociais ali existentes. A despeito de, aos olhos ingleses, aplicar-se plenamente a *common law* (*Calvin's Case*) nas colônias, a verdade é que, em um primeiro momento, “as regras da *common law* inglesa são muito pouco apropriadas às condições de vida dos colonos”¹³⁴. Assim, o direito americano no século XVII é, essencialmente, apoiado na Bíblia (há quem diga em teocracias) e em códigos rudimentares – a exemplo dos códigos de Massachussets de 1634 e da Pensilvânia de 1682 – e as funções judiciárias são exercidas por juízes inexperientes e leigos em sua maioria¹³⁵. Conforme explica Michele Taruffo e Geoffrey Hazard,

Before 1700, the legal systems of the colonies were relatively primitive, reflecting the condition of early colonial societies, economies, and political structures. Legislation

¹³² PASTRANA, Ángel Tinoco. *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad. Tese doutoral apresentada ao departamento de direito penal e processual da Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla*. p. 77-97.

¹³³ Para um panorama mais completo, sugere-se a leitura de FRIEDMAN, Lawrence M. **Breve História del Derecho Estadounidense**. (versão espanhola). Trad: Pablo Jiménez Zorrilla. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007. 196p.

¹³⁴ DAVID, René. op. cit., p. 450.

¹³⁵ PASTRANA, Ángel Tinoco. op. cit., p. 79.

*emanated occasionally from governing bodies that resembled town councils more than modern legislatures. The courts and judicial procedure were adaptations of the local tribunals that the settlers had known in English villages. Accordingly, the procedure of the early colonial courts was relatively informal, relying primarily on oral testimony and use of local lay people as arbiters (there were few trained lawyers in the colonies).*¹³⁶

A primeira metade do século XVIII assistiria à consolidação de um sistema judicial hierárquico – ainda que diferenciado em cada uma das colônias –, que, nos dizeres de Ángel Tinoco Pastrana, organizou-se em três graus de jurisdição:

No primeiro grau, se constituíram uma série de *County Courts* com jurisdição limitada; no segundo, cortes com jurisdição geral, que ademais conhecem das apelações das sentenças do primeiro grau; e no terceiro, umas Cortes superiores com competência limitada ao conhecimento das apelações. Os juízes eram leigos e, até meados do século XIX, itinerantes, atuando cada juiz em um determinado circuito, semelhante ao que se passou no direito inglês.¹³⁷

É apenas em meados do século XVIII que o *common law* começa a ser vista com outros olhos: o gradual crescimento das colônias e sua expansão comercial levaram a formação de uma estrutura social mais complexa. O direito americano, nesse contexto, buscará se aproximar do sistema do *common law*, considerado mais adequado para garantir o gozo das liberdades civis; ademais, a introdução das obras do grande jurista inglês William Blackstone ao continente, em 1771-72, foi decisiva para a recepção do *common law*.

Todavia, esse processo não se deu sem resistência. O movimento de independência política (e, particularmente, a Guerra da Independência 1776-1783) engendrou sentimentos odiosos com relação à Inglaterra e fomentou os norte-americanos à busca de um direito efetivamente nacional¹³⁸.

¹³⁶ HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele. **American civil procedure**: an introduction. Yale University Press, 1993. p. 1. Traduzido livremente: “Antes de 1700, o sistema legal das colônias era relativamente primitivo, refletindo a condição primitiva das estruturas sociais, econômicas e políticas da sociedade colonial. Legislação emanada ocasionalmente de órgãos governamentais que ressoavam mais aos conselhos citadinos do que às legislaturas modernas. Os tribunais e o processo judicial eram adaptações dos tribunais locais que os colonos conheceram das aldeias britânicas. Por conseguinte, o procedimento das cortes coloniais era relativamente informal, apoiando-se principalmente no testemunho oral e no uso de leigos locais como árbitros (quase não haviam advogados formados nas colônias)”.

¹³⁷ PASTRANA, Ángel Tinoco. op. cit, p. 80.

¹³⁸ Sobre esse panorama de hostilidade, assevera Armino Mendes que “o espírito independentista começa a afirmar-se com maior pujança nomeadamente quando a Inglaterra lança impostos sobre os colonos para pagar os gastos das guerras europeias. Em 1764, os colonos opõem-se ao Sugar Act, sustentando o jurista SAMUEL ADAMS que não era possível que o Parlamento em Londres lançasse impostos sobre as 13 colônias norte-americanas, que nele não estavam representadas: ‘no taxation without representation’. Em 1765 são promulgadas leis odiosas: o Currency Act (introdução do papel moeda), o Billenting Act (lei que obrigava os cidadãos a criar,

Essa efervescência política atingiu seu clímax em julho de 1776, quando ratificada a Declaração de Independência elaborada por Thomas Jefferson. Nesse ponto, importante compreender os influxos do contratualismo lockeano na modelagem do estatuto político separatista norte-americano; em uma leitura atenta da declaração, evidencia-se a influência do ideário iluminista nos *founding fathers*.

Nesse diapasão, perceptíveis são os traços de continuidade com o pensamento político de Locke: a saber, a concepção do estado de natureza, a necessidade de regulação dos direitos por um governo civil e a noção de legitimidade do detentor do poder estritamente vinculada ao (e nos limites do) consentimento dos governados. Ademais, seus influxos são sentidos na Constituição dos Estados Unidos de 1787: esta estipula limites estritos aos poderes das autoridades federais na sua relação com os Estados e cidadãos – em especial, são fixadas balizas ao exercício do poder político, no tocante a proteção dos direitos “naturais”, nas primeiras dez emendas, que constituem o *Bill of Rights* (1789)¹³⁹.

Contudo, se há uma tendência de aproximação dos norte-americanos com o ideário iluminista europeu e com a tradição da *common law*, constata-se igualmente um forte movimento de ruptura: ora, a independência política havia criado hostilidades para com os ingleses, bem como o republicanismo americano era em muito tributário das agitações político-institucionais francesas (que culminariam na Revolução Francesa em 1789). Adentrando na fase pós-revolucionária, os Estados Unidos veem-se, portanto, imbuídos em uma disputa entre os partidários da *common law* e os defensores da codificação. René David dissecou essa contenda, nos seguintes termos:

Até meados do século XIX, poder-se-á hesitar sobre o desfecho da luta que vai travar-se na América entre aqueles que preferem a *common law* e os defensores da

nas suas localidades, aquartelamentos para os soldados ingleses) e o Stamp Act (imposto de selo). MENDES, Armindo. **O Direito dos Estados Unidos da América e a construção do constitucionalismo norteamericano**. In: Ensayos sobre Derecho Comparado y Constitución. Coord. BARNEY, Oscar; LOPES, Teresa da Cunha; PEGORARO, Lucio. Ed. CIJUS/Facultad de Derecho, CAEC “Derecho, Estado y Sociedad Democrática”, 2012. p. 239.

¹³⁹ Com acurácia, Geraldo Prado alerta, no tocante à influência do contratualismo lockeano nos EUA, que “a ficção do contrato social produzirá no âmbito do Iluminismo a ideologia que dará sustentação a padrões de comportamento, em face das funções da lei, que por influência do liberalismo econômico e do utilitarismo repercutirão na subjetividade de ingleses e norte-americanos. (...) A confiança no caráter tutelar do sistema legal e em suas instituições, na impessoalidade da aplicação do direito e na capacidade de cada indivíduo, parte ativa na manutenção do contrato social, de aferir se seus próprios interesses estarão melhor resguardados pela lei, configurará importante elemento para a adesão, sempre voluntária, ao sistema penal fundado na negociação”. PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 157.

codificação. (...) ainda em 1854, o historiador do direito inglês, sir Henry Maine, prevê a adesão dos Estados Unidos ao sistema romano-germânico. Diversos acontecimentos parecem anunciar, ou favorecer, esta conversão; diversos Estados, no início da independência, proibiram a citação dos acórdãos ingleses proferidos depois de 1776; numerosos territórios são anexados à União, nos quais é aplicado, pelo menos em teoria, o direito francês ou o direito espanhol e onde não existe nenhuma tradição de *common law*; a América povoou-se de uma multidão de novos imigrantes, vindo de países em que a *common law* é desconhecida ou nos quais, se se pensar nos irlandeses, o que é de origem inglesa é pouco desejado; Pothier e Domat são traduzidos em inglês nos Estados Unidos; um poderoso movimento, simbolizado em Nova York pelo nome de David Dudley Field, reclama a codificação do direito americano e consegue fazer com que numerosos Estados adotem códigos de processo civil e criminal e de direito penal.¹⁴⁰

Essa dubiedade, com a convivência durante mais de meio século entre tendências da família romano-germânica e outras da *common law*, marcou profundamente a construção do direito estadunidense. A Constituição americana é em muito retrato desses influxos: nada obstante tenha estatuído a separação de poderes, nos moldes do preceituado por Montesquieu, e realizado uma repartição de competências entre Estados e Federação (federalismo clássico), apontou, em diversos pontos para a manutenção de institutos do direito inglês, a exemplo do júri e da estrutura dual *common law-equity*. Deveras, se a *common law* triunfou em solo norte-americano, como de fato o fez, são profundas as diferenças entre o direito dos Estados Unidos e o inglês; isso ajuda a explicar sua originalidade.

De fato, dessemelhanças de ordem geográfica, demográfica, política e econômica entre os Estados Unidos e a Inglaterra propalam os seus direitos em sentidos diversos: ora, não há como imaginar que a ordem jurídica de um país de dimensões continentais, que se constituiu como uma república federativa, com regime presidencialista – Estados Unidos –, tenha se desenvolvido de maneira idêntica à uma ínsula europeia no Atlântico, de tradições milenares, forma unitária de estado e que adotara a monarquia parlamentarista – Inglaterra. Ademais, há de se perceber, com Ángel Tinoco Pastrana, que reformas estruturais nos séculos XIX e XX – notavelmente, o movimento de codificação sob a influência do benthamismo – conduziram esses direitos a uma remodelagem que se atentasse para a realidade de cada país. Nos dizeres do autor,

Os séculos XIX e XX, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, foram perpassados por uma tendência dirigida a reformar a sociedade através do Direito. Por conseguinte, o *Common Law* que se impôs nos Estados Unidos não era o mesmo da

¹⁴⁰ DAVID, René. op. cit, p. 452-3.

Inglaterra, já que a partir desse sistema clássico se adotou o que era considerado mais adequado para a realidade de cada país.¹⁴¹

Todavia, a par das diferenças, imperioso perceber que esses dois regimes se mantiveram afiliados ao mesmo sistema. Conforme leciona René David¹⁴², os Estados Unidos permaneceram atrelados ao *common law*, “no sentido de que lá se conservam, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês”. Tiveram papel destacado para a consolidação do *common law* em solo estadunidense os grandes comentadores norte-americanos – especialmente Kent e Story –, bem como o florescimento das *Law Schools* no século XIX.

Nesse sentido, Michele Taruffo e Geoffrey Hazard¹⁴³, sobre o paralelismo do direito americano com relação ao inglês, observam que a separação da *law* e *equity* – e sua posterior revogação –, a força dos precedentes (*stare decisis*), o papel do júri para determinar questões de fato e o sistema adversarial permanecem caracteres marcantes do processo americano. Esses dois últimos são da maior importância para o presente estudo: isso porque a introdução do júri, enquanto mecanismo de participação dos cidadãos na administração da justiça – seja na fase investigatória, seja na de julgamento –, e a adoção do sistema adversarial fornecerão as condições para, pouco mais tarde, o surgimento do *plea bargaining* nos Estados Unidos.

¹⁴¹ PASTRANA, Ángel Tinoco. op. cit, p. 94-5.

¹⁴² DAVID, René. op. cit, p. 454.

¹⁴³ HAZARD, Geoffrey.; Taruffo, Michele. **American civil procedure**: an introduction. op. cit, p. 5-6. Na literal exposição de Hazard e Taruffo: “The use of the adversary system in jury trials was a relatively late development in England. In the early development of the common law writ system, the parties usually had advocates at the pleading stage of an action. However, the function of the jury originally was that of a collective witness. The jurors were selected from the place where the dispute arose and would have knowledge of the facts, either direct information or that acquired by common account. They drew on their collective knowledge to give a verdict. In such a procedure, there would be little use for advocates to present the evidence. Over time, however, the jury's function shifted from that of evidencegivers to that of neutral assessors of evidence provided by others. This transformation appears not to have been complete until the late seventeenth or eighteenth century. Apparently it was in this same period that trial advocates came to be generally employed in jury trials. The inference is that by then a jury was expected to determine the case on the basis of evidence presented to it; that gathering the evidence was not a responsibility of the judges, who were concerned only with pleadings and with the verdict; that parties gathered and presented evidence for themselves, but discovered the usefulness of expert assistance; and that lawyers could provide the necessary expert assistance. The historical evidence of this development, however, is fragmentary. In any event, the jury system was established at the birth of the United States and the adversary system was established with it”.

1.3. O surgimento do *plea bargaining* nos Estados Unidos da América

Realizado esse giro pela história dos sistemas jurídicos, bem como demonstrados os traços de continuidades e rupturas do direito norte-americano com a tradição britânica – é que, se por um lado, mantém-se afiliado à *common law*, por outro, apresenta peculiaridades que o diferenciam agudamente do direito inglês –, passa-se a análise da conjuntura histórica que deu azo à frutificação do *plea bargaining* no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América.

No tocante à gênese do referido instituto, há de denotar sua controvérsia: deveras, não há uma versão unívoca acerca das origens do *plea bargaining*. Há autores que consideram que *guilty pleas* (confissões de culpa) sempre existiram no sistema processual inglês (William Erickson; Donald Newman); outros, apontam para a impossibilidade de se precisar o momento exato em que surge, que vêm, portanto, desde tempos imemoriais (Gambini Musso); alguns asseguram que o instituto tem suas origens no século XVIII no direito inglês, como meio de mitigar a severidade das punições.

Não obstante a pertinência das referidas teses, deve se observar com Ángel Tinoco Pastrana¹⁴⁴ que, de acordo com os *law reports* e os *legal treatises* e desde uma perspectiva considerada cientificamente mais aceita, calcula-se que o *plea bargaining* representa uma evolução recente, em decorrência de fatores típicos das sociedades modernas – em especial ante os fenômenos de burocratização da função judicial e ultracriminalização dos comportamentos sociais, responsáveis por impor novos problemas à administração da justiça.

Jerold Israel e Wayne LaFave¹⁴⁵ asseguram que a barganha era desconhecida antes do século XIX – portanto, durante grande parte da história do *common law* –; seria apenas no decorrer do século, em especial em seu último terço, que apareceria e se institucionalizaria o

¹⁴⁴ PASTRANA, Ángel Tinoco. op. cit, p. 235-6. Merece a pena colacionar o trecho em que Pastrana identifica as possíveis razões para o surgimento do *plea bargaining* também nos ordenamentos da civil law, *ipsis litteris*: “Estima-se que os fatores considerados na terceira posição como determinantes no surgimento do *plea bargaining*, em maior ou menor medida, também podem ser vistos atualmente nos ordenamentos do *Civil Law*. Fenômenos tais como a aparição de novas formas de criminalidade e a ‘delinquência em massa’, junto a problemas que tem a administração de justiça para fazer frente adequadamente aos casos pendentes, entre outros fatores, implicaram na adaptação ao nosso sistema à institutos provenientes do *Common Law*, sobretudo advindas do ordenamento estadunidense” (tradução livre) (p. 236).

¹⁴⁵ LA FAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. **Criminal Procedure**, vol. II, p. 556 apud PASTRANA, Ángel Tinoco. *Ibidem*, p. 237.

plea bargaining como um mecanismo do sistema de justiça criminal norte-americana. Nessa esteira, John Beattie¹⁴⁶ afirma categoricamente que “não havia *plea bargaining* nos casos penais do século XVIII”. Em similar sentido, Albert Alschuler afirmará que “o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos sobreviveu sem a *plea bargaining* durante a maior parte de sua existência”¹⁴⁷.

Partir-se-á da tese de que a *plea bargaining* não é, como querem alguns, um instituto característico do *common law* e inerente ao sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América. Concorde-se, assim, com parcela respeitável da doutrina estadunidense de que a barganha “não está, por assim dizer, inscrita no patrimônio genético do processo penal norte-americano”; tendo surgido e se consolidado apenas no século XIX, representa muito mais “um traço fenotípico dele”¹⁴⁸. Nada obstante, como se verá posteriormente, é apoiado em argumentos tais como a inevitabilidade do *plea bargaining* ante a crescente sobrecarga ao judiciário e os benefícios gerados a todos os envolvidos, somado a discursos de cunho efficientista-utilitarista, que os defensores de tal mecanismo o legitimam.

Feita essa delimitação cronológica da gênese do *plea bargaining*, faz-se imperioso aprofundar o estudo sobre as razões que levaram à adoção e ao crescimento vertiginoso da taxa de uso desse mecanismo no bojo da administração da justiça criminal estadunidense – para se ter ideia, atualmente os *plea bargains* respondem por mais de 90% dos casos em nível federal e semelhantes números em nível estadual, conforme Jed Rakoff¹⁴⁹. Para tanto, necessário dar ênfase a dois pontos: inicialmente, deve-se compreender o que é a *plea bargaining*, para depois perceber como suas raízes estão intimamente atreladas à acolhida do sistema adversarial e as implicações dessa escolha para a “crise” do jury trial.

No tocante ao primeiro ponto, seguindo os passos de John Langbein¹⁵⁰, delimita-se que *plea bargaining* é um procedimento sem julgamento (*nontrial procedure*) no qual o acusado

¹⁴⁶ BEATTIE, John M., **Crime and the courts in England: 1660-1800**, 1986, p. 336 y s.. apud LANGBEIN, John H., Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados. Trad. Alberto Bovino y Christian Courtis. **Revista “Nueva Doctrina Penal”**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1996. p. 46.

¹⁴⁷ ALSCHULER, Albert. *Plea bargaining and its history*. **Law and Society Review**, v. 13, 1979. p. 212-213.

¹⁴⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**. Aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007. p. 27

¹⁴⁹ RAKOFF, Jed S., Why Innocent People Plead Guilty. **The New York Review of Books**, 2014. Sugere-se também o sítio “<https://www.guiltyleapproblem.org>”.

¹⁵⁰ LANGBEIN, John. *Understanding the Short History of Plea Bargaining* (1979). **Faculty Scholarship Series**. 544. p. 261-262.

abre mão de sua defesa e renuncia ao seu direito constitucional a um julgamento imparcial pelo Júri (vide artigo III e a Emenda VI da Constituição dos Estados Unidos), admitindo (ou não) a sua culpabilidade em troca de algumas “benesses” ofertadas pelo acusador oficial. Ángel Tinoco Pastrana¹⁵¹ acrescenta haver a passagem direta da *pretrial* à *post-trial phase*, suprimindo-se, através de uma declaração de culpa (*guilty plea*) ou de não contestação das acusações (*nolo contendere plea*), a fase de julgamento perante o júri. Caso opte por se declarar inocente (*not guilty plea*) surge a obrigação legal ao Estado de promover uma acusação formal, em um processo onde todas as garantias deverão ser respeitadas.

Por sua vez, Milton Heumann caracteriza a *plea bargaining* como “o processo através do qual o acusado em um caso criminal abre mão de seu direito constitucional por um julgamento em troca de uma redução na acusação ou na sentença”¹⁵². Por fim, Jenia Turner a conceitua como “o procedimento de negociação e composição entre o acusado, de um lado, e a acusação, o juiz, ou ambos, de outro, onde o réu confessa, admite sua culpabilidade, ou contribui com a perseguição estatal, em contrapartida recebendo um tratamento mais benéfico”¹⁵³.

Esse procedimento de negociação entre acusação e defesa, no entanto, não surgirá de improviso; ao contrário, serão certos os motivos que levarão ao aparecimento do *plea bargain* na segunda metade do século XIX – quais sejam, como anteriormente enunciado, o florescimento do sistema adversarial, com suas intrincadas regras procedimentais, e suas implicações para o colapso do tribunal do júri. Quanto a isso, Albert Alschuler assevera:

As late as the eighteenth century, ordinary jury trial at common law was a judge-dominated, lawyer-free procedure conducted so rapidly that plea bargaining was unnecessary. Thereafter, the rise of adversary procedure and the law of evidence injected vast complexity into jury trial and made it unworkable as a routine dispositive procedure. A variety of factors, some quite fortuitous, inclined nineteenth-century common law procedure to channel the mounting caseload into nontrial plea

¹⁵¹ PASTRANA, Ángel. op. cit, p. 219-220. Vale colacionar o trecho de Pastrana, livremente traduzido: “Esta instituição implica que uma alta porcentagem dos casos a *trial phase* não tenha lugar, passando-se, dessa maneira, da *pretrial phase* para a *posttrial phase*, ou seja, para a sentença. E isto pela possibilidade que existe de que o sujeito passivo se declare culpado (*guilty plea*), ou de que manifeste sua vontade de não declarar sua culpabilidade ou inocência (*nolo contendere plea*). Assim, em troca da renúncia pela *trial phase*, o *prosecutor* retirará determinadas cargas, mudará as existentes por outras menos gravosas, ou solicitará uma pena menor do que pediria se tivesse lugar a *trial phase*... (p. 219-220).

¹⁵² HEUMANN, Milton. **Plea bargaining**: the experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys. Chicago: University of Chicago Press, 1981. p. 1 (tradução livre)

¹⁵³ TURNER, Jenia. **Plea bargaining across borders**. New York: Aspen, 2009. p. 1 (tradução livre)

bargaining procedure rather than to refine its trial procedure as contemporary Continental legal systems were doing ¹⁵⁴

Na mesma linha, John Langbein aduz:

When we turn back to the period before the middle of the eighteenth century, we find that common law trial procedure exhibited a degree of efficiency that we now expect only of our nontrial procedure. Jury trial was a summary proceeding. Over the intervening two centuries the rise of the adversary system and the related development of the law of evidence has caused common law jury trial to undergo a profound transformation, robbing it of the wondrous efficiency that had characterized it for so many centuries. ¹⁵⁵

De fato, a partir de um estudo dos julgados do *Old Bailey* (Tribunal Central Criminal de Londres), o autor demonstra que eram processados de doze a vinte casos por dia pelo júri. Sobre as razões para tamanha agilidade, atesta para a pouca intervenção dos advogados, a ausência do privilégio contra a autoincriminação, a precariedade da *law of evidence* (ou seja, de normas de controle sobre a atividade de prova), pouco desenvolvimento de *standards* probatórios e a quase impossibilidade de recurso (*appeal*) nos julgados criminais. É o que se denota da leitura do seguinte fragmento:

El procedimiento no era en absoluto sofisticado. Los abogados intervenían como acusadores o como defensores en pocas ocasiones. Casi no existían reglas sobre la actividad probatoria. El estándar probatorio que exige la convicción “más allá de una duda razonable” aún no había sido formulado con precisión, y tampoco era anunciado regularmente. No se realizaba el procedimiento de selección de jurados (el denominado voir dire) y prácticamente no se ejercía el derecho a recusar con causa a los jurados. Los mismos jurados intervenían en varios juicios en un sola sesión, y muchos de ellos eran personas con experiencia que habían actuado como jurados con anterioridad. Recibían poca ayuda o instrucciones por parte del tribunal, y probablemente no las necesitaban. El acusado se defendía personalmente, habitualmente sin la asistencia de un abogado, y sin que se le permitiera declarar bajo juramento. Prácticamente, la posibilidad de impugnar las decisiones del tribunal ante un tribunal superior no existía. Las condenas a muerte, incluso, eran

¹⁵⁴ ALSCHULER, Albert. In: LANGBEIN, John. *Understanding the Short History of Plea Bargaining* (1979). **Faculty Scholarship Series**. 544. p. 261. Traduzido livremente: “Ainda no século XVIII, o julgamento por júri na common law era um procedimento livre de advogados, dominado por um juiz, conduzido de maneira tão rápida que o plea bargaining era desnecessário. Posteriormente, a ascensão do procedimento adversarial e da law of evidence injetaram uma enorme complexidade no julgamento pelo júri e tornaram-no inviável como um procedimento rotineiro. Uma variedade de fatores, alguns um tanto fortuitos, inclinaram o procedimento dos 1900’s do common law a canalizar o montante sempre crescente de processos (caseload) para o procedimento da barganha sem julgamento, ao invés de procurarem refinar o seu procedimento pelo júri como os sistemas legais da Europa continental estavam fazendo”.

¹⁵⁵ LANGBEIN, John. *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, op. cit., p. 262. Tradução livre: “Quando nos voltamos ao período anterior aos meados de 1800, descobrimos que o procedimento de julgamento do common law exibiu um grau de eficiência que agora só esperamos do nosso procedimento sem julgamento. O julgamento do júri era um procedimento sumário. Com o passar dos dois séculos seguintes, a ascensão do sistema adversarial e o desenvolvimento da law of evidence fizeram com que o clássico julgamento pelo júri sofresse profundas transformações, roubando-lhe a eficiência maravilhosa que a caracterizara por tantos séculos”.

*normalmente ejecutadas a los pocos días de realizado el juicio –a menos que el tribunal suspendiera su ejecución para permitir el procedimiento de impugnación posterior al veredicto–. Dado que el sistema carecía, en la práctica, de la posibilidad de recurrir las decisiones, no había ocasiones para las características propias del procedimiento penal moderno vinculadas con la práctica de provocar y preservar los errores del tribunal de juicio que habilitan posteriormente la vía recursiva.*¹⁵⁶

A respeito, também, da precariedade do julgamento pelo júri, Lawrence Friedman e Robert Percival salientam:

*We have to ask, however, what kind of trial? Trial to most of us conjurs up a definite image: a real courtroom battle, with two sides struggling like young stags and the judge acting as umpire, applying fair and honorable rules. Reality was quite different. In many places, the normal case was nasty and short. We examined the minute books of a Florida county from the 1890s. Here 'trials' lasted a very short time, half an hour at most. A jury was hurriedly thrown together. Case after case paraded before them. The complaining witness told his story; sometimes another witness or two appeared; the defendant told his story, with or without witnesses; the lawyers (if any) spoke; the judge charged the jury. The jury retired, voted and returned. Then the court went immediately into the next case on its list.*¹⁵⁷

Em semelhante sentido, Malcolm M. Feeley¹⁵⁸ assinala que “talvez o que é mais revelador é a velocidade na qual os *early trials* eram conduzidos. Os registros dos procedimentos de

¹⁵⁶ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados. Trad. Alberto Bovino y Christian Courtis. **Revista “Nueva Doctrina Penal”**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1996. p. 47-8. Em tradução livre: “O procedimento não era, em absoluto, sofisticado. Os advogados intervinham como acusadores ou defensores em poucas ocasiões. Quase não existiam regras sobre a atividade probatória. O *standard* probatório que exige a condenação “além da dúvida razoável” não havia ainda sido formulado com precisão, tampouco era usado regularmente. Não se realizava o procedimento de seleção de jurados (o denominado *voir dire*) e praticamente não se exercia o direito de recusa aos jurados. Os mesmos jurados intervinham em diversos julgamentos em uma só sessão, e muitos deles eram pessoas experientes que haviam atuado como jurados antes. Eles recebiam pouca ajuda ou instrução por parte do tribunal e provavelmente nem necessitavam. O acusado se defendia pessoalmente, habitualmente sem a defesa de um advogado, e sem que lhe fosse permitido testemunhar sob juramento. Na prática, a possibilidade de impugnar as decisões do juízo perante um tribunal superior não existia. As sentenças de morte, inclusive, eram normalmente executadas dentro de poucos dias após o julgamento – a menos que o tribunal suspendesse sua execução para permitir o procedimento de impugnação posterior ao veredicto. Dado que o sistema carecia, na prática, da possibilidade de recurso às decisões, não havia ocasião para as características próprias do processo penal moderno vinculadas à prática de provocar e preservar os erros do tribunal do júri que habilitassem posteriormente a via recursiva”.

¹⁵⁷ FRIEDMAN, Lawrence M; PERCIVAL, Robert. **The Roots of Justice: Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910** (Studies in Legal History). University of North Carolina Press, 1981. p.194. Em tradução minha: “Temos de perguntar, contudo, que tipo de julgamento está a se falar? O julgamento para a maioria de nós evoca uma imagem definitiva: uma verdade batalha no tribunal, com dois lados a lutar como “veados jovens” e o julgador agindo como um árbitro, aplicando as regras de um jogo justo. A realidade era bem distinta. Em diversos lugares, o caso era desagradável e curto. Estudamos os registros de um condado da Flórida a partir de 1890. Aqui, os ensaios duravam muito pouco tempo, no máximo meia hora. O júri era reunido de maneira rápida. Caso após caso, desfilavam diante dos jurados. O queixoso conta seu caso; às vezes, uma ou outra testemunha aparece; o réu conta sua história, independente da presença de testemunhas; os advogados (quando existentes) falavam; o juiz informou os jurados. O júri se retirou, reuniu, decidiu e voltou. Em seguida, o tribunal entrou imediatamente no próximo caso da lista”

¹⁵⁸ FEELEY, Malcolm M. **Plea Bargaining and the Structure of the Criminal Process**, 7 Just. Sys. J. 338 (1982). p. 345. (Tradução livre)

Londres revelam que o mesmo juiz e júri ouviam vários casos diariamente, dificilmente com alguma pausa entre eles. Do mesmo modo, os registros de New Heaven demonstram que o mesmo juiz e júri resolvem diversos casos em um ou dois dias; julgamento, deliberação e sentença em um intervalo de duas horas”.

Ora, pelo exposto, extrai-se que não havia nenhum estímulo para o desenvolvimento do *nontrial procedure* nesse momento, ainda que houvesse em alguns casos a *guilty plea*¹⁵⁹; em verdade, de maneira oposta, encorajava-se o acusado a submeter-se ao julgamento pelo júri, vez que a admissão de culpa era vista com bastante desconfiança¹⁶⁰.

No entanto, tal modelo do júri, ante a sua evidente precariedade, não subsistirá; mormente, com o desenvolvimento das regras do *due process of law* – com a consequente expansão das garantias processuais penais – e a consolidação do sistema adversarial, o “juízo por jurados será redefinido como um juízo por jurados no marco de um procedimento *de partes*”¹⁶¹.

Assim, o procedimento sumário (e carente de garantias) é suplantado pelo adversarial system: este último consolida o protagonismo das partes na produção de provas e na condução do processo, e, portanto, postula o alheamento do juiz da causa. Contudo, não tardará para que as agências punitivas identifiquem nesse novo *trial* suas pretensas deficiências, quais sejam a morosidade, ineficiência e custos em comparação ao antigo procedimento. Entende-se que nesse “déficit” estão os germes da frutificação do *plea bargaining* nos Estados Unidos. É o que, mais uma vez, assevera Langbein:

Em 1790, quando os americanos constitucionalizaram o tribunal do júri inglês, ele ainda era célere e eficiente. (...) No século XVIII, duas das principais características (e que demandam tempo) do júri moderno, a saber, o processo adversarial e as regras de exclusão probatórias, eram ainda primitivas e desfiguradas. O direito do acusado à

¹⁵⁹ Uma interessante análise é a realizada por MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. **Jury Trials and Plea Bargaining**: a true history. Oregon: Hart Publishing, 2005, em especial nas páginas 153-172.

¹⁶⁰ ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. **Columbia Law Review**, vol. 79, 1979. p. 11. Vale colacionar o excerto: “*There were several reasons for the reluctance of the courts to receive pleas of guilty during the formative period of the common law and for centuries thereafter. First, these pleas were apparently distrusted. (...) Probably more important than the judicial distrust of guilty pleas was the fact that English felony defendants were not represented by counsel. (...) Still another reason for the courts' discouragement of guilty pleas was that death was the prescribed penalty for every felony.*”

¹⁶¹ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados. Trad. Alberto Bovino y Christian Courtis. **Revista “Nueva Doctrina Penal”**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1996. p. 48.

representação por um advogado não se aplicava a todos os crimes até o fim do século XIX na Inglaterra. O recurso de apelação era muito restrito no século XX; os advogados para acusados pobres não eram exigidos até a metade deste século. (...) ¹⁶²

Há de se frisar que, em um primeiro instante (segunda metade do século XIX), as *Courts of Appeals* penderam por manter os julgamentos pelo júri, alertando constantemente para os perigos dos acordos. Neste tocante, Alschuler¹⁶³ observa que na primeira decisão da Suprema Corte sobre *guilty plea*, o tribunal “absteve-se de aceitar de imediato a *plea* do réu, designou-lhe advogado e adiou por vários dias a sessão de julgamento, a fim de que [o réu] pudesse ser inteiramente alertado para os riscos que implicava a sua assunção de culpa”. Do mesmo modo, as demais cortes metropolitanas tendiam a favorecer o julgamento pelo júri, desencorajando as soluções negociais e advertindo o réu para seus [das negociações] inconvenientes.

Todavia, tal resistência seria, na virada para o século XX, superada e os mecanismos negociais floresceriam no sistema de justiça criminal norte-americano. Mais uma vez com Ángel Tinoco Pastrana¹⁶⁴, quando afirma que a complexidade do sistema e o impetuoso aumento do trabalho das Cortes inferiores levava a progressão do uso do *plea bargaining*, mecanismo hábil para dar vida ao projeto de justiça rápida [*quick justice*]. Por seu turno, quanto ao crescimento do *plea bargaining*, atesta Alschuler¹⁶⁵ ainda que a atmosfera corrupta da justiça criminal dos últimos anos do século XIX e alvorecer do século XX, bem como a escassez de controle (e de revisão) sobre as decisões judiciais, foram fatores de primeira importância. É o que se extrai da leitura do seguinte excerto:

In these courts, striking political corruption apparently contributed to a flourishing practice of plea bargaining. Richard Canfield, later an operator of elegant gambling casinos in several cities, testified that as early as 1885 his friend, the Mayor of Providence, Rhode Island, had acted as an intermediary in arranging a plea agreement with the state Attorney General. By 1914, there were accounts of a New York defense attorney whose financial arrangements with a magistrate enabled him

¹⁶² LANGBEIN, John. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 139.

¹⁶³ ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. **Columbia Law Review**, vol. 79, 1979. p. 10.

¹⁶⁴ PASTRANA, Ángel. Ibidem, p. 237-8.

¹⁶⁵ ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. **Columbia Law Review**, vol. 79, 1979. p. 24. Tradução livre: “Nesses tribunais, a expressiva corrupção política contribuiu aparentemente para uma próspera prática da barganha. Richard Canfield, mais tarde um gerenteador de elegantes cassinos de jogos em diversas cidades testemunhou que já em 1885 seu amigo, o prefeito de Providence, Rhode Island, havia agido como intermediário para arranjar um acordo judicial com o Procurador Geral do Estado. Em 1914, havia relatos de um advogado de defesa de Nova Iorque cujos arranjos financeiros com um magistrado permitiram a ele ficar na rua à frente da cadeia e adulterar sentenças nessa forma: 300 dólares por dez dias, 200 por vinte dias e 150 por trinta dias”

*to 'stand out on the street in front of the Night Court and dicker away sentences in this form: \$300 for ten days, \$200 for twenty days, \$150 for thirty days'*¹⁶⁶

Nos anos iniciais do século XX, presenciar-se-á uma expansão vertiginosa do *plea bargaining*; deveras, o período da lei seca será marcado por um incremento substantivo na criminalidade (e da criminalização de condutas), o que, por sua vez, levará a um expressivo crescimento nas taxas dos casos resolvidos por mecanismos de barganha, seja em nível federal, seja estadual¹⁶⁷. É o que se comprova com uma mirada sobre as pesquisas realizadas nos anos 20 no âmbito da justiça criminal; conforme Alschuler

*During the 1920's, a number of states and cities conducted surveys of criminal justice. These surveys, which offered a far more complete picture of the working of American criminal courts than has generally been available in later years, revealed a lopsided dependency on the plea of guilty: in Chicago, 85% of all felony convictions were by guilty plea; in Detroit 78; in Denver 76; in Minneapolis 90; in Los Angeles 81; in Pittsburgh 74; and in St. Louis 84.*¹⁶⁸

Ademais, as primeiras décadas do século XX viram uma remodelagem da atuação do *prosecutor*. De fato, indispensável a análise dessa figura, sem a qual não há como se compreender a guinada no sentido da barganha que se operou nesse período. Há de se ter em mente, num primeiro plano, que a imagem do acusador público é, em larga escala, uma invenção americana, uma vez que virtualmente desconhecida na tradição inglesa do *common law* – em que predominava a persecução privada, pelo próprio ofendido ou por representante por ele escolhido¹⁶⁹.

¹⁶⁶ ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. **Columbia Law Review**, vol. 79, 1979. p. 24. Tradução livre: “Nesses tribunais, a expressiva corrupção política contribuiu aparentemente para uma próspera prática da barganha. Richard Canfield, mais tarde um gerenteador de elegantes cassinos de jogos em diversas cidades testemunhou que já em 1885 seu amigo, o prefeito de Providence, Rhode Island, havia agido como intermediário para arranjar um acordo judicial com o Procurador Geral do Estado. Em 1914, havia relatos de um advogado de defesa de Nova Iorque cujos arranjos financeiros com um magistrado permitiram a ele ficar na rua à frente da cadeia e adulterar sentenças nessa forma: 300 dólares por dez dias, 200 por vinte dias e 150 por trinta dias”

¹⁶⁷ Lawrence Friedman, em obra já citada, salienta que no condado de Nova Iorque (Manhattan), em 1900, o número de criminosos sentenciados por meio de declarações de culpabilidade era três vezes maior do que os sentenciados por juízes ou jurados. FRIEDMAN, Lawrence. **Breve Historia del Derecho Estadounidense**. op. cit. p. 94.

¹⁶⁸ Idem, p. 26. Tradução minha: “Durante a década de 1920, um número de estados e cidades realizaram pesquisas de justiça criminal. Essas pesquisas, que ofertavam uma mais completa visão do trabalho das cortes criminais norte-americanas do que foi avaliado posteriormente, revelaram uma dependência expressiva na assunção de culpa: em Chicago, 85% de todas as condenações criminais eram resolvidas por guilty plea; em Detroit, 78%; em Denver, 76%; em Minneapolis, 90%; em Los Angeles, 81%; em Pittsburgh, 74%; e em St. Louis, 84%”.

¹⁶⁹ Destaca-se, a esse respeito, a obra de WORRALL, John L.; NUGENT-BORAKOVE, M. (Editors). **The changing role of the American prosecutor**. Albany: State University of New York Press, 2008. 275p.

Para além disso, o forte movimento de democratização pós-independência culminou, durante a presidência de Andrew Jackson, nos 1820's, na adoção das eleições para a escolha dos acusadores públicos (e também para a escolha dos juízes), em substituição ao antigo método de indicação, o que ajuda a compreender a sensação – ainda que precária – de pertencimento/integração que têm os cidadãos norte-americanos em face de seu sistema de justiça. Nesse tocante, observa-se, com Kant de Lima¹⁷⁰, que o caráter “popular” e “democrático” da lei, bem como os mecanismos de participação cidadã na administração da justiça – i.e. julgamento pelo júri, eleições populares para diversos cargos públicos – ajudaram a forjar a representação positiva que grande parcela da população dos Estados Unidos tem sobre o funcionamento de seu sistema legal.

E mais, a figura do *public prosecutor* sofrerá uma grande virada nos anos iniciais dos 1900. Se aos olhos dos primeiros americanos o acusador público era apenas um ator de menor relevo na estrutura da corte¹⁷¹, com a incorporação da estrutura de persecução penal ao Executivo e com o advento das eleições para os cargos¹⁷², presenciou-se uma maximização de seus poderes. Na esteira de John L. Worrall e M. Elaine Nugent-Borakove, deve-se atentar para o fato de que

By the early 1900s the prosecutor became perhaps the most powerful figure with respect to criminal law. While perhaps not as visible as the police, the prosecutor was regarded as having significant, if not total, power over the ultimate enforcement of the law (...)

*Courts even began to recognize the surge in prosecutorial power. The Illinois Court of Appeal reached this conclusion : The prosecutor '... is charged by law with large discretion in prosecuting offenders against the law. He may commence public prosecution in his capacity by information and he may discontinue them when, in his judgement the ends of justice are satisfied' (People v. Walsh, St. Louis and Pacific Railway, 1883, p. 263). (...) The court in Wilson v. County of Marshall (1930) said, for instance, that the prosecutor has 'absolute control of the criminal prosecution'*¹⁷³

¹⁷⁰ LIMA, Roberto Kant De. Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. In: **Revista de Sociologia e Política**, nº 13, 1999. p. 23-24; 33.

¹⁷¹ JACOBY, J. (1980). **The American prosecutor**: A search for identity. Lexington, MA: Lexington Books. p. 23 apud WORRALL, John L.; NUGENT-BORAKOVE, M. (Editors). **The changing role of the American prosecutor**. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 8.

¹⁷² WORRALL, John L.; NUGENT-BORAKOVE, M. (Editors). **The changing role of the American prosecutor**. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 8.

¹⁷³ Idem, p. 8-9. Traduzido livremente: “No início dos 1900's, o promotor tornou-se talvez a figura mais poderosa no direito criminal. Embora provavelmente não tão visível quanto a polícia, os promotores eram considerados como tendo significativo, se não total, poder sobre a execução da lei. (...) Os tribunais inclusive começaram a reconhecer o aumento do poder dos promotores. A Corte de Apelação de Illinois chegou a seguinte conclusão: Ao promotor 'é concedido grande discricão para processar os infratores da lei. Ele pode iniciar um processo público em sua capacidade por informações e pode interrompê-los quando, ao seu julgamento, os fins da justiça foram satisfeitos' (People v. Walsh, St. Louis e Pacific Railway, 1883, p. 263). (...) O tribunal em Wilson v. Condado de Marshall (1930) disse, por exemplo, que o promotor tem 'controle absoluto da acusação criminal'.

Note-se, por todo exposto, que a conjunção de ampliação dos poderes discricionários dos promotores e avolumamento da criminalidade (em especial a organizada, no marco da “lei seca”), nas primeiras décadas do século XX, bem como a complexidade do procedimento do tribunal do júri, forneceram as condições ideais para a proliferação das soluções negociais. Deveras, a *plea bargaining* afigurava-se como uma saída desejosa para os operadores da justiça criminal, cobiçosos por soluções rápidas e eficientes (leia-se: de melhor custo-benefício) que incrementassem os seus robustos índices de condenações. Lembre-se que os *prosecutors* são eleitos e, para tal empreitada, altas taxas de condenação indicam, no ideário popular, um melhor combate à criminalidade. Nesse ponto, Raymond Moley alerta para

*the advantage which a plea of guilty gives to the prosecuting attorney. He is not compelled to carry through an onerous and protracted trial. He does not run the risk of losing his case in the trial court. He runs no risk of having to oppose an appeal to a higher court in case he wins the trial ... What is much more important to the prosecutor is the fact that in such records as most prosecutors make of the work which they have performed, a plea of guilty of any sort is counted as a conviction, and when he goes before the voters for re-election he can talk in large terms about securing convictions when, in reality, these ‘convictions’ include all sorts of compromises.*¹⁷⁴

No mais, recorda McConville que, para além das preocupações do *prosecutor* por altas taxas de condenação, o desenvolvimento do *plea bargaining* deu-se paralelamente à consolidação do positivismo criminológico¹⁷⁵. Forçoso notar que as noções científicas do positivismo – em especial a categoria “periculosidade” – serviram bem ao projeto de justificação/legitimação “da dominação burguesa, que estava sendo fortemente contestada na virada do século”¹⁷⁶. Assim que, já nos anos iniciais do século XX, a barganha demonstrará ser

¹⁷⁴ MOLEY, Raymond. The Vanishing Jury, *Southern California Law Review*, 2, (1928). p. 103 apud MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: a true history*. Oregon: Hart Publishing, 2005. p. 310. Em tradução livre: “a vantagem que o plea of guilty dá ao promotor público. Ele não é compelido a realizar um julgamento oneroso e prolongado. Ele não corre o risco de perder o caso num tribunal. Ele não corre o risco de ter oposta uma apelação a uma corte superior caso ele vença o julgamento... O que é muito mais importante para o promotor é o fato de que nos registros feitos por ele sobre sua performance, qualquer plea of guilty conta como condenação, e quando ele vai a público para sustentar sua campanha de reeleição pode falar em largos termos sobre a obtenção de condenações, quando, em realidade, estas condenações incluem todos os tipos de convicções”.

¹⁷⁵ MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. Ibidem, p. 324-5

¹⁷⁶ NEDER, Gizlene. Cultura, Poder e Violência. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, v.12, 2009. p. 21. Diz a autora: “A emergência da criminologia, no quadro específico das formações sociais europeias, decorreu da necessidade de legitimação da dominação burguesa, que estava sendo fortemente contestada na virada do século. A apropriação do determinismo lombrosiano foi (e tem sido, ainda) hegemônica no campo jurídico brasileiro (especialmente para a justiça criminal) e introduziu aspectos aparentemente “científicos” (porque secularizados), a postura muito antiga apropriada da cultura religiosa pessimista, porque ancorada na ideia de predestinação (ao mal)”.

mais adequada ao projeto burguês de controle social e “gestão dos indesejáveis” (negros e latinos, em especial), vez que permitirá uma maior repressão à delinquência, conforme demonstrado pelas famigeradas estatísticas de condenações criminais.

Ainda sobre a nova orientação da acusação pública, Ángel Tinoco Pastrana¹⁷⁷ observa ter a tendência ao uso do *plea bargaining* sido impulsionada pela *crime wave* dos anos 1960¹⁷⁸; deveras, a explosão demográfica após a Segunda Grande Guerra – fruto do chamado “baby boom” – e o conseqüente aumento da população jovem implicou numa expansão vertiginosa dos casos criminais na década de 60. Outrossim, constatou-se a disseminação das drogas psicoativas, que, lembre-se, pouco depois seriam consideradas por Reagan o inimigo número um dos Estados Unidos. Nesse cenário, observa Alschuler¹⁷⁹ que tanto o *A.B.A* como a *President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice* proclamaram que, devidamente administrada, o *plea bargaining* seria uma prática valorosa para o adequado funcionamento da justiça criminal norte-americana, inchada que estava pela onda de crimes.

Não obstante, a Suprema Corte dos Estados Unidos manteve-se pouco flexível, num primeiro momento, a declarar a constitucionalidade do *plea bargaining*, ora mantendo-se inerte, ora demonstrando desconfiança quanto a sua aplicação – vide o emblemático caso *Shelton v. Estados Unidos* (1958)¹⁸⁰. Ademais, a década de 60 assistiu uma verdadeira revolução do devido processo legal (“*due process revolution*”), com os trabalhos da Corte no sentido de ampliar as garantias da defesa contra os possíveis abusos dos órgãos oficiais de repressão – em especial, da polícia. No entanto, a despeito da inclinação contrária da Suprema Corte, o efeito da constitucionalização do processo penal americano foi o de aumentar as pressões para a barganha. É o que explica Alschuler:

The ‘due process revolution’ also led directly to more intense plea negotiation. In the words of an Oakland public defender, ‘rights are tools to work with,’ and rather than insist on a hearing on a motion to suppress illegally obtained evidence, a defense

¹⁷⁷ PASTRANA, Ángel Tinoco. op. cit, p. 238.

¹⁷⁸ Em estudo sobre o caso *Bordenkircher v. Hayes*, William J. Stuntz observa que, após três décadas (1930, 40 e 50) de redução nos *crime rates*, os anos 1960 e 70 assistiram a um incremento nos números de crimes cometidos sem precedentes. STUNTZ, William J. **Bordenkircher v. Hayes**: The Rise of Plea Bargaining and the Decline of the Rule of Law (November 2005). Harvard Public Law Working Paper No. 120, p. 13.

¹⁷⁹ ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. **Columbia Law Review**, vol. 79, 1979. p. 35

¹⁸⁰ CDN. U.S. Reports: *Shelton v. United States*, 356 U.S. 26, 1958. Segue-se trecho: Certiorari granted; on consideration of the record and confession of error by the Solicitor General that the plea of guilty may have been improperly obtained, judgment of the Court of Appeals reversed and case remanded to the District Court for further proceedings.

attorney was likely to use a claim of illegality to exact prosecutorial concessions in plea bargaining. A New York defense attorney explained, 'As the defendant gains more rights, his bargaining position grows stronger. That is a simple matter of economics,' and an Assistant Attorney General in Massachusetts observed, 'If guilty pleas are cheaper today, it is simply because Supreme Court decisions have given defense attorneys an excellent shot at beating us'.
 (...) *As Oaks and Lehman observed, procedural reforms did not benefit defendants primarily through increased judicial control of the criminal process. Rather, these reforms became levers in the bargaining process and had their principal impact in reducing the punishment that guilty-plea defendants received.*¹⁸¹

Nos anos 1970, inevitavelmente, a Suprema Corte teve de ceder às pressões (frise-se, que ela mesma ajudou a criar, por sua passividade ante a crescente tendência de soluções negociais) para reconhecer a constitucionalidade do *plea bargaining*, atestando para as vantagens econômicas desse instrumento para uma escorreita administração da justiça – ao menos no que diz respeito ao custo-benefício – e, inclusive, asseverando a indispensabilidade de tal mecanismo para o descongestionamento das saturadas cortes judiciais.

Nessa linha, Tinoco Pastrana e Alschuler, entre outros, destacam que a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou se dobrando às imposições por mais celeridade na administração da justiça, conforme detrai-se das decisões da referida corte no início da década de 70, no sentido de confirmar que a barganha é inerente à lei penal e a sua administração, sendo inevitável, portanto, o seu uso (emblemáticos os casos *Brady v. United States* [1970]¹⁸²; *Santobello v. New York* [1971]¹⁸³). No primeiro caso, a Suprema Corte reconheceu que a *guilty*

¹⁸¹ ALSCHULER, Albert. op. cit, p. 38-40. Tradução livre: “A revolução do ‘due process’ (devido processo) também implicou diretamente em um maior apelo às negociações penais. Nas palavras de um defensor público de Oakland, ‘os direitos são ferramentas para se trabalhar’, e ao invés de insistir em uma moção para suprimir as provas obtidas ilegalmente, um advogado de defesa sustentaria a ilegalidade para obter uma concessão de algum benefício pelo promotor. Um advogado de Nova Iorque explicou: ‘Como o réu ganhou mais direitos, o seu poder de barganha aumentou. Isso é uma simples questão de economia’, e um promotor geral assistente em Massachusetts observou que ‘se os guilty pleas são mais baratos hoje, é simplesmente porque as decisões da Suprema Corte deram aos advogados de defesa uma excelente chance de ganhar de nós’. (...) Como Oaks e Lehman já observaram, as reformas processuais não beneficiaram os acusados por meio de um incremento do controle judicial dos procedimentos criminais. Em vez disso, essas reformas possibilitaram alavancar a sua posição na relação de barganha e tiveram seu maior impacto na redução da punição que os acusados recebiam anteriormente”.

¹⁸² OYEZ. “*Brady v. United States*”. 1970. Oyez. -se um resumo do caso: “Robert M. Brady pleaded not guilty to kidnapping. After learning that his codefendant confessed and would be available to testify against him, Brady changed his plea to guilty. The crime had a maximum penalty of death, but a U.S. statute allowed the death penalty only if the verdict of a jury recommends. The judge sentenced him to 50 years in prison. The sentence was later reduced to 30 years. 8 years later, Brady sought relief in U.S. District Court for the District of New Mexico, claiming his guilty plea was not voluntarily given because the possibility of the death penalty coerced his plea. The district court denied relief and the U.S. Court of Appeals for the 10th Circuit affirmed, finding that Brady changed his plea because of the codefendants actions. The court held that an intervening decision *United States v. Jackson*, which held the death penalty unconstitutional because it imposes an impermissible burden on an accused’s Fifth Amendment right to not plead guilty and Sixth Amendment right to a trial by jury, did not apply”.

¹⁸³ OYEZ. “*Santobello v. New York*.”. 1971. Oyez. Colaciona-se os fatos do caso: “In 1969, the State of New York indicted Rudolph Santobello on two felony counts. After Santobello pled not guilty to both counts, the prosecutor

plea favorece a acusação e defesa, pela redução de despesas, e que *plea bargaining* é um componente essencial da administração da justiça; no segundo, afirmou ser a barganha um instrumento altamente desejável e necessário ao processo.

Em decisão paradigmática, no caso *Bordenkircher v. Hayes*, a Suprema Corte chancelou *plea bargaining* obtida por meio de coerção declarada do *prosecutor*, sob o argumento de que é intrínseco ao mecanismo da barganha a pressão para persuadir o acusado de exercer o seu direito ao julgamento (*trial*). O magistrado Stewart reconheceu que ameaças de punições mais graves têm um efeito desencorajante sobre o acusado, legitimando tais práticas do *prosecutor*¹⁸⁴.

Resultado disso é que, hodiernamente,

o tribunal do júri continua a ocupar o seu lugar central tanto no direito formal quanto na mitologia jurídica. A Constituição não mudou, os tribunais fingem aplicar o direito do acusado e a televisão transmite um fluxo contínuo de dramas nos quais em uma sala de tribunal se debate para que o veredito do júri conduza inexoravelmente à revelação do verdadeiro culpado. Em realidade, o julgamento pelo tribunal do júri tem, em grande medida, desaparecido nos Estados Unidos. O sistema de justiça criminal julga praticamente todos os processos que tratam de crimes graves através do *plea bargaining*. Dependendo da jurisdição, 99 % das condenações por crimes graves são mediante *plea*. Este procedimento sem julgamento se tornou o dispositivo processual ordinário do direito norte-americano¹⁸⁵

Não obstante os movimentos de resistência à introdução do *plea bargaining* nos Estados Unidos – com destaque para o papel dos tribunais, num primeiro instante, bem como as denúncias da criminologia crítica já nos anos 1960 – há de se concordar que a trajetória que une o direito norte-americano ao *common law*, em particular a noção de direito como criação eminentemente jurisprudencial, e à tradição lockeana de contrato social foram responsáveis por

offered him a plea deal. In order to receive a lighter sentence, Santobello could plead guilty to a lesser offense. The prosecutor further agreed not to recommend a sentence to the judge. Santobello accepted the deal and entered a plea of guilty to the lesser offense. After several months, Santobello still had not been sentenced. By the time the court considered his sentencing, both Santobello's defense counsel and the original prosecutor had been replaced. The new prosecutor, unaware of the previous prosecutor's plea offer, recommended the maximum one-year sentence for Santobello's crime. Despite Santobello's objections, the court issued the maximum sentence. Santobello appealed, but the appellate court affirmed his conviction".

¹⁸⁴ Importantes estudos foram feitos sobre esse caso, denunciando os abusos do modelo da barganha. Veja-se: STUNTZ, William J. **Bordenkircher v. Hayes**: The Rise of Plea Bargaining and the Decline of the Rule of Law (November 2005). Harvard Public Law Working Paper No. 120.; e também: ROSS, Stephen F. **Bordenkircher v. Hayes**: Ignoring Prosecutorial Abuses in Plea Bargaining, 66 Calif. L. Rev. 875 (1978).

¹⁸⁵ LANGBEIN, John. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 138.

modelar as representações (benéficas) dos *yankees* quanto à funcionalidade/operacionalidade de seu sistema de justiça¹⁸⁶.

Nessa senda, a conformação dos mecanismos de barganha com a constituição americana, mediante reiteradas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos de ratificação às práticas negociais, consolidou no ideário popular uma percepção positiva do *plea bargaining*. Convalidada pelo tribunal supremo do país, os acordos penais puderam ser interiorizados pelos cidadãos norte-americanos como um mecanismo mais eficiente (e, frise-se, constitucionalmente chancelado, ao menos no entender da Corte) para a salvaguarda dos seus direitos acautelados pelo pacto social. É o que alerta Geraldo Prado:

Ideologicamente, a sensação de ampla proteção pelo direito (contra o governo) e a postura de acomodação da Corte Suprema dos Estados Unidos da América em face do *plea bargaining*, cuja constitucionalidade terminou sendo reconhecida, ao abrigo de manifestações de clara conveniência de política criminal, transmitiram a idéia de compatibilidade entre a negociação penal e os comandos da centenária constituição americana.¹⁸⁷

Assim, compreendidas as condições de fundo para a frutificação do *plea bargaining* nos Estados Unidos, o passo seguinte é demonstrar o movimento, que se operou nas últimas décadas, de disseminação da justiça penal consensuada para ambiências não dominadas pela *common law* – voltando-se a atenção, especialmente, para os seus impactos no processo penal brasileiro. Desde a transação penal até o mais recente “pacote anticrime”, há de se perceber a tendência de importação de categorias forâneas que vem dando sustentação ao projeto – em marcha – de supressão de garantias processuais (quando não do próprio processo) em troca de um eficientismo de mercado capaz de acompanhar a lógica neoliberal da vida moderna – nos termos de Laval e Dardot, uma administração da justiça que seja compatível com a “nova razão do mundo”.

¹⁸⁶ Salienta Geraldo Prado que “a ficção do contrato social produzirá no âmbito do Iluminismo a ideologia que dará sustentação a padrões de comportamento, em face das funções da lei, que por influência do liberalismo econômico e do utilitarismo repercutirão na subjetividade de ingleses e norte-americanos. (...) A confiança no caráter tutelar do sistema legal e em suas instituições, na impessoalidade da aplicação do direito e na capacidade de cada indivíduo, parte ativa na manutenção do contrato social, de aferir se seus próprios interesses estarão melhor resguardados pela lei, configurará importante elemento para a adesão, sempre voluntária, ao sistema penal fundado na negociação”. PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 157.

¹⁸⁷ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 187

1.4. Sobre o neoliberalismo, a globalização e os transplantes legais: das condições para a disseminação do modelo da barganha processual penal

Concluída a breve análise sobre as condições de frutificação – e desenvolvimento – do *plea bargaining* nos Estados Unidos da América, bem como demonstrados os pontos de continuidade e de diferenciação com relação ao direito anglo-saxão, imperioso perscrutar os motivos que levaram o instrumento da barganha, em moldes como idealizado pelo direito estadunidense, a se popularizarem mundo afora e a se inserirem à força no sistema de justiça criminal dos mais diversos países do globo.

Neste tocante, o desafio que agora se impõe é demonstrar como a introjeção de um instituto típico do sistema estadunidense de administração da justiça criminal em ambiências não antes sujeitas – ou dominadas – por esse modelo coaduna-se perfeitamente com os ditames da *nova razão neoliberal* (propositalmente tautológica) e de uma globalização de tipo excludente (Enrique Dussel¹⁸⁸), capaz de derrubar barreiras entre os países – ao menos para a circulação de capitais, visto que o repúdio ao fluxo de migrantes no sentido periferia-centro materializa-se nos discursos xenofóbicos, infelizmente tão em voga – para, entretanto, reforçar a hegemonia do mercado, agora descentralizado, desterritorializado e “independente”¹⁸⁹.

Buscando manter-se nos limites de sua proposta, e, portanto, sem qualquer pretensão de exaurir objeto tão vasto, a presente tese se valerá de alguns conceitos-chave desenvolvidos por pesquisadores de diversas áreas para revelar os entroncamentos entre neoliberalismo, globalização e os transplantes jurídicos (destaque para a *plea bargaining*); em verdade, ver-se-á que os recentes movimentos de importação de categorias forâneas, e a consequente remodelagem dos sistemas de justiça penal, são decorrências diretas do novo paradigma globalizante – paradigma este que, se é global, o é de forma unipolar¹⁹⁰.

¹⁸⁸ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Classen, Lúcia M. E. Orth. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. 672 p.

¹⁸⁹ Michael Hardt e Antonio Negri descrevem uma transformação na clássica noção de soberania, em que a nova forma de soberania é por eles denominada “Império”. Em suas palavras, “Empire establishes no territorial center of power and does not rely on fixed boundaries or barriers. It is a decentered and deterritorializing apparatus of rule that progressively incorporates the entire global realm within its open, expanding frontiers”. (HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Empire**. Harvard University Press, 2001, p.xii).

¹⁹⁰ NUNES, A. J. A. Neoliberalismo e direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 98, 1 jan. 2003. p. 452-453.

Deveras, se o fenômeno da globalização – e a consecutória “compressão do tempo/espço” – teve implicações estrondosas na reconfiguração da soberania clássica dos Estados-nações, na medida em que o mercado rompeu as fronteiras para circulação de capitais – e, em certa medida, para a circulação de pessoas e ideias –, também inegável perceber que os Estados Unidos da América sobressaem-se, enquanto detentores de vultuosas montas de capital econômico (em especial pela concentração de grandes multinacionais em seu solo), como um dos protagonistas no jogo de forças mundial¹⁹¹.

Nessa senda, há de se perceber, com Michael Hardt e Antonio Negri, que o declínio da soberania dos Estados-nações não quer dizer que a soberania em si tenha caído por terra. Em sentido oposto, os autores afirmarão que, ante as transformações contemporâneas, a soberania tomou nova forma – a qual eles denominarão “Império” –; de fato, não afigurava-se mais desejoso aos olhos do grande capital a existência de estados fortes que pudessem, eventualmente, desafiar a hegemonia do mercado, que, pela revolução tecnológica-científica e a expansão das empresas transnacionais, havia se consolidado como ente global. Assim, atestam para o surgimento de uma nova estrutura de poder, descentralizado e sem território fixo, que flutua, junto ao capital, pelas porosas fronteiras do novo sistema-mundo¹⁹².

Em linha semelhante, chama atenção Geraldo Prado que:

a hegemonia do mercado, com a redução das barreiras formais aos fluxos de capital entre os países, configurou o processo de desregulamentação e deformalização das relações econômicas e jurídicas, dando o primeiro passo em direção ao Estado Mínimo. O pragmatismo deste mercado e a eficiência da gestão privada eram advogados como as soluções ideais para a administração dos serviços públicos de todas as áreas, com a consequente redução do déficit fiscal. A funcionalidade empresarial passou a ser defendida como o critério de reordenação da esfera do direito, ainda ao nível constitucional.¹⁹³

Contudo, antes de adentrar na “reordenação da esfera do direito”, em especial no que toca à disseminação da justiça penal negociada (e dos mecanismos de barganha), imprescindível demonstrar as condições nas quais o mercado financeiro pôde se afirmar como o novo gestor

¹⁹¹ Salienta Eric Hobsbawm que “a situação atual do mundo não tem precedentes. Os grandes impérios globais que conhecemos, como o espanhol, nos séculos, XVI e XVII, e principalmente o britânico, nos séculos XIX e XX, têm pouca similaridade com o que vemos hoje no império americano”. HOBBSAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Trad. José Viegas. São Paulo: Cia das Letras, 2007. p. 152

¹⁹² HARDT, M.; NEGRI, A. op. cit., p. 11-12

¹⁹³ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 33

político do mundo – em substituição às potências imperialistas –, bem como analisar o sustentáculo ideológico dessa “grande virada”: o neoliberalismo.

Imperioso passar, portanto, à análise das condições da ascensão do neoliberalismo como a razão do capitalismo contemporâneo. Pierre Dardot e Christian Laval, em pesquisa de fôlego sobre a (re)fundação intelectual do neoliberalismo, apontam para o papel das tensões ocorridas na segunda metade do século XIX, quando o liberalismo clássico passa a expor “linhas de fratura que irão se aprofundando até a Primeira Guerra Mundial e o entreguerras”¹⁹⁴.

De fato, a crise de governamentalidade liberal se agrava no período 1870-1930, expressa seja pela insurgência do proletariado urbano, seja pelas relações belicosas entre os Estados Nacionais na corrida imperialista – proteção alfandegária, nacionalismos, barreiras ao livre-câmbio também entram nesse contexto, que resultará na Primeira Grande Guerra. Com razão, Dardot e Laval atentam para o fato de que

Muito antes da Grande Depressão dos anos 1930, a doutrina do livre mercado não conseguia incorporar os novos dados do capitalismo tal como este se desenvolvera durante a longa fase de industrialização e urbanização, ainda que alguns ‘velhos liberais’ não quisessem desistir de suas proposições mais dogmáticas. (...) Os capitalismos norte-americano e alemão, as duas potências emergentes da segunda metade do século XIX, demonstravam que o modelo atomístico de agentes econômicos independentes, isolados, guiados pela preocupação com seus próprios interesses, é claro, e cujas decisões eram coordenadas pelo mercado concorrencial quase não correspondia mais às estruturas e às práticas do sistema industrial e financeiro realmente existente.¹⁹⁵

Prosseguem os autores, sobre as novas tendências do capitalismo na virada para o século XX:

O surgimento dos grandes grupos cartelizados marginalizava o capitalismo de pequenas unidades; o desenvolvimento das técnicas de venda debilitava a fé na soberania do consumidor; e os acordos e as práticas dominadoras e manipuladoras dos oligopólios e dos monopólios sobre os preços destruíam as representações de uma concorrência leal, que beneficiava a todos. (...) A ‘mão visível’ dos empresários, dos financistas e dos políticos ligados a eles enfraqueceu formidavelmente a crença na ‘mão invisível’ do mercado.¹⁹⁶

¹⁹⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 189

¹⁹⁵ Idem, p. 39

¹⁹⁶ Idem, p. 40

E se no plano *inter-nacional*, as tensões entre os múltiplos imperialismos – projetos coloniais em África e Ásia, protecionismos, disputa por mercados, corrida armamentista – findariam com a *Belle Époque* de fins do século XIX e desencadeariam a Primeira Grande Guerra de 1914-18, nos âmbitos *intra-nacionais*, a concentração de capitais industrial e financeiro, a proliferação de grandes grupos cartelizados e monopolistas, bem como a organização de projetos – e não apenas projetos, mas também ações – revolucionários do operariado urbano, evidenciavam/denunciavam a existência da “mão visível” das oligarquias burguesas – que, à maneira de um titereiro, controlavam o Estado-marionete.

Em um caso e no outro, e sem negar os plúrimos intrincamentos entre os dois planos (*inter* e *intra*), há de se perceber que a crise da governamentalidade *à la laissez-faire* induzira uma reconfiguração da clássica distinção Estado-sociedade civil. A noção manchesteriana de “Estado vigia noturno” (defesa da ordem, proteção dos bens e pessoas) em oposição a uma sociedade civil “livre” já havia caído por terra, e a complexidade da economia capitalista demandava do Estado uma intervenção em domínios que não lhe eram antes permitidos comparecer.

A desconfiança com relação aos dogmas liberais, já patente no último quartel do século XIX, dará espaço à uma certeza após o *crack* da bolsa de Nova Iorque de 1929: a de que era necessária uma revisão profunda das teorias clássicas e do modo de governo liberal. Nessa senda, surgirão “duas vias”¹⁹⁷, cada qual à sua forma buscando refundar as bases do liberalismo clássico para fazer frente ao inimigo comum – o totalitarismo; em um primeiro momento, o “novo liberalismo” (ou keynesianismo) e, posteriormente, o neoliberalismo.

O “novo liberalismo”, que teve como maior expoente John Maynard Keynes, propôs uma readaptação profunda da atuação do Estado, que deveria ir além dos rígidos limites do *laissez-faire* para uma atuação positiva, firmando novas agendas que pusessem em questão “a confiança que se depositou até então nos mecanismos autorreguladores do mercado e a fé na justiça dos contratos entre indivíduos supostos iguais”¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Idem, p. 68

¹⁹⁸ Idem, p. 69

Tributário da teoria econômica de Keynes, o “*New Deal*” de Franklin Delano Roosevelt possibilitará aos Estados Unidos da América contornarem uma aguda crise da década de 1930, através de uma política econômica de forte intervenção estatal. Conforme ensina Avelãs Nunes, sobre a percepção de Keynes acerca da imprescindibilidade do Estado como ator econômico de primeira monta:

Defendendo que a compreensão das economias capitalistas não se confina ao estudo do ‘comportamento racional’ de um imaginário *homo oeconomicus*, antes exige a análise das instituições sociais e políticas, enquanto expressão das forças econômicas em presença, Keynes sublinhou a importância do Estado e a necessidade do alargamento das suas funções para salvar da ‘completa destruição as instituições económicas actuais’.¹⁹⁹

Por sua vez, o neoliberalismo²⁰⁰ tem origem diversa. A despeito de surgir no mesmo movimento de reação aos totalitarismos vigentes e tentativa de refundação intelectual do liberalismo que agonizava, essa *via* é composta por autores mais aferrados aos clássicos dogmas liberais que se recusavam a ver no Estado – enquanto reformador social – a saída adequada para a sua [do liberalismo] entropia: “ainda que admit[issem] a necessidade de uma intervenção do Estado e rejeit[assem] a pura passividade governamental, os neoliberais op[unham-se] a qualquer ação que entrav[asse] o jogo da concorrência entre interesses privados”²⁰¹.

Convém situá-lo [o neoliberalismo] historicamente. Sua gênese data do Colóquio Walter Lippman, de 1938, ocasião em que se reuniram os maiores intelectuais do pensamento liberal para o lançamento da obra *Uma investigação sobre os princípios da Grande Sociedade*, do autor que deu nome ao colóquio (Walter Lippman). No entanto, será apenas em 1944 que a “reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar”²⁰² ganhará forma escrita, com a publicação de *O caminho da servidão*, de Friedrich Hayek.

A publicação dessa obra abrirá caminho – de fato – para o desenvolvimento teórico-político de uma doutrina efetivamente neoliberal, que conjugará uma “fobia do Estado” com o

¹⁹⁹ NUNES, A. J. A. Neoliberalismo e direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 98, 1 jan. 2003. p. 425

²⁰⁰ Conforme lição de Dardot e Laval, ao qual se adere, “o neoliberalismo não é apenas uma ideologia, um tipo de política econômica. É um sistema normativo que ampliou sua influência ao mundo inteiro, estendendo a lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida”. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. op. Cit, p. 7.

²⁰¹ Idem, p. 69

²⁰² ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9.

reconhecimento da necessidade de sua atuação, ainda que “mínima” (atente-se: mínima no campo econômico, máxima na esfera penal). Ademais, a fundação da *Sociedade de Mont Pèlerin* (1947), “espécie de franco-maçonaria neoliberal”²⁰³ que reunia periodicamente os seus maiores autores – i.e. Popper, Friedman, Lippman, von Mises, Hayek –, servirá de mola propulsora para difusão de uma teoria uniforme mundo afora.

Na proposta dos referidos teóricos (ainda que com divergências entre si), a interferência do Estado deveria ser *essencialmente jurídica*, de modo a permitir um desenvolvimento autônomo do mercado concorrencial; em última instância, e paradoxalmente, a intervenção do Estado deveria ser apenas (e tão-somente) para garantir a sua não-intervenção num mercado governado pela “concorrência leal”. A crise do liberalismo clássico, aos olhos dos neoliberais, não era decorrência de fatores endógenos, mas sim resultado da excessiva ingerência do Estado sobre o mercado, ante a sua insistência em conceder privilégios e proteções à interesses particulares. Há de se compreender, assim, que para eles a saída para a crise era, em boa dose, “um retorno ao capitalismo não-contaminado”²⁰⁴.

Todavia, o ideário neoliberal, por maior força que angariasse no campo teórico, ainda tardou a encontrar terreno favorável à sua implementação. Deveras, as décadas de 40, 50 e 60 assistiram à disseminação e auge do Estado de Bem-Estar Social (seja em sua versão estadunidense, seja na europeia); será apenas na década de 1970, com a crise do modelo econômico do pós-guerra e a criação das agências de Bretton Woods (Banco Mundial e FMI) que se consolidariam as condições para a implementação de uma nova agenda. Nos termos de Anderson:

A chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando todo o mundo capitalista avançado caiu numa longa e profunda recessão, combinando, pela primeira vez, baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, mudou tudo. A partir daí as idéias neoliberais passaram a ganhar terreno.

(...) Na Inglaterra, foi eleito o governo Thatcher, o primeiro regime de um país de capitalismo avançado publicamente empenhado em pôr em prática o programa neoliberal. Um ano depois, em 1980, Reagan chegou à presidência dos Estados Unidos. Em 1982, Kohl derrotou o regime social liberal de Helmut Schmidt, na Alemanha. Em 1983, a Dinamarca, Estado modelo do bem-estar escandinavo, caiu sob o controle de uma coalizão clara de direita, o governo de Schluter. Em seguida,

²⁰³ Idem, *ibidem*.

²⁰⁴ KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p. 69-70.

quase todos os países do norte da Europa ocidental, com exceção da Suécia e da Áustria, também viraram à direita.²⁰⁵

Estavam instauradas as condições ideais para uma guinada neoliberal. Com a crise do keynesianismo, os teóricos neoliberais puderam, mais do que nunca antes, denunciar as vicissitudes do mercado regulado e impor seu programa de desregulamentação econômica (espontaneísmo de mercado), privatização do setor público (não importando se superavitário) e cortes abruptos nas políticas de bem-estar.

Contudo, para além de uma agenda comum de dismantelamento do Estado-Providência – e das custosas medidas assistenciais e redistributivas do bem-estar social – e do massivo movimento de privatização das empresas e serviços públicos, a governamentalidade neoliberal impunha a “subordinação a certo tipo de racionalidade política e social articulada à globalização e à financeirização do capitalismo”²⁰⁶. Em lugar do Estado Social, a nova racionalidade político-econômica demandará um Estado Corporativo, no qual “o setor empresarial invad[a] a esfera pública usurpando funções típicas, a fim de elevar seus lucros e fazer com que o aparato estatal se torne subalterno ao mercado”²⁰⁷.

Portanto, bem distante de uma retomada do *laissez-faire*, o reengajamento político do Estado demonstrava a sua necessidade, ainda que sobre novas bases: deveras, se há uma perda de protagonismo do Estado-nacional, ele ainda permanece como um ator essencial, desde fora, para preservar a eficiência da ordem do mercado. A respeito da reestruturação do Estado, Pierre Dardot e Christian Laval fazem importante alerta:

O Estado foi reestruturado de duas maneiras que tendemos a confundir: de fora, com privatizações maciças de empresas públicas que põem fim ao ‘Estado produtor’, mas também de dentro, com a instauração de um Estado avaliador e regulador que mobiliza novos instrumentos de poder e, com eles, estrutura novas relações entre governo e sujeitos sociais.²⁰⁸

Ainda no tocante à reconfiguração do modo de governo promovida pelo neoliberalismo, importante dar um passo adiante. Aqui, a introdução da ferramenta analítica do *dispositivo* é

²⁰⁵ ANDERSON, Perry. op. cit. p. 10-11

²⁰⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. op. cit. p. 190

²⁰⁷ MARCELLINO JR., J. C. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014. p. 28.

²⁰⁸ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. op cit. p. 273

particularmente relevante (diria até decisiva) para a compreensão da dinâmica dos novos instrumentos de poder e da “função estratégica dominante” (Foucault) da racionalidade neoliberal. O filósofo francês Michel Foucault²⁰⁹ definirá um dispositivo como “um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas”. “O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre esses elementos”. Nessa esteira, e ampliando a já lata classe do dispositivo foucaultiano, Giorgio Agamben²¹⁰ conceitua-os como “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos”.

Nessa trilha, Agamben compreenderá não ser “errado definir a fase extrema do desenvolvimento capitalista que estamos vivendo como uma gigantesca acumulação e proliferação dos dispositivos”; afinal de contas, “hoje não haveria um só instante na vida dos indivíduos que não seja modelado, contaminado ou controlado por algum dispositivo”²¹¹. Ainda segundo o autor italiano, é de se atentar o fato de que

todo dispositivo implica um processo de subjetivação, sem o qual o dispositivo não pode funcionar como dispositivo de governo, mas se reduz a um mero exercício de violência. Foucault assim mostrou como, em uma sociedade disciplinar, os dispositivos visam através de uma série de práticas e de discursos, de saberes e de exercícios à criação de corpos dóceis, mas livres, que assumem a sua identidade e a sua “liberdade” enquanto sujeitos no processo mesmo do seu assujeitamento. Isto é, o dispositivo é, antes de tudo, antes de tudo, uma máquina que produz subjetivações, e somente enquanto tal é também uma máquina de governo.²¹²

Destarte, para além da governança de Estado²¹³, a perspectiva analítica do dispositivo permite capturar a incidência do neoliberalismo no plano íntimo, na modelação das

²⁰⁹ FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. In: **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 244-5

²¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? e outros ensaios**. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009. p. 40

²¹¹ Idem, p. 42

²¹² Idem, p. 46

²¹³ Chamam atenção Dardot e Laval para o termo “governança” tornado “palavra-chave da nova norma neoliberal, em escala mundial”. Na autorizada opinião dos autores, “[E]ssa categoria política de ‘governança’, ou, mais exatamente, de ‘boa governança’, tem um papel central na difusão da norma da concorrência generalizada. A ‘boa governança’ é a que respeita as condições de gestão sob os préstimos do ajuste estrutural e, acima de tudo, a abertura aos fluxos comerciais e financeiros, de modo que se vincula intimamente a uma política de integração ao mercado mundial”. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. op. cit. p. 275-6

subjetividades. Nessa linha, Dardot e Laval²¹⁴ sustentam que a “governamentalidade empresarial” prevalente no modo de atuação do Estado prolonga-se também para a esfera do indivíduo-empresa ou homem empresarial; de acordo com os autores, “a empresa é promovida a modelo de subjetivação: cada indivíduo é uma empresa que deve se gerir e um capital que deve se fazer frutificar”.

Desta maneira, o *dispositivo* neoliberal engloba não apenas sobre as clássicas instituições disciplinares ou a relação de governo com os sujeitos, mas reconfigura também a relação que o sujeito tem consigo mesmo – e, por consequência, com seu entorno. Nesse sentido, não só o mercado global e os Estados-nações devem sujeitar-se à concorrência; o próprio sujeito neoliberal deve também agir como uma empresa em competição, expondo-se integralmente aos riscos e às expectativas de seu empreendimento – a “empresa de si mesmo”. Precisa a observação de Rafael Valim, quando assevera:

este quadro está inserido no que podemos chamar de *racionalidade neoliberal*, que alguns querem apresentar como uma consequência inelutável da globalização, mas que, em rigor, valendo-nos da terminologia foucaultiana, traduz um *dispositivo* de natureza estratégica que propugna uma sociedade individualista, altamente competitiva, cujas pulsões são falsamente satisfeitas através do consumo e cujos juízos são construídos em um ambiente marcado pela espetacularização.²¹⁵

Em similar sentido, Dardot e Laval anunciam, já no prefácio de sua obra, o sentido estratégico da concorrência interindividual de promover uma desmobilização generalizada, mitigando as possibilidades de insurgência contra o novo modelo de gestão, seja em plano individual ou coletivo (para os autores, eis o maior desafio da esquerda para superar o neoliberalismo). Em suas aguçada análise,

Além dos fatores sociológicos e políticos, os próprios móveis subjetivos da mobilização são enfraquecidos pelo sistema neoliberal: a ação coletiva se tornou mais difícil, porque os indivíduos são submetidos a um regime de concorrência em todos os níveis. As formas de gestão na empresa, o desemprego e a precariedade, a dívida e a avaliação, são poderosas alavancas de concorrência interindividual e definem novos modos de subjetivação. A polarização entre os que desistem e os que são bem-sucedidos mina a solidariedade e a cidadania.²¹⁶

²¹⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. op cit. p. 378

²¹⁵ VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 32

²¹⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. op. cit. p. 9

Conforme exposto, o neoliberalismo encontrou as condições ideais para sua consolidação com a globalização e a diminuição das barreiras para a circulação de capitais: o Mercado se regozijou com a abertura das fronteiras para o livre-câmbio. Contudo, não teria triunfado como *nova razão do mundo* não fosse a difusão “pelo poderoso arsenal dos aparelhos produtores e difusores da ideologia dominante”²¹⁷ de um discurso homogêneo de submissão de todos os âmbitos da vida à lógica concorrencial, lógica esta que hodiernamente já se encontra indubitavelmente introjetada no âmago tanto do governo empresarial, como também dos sujeitos-empresa.

Nesse ponto, importante perceber que a globalização neoliberal carrega consigo, antes de mais nada, um projeto político de reconfiguração dos pressupostos e das tecnologias de governo (para retomar Foucault, dos dispositivos), de modo a adaptá-los à lógica da concorrência generalizada. A “boa governança” do *neo-Estado* está intimamente ligada à sua capacidade de respeitar e fazer respeitar as normas concorrenciais impostas pelo mercado global²¹⁸; o sucesso individual do sujeito neoliberal (*neossujeito*), por sua vez, depende exclusivamente de sua capacidade de fazer escolhas certas (leia-se, de melhor custo-benefício), que aumentem a eficácia e produtividade de seu empreendimento pessoal.

Não obstante, o projeto político neoliberal urgia também por uma *reordenação do Direito*, de modo que os instrumentos jurídicos pudessem legitimar e se adaptar as técnicas de controle do mercado concorrencial, para melhor assegurar o imperativo de eficiência²¹⁹. Trata-se, em última instância, da submissão do Direito ao econômico, vassalagem que implica em um estranho exame de compatibilidade dos comandos normativos, ainda que em nível constitucional, com a lógica do custo-benefício.

²¹⁷ NUNES, A. J. A. **A inevitabilidade da globalização é um mito; a tese de que não há alternativa é um embuste**. Resistência, 2018, online.

²¹⁸ “Se a ação pública deve ser uma ‘política de concorrência’, o Estado deve ser um ator concorrendo com outros atores, em particular no plano mundial. Trata-se de executar simultaneamente duas operações que aparecem como homogêneas em virtude da unicidade das categorias em jogo: de um lado, construir mercados que sejam o mais concorrenciais possível no âmbito mercantil; de outro, fazer a lógica da concorrência intervir no próprio âmbito da ação pública”. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. op. cit. p. 303

²¹⁹ Marcellino Jr. assinala, como razão, que “a ação eficiente [do Estado] se tornou uma categoria central para o pensamento capitalista-neoliberal”. MARCELLINO JR., J. C. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014. p. 21

Em plano constitucional, por exemplo, a elaboração da Teoria da Reserva do Possível e o princípio da eficiência administrativa (acrescentado pela EC 19/98 ao caput do artigo 37 da CRFB) são demonstrativos da subordinação de todas as práticas da administração pública aos preceitos economicistas da ordem neoliberal. A ação eficiente passou a permear o funcionamento dos órgãos da administração pública, sendo agora a efetividade da prestação dos serviços medida não mais de acordo com a adequação aos fins propostos, mas pela “produtividade numérica e estatística que se poderia verificar, voltada, é claro, para otimização de gastos”²²⁰.

O Direito, na perfeita observação de Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares²²¹, acabou por ser “transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente “pragmática” de “custos e benefícios” (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas”. Em sentido oposto, muitas são as ranhuras.

Contudo, para dar sustentação a esse projeto de transformação do direito em mero instrumental econômico, assistiu-se à vertiginosa escalada da *Law and Economics*²²², não à toa corrente teórica gestada no seio da Universidade de Chicago – certamente um dos maiores centros do pensamento econômico neoliberal. É, portanto, num ambiente de maciça interação entre a doutrina neoliberal e o Direito que a tese de Richard A. Posner de análise econômica da ciência jurídica ganhará vida; o autor buscará “fundamenta[r] o Direito em conformidade com critérios econômicos de valoração, tal como, e principalmente, a eficiência”²²³, dentro de um *ethos* de maximização da riqueza.

A originalidade de Posner, contudo, é ter erigido “a eficiência a parâmetro constitutivo do próprio conceito de justiça. (...); justo será aquilo que for eficiente para o mercado,

²²⁰ MARCELLINO JR., J. C. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014. p. 58

²²¹ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 55

²²² Trata-se, na lição de Garapon e Papadopoulos, de “corrente doutrinária multidisciplinar que tenta apreender as instituições jurídicas com a ajuda da análise econômica”. In_ GARAPON, Antonie; Papadopoulos, Ioannis. **Julgados nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 57

²²³ MARCELLINO JR., J. C. op. cit. p. 87-88

independentemente de diretrizes constitucionais valorativas válidas”²²⁴. Ademais, o referido autor sustenta que o processo deve ser norteado pelo princípio do *Economic Due Process* (não mais o devido processo legal), o que, inegavelmente, “redimensiona o papel da função processual, passando a ser vista como instrumental procedimental pautado pela lógica custo-benefício, independentemente de garantias processuais constitucionais”²²⁵.

No âmbito do direito penal e processual penal, as repercussões do efficientismo de mercado serão decisivas para a disseminação mundo afora dos mecanismos de barganha. Desde uma episteme efficientista (câmbio epistemológico do neoliberalismo prioriza a ação eficiente, segundo Jacinto Coutinho²²⁶), a justiça penal negociada passa a ser vista como mais adequada às demandas da nova racionalidade em comparação com as burocratizadas instâncias da justiça criminal: o pensamento economicista invade – vigorosamente – o processo.

É de se anotar, além do mais, na linha do firmado por Nilo Batista²²⁷, que “o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo massivamente marginaliza”. Deveras, para além de (ou, justamente, em razão de) um Estado economicamente enxuto e socialmente fajuto, o projeto neoliberal exige deste uma prestação penal máxima, maximamente eficiente²²⁸.

A expansão do direito penal, com a criação de novos tipos penais (principalmente os crimes de perigo) no marco dos movimentos de *Lei e Ordem* e *tolerância zero*, alimenta a necessidade de expansão dos mecanismos negociais; por sua vez, a propagação da barganha protege o alargamento do direito penal. Conforme lição de Lucian Dervan²²⁹, a “barganha e a expansão do direito penal se perpetuam reciprocamente: a barganha protege a expansão do direito penal do questionamento e a expansão do direito penal cria incentivos para tornar a barganha tão persuasiva”. Tudo isso sob a bandeira da eficiência, alavancada a princípio-mor do processo e direito penais.

²²⁴ Idem, p. 122

²²⁵ Idem, p. 87

²²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 213; p. 306

²²⁷ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271- 289, 2o semestre de 2002. p. 271

²²⁸ Idem, p. 272-3

²²⁹ DERVAN, Lucian. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. **Journal of Law, Economics and Policy**, Vol. 7, No. 4, 2011. p. 645.

Nessa senda, a administração da justiça criminal nos Estados Unidos da América (eficiente, *par excellence*) surgirá como um modelo ideal, a ser replicado em todos os pontos do globo. É o que anuncia Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Com a *globalização* e o *neoliberalismo* como sua *epistemologia* (eis a tentativa de *pensamento único*) e *ideologia* (o mercado, como difundido, é a *ordem natural espontânea* por definição e, em torno dele gravitam os desejos, as vontades e os sonhos), dentre outras coisas, restou evidente o domínio mundial dos norte-americanos.²³⁰

Na mesma esteira, leciona Geraldo Prado:

A globalização irá afetar os sistemas penais e, pela experiência observada nos últimos anos, os está afetando através da adoção de um modelo hegemônico, percebido como eficiente e eficaz em seu lugar de nascimento. A justiça penal negociada, a transação penal, converte-se em instrumento ideal da solução das causas penais. A experiência norte-americana pôde ser exportada, vislumbrando-se como mais um dos ‘formidáveis avanços’ da mencionada sociedade, uma vez que viabilizou a administração da justiça criminal, evitando, quer seu bloqueio por excesso de demanda, quer sua paralisação pela formalidade de ritos peculiares ao consagrado devido processo legal.²³¹

É Máximo Langer²³², em artigo intitulado “Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal”, quem traz à baila discussão de prima importância no tocante à exportação da barganha e sua adoção mundo afora. A despeito de possíveis críticas às suas enunciações²³³, o autor argentino tem grande mérito ao descrever o fenômeno da “tradução jurídica” desde uma perspectiva do ordenamento jurídico “receptor”, e não do “traduzido”. Assim, através da metáfora da tradução, far-se-á viável a “captura [d]as transformações que a prática ou ideia jurídicas podem sofrer em suas trocas com o sistema jurídico alvo depois de sua tradução inicial”²³⁴.

Com assento teórico na ideia de tradução, Langer poderá atacar a tese forte de *americanização*, sem negar, contudo, a influência que tem o sistema norte-americano sobre as

²³⁰ COUTINHO, J. N. de M.; LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Delação Premiada no Limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil**. 1ª Ed. Florianópolis: EMais Editora, 2018. p. 14

²³¹ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 190-191

²³² LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. **DELICTAE**, p. 19-115, Vol. 2, Nº3, Jul.-Dez. 2017

²³³ Como se verá no capítulo seguinte, trabalho com a dicotomia acusatório-inquisitivo a partir de bases teóricas bem distintas de Máximo Langer, ainda que haja convergências expressivas nos resultados dele e nos meus.

²³⁴ LANGER, Maximo. op. cit. p. 71

recentes reformas jurídicas – seja em direito material, seja em matéria processual – em diversos locais do globo. Nesse sentido, aduz:

Com relação tanto ao modelo de disputa quanto ao modelo coordenado, as reformas recentes nas jurisdições *civil law* parecem confirmar a tese fraca da americanização do processo penal. Entretanto, elas não confirmam necessariamente a tese forte da americanização, que defende que as práticas jurídicas e culturas das jurisdições influenciadas eventualmente se assemelharão ou imitarão seus homólogos estadunidenses.²³⁵

Nesse diapasão, oportuno perceber que, se de fato a prática jurídica estadunidense do *plea bargaining* disseminou-se mundo afora, o fez de maneira peculiar em cada órgão receptor. A partir da escorreita análise da implantação de modalidades do *plea bargaining* em Itália, Alemanha, França e Argentina, Langer identifica os pontos de toque, mas cuida, principalmente, de demarcar as discrepâncias entre as modelagens do instituto em cada uma das referidas jurisdições, visto ter tido que se colmatar [o mecanismo importado] à realidades jurídico-políticas díspares. É o que se percebe da leitura atenta do seguinte excerto:

Os *plea bargains* alemão, francês, italiano e argentino se diferenciam substancialmente entre si devido às decisões dos reformadores jurídicos em cada um destes países, às diferentes formas nas quais a prática foi introduzida e à resistência que foi gerada. Dadas as diferenças entre estes *plea bargains*, a adoção de algumas formas de *plea bargaining* nestas jurisdições pode produzir diferentes transformações ou efeitos em cada uma dessas jurisdições. Portanto, a potencial influência do *plea bargaining* estadunidense sobre as jurisdições *civil law* pode não significar que os sistemas *civil law* se assemelharão gradativamente ao sistema jurídico estadunidense, mas ao invés, que eles podem começar a se diferenciar entre si em aspectos nos quais, até recentemente, eles eram relativamente homogêneos. Em outras palavras, o efeito paradoxal da influência estadunidense nos processos penais de tradição *civil law* pode não significar americanização, mas antes fragmentação e divergências entre sistemas *civil law*.²³⁶

Dessarte, mister perceber que no percurso entre o “sistema jurídico fonte” e o “sistema jurídico alvo”, o instituto a ser traduzido (no caso em questão, o *plea bargaining*) passará por uma espécie de filtragem – epistêmica, política, normativa, cultural –, de maneira a repercutir de forma dissemelhante em cada “alvo”. A acurada pesquisa do multicitado autor argentino percebe nos sistemas processuais penais um dos filtros à circulação de ideias jurídicas: compreendendo os sistemas adversarial (ou acusatório) e inquisitorial como “dois diversos sistemas de produção de significado” (“duas culturas processuais – duas concepções diferentes

²³⁵ LANGER, Maximo. op. cit., p. 63

²³⁶ Idem, p. 25

de como casos penais deveriam ser julgados e processados”)²³⁷, Langer analisará a transferência de categorias de um para outro sistema como essencialmente um problema de tradução. Em sua locução, a categoria traduzida (no caso o *plea bargaining*) passará, inexoravelmente, por ao menos duas instâncias de controle: as “decisões dos reformadores (tradutores)” e as “diferenças estruturais entre os sistemas jurídicos original e receptor (linguagens)”²³⁸.

Nesse sentido, de sua análise cuidadosa poderá resultar que a transmissão de determinada categoria dum sistema para outro não importa, necessariamente, na aproximação do “alvo” com relação à “fonte”. De fato, numerosos são os casos em que práticas jurídicas identificadas com o modelo inquisitivo permearam a funcionalidade de sistemas processuais tidos, até hoje, como fundamentalmente acusatórios (a título de exemplo, veja-se a *equity* no *common law*, descrita no 1.2.); a recíproca é igualmente verdadeira, ou seja, práticas identificadas com o modelo acusatório que contaminaram ambiências classificadas como inquisitórias (a exemplo do tribunal do júri e do próprio *plea bargaining* em países do *civil law*) não significaram na identidade entre processos penais da fonte e do receptor.

Assim, ainda que se divirja do sentido teórico-conceitual atribuído por Langer às categorias acusatório-inquisitivo (ver item 2.3.), deve se concordar com o autor que o fenômeno da tradução entre distintas culturas processuais impede perceber “o *plea bargaining* como um cavalo de Tróia que pode potencialmente trazer, escondido dentro de si, a lógica do sistema adversarial para o inquisitorial”²³⁹. Em verdade, no caso brasileiro (mas não apenas), o instituto importado tem levado a um acirramento do *desempenho inquisitório*, ao invés de conduzir o Brasil ao sistema acusatório. Ressalva-se que esse tópico, central na tese que ora se desenvolve, será esquadrihado no capítulo seguinte, quando forem tratados, com maior minúcia, dos mecanismos negociados frente aos sistemas processuais penais.

Para o exame que ora se propõe, convém anotar a hegemonia²⁴⁰, particularmente a jurídica, dos Estados Unidos da América desde meados do século XX até os dias atuais; e

²³⁷ LANGER, Maximo. op. cit. p. 27; idem, p. 114

²³⁸ Idem, p. 114

²³⁹ Idem, p. 77

²⁴⁰ Eric Hobsbawm leciona acerca da hegemonia americana a partir da metade do século XX que ela “não se deveu às bombas, e sim à sua enorme riqueza e ao papel crucial que sua gigantesca economia desempenhou no mundo, especialmente nas décadas posteriores a 1945. Além disso, do ponto de vista político, ela se deveu a um consenso geral dos países ricos do Norte no sentido de que suas sociedades eram preferíveis às dos regimes comunistas. E onde esse consenso não existia, como na América Latina, resultou de uma aliança com as elites governantes e os

perceber que é aí que se dá o entrelace de neoliberalismo, globalização e exportação da experiência americana da barganha. Conforme atesta Langer, “depois da Segunda Guerra Mundial, e particularmente após a Guerra Fria, o sistema jurídico americano tornou-se o mais influente do mundo”²⁴¹ (p. 21). Em semelhante sentido, Ugo Mattei²⁴² assinala que “os anos seguintes à Segunda Grande Guerra demonstraram uma mudança dramática em termos de hegemonia jurídica. As principais ideias jurídicas, antes produzidas na Europa continental e exportadas para a periferia do mundo, agora são produzidas por uma jurisdição do common law: os Estados Unidos”. E que “os anos noventa foram a década na qual o poder (e, conseqüentemente, o direito) dos Estados Unidos se transformou de liderança para a hegemonia”.

Para a consolidação de um direito hegemônico, exerceu papel decisivo a já citada escola da *Law and Economics*, bem concatenada com a ordem capitalista e entusiasta maior do projeto globalizante do neoliberalismo. Deveras, a concepção do Direito a partir de “lentes da Economia” compatibilizava-se perfeitamente com as pretensões do capital globalizado, pela oportunidade de introdução de mecanismos mais eficientes à administração da justiça.

No âmbito do sistema de justiça criminal também se constatou a supremacia norte-americana. O *plea bargaining*, prática judicial prevalente na administração de justiça do país há tempos e já declarada constitucional pela Suprema Corte nos anos setenta, revela-se como mecanismo a ser replicado nas jurisdições de outros países.

exércitos locais, que temiam a revolução social. Do ponto de vista cultural, ela teve por base a atração exercida pela afluente sociedade de consumo, vivenciada e propagada pelos Estados Unidos, que foram seus pioneiros, e pelas conquistas mundiais de Hollywood. Do ponto de vista ideológico, o país sem dúvida se beneficiou da reputação de defensor exemplar da ‘liberdade’ contra a ‘tirania’, exceto nas regiões em que sua aliança com os inimigos da liberdade era demasiado óbvia”. HOBBSAWM, Eric. op. cit., p. 50.

²⁴¹ E prossegue o autor argentino: “Essa influência americana sobre os sistemas jurídicos de outras nações vai desde a forma de abordagem do direito pela teoria legal (por exemplo, pragmatismo legal, direito e economia, o discurso dos direitos, etc.) até influências em áreas específicas (direito constitucional, direito tributário, direito dos valores mobiliários, direito empresarial, direito de patentes, arbitragem comercial internacional, etc.); educação legal e da estruturação da profissão de advogado (grandes escritórios de advocacia e valorização de profissão jurídica privada) até a reforma do judiciário; das doutrinas ou ferramentas jurídicas específicas (regras de exclusão constitucionais, a doutrina da malícia expressa na liberdade de expressão e da imprensa, ações de classe, etc) aos arranjos institucionais como a separação dos poderes e a revisão das decisões judiciais”. LANGER, Maximo. op. cit., p. 21-22.

²⁴² MATTEI, Ugo. A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance, **Indiana Journal of Global Legal Studies**: Vol. 10: Iss. 1, Article 14. p. 384-395

As décadas de 1980 e 1990 assistiriam a substanciais reformas no processo penal de países da Europa continental e de Estados latino-americanos. Os movimentos por democratização e a transição democrática – e suas consequências sobre as políticas criminais e os direitos humanos – implicara numa “modernização” dos vergastados códigos criminais, ainda imersos no modelo inquisitivo-autoritário²⁴³.

Nesse cenário, os mecanismos da barganha popularizar-se-ão como as saídas ideais para a superação dos processos penais inquisitivos da latino-américa e da Europa continental, por meio da adoção de políticas criminais – pretensamente – democráticas. *Absprache* na Alemanha, *patteggiamento* na Itália, *conformidad* na Espanha, *composition* na França, *procedimiento abreviado* na Argentina, *consenso* em Portugal são alguns dos nomes que a *plea bargaining* recebera quando da sua importação a esses países; no Brasil, fora prevista já pelo constituinte originário (art. 98, I, CRFB/88), com a alcunha *transação penal*, mas tem influência marcante também a *plea bargaining* na elaboração de normas sobre a delação premiada, já na década de 90.

Contudo, contrariamente ao discurso de democratização do processo penal (e a acolhida do sistema acusatório), o que se observou com a adoção da barganha foi, em verdade, o abandono de quaisquer pretensões democráticas em nome do objetivo-mor de eficiência da sanção penal. Nesse diapasão, precisas as palavras de Gabriel Anitua ao descrever as “reformas democratizantes” nos processos penais europeus e latino-americanos:

Como ilustrado, as primeiras premissas de tais reformas apareceram vinculadas aos processos de ‘transição’ ou de ‘democratização’, que logicamente deveriam ter uma consequência político-criminal e sobre os direitos humanos. No âmbito processual, assim como a política criminal autoritária se identifica com o modelo inquisitivo, a mencionada política criminal democrática pretendia tender ao acusatório. No entanto, em pouco tempo desse novo direcionamento político-criminal, uma nova premissa se converteria na bandeira das reformas já iniciadas. O novo *leit motiv* seria o da ‘eficácia’ das funções penais. Isto afetaria toda a política criminal, que abandonaria as pretensões democráticas, e se manifestaria principalmente nas políticas policiais e em aquelas agora chamadas de ‘segurança pública’.²⁴⁴

²⁴³ ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. pp. 357

²⁴⁴ Idem, *ibidem*

No “novo direcionamento”, é a eficiência quem dita as regras do processo (ou do que tenha restado dele): mais condenações em menos tempo, “simplificação” dos ritos e contenção de despesas com as burocráticas instâncias judiciais são alguns dos lemas da nova gestão punitiva, que não se avexa de sacrificar direitos fundamentais e garantias processuais para a consecução de tais fins. O processo reduz-se, conforme os precisos dizeres de Ricardo Gloeckner²⁴⁵, a um mero operador do sistema de justiça criminal: “as propostas alternativas partem do pressuposto de que o processo penal engessa o sistema de justiça criminal e, portanto, deve ser otimizado, a fim de que possa oferecer respostas mais ‘duras e céleres’”.

Nessa esteira, compreendem-se as razões para que o *plea bargaining* guarde papel fulcral para a concretização do projeto de processo penal “*sob o signo da celeridade*”²⁴⁶, vez que a barganha possibilita (é-lhe, na realidade, inerente) que direitos se tornem mero instrumental à disposição das partes. Contudo, um processo que se queira democrático “é incompatível com anseios de ‘celeridade’ no sentido de *se condenar mais rápido* ou *se ‘acalmar a sociedade’*, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos da defesa*. E, para tanto, *não cabe a pressa*”²⁴⁷.

Assim sendo, trilhando na vereda aberta por Langbein, resta forçoso perguntar-se: será que os direitos, inclusive aqueles constitucionalmente assegurados, podem ser vendidos no mercado persa como qualquer outra mercadoria?²⁴⁸. Pior ainda: e quando essa venda é compulsória, ante a ausência de voluntariedade e a manifesta disparidade de forças na barganha?²⁴⁹

²⁴⁵ GLOECKNER, Ricardo. Metástases do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 13

²⁴⁶ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 32; p. 45-47

²⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 268

²⁴⁸ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados. Trad. Alberto Bovino e Christian Courtis. **Revista Nueva Doctrina Penal**, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A, p. 51.

²⁴⁹ Respeitáveis doutrinadores apontam para as condições amplamente desiguais nas quais a negociação é realizada, criticando a fundamentação teórica da barganha em premissas quais liberdade e voluntariedade. Nesse sentido, Teresa Armenta Deu salienta o desequilíbrio entre as partes “ya que en tanto una se mueve libremente en los margenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su status, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad, to que convierte el pretendido consenso en un compromiso al que la parte mas debil debiera adherirse, a la vez que pone seriamente en entredicho la libre voluntad de aquel que consensua y del procedimiento a traves del cual se llega al acuerdo, generalmente carente de

Resistir à essas imposições, e, portanto, negar (criticamente) esse projeto de direito, parece ser, na atual conjuntura, tarefa de maior relevo para aqueles (talvez sejamos demasiado ingênuos) que ainda guardam esperança na consolidação de um processo penal efetivamente democrático. Afinal, “nem todos os objetos estão no mercado e podem ser validamente negociados”²⁵⁰; e, seguramente, um processo penal que se pretenda minimamente democrático está longe de ser um balcão de negócios, quicá onde as liberdades públicas são validamente negociadas.

Deve-se, todo pelo oposto, reforçar o processo, ao invés de buscar contorná-lo por meio de soluções de consenso, negociadas, que o enxergam como obstáculo. Com isso em mente, encerra-se o presente capítulo com o precioso ensinamento de Rui Cunha Martins, que reivindica à categoria *processo* um papel crucial de operador de mudança; dirá o autor ser a processualidade um meio possível de romper com a ordem estabelecida pelo capitalismo tardio. Em sua percuciente arguição:

se a competência de um operador de mudança, mesmo colocando a hipótese em termos zizekianos, é a de assegurar uma ruptura marcante com o que existe, se o *ato* revolucionário que o é de fato imprime sobre o existente – donde, sobre o pensamento hegemônico feita estética hegemônica e estabilizada enquanto senso comum – um efeito de contraste, então, em sociedades em que esse existente e essa hegemonia se expressam como amálgama de pulsões mediaticamente estimuladas e capazes de sacrificar princípios basilares e garantias básicas de toda a ordem, uma das quais a própria processualidade jurídico-formal, há boas razões para aceitar que nada há de mais disruptivo e de mais cortante com este *estado-da-situação* do que a instauração de um mecanismo que, enquanto idealmente concebido como o contrário de tudo isso, se impõe de forma marcante pelo simples fato de assegurar algo tão importante e tão desusado como um ponto a partir do qual se processa o *diferir dos diferentes*.

(...) O processo existe para garantir descoincidência: para garantir algo tão fundamental quanto a não coincidência entre maquinaria processual de convicções e maquinaria processual das expectativas. O processo existe para que *prova* e *evidência* não coincidam.²⁵¹

regulación y garantías suficientes”. (ARMENTA DEU, T. Pena y proceso: fines comunes e fines específicos. In: SILVA-SANCHEZ, J.M (ed.). **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona: J.M Bosch, 1997. p. 228). Luigi Ferrajoli, por sua vez, alerta para o fato de que “a negociação entre acusação e defesa é exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório (...). E nenhum contraditório existe entre as partes que realizam o acordo entre si em condições de disparidade” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 600).

²⁵⁰ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 305

²⁵¹ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99

2 A INQUISITORIEDADE DA BARGANHA PROCESSUAL PENAL: O AUTORITARISMO CONSENSUAL NA CONTRAMÃO DA DEMOCRACIA PROCESSUAL PENAL

2. 1 Os sistemas processuais penais acusatório, inquisitório e misto(?) ou: da *vontade de sistema* e o *processo como dispositivo*

É de bom grado começar do início. Para tanto, em se tratando de sistemas processuais penais, curial dissecar a parelha inquisitório-acusatório (e a falácia do misto ou napoleônico) desde de seus elementos constitutivos. A abordagem da presente tese requer esclarecimentos: como se verá, o itinerário (roteiro do percurso) surge a partir da formulação de algumas indagações que servirão como linhas condutoras para o caminhar.

Desta feita, anuncia-se, de antemão, as perguntas que nortearão o emergente capítulo, quais sejam: Em que consiste um sistema? Qual a operatividade de tal ferramenta analítica para o processo penal? Neste terreno, pode a abordagem sistêmica permitir a detecção dos meandros inter-sistêmicos, e a demarcação das zonas cinzentas? Confrontada com o fenômeno da tradução de mecanismos entre sistemas jurídicos distintos, tal abordagem poderá render frutos? Em caso de resposta afirmativa, de que maneira as soluções consensuais, de ascendência comum no modelo estadunidense (tido como acusatório), podem metastatizar as práticas punitivas inquisitivas, causando lá e cá (respectivamente, nos EUA e no Brasil) danos substanciais às garantias processuais do acusado e à própria concepção de processo penal num estado de direito?

Convém atentar-se, por oportuno, para o fato de que a presente subsecção não tem (tampouco poderia ter,) a pretensão de exaurir a temática dos sistemas processuais penais; trata-se apenas de uma exposição breve de seus caracteres principais para que, doravante, se possa comprovar sua pertinência no tocante à discussão em torno da recente expansão dos espaços de *consenso* na justiça criminal.

Começemos com a primeira pergunta formulada, quer dizer: em que consiste uma abordagem sistêmica? Em algum momento desta tese (tópico 1.1.) se aludiu à importância da revolução científica dos séculos XVI, que, excedendo os limites das ciências naturais e atingindo com força também as humanas (lembre-se da influência do método cartesiano para o direito natural racionalista e para o posterior desenvolvimento das teorias do contrato social),

foi responsável por reconfigurar a produção de conhecimento da época, centrando-o numa busca –*obsessiva* – por leis universais e imutáveis. Boaventura de Sousa Santos²⁵², nesse sentido, assevera com razão que “o modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes (...)”.

Sobre tal virada científica²⁵³, Gustavo Badaró leciona que:

A razão moderna, superando a concepção medieval, em que a verdade deveria ser encontrada na divindade, passa a compreender o mundo como um mecanismo em que tudo tem seu lugar e pode ser compreendido e explicado a partir das leis da física e da matemática. Tem-se, assim, o período da objetividade científica.²⁵⁴

Desde essa virada científica do século XVI, consolidada nos séculos que se seguiram, fora travada uma contenda entre duas correntes de pensamento que concebiam o conhecimento e a produção do saber de maneira diversa: instaurou-se uma “antinomia epistemológica” entre o empirismo e o racionalismo. A despeito, contudo, da contenda entre essas duas correntes filosóficas, havia um modelo global de racionalidade científica, nos termos do aludido por Gaston Bachelard:

No fim do século passado [refere-se ao século XIX] acreditava-se ainda no carácter empiricamente unificado do nosso conhecimento do real. Era mesmo uma conclusão na qual as filosofias mais hostis se reconciliavam. Com efeito, a unidade da experiência aparece sob um duplo ponto de vista: para os empiristas, a experiência é uniforme na sua essência porque tudo vem da sensação; para os idealistas, a

²⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit. p. 60.

²⁵³ Clarissa Neves e Fabricio Neves explicam mais a fundo: “Em resumo, o que se configurou aqui foi uma visão de mundo que se sustentava em premissas tais como a ordem das coisas, a legislação universal, a matemática, a sistematização do real, o absoluto, a máquina. Esta compreensão do universo vai exercer influência em outros campos do saber, devido, em parte, às conquistas da revolução científica que se finalizavam no século XVII com a mecânica newtoniana e suas leis do movimento. As próprias ciências humanas se tornariam tributárias de tais empreendimentos, que reconfiguraram a visão de mundo de uma época. Por exemplo, Thomas Hobbes (1588-1679) estendeu o princípio geométrico cartesiano e newtoniano às ciências morais, isto é, às humanidades”. “As ciências sociais também teriam como ideal, em seu século nascedouro, essas mesmas proposições, impressas no Positivismo dos dezenove, em Auguste Comte (1782-1857) principalmente. Para ele, somente a racionalidade científica, o modelo da Física, está em condições de estabelecer os nexos obrigatórios e as leis objetivas que subsistem entre as formas do saber e a realidade social (Ibid: p. 72). A idéia de quantificação ficaria patente em Émile Durkheim (1855-1917), que advogava a redução dos fatos sociais às suas dimensões mensuráveis e trazia, em sua teoria da sociedade, a ameaça da desordem eminente, da anomia pela ausência de diretrizes normativas. Estas ciências contrapunham, então, a ordem natural à desordem possível, tendo, no processo de normatização e controle, os contrapesos necessários à ordem”. NEVES, Clarissa E.; NEVES, Fabrício M. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. **Sociologias**, ano 8, nº 15, Porto Alegre, Jan/Jun 2006, p. 184-185

²⁵⁴ BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan-abr. 2018, p. 50

experiência é uniforme porque é impermeável à razão. Tanto na adoção como na recusa, o ser empírico forma um bloco absoluto.²⁵⁵

De maneira genérica, a abordagem clássica enfocou o estudo dos componentes em si, tomados atomisticamente; o método analítico consistia justamente “no pressuposto de que, quebrando os fenômenos complexos em partes, se poderia compreender o comportamento do todo a partir das propriedades das partes”²⁵⁶. Em semelhante sentido, Boaventura de Sousa Santos afirma ser

um conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos. A descoberta das leis da natureza assenta, por um lado, e como já se referiu, no isolamento das condições iniciais relevantes (por exemplo, no caso da queda dos corpos, a posição inicial e a velocidade do corpo em queda) e, por outro lado, no pressuposto de que o resultado se produzirá independentemente do lugar e do tempo em que se realizarem as condições iniciais. Por outras palavras, a descoberta das leis da natureza assenta no princípio de que a posição absoluta e o tempo absoluto nunca são condições iniciais relevantes. Este princípio é, segundo Wigner, o mais importante teorema da *invariância* na física clássica”.²⁵⁷

Nada obstante, “o paradigma da ordem, da simetria, da regularidade, da adequação do intelecto às coisas, entra em crise”²⁵⁸, crise esta que pode ser compreendida como resultado de seu próprio desenvolvimento, vez que “o aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda [o paradigma da ciência moderna]”²⁵⁹. Gustavo Badaró explana, sinteticamente, as adversidades enfrentadas pelo (então) *paradigma* dominante:

A possibilidade de se atingir as verdades absolutas e imutáveis já havia sido contestada. Na dinâmica clássica e na física quântica, ‘as leis fundamentais exprimem agora possibilidades e não mais certezas. Temos não só leis, mas também eventos que não são dedutíveis das leis, mas atualizam as suas possibilidades’. A mecânica quântica, como a teoria dualística ondulatória-corpuscular da luz, sepultou a objetividade. Também podem ser citados o princípio da indeterminação, formulado por Heisenberg e, no âmbito matemático, a prova de Gödel. Por fim, a própria noção de espaço e tempo são postas em xeque, diante da teoria da relatividade de Einstein.
260

²⁵⁵ BACHELARD, Gaston. **A Epistemologia**. 2ª ed. Coleção O saber da Filosofia – Vol. 1. São Paulo: Edições 70, 2006. p. 15.

²⁵⁶ BOLZE, S.; BUENO, R.; CREPALDI, M.; GOMES, L. As origens do pensamento sistêmico: das partes para o todo. **Revista Pensando Famílias**, 18(2), dez. 2014. p. 5

²⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 62-64.

²⁵⁸ NEVES, Clarissa E.; NEVES, Fabrício M. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. **Sociologias**, ano 8, nº 15, Porto Alegre, Jan/Jun 2006. p. 185.

²⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 68.

²⁶⁰ BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan-abr. 2018, p. 51.

Werner Heisenberg, em *Física e Filosofia*, expõe a derrocada da pretensão de objetividade científica. Conforme o autor:

A mecânica de Newton, assim como todas as outras partes da física clássica, construídas segundo o modelo daquela mecânica, tiveram como ponto de partida a hipótese de que se pode descrever o mundo sem fazer qualquer menção a Deus ou a nós mesmos. Essa possibilidade logo pareceu ser uma condição necessária para a ciência natural em geral.

Todavia, a situação modificou-se com a edificação da teoria quântica (...) A ciência natural não se restringe simplesmente a descrever e explicar a Natureza; ela resulta da interação entre nós mesmos e a Natureza, e propicia uma descrição que é revelada pelo nosso método de questionar. Essa foi uma possibilidade que não poderia ter ocorrido a Descartes mas que torna impossível uma separação bem nítida entre o mundo e o “Eu”.²⁶¹

Em semelhante sentido, Ilya Prigogine, autor da teoria das estruturas dissipativas, tentará elaborar na sua obra denominada *As leis do caos* uma maneira de abordar a imprevisibilidade e incerteza na pesquisa científica. Nos seus próprios termos:

Na perspectiva clássica, uma lei da natureza estava associada a uma descrição determinista e reversível no tempo, em que o futuro e o passado desempenhavam o mesmo papel. A introdução do caos obriga-nos a generalizar a noção de lei da natureza e nela introduzir os conceitos de probabilidade e de irreversibilidade. Trata-se, nesse caso, de uma mudança radical, pois, se quisermos mesmo seguir essa abordagem, o caos nos obriga a reconsiderar nossa descrição fundamental da natureza.²⁶²

Não poderia ter mais razão Boaventura de Sousa Santos²⁶³ quando, na esteira de Piaget, afirma que a epistemologia prospera nos momentos de crise. Deveras, em momentos de *transição* paradigmática – onde, como diria Gramsci, o velho agoniza e o novo tarda a nascer – costumam (re)aparecer inquietações do tipo: É possível conhecer a realidade? Qual o método adequado para apreender o real, como aferir a validade de um conhecimento produzido? A ciência moderna parecia ter preenchido essa lacuna – e, de fato, durante séculos o preencheu. Contudo, as próprias descobertas científicas a que se aludiu fizeram cair do pedestal sua estátua: ora, o que fazer se também ela [ciência] está privada de certezas? Como proceder quando seus métodos clássicos e suas premissas fundantes foram “desmascarados”?

²⁶¹ HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. 4ª ed. Trad. Jorge Leal Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 115

²⁶² PRIGOGINE, Ilya. **As leis do caos**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 2002. p. 11

²⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 55.

Uma das maneiras de reconfiguração do conhecimento num cenário de crise científica – dúvida quanto aos seus métodos, incerteza quanto às suas leis – é, precisamente, aceitar o caos inerente ao mundo complexo e mudar o enfoque (não seria essa a pretensão de Zizek com a abordagem paraláctica, o deslocamento da vista?). Assim, como é comum a processos de transição de um paradigma em crise para um novo, teve de se operar também nesse caso uma “reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações”²⁶⁴.

É novamente Santos²⁶⁵, com seu olhar aguçado, quem percebe que é “na biologia, onde as interações entre fenômenos e formas de auto-organização em totalidades não-mecânicas são mais visíveis, [que] a noção de lei tem vindo a ser parcial e sucessivamente substituída pelas noções de sistema, de estrutura, de modelo e, por último, pela noção de processo”. É, de fato, na Biologia onde (res)surgirá a abordagem dos sistemas; por meio da pesquisa pioneira de Ludwig von Bertalanffy, propõe-se uma alteração do enfoque mecanicista clássico para uma concepção “organísmica” (interação dinâmica das partes). Em sua correta análise:

O objetivo da física clássica era resolver finalmente os fenômenos naturais em um jogo de unidades elementares governadas pelas leis ‘cegas’ da natureza. Isto foi expresso no ideal do espírito laplaciano que, partindo da posição e do momento das partículas, pode prever o estado do universo em qualquer ponto do tempo. (...) Em contraste com essa concepção mecanicista, no entanto, apareceram em vários ramos da física moderna problemas de totalidade, interação dinâmica e organização. Na relação de Heisenberg e na física quântica tornou-se impossível resolver os fenômenos em acontecimentos locais. Aparecem problemas de ordem e organização, quer se trate da estrutura dos átomos quer da arquitetura das proteínas ou de fenômenos de interação em termodinâmica.²⁶⁶

É isso que levará von Bertalanffy²⁶⁷ a denunciar as “limitações dos procedimentos analíticos na ciência”. Ora, os cientistas imaginavam ser possível desmontar um objeto em partes e, quando lhes aprouvesse, reconstituí-lo pela simples reunião dessas parcelas. Contudo, a aplicação dos procedimentos analíticos depende, segundo o autor, de duas condições: a um, que “as interações entre as ‘partes’ ou não existam ou sejam suficientemente fracas para poderem ser desprezadas nas finalidades de certo tipo de pesquisa”; a dois, que “as relações

²⁶⁴ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1970. p.116

²⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 57

²⁶⁶ BERTALLANFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977. p. 52-53

²⁶⁷ Idem, p. 37-38

que descrevem o comportamento das partes sejam lineares, pois só então é dada a condição de aditividade, isto é, uma equação que descreve o comportamento do todo é da mesma forma que as equações que descrevem o comportamento das partes”.

Essas duas condições (ausência de interações e linearidade de comportamento) não são mais passíveis de serem postas como sustentáculo do sistema, ao menos mediante as descobertas da ciência nos estertores do século XIX. Assim é que para lidar com a complexidade do mundo e a crise científica, operou-se, gradativamente, propostas para o deslocamento da vista: passa-se do atômico para o sistêmico, do ínfimo isolado para o inter-relacional, do estático para o dinâmico, da ordem para a complexidade²⁶⁸.

Aqui, enfim, encontra-se o ponto que suscitou a longa digressão: o conceito de *sistema*. Nada obstante tal noção não consista em nenhuma novidade, visto ser de uso corrente desde a Grécia Antiga²⁶⁹, a abordagem sistêmica fora elevada na modernidade à patamar de método, de pensamento sistemático. Assim que, para se tratar da concepção moderna de Sistema, é necessário dar um passo atrás e partir da clássica definição de Immanuel Kant, que, em sua *Arquitetônica*²⁷⁰, conceituará um sistema como “*a unidade de diversos conhecimentos dentro de uma ideia*”²⁷¹. Em seus próprios termos,

Sob a direção da razão, nossos conhecimentos em geral não poderiam formar uma rapsódia, mas devem formar um sistema em que somente tais conhecimentos podem apoiar e favorecer as finalidades essenciais da razão. Ora, entendo por sistema a unidade de diversos conhecimentos dentro de uma ideia. Essa ideia é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que no conceito são determinados a

²⁶⁸ É de se concordar com Salo de Carvalho quando o autor afirma ainda imperar uma noção de processo como um laboratório, salientando que “o método cartesiano inspira a dogmática do processo penal no sentido de pensar a possibilidade de, a partir da fragmentação e do estudo microscópico do caso penal, recriar o fato passado não mais passível de experimentação e alcançar verdades. Assim, após decompor e estudar minuciosamente os elementos probatórios incorporados nos autos, a verdade seria atingida através da livre valoração das provas”. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Ed. Lume Juris, 2008. p. 74

²⁶⁹ Marcie de Poli chama atenção para o fato de que “os gregos, embora conhecessem a palavra sistema, não pensavam a partir dela, pois pensavam as coisas (os objetos) de maneira unitária, ou seja, estudavam e pensavam os elementos a partir da unidade, isolando-os. Para eles, o sujeito era capaz de dizer a verdade da coisa, de chegar à essência do objeto (filosofia do ser). KANT, partindo do pensamento científico desenvolvido por Wolff, foi quem pela primeira vez concebeu a possibilidade de construir um saber de forma sistemática, isto é, um saber que dissesse respeito ao conjunto (ao todo), ligando os elementos a partir de uma ideia única (princípio unificador)”. POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 39

²⁷⁰ KANT leciona que “Por arquitetônica entendo a arte dos sistemas. Como a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência, isto é, transforma um simples agregado desses conhecimentos em sistema, a arquitetônica é, pois, a doutrina do que há de científico no nosso conhecimento em geral e pertence, assim, necessariamente, à metodologia”. KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 669

²⁷¹ Idem, p. 669

priori não apenas o escopo de uma multiplicidade, mas também as posições que as partes ocupam relativamente umas às outras.²⁷²

Nessa senda, Camilin Marcie de Poli²⁷³ demonstra a originalidade de Kant, asseverando ter sido ele “quem pela primeira vez concebeu a possibilidade de construir um saber de forma sistemática, isto é, um saber que dissesse respeito ao conjunto (ao todo), ligando os elementos a partir de uma ideia única (princípio unificador)”. Prossegue a autora, afirmando que em Kant “o sistema deve ser unificado e identificado a partir de uma ideia fundante, onde a razão fornece os fins *a priori* (‘unidade arquitetônica’), e não a partir do conjunto de regras resultante da construção empírica (experiência acidental)”, no qual a ideia fundante “diz com um significante primeiro (S1), que é aquele que dá a largada na cadeia de significantes, e é ressignificado pelo escopo do sistema”.

Kant realiza uma espécie de síntese crítica entre o empirismo (o cognoscível é aquilo que é passível de ser experimentado) e o racionalismo (o conhecimento procede de operações mentais “metódicas”), superando-os pelo conhecimento crítico. Este seria atingido, precisamente, pela reunião de experiências sensíveis e de conceitos prévios por meio do que Kant denominará juízos sintéticos *a priori*. Tais conceitos apriorísticos servirão como base (núcleo/ideia/princípio) para a organização arquitetônica do conhecimento, de maneira que esse conhecimento possa se constituir em um todo ordenado, e não uma “rapsódia”. Vê-se em Kant que no conceito determina-se “a priori não apenas o escopo de uma multiplicidade, mas também as posições que as partes ocupam relativamente umas às outras”²⁷⁴.

Todavia, o filósofo alemão não poderia prever a avalanche científica do século passado, responsável por uma crise epistemológica (junto à uma epistemologia da crise, vez que a crise também faz produzir conhecimento). Nesse diapasão, sé é certo que a discussão sobre os sistemas deve partir de Kant, também urge adaptá-lo. Isto porque,

à simplicidade processual sistêmica, contrapõe-se a complexidade do mundo, o que faz com que o sistema tenha que conviver constantemente com ruídos caóticos, já que essa complexidade não pode ser abarcada em sua totalidade. Este convívio exige

²⁷² Idem, p. 669

²⁷³ POLI, Camilin Marcie de. Sistemas processuais penais. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 39-43

²⁷⁴ KANT, Immanuel. op. cit., p. 669

processos como descarte, ignorância, indiferença ou aproveitamento. O sistema organiza-se sob tais condições: a ordem, desta vez, surge da desordem (...) ²⁷⁵

Dessa forma, a retomada dos estudos dos sistemas deve fazer-se, necessariamente, por intermédio de uma filtragem. Nesse tocante, parte-se de que a abordagem sistêmica – tomando-se como marco os estudos biológicos de Von Bertalanffy – possibilitou um duplo movimento: em primeiro plano, tal abordagem enriqueceu o conceito kantiano de sistema (“*a unidade de diversos conhecimentos dentro de uma ideia*”) ao possibilitar acrescentar-lhe noções como dinâmica, entropia, caos, complexidade, permutabilidade ²⁷⁶.

Em segundo plano, e justamente como decorrência do primeiro, a renovação do estudo dos sistemas em diversas áreas do conhecimento no século XX demonstra ser também de grande relevo ao processo penal tal abordagem, a despeito daqueles que advogam estar ultrapassado/superado o debate entorno dos sistemas processuais penais, ou mesmo inutilizadas as categorias acusatório e inquisitório. É dever concordar com Coutinho ²⁷⁷, nesse tocante, de que “há, por evidente, um equívoco em conclusões [afirmações] do gênero”. Não apenas a discussão entorno dos sistemas processuais penais não está ultrapassada, como também é de bom grado (sempre) revisitar a problemática, mormente quando “grande parte dos livros disponíveis no Brasil apenas flanqueie o tema, concluindo que a diferenciação entre os dois modelos se resume à garantia da separação entre as funções de acusar e julgar” ²⁷⁸²⁷⁹.

²⁷⁵ NEVES, Clarissa E.; NEVES, Fabrício M. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. **Sociologias**, ano 8, nº 15, Porto Alegre, Jan/Jun 2006. p. 187

²⁷⁶ Descrevendo algumas “*virtudes sistêmicas*”, Edgar Morin salienta tal abordagem “a) haber puesto en el centro de la teoría, con la noción de sistema, no una unidad elemental discreta, sino una unidad compleja, un «todo» que no se reduce a la «suma» de sus partes constitutivas; b) haber concebido la noción de sistema, no como una noción «real», ni como una noción puramente formal, sino como una noción ambigua o fantasma; c) situarse en un nivel transdisciplinario que permite concebir, al mismo tiempo, tanto la unidad como la diferenciación de las ciencias, no solamente según la naturaleza material de su objeto, sino también según los tipos y las complejidades de los fenómenos de asociación/organización. En este último sentido, el campo de la Teoría de Sistemas es, no solamente más amplio que el de la Cibernética, sino de una amplitud que se extiende a todo lo cognoscible”. MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo**. 2013.

²⁷⁷ COUTINHO alerta para o fato de que “de tanto em tanto há quem misture as coisas e manejando as datas – que, no tema, pode-se contar em séculos e talvez milênios – queira tratar dos sistemas processuais penais (ou da visão que se tem deles) como algo antigo e, por isso, superado. Há, por evidente, um equívoco em conclusões do gênero”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 63

²⁷⁸ GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 7

²⁷⁹ Convém, mantendo-se na esteira de Gloeckner, colacionar fragmento que antecipa bem a perspectiva analítica adotada na presente tese: “O enfrentamento da temática dos sistemas não procurará esmiuçar e traçar recortes analíticos que versem diretamente sobre as características geralmente creditáveis a ambos os sistemas. Investigar alguns temas sem, no entanto promover tipos ideais será a atividade realizada, colacionando temas convergentes, sem uma preocupação extremamente rigorosa e separatista dos temas. Esta preocupação excessiva com o rigor da montagem dos sistemas tem redundado em sistemas contrafáticos, erigidos sob uma pretensa unidade científica e

Ante o exposto, contudo, natural que surjam indagações: ora, como a discussão dos sistemas é pertinente ao estudo do processo penal? E mais, de que maneira realizar o salto da filosofia e/da ciência para o processo? É Jacinto Coutinho quem oferece-nos a chave: reabilitando a noção kantiana, o ilustre processualista penal brasileiro conceituará *sistema* (processual) como “um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim”²⁸⁰. A influência kantiana é admitida pelo próprio Jacinto, quando assevera ter sido Kant “que[m] concebeu, na sua Arquitetônica da Razão Pura (na sua obra Crítica da Razão Pura), a *possibilidade de se encontrar a verdade em estruturas complexas* e assim o fez imaginando a possibilidade de se conhecer os *conjuntos*”²⁸¹.

E, deveras, se o *processo* (também o penal) é “um dispositivo articulador de elementos de vária ordem” e “cujas modalidades de interação têm tanto de regular quanto de imprevisível”, natural que advenha uma *vontade de sistema* com o fito de “impor uma estrutura dotada de sentido à dispersão constitutiva dos elementos processuais”. Trocando em miúdos, a escolha sistêmica (em alguma medida,) possibilita ordenar o complexo e estabilizar as expectativas processuais: mediante a “eleição de determinado elemento (funcional, doutrinário ou outro) para princípio regente do todo processual” faz-se possível “uma redistribuição de lugares e desempenhos no quadro do dispositivo”²⁸²; ou ainda mais, cria-se uma estrutura processual, racionalizando (e, portanto, tentando tornar mais regulares e menos imprevisíveis) as interações entre os “elementos de vária ordem”.

Assim sendo, o princípio escolhido, enquanto ideia única (Kant), tem o condão de reunir em seu entorno uma miríade de elementos (normativos, políticos, epistemológicos, culturais...). Contudo, esse *conjunto* não é forjado ao acaso; pelo contrário, ele só pode sustentar-se enquanto sistema (todo orgânico) com a sua verificação *a posteriori*, através da ressignificação que a finalidade opera no princípio unificador (Coutinho). É nesse sentido que Jacinto Coutinho²⁸³

que, no entanto pouco ou nada contribuem para o desenvolvimento do processo penal contemporâneo, a não ser a mitificação do racionalismo academicista. Investigar estaticamente fenômenos absolutamente mutáveis apesar da falsa segurança que promete, não tem o condão de trazer novos aportes para a teoria dos sistemas processuais e, por conclusão, na sua modelagem da forma processual”. GLOECKNER, Ricardo. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese de doutorado apresentada no âmbito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2010. p. 128.

²⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. op. cit., p. 36

²⁸¹ Idem, p. 121

²⁸² MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 65

²⁸³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. op. cit., p. 121; p. 262; p. 310-312

definirá o princípio unificador de um dado sistema processual penal como o “*motivo conceitual sobre o(s) qual(is) funda-se a teoria geral do processo penal*”; e mais, “dizer *motivo conceitual*, aqui, é dizer *mito*”, concebido o mito como sendo “*a palavra (verdade) que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*”.

Nesse diapasão, o princípio, em sendo o significante-Um da cadeia, deve ser averiguado posteriormente, para que certificada a coerência entre os seus [do sistema] elementos constitutivos e a(s) finalidade(s) a que se pretendia com a sua instalação. E, (1) se é verdade que o fim do processo (não só no sentido de sua extinção) é o acerto do caso penal por meio da decisão judicial; (2) se é também verdade que para a adequada tomada de decisão do juiz é necessário o conhecimento sobre os fatos (reconstituição histórica); (3) se, por último, a reconstrução dos fatos, justo por pertencerem estes ao passado, jamais poderão designar uma *Verdade* – se sobram apenas “rastros de passeidade”²⁸⁴, a verdade só pode ser uma “parcialidade constitutiva”²⁸⁵, e, portanto, o conhecimento jamais conseguirá ser um acesso ao *Todo* –, será precisamente a prova, ou melhor, o encarregado de sua gestão que(m) ressignificará o princípio eleito.

Eis a razão de Jacinto Coutinho²⁸⁶ ter na *gestão da prova* o critério identificador do núcleo reitor dos sistemas processuais penais; se, como dito, a prova é o meio através do qual o conhecimento ingressa no processo, a eleição (diga-se, sempre política) para responsável por sua gestão impactará profundamente sobre o conhecimento produzido e, por conseguinte, terá consequências diretas em sede de *decisão penal*. Caso eleito o juiz para gestor da prova (primazia do julgador na busca do conhecimento), estar-se-á diante de *princípio inquisitivo*, e

²⁸⁴ Propondo uma epistemologia da passeidade, Salah Khaled Jr. destaca a impossibilidade ontológica de reavivar, no presente, um evento pertencente a um “tempo escoado” (ou de fazer o juiz entrar numa máquina do tempo que o teletransporte ao evento histórico), sendo através do “rastro” – aquilo que já foi, mas ainda é – que poder-se-á (re)produzir uma verdade Analógica. De acordo com Khaled Jr, “se, de um lado, o passado não pode ser um *Mesmo*, de outro lado também não pode ser um *Outro*, pura e simplesmente, caso esteja preservado na forma de rastros. Somente considerá-lo em função da distância acaba produzindo uma ontologia negadora do passado, na medida em que, mesmo tendo sido, ele persiste na forma de rastros e, portanto, de certa forma, ainda é. O conhecimento que se sustenta em provas não é, certamente, em absoluto, um *Outro* completo em relação ao tempo que escoou, desprovido de qualquer relação significativa com o que ocorreu no passado. Que isso fique claro: o conhecimento sobre o passado não pode ter o estatuto de uma verdade correspondente (no sentido de o *Mesmo*), mas ele também não é completamente um *Outro* em relação ao passado (o que implicaria falsidade pela diferença absoluta e reduziria o processo e sua dimensão de saber a pó, uma vez que ele não guardaria relação alguma com a verdade, o que certamente o afastaria por completo do ideal de justiça e o reduziria a mero jogo argumentativo marcado pelo decisionismo). KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2016. p. 318-319

²⁸⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. op. cit., p. 106

²⁸⁶ Idem, p. 108-109

assim do *sistema inquisitório*; caso sejam as partes as encarregadas de trazer à lume o conhecimento, estar-se-á face ao *princípio dispositivo*, assim do *sistema acusatório*.

Desde aí, então, percebe-se a falácia do *sistema misto* enquanto um suposto terceiro sistema (ideia que habita vivamente o imaginário dos incautos e também dos sabidos que costumam ter pouca afeição democrática), ante a absoluta impossibilidade de se falar que um princípio seja, ao mesmo tempo, uma coisa e outra: ora, falar em *sistema misto* suporia ser possível a existência de um *princípio reitor misto* (soma dos princípios inquisitivo e dispositivo), o que, como sabe-se bem, faz ruir a própria noção de sistema. Se sistema, desde Kant, é um todo ordenado dentro de uma ideia regente, não há como se coadunar duas ideias que sejam regentes, ainda mais quando elas negam-se mutuamente: ou “a função de fazer aportar as provas ao processo”²⁸⁷ é do juiz-inquisidor ou é-o das partes.

Sem embargo dessa impossibilidade lógica, a estratégia de Napoleão (na feitura, junto a seu aliado Jean-Jacques-Régis de Cambacères, do *Code Napoléon*) de reunir os dois sistemas, no longínquo ano de 1808, ainda dá frutos (podres, dos mais desgostosos) e permanece habitando o senso comum teórico a mística *ideia mista* dos sistemas processuais penais – um verdadeiro “monstro de duas cabeças”²⁸⁸. O brilhante engenho napoleônico consistiu em mesclar uma fase inquisitória de investigação preliminar, na qual o juiz sairia à cata da prova/Verdade, e uma fase (pretensamente) acusatória de julgamento. No entanto, esta última, como sabido, é tão contaminada pela primeira que pouco importa a “separação (inicial) das funções de acusar e julgar”²⁸⁹, a publicidade, o contraditório (falso), a imparcialidade (mais ilusória ainda), visto que a decisão já estará tomada pelo juiz-inquisidor bem antes da audiência de julgamento, dos debates orais e das provas produzidas em contraditório judicial.

Assim é que há de se reafirmar a existência de apenas dois sistemas – inquisitório e acusatório –, que são informados por dois princípios – inquisitivo e dispositivo; é precisamente essa a razão pela qual dizer *sistema misto* é, sempre, dizer *sistema inquisitório* ou *sistema acusatório*, mesmo que seja possível a convivência de elementos desarmônicos entre si

²⁸⁷ Idem, p. 123

²⁸⁸ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo (org.) **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 42

²⁸⁹ Idem, p. 41. E segue o autor: “É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz”.

(elementos característicos do modelo inquisitório que convivam em sistemas acusatórios, e vice-versa).

Nada obstante a discussão travada até o momento, é necessário ir além. Isto porque, “em sede penal, o próprio recorte sistêmico assumido pelo dispositivo processual não pode limitar-se a ancorar a sua legitimidade no princípio ordenador escolhido, vendo-se obrigado a articular o modelo eleito com critérios de legitimação exteriores a si, mas tão reitores quanto o podem ser, por exemplo, os de democraticidade e constitucionalidade”²⁹⁰. E mais ainda: a “apetência ordenadora” inerente a qualquer sistema deve articular-se com “a dinâmica intrínseca à própria convivência de elementos díspares e potencialmente móveis num mesmo espaço configuracional”²⁹¹.

É aí que tem grande valia a noção de *rizoma*, de Gilles Deleuze e Félix Guattari²⁹². Não como fim, até porque um rizoma jamais será fim, tampouco como princípio (ao rizoma pouco interessa o princípio, visto que lugar impossível), e sim *meio* – ou melhor, linhas incessantemente produtoras de enunciados (de ditos e não-ditos) e de luzes (e sombras, de revelados e obscurantizados). Linhas que “não delimitam ou envolvem sistemas homogêneos por sua própria conta, como o objeto, o sujeito, a linguagem, etc., mas seguem direções, traçam processos que estão sempre em desequilíbrio, e que ora se aproximam ora se afastam uma das outras”²⁹³.

Nessa senda, a gramática deleuziana conceberá o *rizoma* de maneira mais radical (um radical, diga-se, que não dependa de raiz) do que a própria botânica, local de origem do termo. Conforme explicam os autores, “diferentemente das árvores ou de suas raízes, o rizoma conecta um ponto qualquer com outro ponto qualquer e cada um de seus traços não remete necessariamente a traços de mesma natureza; ele põe em jogo regimes de signos muito diferentes, inclusive estados de não-signos. O rizoma não se deixa reconduzir nem ao Uno nem ao múltiplo” [...] “ele não é feito de unidades, mas de dimensões, ou antes de direções movediças. Ele não tem começo nem fim, mas sempre um meio pelo qual ele cresce e

²⁹⁰ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 66

²⁹¹ Idem, p. 69

²⁹² DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia 2**. Vol. 1. Trad. Ana Lúcia de Oliveira, Aurélio Guerra Neto e Celia Pinto Costa. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 17-49

²⁹³ DELEUZE, Gilles. ¿Que és un dispositivo? In: **Michel Foucault, filósofo**. Barcelona: Gedisa, 1990. Tradução de Wanderson Flor do Nascimento. p. 155

transborda” [...] e “é feito somente de linhas: linhas de segmentaridade, de estratificação, como dimensões, mas também linha de fuga ou de desterritorialização como dimensão máxima segundo a qual, em seguindo-a, a multiplicidade se metamorfoseia, mudando de natureza”²⁹⁴.

O processo (todo e qualquer processo), antes de se tornar sistema, é *rizoma*; ao abarcar elementos de variada espécie em interações nem sempre previsíveis, está-se sujeito a “um sem-número de cruzamentos inesperados, tão depressa vertidos em oportunidade de incorporação quanto em hipótese de diferimento”, sendo assim “uma dinâmica que antecede a introdução de uma qualquer direcionalidade e que não carece dela para se mover, como se, nele [processo], o seu movimento seja já o seu sentido”²⁹⁵. Chegado a esse ponto, válido é perquirir se há, e (em caso de resposta afirmativa) em que níveis o há, “*permanências rizomáticas*” no ambiente sistêmico, isto é dizer, o que de rizoma perdura no sistema? Ou ainda, cabe perguntar: a *vontade de sistema*, por seu mero caráter ordenador, consegue blindá-lo contra componentes de natureza vária e de configurações genéticas distintas da sua?

Nesse tocante, há de se concordar mais uma vez com Rui Cunha Martins, para quem “a via da sistemicidade não anula por completo o substrato rizomático que persiste”²⁹⁶. E o autor diz isso consciente de se tratar, ao menos na aparência, de um paradoxo, uma negação em seus próprios termos: é que se está a se falar de rizoma, ou seja, de “um sistema a-centrado não hierárquico e não significativo, sem General, sem memória organizadora ou autômato central, unicamente definido por uma circulação de estados”²⁹⁷, não pode querer se dizer sistema centrado, vez que dentro da moldura rígida imposta pela “sistematicidade” não se pode aventar a possibilidade de persistir o horizonte de espontaneidade característico às interações de cunho rizomático.

O *processo-feito-sistema*, em seu movimento de transformação, decai. Fecha-se. Torna-se estrutura. E é plenamente aceitável (dir-se-ia: até aconselhável) que assim seja: cumprindo a função de *redução de complexidade*, os sistemas sociais devem operar selecionando

²⁹⁴ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. op. cit., p. 43

²⁹⁵ MARTINS, Rui Cunha. op. cit., p. 65-66

²⁹⁶ Idem, p. 68

²⁹⁷ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. op. cit., p. 43

possibilidades – retendo algumas e descartando outras tantas –; tudo de modo a tornar a “complexidade do mundo” mais palatável, digerível a uma capacidade humana limitada²⁹⁸.

Enfim, em seu processo de *devir-sistema*, ele [processo] se limita. Isto porque é da lógica mesmo do sistema operar desde “um princípio norteador e de uma estrutura de referencialidades congregadora do diverso e orientada para um objetivo”²⁹⁹. Ou seja, já ao nascer sistema, demarca; e, ao demarcar, cria muros entre o (sub)sistema que ora se constituiu e o seu entorno (*ambiente*). O desenlace da interrogação que acima se fez, qual seja, das permanências rizomáticas nos sistemas, passa, inextricavelmente, por auferir a *porosidade*, a *espessura* (,a abertura,) dos muros que separam o de dentro do de fora. Ou seja, trata-se de mensurar a maior ou menor transponibilidade dos/comunicabilidade entre (sub)sistemas, ou mesmo sua intransponibilidade/incomunicabilidade para com elementos que lhe são estranhos.

Despiciendo dizer que aquilo que transpõe, sempre transpõe algo. Resta, portanto, perguntar: o que precisamente aquilo que transpõe transpõe? O *muro-erguido-que-se-fez-fronteira*. Mas, distintamente do que se pode pensar a um primeiro olhar, os *limites* impostos entre o dentro e o fora, entre o antes e o depois, sempre serão parciais e, se não forem bem justificados, arbitrários. Afinal, quem foi que disse que as fronteiras não são linhas móbeis? Quem sustentaria serem os muros barreiras insuperáveis, e, portanto, intransitáveis? Deveras, “em sede de teoria do limite, a instalação de um problema sobre a fronteira não garante a estabilidade dessa mesma fronteira; na verdade, é ela mesma, tanto quanto o problema que supostamente ela acolhe e trabalha como matéria em trânsito, que é refeita por ocasião de cada ‘passagem’ ou de cada ‘fechamento’ a esse mesmo problema”³⁰⁰. É essa impossibilidade mesma – das linhas serem fixas, dos muros serem impenetráveis – a razão pela qual o *substrato rizomático* vige e sempre vigará, ainda que enquanto possibilidade.

²⁹⁸ A complexidade do mundo em Luhmann é compreendida como “a totalidade dos possíveis acontecimentos e das circunstâncias: algo é complexo, quando, no mínimo, envolve mais de uma circunstância. Com o crescimento do número de possibilidades, cresce igualmente o número de relações entre os elementos, logo, cresce a complexidade. (...) Essa complexidade extrema do mundo, nesta forma, não é compreensível pela consciência humana. A capacidade humana não dá conta de apreensão da complexidade, considerando todos os possíveis acontecimentos e todas as circunstâncias no mundo. Ela é, constantemente, exigida de- mais. Assim, entre a extrema complexidade do mundo e a consciência humana existe uma lacuna. E é neste ponto que os sistemas sociais assumem a sua função. Eles assumem a tarefa de redução de complexidade. Sistemas sociais, para Luhmann (1990), intervêm entre a extrema complexidade do mundo e a limitada capacidade do homem em trabalhar a complexidade”. NEVES, Clarissa; NEVES, Fabricio. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. Op. cit., p. 191

²⁹⁹ MARTINS, Rui Cunha. op. cit., p. 68

³⁰⁰ Idem, p. 115

Nesse sentido, “não coincidindo os contornos desses vários dispositivos processuais com fronteiras rígidas e mutuamente excludentes mas antes irregulares, há todo um jogo de proximidades e de sobreposições que redesenha os referidos contornos [fronteiras sistêmicas, sejam-nas *intra* ou *inter*] e que, nesse movimento, permite a ‘passagem’ e a ‘incorporação’ de componentes provenientes de outras configurações, onde procuravam responder a desafios de outra natureza, desafios esses que agora são assim ‘transportados’ para o interior dos dispositivos processuais para, uma vez aí, potenciarem a sua reconhecida dinâmica experiencial”³⁰¹. Jogos que envolvem força, e, por conseguinte, sobreposições, aliciamentos, distorções, agenciamentos, ruídos, fulguração; e(m) fronteiras que, por sua vez, são “sempre produto de uma decisão tomada”, portanto, *têm autor*³⁰².

Compreende-se daí a razão pela qual dizer *limite* é sempre dizer conflito: não apenas entre *aquilo que quer entrar* e o que se faz barreira à sua entrada; nem só entre *um aquilo que quer entrar* e *outro aquilo que o também quer*; mas igualmente entre *aquele (autor) que quer fazer entrar aquilo e não isto* e *aquele que quer que ambos entrem* (ou nenhum entre, ou entre só isto e não aquilo). Merece a pena, por oportuno, destacar o que fala Rui Cunha Martins sobre a problemática da demarcação:

Desde sempre, diversas modalidades de estabilização social têm procurado domesticar a dinâmica imparável do jogo e reduzir a presença, nele, de imprevisto da fulguração, para melhor o afeiçoarem a determinada província de significado. A mediação, o contexto, ou a própria cultura, entendida enquanto modo de sediar uma dada atribuição de sentido, são exemplos dessas modalidades, aspirando a constituir-se em zonas de filtragem sobre a instabilidade do jogo.

... [O reportório cultural, assim,] é jogo, e, assim sendo, ele configura um verdadeiro *dispositivo*, maneira de dizer que se refletem nele as categorias da ativação, da selecção, da sobreposição, do deslocamento, e, inevitavelmente, da fulguração – precisamente a que pode surgir por ocasião dos encontros inesperados entre os componentes do reportório, do deslocamento dos materiais para fora dos seus locais naturais, do consequente surgimento de vizinhanças inesperadas, do tipo de combinatória produzida por cada conjuntura histórica concreta, ou da complexidade decorrente da recepção de matéria ‘contaminada’, quer dizer, proveniente de outros reportórios.³⁰³

Feitas essas *delimitações* – ainda que a título preliminar – e trazido à ribalta a importância de uma abordagem sistêmica ao processo penal, a questão que ora se afigura é a seguinte: como capturar dos sistemas processuais penais inquisitório e acusatório o seu desempenho político e

³⁰¹ Idem, p. 67

³⁰² Idem, p. 116

³⁰³ Idem, p. 117-9

a preservar sua riqueza epistemológica, sem cair, contudo, na armadilha de um regime de mera oposição (em termos antitéticos, como os tipos-ideais) entre os seus caracteres constitutivos?

Para devidamente responder a inquirição, anunciam-se as seguintes premissas, a saber: (1) os sistemas processuais penais, enquanto sistemas, comportam inúmeros elementos em seu bojo; (2) esses elementos de vária ordem estão em conexão, formando uma rede de caracteres do sistema; (3) as conexões da rede intra-sistêmica (seja no sistema inquisitório, seja no acusatório) são quebrantáveis, as suas categorias-componentes não são estanques – reside aí a dinâmica sistêmica; (4) como no sistema solar (valendo-se da sugestão paraláctica zizekiana), no qual os astros gravitam em torno do Sol, os sistemas processuais penais também se organizam a partir de um referente, a sua ideia fundante (Kant); (5) é, portanto, o núcleo fundante/princípio reitor que torna possível a identificação do sistema, ou seja, através dele descobre-se de qual sistema se trata, se inquisitório ou acusatório – não sendo possível, por isso mesmo, falar-se em sistema misto, já que não pode haver a reunião de ideias fundantes dicotômicas; (6) os elementos acessórios, organizados entorno do núcleo, são permutáveis e, assim, podem ser encontrados tanto elementos do modelo inquisitório em ambiências acusatórias, quanto elementos característicos do sistema acusatório em ambientes inquisitórios; e, por fim, (7) o próprio núcleo fundacional também sofre influência das conexões interprocessuais (relações entre os sistemas acusatório e inquisitório) e da interferência de elementos extraprocessuais (como, por exemplo, o funcionamento da *maquinaria processual das expectativas*) – é o que fica do ensinamento de Guattari e Deleuze sobre o *rizoma*, que desafia permanentemente a noção de núcleo e, ainda assim, (por paradoxal que possa parecer) é obrigada a conviver com ela.

Um primeiro alerta para que a pergunta pouco antes enunciada, quer seja, como conservar a riqueza das categorias acusatório-inquisitório, possa ser devidamente respondida passa, inexoravelmente, pelo reconhecimento da polissemia do termo *sistema*. Conforme alhures trabalhado, a noção de sistema vem de tempos longínquos e comporta, a depender do contexto em que é empregado, distintas significações. Parece ter se estabelecido, contudo, um “fio condutor”, de que consiste o *sistema* em um conjunto de elementos ordenados entorno de um núcleo, com vistas à consecução de uma determinada finalidade.

Nesse diapasão, e tendo sido devidamente demarcado (ainda que as balizas, sabido é, se encontrem em terreno movediço) o que se compreende por *sistema*, um segundo alerta faz-se necessário. Ora, não é porque um sistema é, em grande parte, definido pelo seu princípio reitor (por ser este o seu elemento de articulação) que ambos os termos – *sistema* e *princípio* – se confundam, ou, ainda pior, sejam sinônimos. Geraldo Prado já alertara para tal confusão:

É certo, conforme ao nosso juízo, que, se pretendemos a definição de um sistema acusatório como categoria jurídica composta por normas e princípios, não há como, pura e simplesmente, justapô-lo com exclusividade a um preciso princípio acusatório, pois a identidade entre um e outro resultaria, por exigência lógica, na exclusão de uma das duas categorias, pela impossibilidade de um princípio ser, ao mesmo tempo, um conjunto de princípios e normas do qual ele faça parte, numa relação de continente a conteúdo.

Fica mais clara a incompatibilidade da justaposição, quando, pela simples resenha classificatória, notamos a significativa disparidade de elementos invocados como da própria essência de uma das categorias, no caso, do sistema.³⁰⁴

Um terceiro ponto a se atentar para que a *potência política e epistemológica* dos sistemas processuais penais possa ser conservada (quicá resgatada) passa pelo reconhecimento da inexistência do dito *sistema misto*, enquanto um terceiro sistema. Se é verdade que todos os sistemas são mistos – pois não há de se advogar hodiernamente algum purismo sistêmico caro aos tipos ideais –, também o é não poder se afirmar a existência de um *sistema misto*, como decorrência de uma milagrosa síntese dos opostos. Neste ponto, é imprescindível reiterar o que foi dito mais acima: só há dois sistemas, o acusatório e o inquisitório, pois apenas existem dois princípios, o acusatório (ou dispositivo) e o inquisitivo. Merece a pena, a esse respeito, a lição preciosa de Jacinto Coutinho:

Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, *sistemas puros*, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre *sistemas mistos*, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua *inteireza*, acaba recepcionado como um *terceiro sistema*, o que não é verdadeiro. O dito *sistema misto, reformado ou napoleônico* é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é *essencialmente inquisitório* (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é *essencialmente acusatório*, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório.

305

³⁰⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 172

³⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. op. cit., p. 36-37

Assim, todos os sistemas processuais contemporâneos são mistos, haja vista ser insustentável se falar em sistemas *puros* conforme historicamente concebidos. Contudo, não há de se perceber o caráter misto dos sistemas como sendo resultado de uma “*simples somatória dos elementos dos dois sistemas puros*”³⁰⁶, como o fazem aqueles que advogam pela existência de um sistema misto, reunidor das virtudes de acusatório e inquisitório.

Por fim, mas não menos importante para um proveitoso tratamento da matéria concernente ao sistema processual penal, é tarefa necessária situá-lo (o sistema processual) em um quadro maior – e, por isso mesmo, compreendê-lo como um subsistema. Mais uma vez na esteira de Geraldo Prado, quando assevera:

Na verdade, o sistema processual está contido no sistema judiciário, por sua vez espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se deste modo um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor, assim sucessivamente, contaminando-o e dirigindo-o com os princípios adotados na Lei Maior.³⁰⁷

E se é verdade que o “processo [devido e legal] é microcosmo do Estado de direito”³⁰⁸, inextricável que ele – processo – se organize em compasso com os ditames democrático-constitucionais. Portanto, compreender o sistema processual penal em relação de circularidade pressupõe, justamente, a sua inscrição em *círculos de maior diâmetro*; e mais ainda, uma relação que impõe (ao menos em teoria) uma *coerência sistêmica* entre os menores e os maiores círculos – eis a razão de não ser possível a manutenção do sistema processual penal inquisitório em solo brasileiro (ainda vivíssimo no nosso CPP, de clara matriz autoritária), visto que a eleição constitucional de 1988 aponta no sentido inverso.

Por esse motivo, pode se afirmar, com tranquilidade, que para o correto funcionamento do sistema constitucional (*círculo maior*) é imperativo que o subsistema processual penal esteja concatenado com a escolha realizada pelo constituinte.

³⁰⁶ Idem, p. 120

³⁰⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 101. E mais adiante, PRADO: “O sistema constitucional, por isso, averbe-se, subordina pela via das normas constitucionais uma estrutura processual específica, cuja natureza, inequivocamente, pode-se acentuar, é a de sistema ou subsistema, como conjunto harmônico de normas e princípios constitucionais aplicáveis ao processo, e também de princípio, voltada tal estrutura para a concretização da persecução penal conforme os valores indiscutíveis dos direitos fundamentais” (p. 108-109).

³⁰⁸ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. op. cit, p. 2

A esse respeito, explica-nos Rui Cunha Martins:

Interessa-me, no imediato, recuperar aquela que designei por primeira aceção de ‘o processo é o microcosmo do Estado de direito’, ou seja, a ideia de que, ao menos em ambiência *democrático-constitucional*, o processo – seja o caso do processo penal – deve ter correspondência como o que o Estado de direito é. Como se traduz no concreto essa ideia? Basicamente, em termos de circularidade sistêmica: estando o sistema processual inserido no sistema judiciário e este no sistema constitucional, o primeiro expressa, desejavelmente, os princípios adotados neste último. Este entendimento sistêmico da realidade processual pressupõe, por conseguinte, um elemento ou princípio unificador, que sirva de conector, filtro e limite àquela circularidade.³⁰⁹

Contudo, o mero enquadramento do subsistema processual penal em um sistema democrático-constitucional não basta, se não vier acompanhado de um olhar cuidadoso sobre as práticas punitivas³¹⁰. Nesse sentido, acurada a percepção de Ricardo Gloeckner quando aduz “que a [mera] opção pela democracia como um natural contrafator às práticas autoritárias se constitui como um operador insuficiente ou epistemologicamente incapaz de estabelecer limites às denominadas práticas autoritárias”³¹¹.

Como proceder, portanto, diante dos sistemas processuais penais sem cair em uma retórica, que quase sempre vêm em *vestes democráticas*, ocultadora das velhas práticas punitivas, não raras vezes autoritárias? Em termos de processo penal, ainda mais específico: de que maneira promover o necessário “câmbio” ao sistema acusatório (constitucionalmente eleito) e, finalmente, deixar para trás também a “*mentalidade inquisitória*”? Aqui está, como diria Jacinto Coutinho, o busílis da questão.

Para realizar tal despistagem, é de grande relevo evocar a segunda aceção de “*o processo é o microcosmo do Estado de direito*”, qual seja, a de que “o que acontece com o Estado de direito afeta sem remissão o processo; afeta então, por inerência, o grau e o modo daquela

³⁰⁹ Idem, p. 3

³¹⁰ Atentando-se para a imprescindível coordenação entre Direito, democracia e processo, Geraldo Prado observa que “igualmente as demandas inerentes ao sistema penal, derivado do sistema jurídico, acabam por sofrer influência ou pressão dos grupos sociais, por meio dos mecanismos de operação do sistema político, pressões cujo resultado pode ser socialmente diferenciado consoante o paradigma político-jurídico adotado, refletindo diretamente sobre as aspirações de democratização do processo enquanto instrumento. Em regime autoritário nem todas as demandas são expostas e o critério de atendimento não é uniforme e impessoal”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 64.

³¹¹ GLOECKNER, Ricardo. *Metástases do sistema inquisitório*. Op. cit., p. 12

correspondência”; e “que o que quer que suceda ao nível dos instrumentos manejados pelo Estado de Direito afeta por definição [...] o sistema processual”³¹².

Ora, se é verdade que o processo, enquanto microcosmo, deve observância ao Estado de direito (primeira acepção), não é aconselhável descuidar que o *dispositivo* Estado de direito, por sua vez, “está sujeito a contaminações e a derivas de toda ordem”, “é suscetível de apresentar contradições internas, de ordem principiológica ou orgânica, interferentes sobre seu desempenho”, ou ainda “pode perversamente servir de invólucro àquilo que propriamente o nega”³¹³.

É curial, portanto, não desperceber a dinâmica (interna e externa) que faz mover o Estado de direito, bem como a altíssima porosidade e ductibilidade deste *dispositivo* quando defronte “ao que não tem um código genético compatível com o seu”. Resta, assim, pôr uma questão já suscitada por Cunha Martins: “se o processo é o microcosmo do Estado de direito, o Estado de direito, por sua vez, é o microcosmo de quê? Quem lhe percorre as artérias e lhe agencia o movimento? Quem lhe requisita friamente as funcionalidades?”³¹⁴.

É indubitável que o *capitalismo*, no estágio avançado (neoliberalismo) em que se encontra, alicia os mais variados organismos e os seduz de modo que estes possam operar de acordo com as suas [do capitalismo] finalidades: o Estado de direito não escapa à regra. Nada obstante, após ser incorporado ao Estado de direito, o capitalismo passa a ser parte constitutiva do seu organismo. Em apertada síntese, é por essa razão que deve compreender-se que afirmar “o processo é microcosmo do Estado de direito” é substantivamente diverso de dizer que o processo é “o-microcosmo-do-Estado-de-Direito-em-que-se-alojou-o-capitalismo”³¹⁵. Cabe perquirir, portanto, como o *parasita capitalismo* interage com o *hospedeiro* Estado de direito, e, conseqüentemente, sob quais aspectos e em que grau contamina também o *processo* (já que este é microcosmo do Estado de direito).

Fora visto, até o presente momento, que a compreensão da relação de *circularidade sistêmica* entre o subsistema processual penal e o sistema constitucional é etapa indispensável

³¹² MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. op cit., p. 2

³¹³ Idem, p. 4

³¹⁴ Idem, p. 9

³¹⁵ Idem, p. 10

para uma adequada abordagem da matéria. Mas também se observou não ser ela suficiente. Deveras, na operação de despiste que se está a realizar, não basta perceber a relação de circularidade entre *subsistema-sistema*, ou seja, a inscrição dos círculos menores em maiores; é de se notar também a relação (não poucas vezes conflituosa) entre os diversos *sistemas*, relação esta que inegavelmente terá repercussões sobre o processo (penal). Nesse ponto, já estamos diante as *acoplagens intersistêmicas*, responsáveis por mediar atualmente “a relação entre o capitalismo e o Estado de direito, cavando mais fundo a cooptação do segundo pelo primeiro”³¹⁶.

Não deve se descuidar desses (des)encaixes. Afinal, como se verá adiante, eles estão no cerne mesmo da remodelagem do processo penal contemporâneo. Passa-se, portanto, à sua análise. Há de se convir que para uma compreensão mais certa do fenômeno dos *acoplamentos* é de bom alvitre situar “o posto de observação numa zona de manifesta confluência intersistêmica”; zona que, por sua vez, comportando dobras, demanda força; em sendo *limite*, é potencialmente conflito (conforme alhures trabalhado). Mas entre quem é a contenda? E mais: disputam pelo quê?

Em se tratando dessa demarcação zonal, depara-se com “um *sistema jurídico* posicionado frente a um *sistema comunicacional* que por sua vez é percorrido pelos fluxos de um *sistema econômico*”, “em que o que está em causa é captar a atenção de um *sistema social* inquieto por atribuir a cada um deles determinado grau de confiança e, em função dele, determinado grau de adesão”³¹⁷. Em suma, o que está em questão é saber qual sistema (comunicacional, jurídico, político, econômico) terá a prevalência em se tratando de *gestão das expectativas*.

É verdade que os *regimes de expectativa* se estruturam, classicamente, pela “parelha campo de experiência/horizonte de expectativa” e por um elemento que está a ela adendado, o *preenchimento*; de fato, em tudo o que é *expectável* há, desde cedo, um *desejo de preenchimento*, ou seja, a expectativa – qualquer que seja – deseja ver-se a si mesma cumprida, quase enquanto *profecia*. É também verídico que a modernidade tentou conter a voracidade da *vontade de preenchimento*, antecipando-o “para o modo da esperança” ou aprisionando-o “sob o modo da promessa”³¹⁸. Contudo, “desde o momento em que a conjuntura histórica passa a

³¹⁶ Idem, p. 17

³¹⁷ Idem, p. 32

³¹⁸ Idem, p. 36

dar mostras de alguma turbulência de conceito, alguma complexificação das práticas e, sobremaneira, de alguma insatisfação no relativo aos seus horizontes de temporalidade”³¹⁹, os mecanismos de estabilização de expectativas (entre os quais o direito) também passam por uma reconfiguração, e as suas funções por um redesenho operacional.

O presente cenário de abertura dos horizontes para novos preenchimentos provoca um claro tremor ao nível das expectativas, que pululam e aguardam impacientes por seus estabilizadores. E, se reduzir a complexidade é necessário para qualquer convivência humana em sociedade, cabe perquirir, na atual quadra de disponibilidade do horizonte, quais são os mecanismos que cumprem tal tarefa [de redutores de complexidade] de maneira mais eficaz.

É incontestável que os meios de comunicação de massa (os “*mass media*”) têm se sobressaído enquanto “credíveis redutores de complexidade”³²⁰. Mas não apenas isso: os *media* asseguram tanto um *desejo de preenchimento* “de normalização e de simplificação das opções em presença”, reduzindo-se a complexidade, como também permitem “a busca de um preenchimento de expectativas relativamente a valores como ‘diversidade’ e ‘gozo do múltiplo’”³²¹, portanto, no sentido de incremento da complexidade. A eficiência dos *media* enquanto gestores do preenchimento – eficiência medida na competência dos meios de comunicação de massa ser e gerar complexidade, ao mesmo tempo reduzindo-a – faz pressão, indubitavelmente, sobre o sistema jurídico, e especialmente o faz sobre o sistema processual penal.

É chegado, então, a um ponto de entroncamento entre o sistema comunicacional e o sistema jurídico, interpenetração que, frise-se, traz consequências expressivas – por contaminação – ao processo penal. A constrição do segundo sistema pelo primeiro resta cada vez mais evidente, com a expressiva (e expansiva) intromissão dos *media* sobre os julgamentos, especialmente os penais (veja-se, por exemplo, a interferência midiática naquilo que se denominou de maxiprocessos).

³¹⁹ Idem, p. 37

³²⁰ Idem, p. 41

³²¹ Idem, p. 41

Nessa senda, é dever concordar com Prado, para quem “o *processo paralelo* difundido na mídia é superficial, emocional e muito raramente oferece a todos os envolvidos igualdade de oportunidades para expor seus pontos de vista”³²². E prossegue o exame:

a presunção de inocência sofre drástica violação, pois a imagem do investigado é difundida como da pessoa responsável pela infração penal; e em vista disso, o desequilíbrio de posições que os sujeitos têm de suportar durante o período de exposição do caso pela mídia transfigura os procedimentos seculares de apuração e punição, passando subliminarmente a idéia do caráter obsoleto e ineficiente das garantias processuais, a que se soma a percepção do processo penal como meio demorado de se fazer justiça em comparação com a ‘célere’ e ‘perfeita’ investigação da mídia³²³.

Ao dizer isso não se está, de maneira alguma, a atacar a liberdade de imprensa, que é sabido ser direito constitucional de maior relevo. Basta um rápido olhar sobre as estratégias de controle, por parte de (quase todas as) ditaduras, das informações veiculadas para demover quem sustente a possibilidade de censura. Nada obstante, em se tratando de democracia, as liberdades – incluindo-se aí a de imprensa e de expressão – devem ser gozadas com responsabilidade. E, nesse tocante, uma vez mais Prado está com a razão, quando sugere “que o controle das situações de conflito entre liberdade de imprensa e devido processo legal está em se proibir à imprensa aquilo que é igualmente proibido ao Estado, isto é, fazer uso de informações obtidas criminosamente”³²⁴.

Resta perguntar, assim: como reage o direito quando diante de pressões extrínsecas? É dizer ainda: como opera a *maquinaria processual das expectativas* quando está sendo guiado por um redutor de complexidade como o sistema comunicacional? Nesse momento, já não se duvida de que os *media* têm protagonismo na gestão das expectativas e, por conseguinte, exercem enorme pressão (desde o exterior) sobre o direito. A questão que ora se apõe é saber como o processo judicial interioriza, ao nível da *maquinaria processual das expectativas*, as pressões que vêm desde o lado de fora de suas tradicionais fronteiras. A hipótese que se trabalhará é de “que o peso tomado pelo ideal de ‘transparência’ no mundo jurídico é a expressão da vontade de competir [com os *media*] no *campo da verdade*. E o peso tomado pelo ideal de ‘celeridade’ é a vontade de competir no *campo do consumo*”³²⁵.

³²² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 254

³²³ Idem, p. 255

³²⁴ Idem, p. 257

³²⁵ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. op. cit., p. 45

Deveras, a obsessão por transparência do processo exsurge como resposta às pressões mediáticas pela *verdade*, verdade que, diga-se, ela [a mídia] mesmo produz. Assim, conclusão lógica: o processo está refém de uma *verdade* (o que por si só já é perigoso) fornecida por um *sistema* de código genético diverso do seu e que, por conseguinte, opera de maneira distinta dele [sistema jurídico]. E pior, uma *verdade* que, tomada como *evidente*, dispensa a *prova*; e, ao dispensá-la, torna o próprio processo penal inútil. Explico melhor a problemática: se os *media* são “credíveis redutores de complexidade” (na atual quadra, são tidos como muito melhores do que o direito), as verdades que produzem são naturalmente tomadas como absolutas, indubitáveis, críveis pela opinião pública que informam.

Inevitável que, pressionado por uma *cultura do senso comum*, o processo penal agonize: o “devido processo legal (apresentado como um estorvo)”, a “plenitude de defesa (o *locus* da malícia e da indiferença)”, a “presunção de inocência (imagine-se num flagrante gravado pela câmara!) e outras garantias do Estado democrático de direito”³²⁶ são subvertidos em nome de uma *verdade* que, em sendo evidente, deve ser o resultado último do processo, externado numa decisão penal que lhe confirme.

Não é preciso lembrar que, nesse ponto, já se está diante de algo denominado processo penal inquisitório, em que a “ambição pela verdade real” tende a validar o completo desprezo pelas garantias processuais, sempre em nome de algo que, em sendo “sabido antecipadamente”, busca apenas uma autoconfirmação (se insere aqui a questão, trabalhada com excelência por Cordero, do “primado das hipóteses sobre os fatos”, capaz de gerar “quadros mentais paranoicos”, vez que primeiro decide-se, para depois sair em busca de confirmação). O processo é tão-só um jogo de cena – ou, como dirá Jacinto Coutinho, “teatro, não raro pantomima; puro embuste”³²⁷.

Nada obstante o conteúdo do processo (a verdade que se persegue) seja moldado pelos meios de comunicação de massa e permanentemente regulado pelo *sistema comunicacional* por meio da obsessão por transparência, não é só. É preciso dizer mais: sua forma – a do processo

³²⁶ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271- 289, 2o semestre de 2002. p. 274

³²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 125

– também o é. Nesse diapasão, é mister perceber que os influxos dos *media* sobre as recentes deformações do processo aparecem através do *operador celeridade*. As duas dimensões já são aqui complementares: se a *verdade* é autoevidente, e, portanto, dispensa qualquer prova (1ª aceção), os meios para se chegar à ratificação dela devem ser os mais eficientes possíveis (2ª aceção). O processo deve ter, acima de tudo, um fim rápido.

Enquanto *produto* a serem *consumido*, as informações propagadas pela mídia têm de responder, permanentemente, ao novo; e o fazem por meio da lógica do “instantâneo, [d]a comoção, [d]o conflito, [d]a manipulação dos sentidos”³²⁸. Para concorrer com os *media* “no campo do consumo”, a maquinaria processual das expectativas internaliza as pressões forâneas através da adoção do ideal de *celeridade* – o exemplo da simplificação/abreviação processual é aqui mais do que ilustrativa, é sintomática. Nessa senda, há de se dar voz à valiosa lição de Rui Cunha Martins que aponta para a pressão exercida pela opinião pública (informada pelos *media*) sobre a *forma* do processo:

‘Celeridade, eficiência e economia processual’, tríade literalmente expressa em diversas ocasiões, não é bandeira argumentativa que costume esvoaçar sozinha. Perto dela é bramido o argumento complementar do ‘clamor público’. É coincidência a registrar. Se a justificação da celeridade, ao utilizar argumentos internos à economia do processo, procura resguardar-se numa linha de intervenção de cariz em aparência apenas técnico e evado fundamentalmente de preocupação instrumental, já a inserção desse argumentatário eficientista num plano discursivo mais vasto onde se inclui também o fator ‘clamor público’ ou similares empurra a lógica subjacente para uma linha de indesmentível cariz político e onde a gestão das expectativas sociais e respetiva manipulação surge como verdadeiro eixo estratégico.³²⁹

Diante do exposto, compreende-se a razão pela qual o supracitado autor assevera que o processo penal sob o signo da celeridade (e da obsessão de transparência) se dirige às expectativas; é incontestado que o faça. Outrossim, se as expectativas, na contemporaneidade, são geridas primordialmente por um redutor de complexidade como a *comunicação social*, é certo que o processo penal, através da *maquinaria processual das expectativas*, paga tributos às pressões decorrentes das expectativas geradas (e geridas) pelos *media*. O faz por meio da internalização de uma concepção de verdade por eles produzida (que faz lembrar em muito a pretensão da “verdade real”, comprovadamente nociva a qualquer processo penal que se queira democrático) e da velocidade por eles ditada, em que o tensionamento se dá entre o *tempo do*

³²⁸ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. op. cit., p. 42

³²⁹ Idem, p. 47

instantâneo, que costuma reger os meios de comunicação de massa, e o *tempo do processo*, que, para ser devido e legal, demanda tempo.

Para um adequado mapeamento fisiológico dos sistemas processuais penais (e de sua operatividade) na contemporaneidade impôs-se esse exame. Procede-se ao laudo parcial³³⁰: a diagnose possibilitou a detecção do vírus da espécie inquisitório em estágio de proliferação avançado (hiperinsfestação) dentro do organismo Estado de direito; o exame evidencia atividade inquisitória ativa multiorgânica, revelando sinais claros de intensa proliferação viral. Não foram encontradas estruturas íntegras de blindagem (o *processo-feito-estrutura*) à adsorção do vírus à célula, sugerindo acometimento intenso de acoplagens inter e intrassistêmicas indesejáveis (destaque para o papel exercido pelo “*parasita capitalismo*”). Nesse sentido, a estrutura celular do *processo* não consegue resistir às acoplagens intersistêmicas, que a contaminam desde fora (*sistema econômico, comunicacional*), tampouco consegue prever as interações intrassistêmicas (o autoritarismo que habita e assanha qualquer dispositivo punitivo), indubitavelmente causadoras de ruídos – em ambos os níveis parece haver alto grau de imprevisibilidade. Tais interações entre vírus e organismo já confirmam quadro de neoplasia inquisitória. Os achados, ainda que com alterações inespecíficas, sugerem uma disseminação inquisitiva compatível com metástases no processo de oncogênese. Proceder a exame tomográfico.

Fazem-se ausentes nesta descrição competências imunológicas (de blindagem,) esperadas, tais como “democracia” e “constituição”. O exame parcial aponta que esses mecanismos imunes não conseguiram conter a replicação viral (imunodeficiência?); ao invés disso, o vírus, enquanto agente mutagênico, parece ter sido capaz de, posteriormente à incubação, *agenciar* a dinâmica das células hospedeiras – a uma observação minuciosa, percebe-se desde a instalação do vírus um funcionamento anormal também dos operadores “democracia” e “constituição”; sequestrados por uma mentalidade inquisitória, tornam-se bandeira para projetos políticos pouco coadunáveis com os seus fins.

³³⁰ A inspiração para a feitura desse laudo parcial advém dos “Relatórios Intercalares” de Rui Cunha Martins, na já citada obra *A hora dos cadáveres adiados*.

2.2. Princípio de sistema: *demarcando os contornos de inquisitivo e acusatório*

Realizadas as prévias *demarcações*, que se entende proveitosas para o trato com os delineamentos contemporâneos dos sistemas processuais penais, e antes de adentrar no exame específico da *zona fronteira* em que se situam as soluções negociadas, passa-se a esmiuçar o conteúdo de cada um dos dois sistemas: o inquisitório e o acusatório. Conforme se denota do trajeto percorrido até o momento, é de se assentir que uma análise que se pretenda acurada deve partir, por imperioso, da dissecação do núcleo estruturante de ambos os sistemas.

Nada obstante, a dificuldade reside em concatenar a noção de princípio reitor – enquanto regente do sistema, o princípio é seu arquiteto – com uma imanência rizomática, dimensões de insondáveis *devires* que compõe a dinâmica processual, em conexões que se negam a comportar de acordo com as ordens de um General hierarquicamente superior. Um *núcleo regente* que surge para ordenar, é certo que sim; contudo, até contra a sua natureza, é aconselhável ao sistema que não despreze uma certa imprevisibilidade processual. A problemática parece residir, assim, no reconhecimento da inapreensibilidade do processo por uma estrutura inerte: naquele, justamente por ter sido um dia somente *processo* (“dinâmica que antecede a introdução de uma qualquer direcionalidade”³³¹), sempre subsistirá uma memória rizomática – ainda que enquanto potencialidade, estará lá a permitir “todo tipo de ‘devires’”.³³²

Nessa senda, compreende-se que, a despeito de não se tratar de um sistema a-centrado (como querem Deleuze e Guattari com o *rizoma*), pode se dizer que os sistemas processuais penais têm um núcleo peculiar, particularmente intrigante, por desafiar a noção da ideia fundante como Uno; pôr em dúvida a compreensão da ideia única como unidimensional, unilateral. A percepção desse núcleo que se erige a partir da multiplicidade é ao processo penal necessária: convém tomá-lo não a partir de um só ato (gestão da prova, separação das funções...), mas sim desde o entendimento das tarefas distribuídas aos atores processuais e da forma pela qual eles desempenham suas funções.

Começemos pela análise dos princípios tomados como regentes dos sistemas processuais penais. Classicamente, o ponto de flexão entre acusatório e inquisitório é a separação das

³³¹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. op. cit., p. 66

³³² DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. op. cit., p. 44

funções de acusar e julgar. Em termos bem sintéticos, a corrente que sustenta ser o elemento identificador de cada um dos sistemas a separação (ou não) das funções concebe o acusatório como sendo o sistema em que há tal distinção entre o julgador e o acusador (*ne procedat iudex ex officio*) e o inquisitório como aquele em que as duas funções estão a cargo de uma mesma pessoa (o juiz-inquisidor). Nada obstante parte respeitável da doutrina continuar afiliada a tal corrente, há de se reconhecer sérias limitações teóricas na eleição da separação de funções para critério definidor. Conforme leciona Aury Lopes Jr:

A separação (inicial) das funções de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização.

Não se pode desconsiderar a complexa fenomenologia do processo, de modo que a separação de funções impõe, como decorrência lógica, que a gestão/iniciativa probatória seja atribuída às partes (e não ao juiz, por elementar, pois isso romperia com a separação de funções). Mais do que isso, somente com essa separação de papéis mantém-se o juiz afastado da arena das partes e, portanto, é a clara delimitação das esferas de atuação que cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial.

Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. (...) ³³³

Ademais, deve se concordar com a leitura feita por Gloeckner, para quem

a distinção [dos sistemas processuais baseada na separação das funções de acusar e julgar] é bastante frágil e, portanto, não pode ser elevada ao ranking de critério definitivo para a construção de resultados que atribuam a um ou outro modelo, o caráter de acusatório ou inquisitório. Esta fragilidade encontra eco nos diversos procedimentos criminais que, ao longo da história, apesar de manter separados o órgão julgador do acusador, nem por isso apresentam características (em seu funcionamento) creditáveis a um modelo acusatório. Apenas a título exemplificativo, atribuir à separação de funções o condão de determinar, por si só, a acusatoriedade ou a inquisitoriedade de um sistema seria equivalente a afirmar que o sistema processual penal da Itália, na década de 30, era acusatório. Como é cediço, na Itália, durante o fascismo, o sistema não era acusatório. Todo o oposto. ³³⁴

Ante o exposto, pode-se afirmar que, se é certo que a concentração das funções de acusar e julgar em uma só pessoa implicará, indubitavelmente, numa configuração inquisitória do processo penal (juiz-inquisidor, acusado mero objeto de investigação, contaminação dos fatos pelas hipóteses), a recíproca – mera separação das funções a conformar o acusatório – não é necessariamente verdadeira. Ora, isto porque não é simplesmente por haver uma separação inicial de funções que se pode afirmar estar diante de um sistema acusatório: se assim fosse, a *Ordonnance Criminele* de Luís XIV (templo laico do sistema inquisitório) e os códigos nazi-

³³³ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? Op. cit., p. 14

³³⁴ GLOECKNER, Ricardo. Metástases do sistema inquisitório. op. cit., p. 14

fascistas, pelo simples motivo de manter um processo com partes, acomodariam o sistema processual de seus países ao modelo acusatório. E bem sabido que assim não o foi.

Nesse sentido, a mera separação das atividades não parece ser critério suficientemente sólido para garantir a distinção entre os sistemas processuais. E não o é por permitir (na verdade, por não conseguir vedar) “ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar sua versão”³³⁵. Assim sendo, “não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora”³³⁶. Não há garantia alguma de que a mera distribuição (inicial) das tarefas conseguirá manter, durante o curso do processo, o juiz alheio às atividades de prova.

Outro ponto reiteradamente suscitado por parcela da doutrina, e que caminha amiúde próximo ao argumento nuclear da separação das funções, é a existência de um suposto *sistema misto* enquanto terceiro sistema processual penal. Nele, advogam seus defensores, haveria uma fase pré-processual inquisitória e uma outra processual acusatória. O engenho napoleônico (lembre-se: o dito sistema misto tem origem no *Code Napoléon*, de 1808) é fabuloso, não fosse antes diabólico: o juiz da investigação preliminar – o mesmo do processo – era simples herdeiro do seu colega inquisidor, agindo com plenos poderes sobre a produção e aporte de provas ao processo; provas estas que eram introduzidas *in totum*, sem filtro algum, na fase processual (pretensamente) acusatória. Parece residir precisamente aí a falácia do sistema bifásico, conforme ensina Aury Lopes Jr.:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em mera repetição ou encenação da primeira fase.³³⁷

E, mais adiante, prossegue o autor:

³³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. op. cit., p. 48

³³⁶ LOPES JR., Aury. *Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?* op. cit., p. 44

³³⁷ Idem, p. 42

O Código Napoleônico de 1808 engendra um inteligente sistema bifásico, em que a primeira fase (investigação preliminar) transcorre no sigilo da inquisição: é o *locus* destinado a colher a prova do fato delitivo. É ali que se faz o juízo dos fatos, a reconstituição do passado, a revelação da *verdade dos fatos*. Esse é o momento crucial para definir a base fático-probatória sobre a qual irá se desenvolver o processo, ou melhor, a jurisdição, na concepção tradicional e histórica de *poder dizer o direito*. Nessa estrutura, brilhante, diga-se de passagem, o poder de “revelar a verdade fática” está nas mãos do inquisidor, que a manipula no sigilo e no labor solitário da fase inquisitória, pouco caso fazendo do contraditório, inexistente aqui, por suposto. Quando se chega ao processo, então ilusoriamente acusatório e contraditório, a verdade histórica já foi definida. Ao juiz cabe apenas aplicar o direito ao caso concreto, dizer a lei (juiz-boca-da-lei) que deve incidir, fazendo o famoso silogismo tão valioso para os modernos.

Por esse motivo, a defesa do sistema misto é um engodo.³³⁸

Com razão, lembra Salah Khaled Jr.³³⁹ que “a concessão de poderes para que o juiz produza provas representa uma porta aberta para o decisionismo e para a reprodução da patologia inquisitória”. Inegável que o faz: se é verdade que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar”³⁴⁰, desde a partida ter-se-á um prejuízo (capital) na desejada posição de imparcialidade do julgador, uma vez que, enquanto *gestor da prova* (ao mesmo tempo produtor e receptor), formulará hipóteses sobre os fatos ocorridos para depois ir à cata das provas que deem ensejo a sua decisão – já tomada desde o princípio. Eis o panorama descrito por Cordero responsável pela formação de “quadros mentais paranoicos”.

Tendo em mente a problemática, e indo muito além da clássica doutrina, Jacinto Coutinho³⁴¹ propõe que a concepção do núcleo fundante de cada um dos sistemas seja realizada não pela mera separação das funções de acusar e julgar (dirá ele que até o Ordonnance Criminele, templo laico da inquisição, previa tal separação), mas sim pela *identificação do responsável pela gestão da prova*.

Conforme ressaltado em momento anterior, Coutinho conceberá o princípio a partir da observação do encarregado pelo aporte de provas ao processo: caso o gestor da prova seja o juiz, estar-se-á diante do princípio inquisitivo, que ressignificará o sistema tornando-o inquisitório; em outro sentido, caso a iniciativa probatória compita às partes, estar-se-á diante

³³⁸ Idem, p. 51

³³⁹ KHALED JR., Salah. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340 - 355, jan - fev. 2015. p. 343

³⁴⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 218

³⁴¹ Uma exposição profunda de suas ideias encontra-se na compilação de artigos disponíveis em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. op. cit. p. 25-62; p. 113-134

do princípio dispositivo, que ressignificará o sistema processual tornando-o acusatório. A contribuição de Jacinto Coutinho é bem sintetizada por Gloeckner:

Uma importante crítica às concepções tradicionais dos sistemas processuais penais é ilustrada por Jacinto Coutinho. A partir da concepção de que todo sistema possui um princípio unificador, constata que a gestão da prova perfaz esta ferramenta de análise dos sistemas processuais penais. Enquanto no sistema inquisitorial o princípio unificador corresponde ao princípio inquisitivo (atribuição de poderes *ex officio* ao magistrado), no acusatório prevalece o princípio dispositivo (prova nas mãos das partes). Eis aqui uma crítica importante, que coloca em xeque a predominante e simplista distinção entre os sistemas processuais baseada exclusivamente na identificação de uma parte que propõe a demanda e outra que julga.³⁴²

Notavelmente, a teoria de Coutinho é bem mais sofisticada do que a clássica distinção apoiada na separação das funções de acusar e julgar (e também o é muito mais complexa do que o breve relato tecido acima), percebendo na gestão da prova o ponto de flexão entre os dois sistemas processuais penais e, assim, concebendo o princípio – dispositivo ou inquisitivo – a partir da identificação do responsável pelo aporte das provas ao processo.

Outrossim, como dito em momento anterior, se é a prova o meio pelo qual o conhecimento (possível) do fato pretérito – suposto crime – adentra no processo penal, a eleição (sempre política) para responsável pela tarefa de introduzir o saber é, indiscutivelmente, ponto nodal para o deslinde do estudo sobre os sistemas processuais penais.

Nada obstante, a compreensão da presente tese é a de que a teoria formulada por Jacinto Coutinho, por mais bem desenvolvida que seja, não consegue dar conta, absolutamente, daquilo que Bernd Schunemann denominara “aglomeração quântica de poder”³⁴³. Tal operação consiste na distribuição iníqua de poderes processuais, preferentemente aumentando os poderes (e o rol

³⁴² GLOECKNER, Ricardo. Processo penal pós-acusatório? Ressignificações do autoritarismo no processo penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378 - 408, jan - fev. 2015. p. 381

³⁴³ Eis o que diz Bernd Schunemann: “Así, en el procedimiento previo al juicio oral ha aumentado enormemente la posición de poder del Ministerio fiscal mediante una extensa aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de las faltas (definidas en el §12 StGB), mediante la posibilidad de llegar a un sobreseimiento del proceso cumpliendo ciertas obligaciones (§153 a StPO) y mediante la supresión de la instrucción judicial. Sin embargo, el simultáneo traslado de la masa de procesos de instrucción a las autoridades policiales produce un debilitamiento del Ministerio fiscal sólo en la relación interna Ministerio fiscal/policía, pero ello no modifica para nada el aumento de poder de las autoridades de persecución penal en general. Paralelamente a esto, los órganos de investigación recibieron, paso a paso, todos los medios modernos de coerción y técnicas de investigación que desde el punto de vista policial se mostraban deseables y útiles. Así, la red de persecución penal represiva establecida en el marco de las “leyes de lucha” con actividad policial preventiva e informativa condujo a una aglomeración cuántica de poder que, en esas dimensiones, no se pudo observar más allá de los Estados policía”. SCHUNEMANN, Bernd. **La reforma del proceso penal**. Madrid: Editorial Dykinson, 2005. p. 30

de atribuições) dos órgãos de investigação e acusação em detrimento da contração de direitos e garantias processuais ao investigado e à defesa, dando azo, por consectário, a instalações de cunho inquisitório não mais identificadas (apenas) na figura do juiz, mas igualmente na do Ministério Público.

Nas palavras de Schunemann, é o que se tem passado na Alemanha nos últimos 25 anos, em que as transformações no processo penal levaram a um reforço da “posición procesal de poder de las autoridades de prevención penal (Ministerio Fiscal y policía) a costa de la posición del inculcado y su defensa, como también del juez, quien, si bien dicta la sentencia decisiva formalmente y hacia el exterior aún sobre la base del juicio oral, de facto actúa frecuentemente sólo como órgano de ejecución del Ministerio Fiscal”³⁴⁴.

Explico melhor: o simples fato de a *gestão das provas* estar a cargo das partes, ao invés de submetida ao juiz, não parece obstáculo suficientemente forte para a contenção de posturas autoritárias, podendo resultar, igualmente, de um sistema em que a gestão da prova está nas mãos das partes semelhantes descabros de seu rival inquisitório. A concentração de poderes processuais não é abarcável pelo critério de gestão da prova, mas é extremamente relevante para a identificação de um sistema processual como acusatório ou inquisitório. Nessa senda, Ricardo Gloeckner ensinará que

Processo penal e poder cuidam de relações evidentemente assimétricas. Dito isso, constata-se que as dissimetrias encontradas entre processo e poder (ou autoridade) tratam da própria natureza dos institutos envolvidos. Naturalmente, há uma supremacia do poder sobre as condicionantes jurídicas ou normativas, o que permite se verificar como a aparente simetria esconde um vício indelével. Deve-se recordar com Schunemann que um sistema autoritário de processo pode ser concebido através de uma distribuição desigual de poderes processuais, denominada pelo pensador alemão como “aglomeração quântica de poder”. Isto é, desnecessário que o órgão julgador adquira ou possua poderes *ex officio* de instauração do processo. Inclusive a própria ausência de processo pode equivaler a um modelo autoritário de prática punitiva (como no caso do plea bargaining).³⁴⁵

Parece ser esse o caso da inserção das soluções negociais ao processo penal; sustento que a barganha opera a partir de, e só faz reforçar, um desequilíbrio de poderes entre os atores

³⁴⁴ Idem, p. 43

³⁴⁵ GLOECKNER, Ricardo. Processo penal pós-acusatório? Resignificações do autoritarismo no processo penal. *Revista da EMERJ*, op. cit., p. 385-6

processuais, diante do exponencial aumento de poderes dos órgãos preventivos a custa dos direitos do acusado e sua defesa.

De plano, a pergunta a se fazer sobre a compatibilidade da barganha com o modelo acusatório seria: está a negociação de acordo com princípio dispositivo³⁴⁶, dentro de um modelo de partes? Os defensores da inserção em terreno acusatório advogam que sim, sob o argumento de que se as partes podem/devem produzir provas, também deveriam poder abrir mão de fazê-lo; se podem decidir ir à julgamento, também deveriam poder solucionar o caso penal por meio de uma negociação, *dispondo* livremente de seus direitos e deveres para a obtenção de benesses e para a consecução de seu melhor interesse. É exatamente esse o conteúdo de dispositivo que norteia o processo penal acusatório: o de permitir às partes a possibilidade de dispor do próprio processo. Logo, ver a barganha como decorrência dos mandamentos acusatórios.

Contudo, essa possibilidade dispositiva, em um cenário de desequilíbrio de poderes entre acusação e defesa, mais lembra o modelo inquisitório de processo penal, no qual ao inquisidor era concedido poderes quase absolutos para investigar o acusado-objeto e extrair dele uma confissão pelos seus crimes-pecados. O funcionamento da barganha tem se demonstrado bem mais próximo do sistema inquisitório do que da realização do acusatório, inclusive autorizando aproximações entre a *plea bargaining* e a tortura medieval, por ambas surgirem como maneira de contornar os direitos do acusado (Langbein).

³⁴⁶ Máximo Langer salienta que “A su vez, el carácter de parte de este actor también está dado por la vigencia, prácticamente absoluta en Estados Unidos, del principio dispositivo. Este elemento es natural al modelo de la disputa ya que si el acusador es, junto con el imputado, uno de los dueños de la contienda, es natural que pueda en cualquier momento desistirla total o parcialmente, sin tener que dar mayores explicaciones a nadie por esta decisión”. (...) “Analizado desde el modelo de la disputa, este mecanismo cobra completo sentido. En efecto, si el proceso penal no es sino una contienda entre acusador y acusado, solo existe una controversia si este último se declara no culpable. En cambio, si el imputado se declara culpable, ya no existe disputa alguna sobre la que el juez o jurado puedan resolver, ya que el acusado se ha “allanado” a la pretensión del acusador, y entonces solo resta determinar la pena”. (...) “Si analizamos los mecanismos de negociación entre acusador y acusado a la luz de ambos modelos, es fácil ver que estos se ajustan perfectamente a la lógica o dinámica del modelo de la disputa. En efecto, si el proceso penal es una disputa entre dos partes, es natural que ellas puedan negociar sobre aquélla, poniéndose total o parcialmente de acuerdo sobre cuál es el objeto de la controversia o sobre si siquiera existe alguna. Éste es uno de los elementos que explica por qué el *plea bargaining* - cuya práctica masiva en el sistema estadounidense es relativamente reciente -, es ampliamente aceptado por los operadores de este sistema jurídico - jueces, fiscales y abogados defensores”. In: LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J., y BOVINO, Alberto (comps.), **El procedimiento abreviado**, Buenos Aires, Del Puerto, 2001. p. 118-119; 121.

A assunção do princípio dispositivo, no sentido de poder das partes de dispor do processo, como regente do sistema acusatório parece ser, nesse sentido, equivocada. Geraldo Prado, com razão, assinalará que “por princípio dispositivo, há de se entender aquele que permita dispor sobre o objeto do processo em tramitação, não sendo caracteristicamente acusatório ou inquisitório”³⁴⁷. Deveras, a possibilidade de dispor do processo não é própria de um ou outro modelo de processo penal, cabendo observar o processo acusatório como “um processo de disputa entre partes diante de um terceiro julgador imparcial, sem autorizar o poder de disposição às partes sobre o objeto do processo”³⁴⁸, uma vez que na possibilidade dispositiva da acusação não se encontra a renúncia ao poder punitivo (que não lhe pertence), mas à pretensão acusatória.

Por conseguinte, entende-se que a gestão da prova nas mãos das partes, tomada pura e simplesmente, não consegue ser operador suficientemente forte para obstar os resquícios inquisitoriais num processo penal pressuposto acusatório. É que se a finalidade do processo penal inquisitório é “realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade do arbítrio do poder de punir”³⁴⁹, a mera eleição das partes para gestores da prova (por mais essencial que seja para a caracterização do sistema acusatório) não constitui, *per si*, barreira às intromissões inquisitivas, através da sempre possível “aglomeração quântica de poder”. É precisamente o que tem se constatado com o aumento exponencial do poder do Ministério Público, que não raras as vezes valem-se de sua posição de força frente ao investigado/acusado para impor soluções ao caso penal da maneira que lhe aprouver³⁵⁰.

³⁴⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., 188

³⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinicius. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, RT 953, março-2015. p. 271

³⁴⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 173

³⁵⁰ Como salienta Geraldo Prado, trabalhando com a tensão entre equilíbrio e acúmulo de poderes para a configuração dos sistemas processuais e ressaltando a importância do sistema de controles epistêmicos para a efetivação da máxima acusatoriedade, “no processo acusatório de origem anglo-americana as disfunções advêm da ruptura do equilíbrio entre as partes, em um quadro de oposição entre acusação e defesa em que a acusação de ordinário dispõe de muito mais recursos que a defesa para se preparar para o litígio”. (...) “Atualmente, a ‘aglomeração quântica de poder’ que caracteriza o sistema inquisitório tende a concentrar poder nas mãos da polícia e/ou do Ministério Público, mas também eventualmente em mãos do juiz, no âmbito de tarefas preventivas. Com muita frequência isso descamba para o abuso de poder, em um crescente direito penal e processual penal preventivo que combina práticas do subsistema policial e de emergência”. PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 49-50.

Interessante é a leitura de Máximo Langer³⁵¹. A despeito de considerar a barganha, desde um ponto de vista descritivo da dicotomia acusatório-inquisitivo (tipos ideais, modelos históricos), como pertencente ao (ou decorrência natural do) modelo de disputa acusatório, ele reconhecerá que, tomada a contenda por outros vieses teórico-conceituais – i.e. de modelo normativo, de princípio normativo, como finalidade e função processual –, esse mecanismo poderá ser concebido como pertencente ao sistema inquisitivo. Salienta o autor:

estos mismos mecanismos pueden ser considerados "inquisitivos" porque constituyen un mecanismo para obtener admisiones de culpabilidad de modo coercitivo - lo inquisitivo como mecanismo que cumple cierta funcion en el sistema procesal-. Y/o porque no se ajustan al modelo normativo establecido por la Constitucion Nacional que establece que los juicios deben ser orales y publicos, etc. – lo acusatorio como modelo normativo-. Y/o porque no se ajustan a ciertas definiciones de lo acusatorio como tipo puro o ideal que sólo lo conciben como una disputa formal entre acusador y acusado y, por lo tanto, no disponible por ellos. Y/o porque reunirían en el papel del fiscal la función requirente y la decisoria, violando una de las definiciones de lo acusatorio como principio normativo -apartado II. 5-.³⁵²

Nessa senda, dirá Ricardo Gloeckner que:

O *plea bargaining* se constitui exatamente como um instituto jurídico que se apresenta como atributo de um sujeito soberano, capaz de renunciar ao processo e assumir prontamente uma pena. Mais do que isso, apesar de se dar aparentemente como uma categoria afeita ao legalismo adversarial norte-americano, sua finalidade (acabar logo com a contenda) é justamente um meio de se evitar a perpetuação do litígio, o que faz do processo adversarial, concebido como um modelo de disputa entre as partes, uma verdadeira disputa meramente privatística (embora não menos adaptável às pretensões autoritárias do Estado): sendo uma disputa entre pretensões privadas, resolve-se mediante meios que as próprias partes encontram como disponíveis, como a autodeclaração de culpabilidade.

... o *plea bargaining* – aparentemente um instrumento voltado para um modelo coordenado de processo em um Estado reativo – se transformou em importante instrumento de ampliação de zonas de expansão do poder punitivo (abandono de garantias em prol de imediata aplicação da pena);³⁵³

Os cruzamentos recíprocos entre o lugar do verdadeiro, a estética confessional e a abdicação do processo (postura utilitária), bem como o seu enfeixe dentro do sistema processual inquisitório, serão trabalhados em tópico seguinte (2.3.). O que interessa agora é continuar a

³⁵¹ LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J., y BOVINO, Alberto (comps.), **El procedimiento abreviado**, Buenos Aires, Del Puerto, 2001. p. 112. Sobre os vários sentidos teórico-conceituais possíveis a acusatório-inquisitivo (mais especificamente seis) descritos por LANGER, ver p. 102-111 do mesmo artigo.

³⁵² Idem, p. 112

³⁵³ GLOECKNER, Ricardo. Processo penal pós-acusatório? Ressignificações do autoritarismo no processo penal. **Revista da EMERJ**, op. cit., p. 386-388

campanha em direção à identificação do princípio reitor dos sistemas processuais penais: apontada a pobreza analítica (talvez por manterem-se presos aos tipos históricos) daqueles que sustentam/insistem ser o ponto de flexão entre inquisitório e acusatório a separação das funções de acusar e julgar, tal como demonstrada a “incompletude” da tese pela qual a gestão da prova (melhor: o gestor da prova) perfaz esse instrumental de núcleo estruturante – por não conseguir ter solução adequada ao problema da aglomeração quântica e, portanto, de *derivadas autoritárias* no processo dito acusatório –, prossegue-se com o exame.

Uma interessante proposta é a de Rui Cunha Martins. Discutindo acerca do conteúdo do princípio a ser eleito para regência do sistema processual em um Estado de direito, o pensador lusitano demarca a sua posição de que “o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só “princípio unificador”: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o *modelo democrático*”³⁵⁴. E prossegue, ressaltando que

Dizer “democrático” é dizer o contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório”. Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê como (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco de legitimidade. Mas só o poderá ser à condição: a de que esse modelo acusatório se demonstre capaz de protagonizar essa adequação. (...) Pouca virtude existirá em preservar um modelo, ainda que dito acusatório e revestido, por isso, de uma prévia pressuposição de legalidade, se ele comportar elementos suscetíveis de ferir o vínculo geral do sistema (o tal “princípio unificador”: a democraticidade), ainda quando esses elementos podem até não ser suficientes para negar, em termos técnicos, o caráter acusatório desse modelo.³⁵⁵

Nesse diapasão, a eleição de um princípio como democraticidade para o gerenciamento do sistema impõe que se deixe em aberto uma questão, qual seja: “*é este mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compaginável com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que ele se insere?*”³⁵⁶. A resposta a essa indagação será condição para o exame dos componentes de um modelo democrático: em caso afirmativo, as práticas/elementos/mecanismos estarão aptas a integrar o sistema; em caso negativo, deverão ser excluídos e negar-se legitimidade ao seu comparecimento em ambiências democrático-constitucionais, pelo que devem ser vedadas aparições autoritárias no terreno.

³⁵⁴ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** op. cit., p. 73

³⁵⁵ Idem, ibidem

³⁵⁶ Idem, p. 74

A sugestão é, deveras, cativante. O problema reside na dimensão prática: afinal, se permitido o oxímoro, de *democratas antidemocráticos* o mundo – o Brasil, especialmente – está cheio, ainda mais em tempos de neoliberalismo agudo.

Em momento anterior, restou assente “que a [mera] opção pela democracia como um natural contrafator às práticas autoritárias se constitui como um operador insuficiente ou epistemologicamente incapaz de estabelecer limites às denominadas práticas autoritárias”³⁵⁷. No mesmo sentido, é de se concordar que a mera eleição da democracia a modelo processual, por si só, não conseguirá conter as derivas autoritárias; isto é dizer, em termos de processo penal, que o recurso à democraticidade não poderá bloquear as eventuais intromissões inquisitivas.

O desafio, portanto, é firmar estaca num terreno que está sempre a se mover. Por seu caráter polimórfico, a *democracia* comporta uma pluralidade de significações; pela sua aparente disponibilidade, pululam sujeitos em busca da primazia pelo *preenchimento*. Ademais, é de se ter atenção ao fato de que “a instalação de um regime político democrático não corresponde necessariamente a um movimento de substituição/superação/eliminação dos elementos do anterior regime”³⁵⁸. Basta ver os elementos autoritários – inclusive o próprio processo penal o é – que persistem no Brasil, sem embargo da democratização ter se dado na década de 1980³⁵⁹.

A se falar de Brasil, compreende-se, portanto, que a discussão sobre a adoção de um sistema processual constitucionalmente eleito (o acusatório) deve levar em conta não apenas a porosidade (essencialmente constitutiva) de qualquer *democracia*, mas também as permanentes requisições ao “patrimônio ditatorial”, que não cessam justamente porque a *transição* – enquanto “operador fraco de mudança” – costuma não operar sob rupturas abruptas³⁶⁰.

³⁵⁷ GLOECKNER, Ricardo. Metástases do sistema inquisitório. op. cit., p. 12

³⁵⁸ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 83

³⁵⁹ Geraldo Prado faz interessante balanço sobre as permanências autoritárias no processo penal do Brasil pós-1988 em: PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações, permanências. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan-fev 2015.

³⁶⁰ Destaca Rui Cunha Martins: “Com efeito, uma perspectiva linear e sucessiva de alinhamento dos fenômenos no tempo tende a valorizar preferencialmente a mudança e a radicalidade da passagem, bem como um ‘novo’ entendido mais como verticalidade e menos disponível para se pensar enquanto lateralidade, para aplicar a terminologia com que iniciei este capítulo. Uma inclinação que compromete de imediato a própria ideia de *transição*”. MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 88

São, portanto, duas ordens de problemas, que se cruzam e, em suas interações recíprocas, fazem surgir novas dificuldades: a primeira [ordem] consiste na natural abertura do conceito *democracia* – tal porosidade é, ela também, uma *condição* democrática, visto que “deixar em aberto” é requisito fulcral para evitar enquistamentos autoritários, em forma de pensamento único. Não obstante, e já adentrando na segunda ordem, há inegáveis riscos em *manter-se disponível*: as persistências/retornos/atualizações de discursos e práticas autoritárias são alguns deles, sendo no novo quadro imunizados por uma retórica democrática.

Aí está o caráter pernicioso de pseudodemocratas que, não encontrando respostas no quadro do “patrimônio democrático” (ou, ainda que encontrando-as, optando não usá-las) e requisitados incessantemente pelo *parasita capitalismo*, vão buscar “no painel de funcionalidades da ditadura”³⁶¹ as soluções adequadas, resultando, como é de se esperar, em “fascismos punitivos, fascismos societais, fascismos mediáticos ou fascismos light”³⁶².

Por todo o exposto, deve se fazer loas ao autor português por conceber um modelo que, em sendo a negação do inquisitivo e do misto, possa ir além do acusatório. É deveras louvável tal proposta. E mais ainda: ao sugerir que seja um modelo democrático, assim fundado no princípio da democraticidade, ele resgata a dimensão política necessariamente contida nos sistemas processuais penais, conquanto muitas vezes deixada de lado (ou mesmo propositadamente esquecida) por aqueles que, enclausurados em uma espécie de redoma dogmática, não conseguem enxergar as interações existentes entre política e processo penal.

O temor, reitera-se, é que o recurso a *democraticidade* – elevando-a à princípio de sistema – não seja capaz, por si só, de coibir as reiteradas intromissões inquisitoriais em ambiências supostas democráticas. O cuidado, portanto, deve ser o de manter permanente vigilância sobre as práticas aceites pela democracia, observando-se sempre se esta última não aparece constrangida/coagida por forças que lhe são constitutivamente estranhas, em forma de discursos de *exceção*³⁶³. Que não seja, portanto, uma “democracia qualquer, fulcrada na mera declaração

³⁶¹ Idem, p. 90

³⁶² Idem, ibidem. O conúbio entre o parasita capitalismo (“cavaleiro sem cabeça”) e o vírus fascismo (“sua noiva-cadáver”) é dado desde a autópsia-diagnóstico feita por Rui Cunha Martins em *A hora dos cadáveres adiados*.

³⁶³ Interessantíssima pesquisa é realizada por Rafael Valim sobre as relações entre neoliberalismo e estado de exceção, denunciando a pouca afeição democrática nutrida pela nova ordem econômica. Especial destaque a alguns trechos do capítulo denominado “estado de exceção: signo do fracasso do atual modelo democrático”, por sua pertinência com relação à discussão travada na presente tese, *vide*: “Em outras palavras, a exceção, ao negar a lei, principal produto da soberania popular, toma de assalto a democracia. A pretensão de um governo *impressoal*

formal de respeito aos direitos fundamentais e numa vinculação passiva entre governados e governantes”, mas “sim na real democracia participativa, integradora e solidária, com inegável repercussão no plano do processo penal, de sorte que a cultura democrática aos poucos poderá ser desenvolvida pela conscientização da forma democrática da sociedade conviver”³⁶⁴.

A tarefa, contudo, não é das mais fáceis. Ainda mais dificultoso se torna o encargo quando, conforme salienta Prado, diante de um cenário de globalização neoliberal, em que

o encaminhamento das demandas democráticas vicejadas no plano dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações, especialmente nos países denominados periféricos ou do Terceiro Mundo, deixa aos poucos as pautas políticas, diminuindo conseqüentemente o intervencionismo e dirigismo estatal — retorna-se à era do Estado mínimo —, de sorte a reduzir o direito público praticamente ao direito penal, com o restabelecimento inevitável de um tipo de Estado semelhante ao conhecido estado *gendarme*.

(...) [E mais,] a adoção de uma cultura de Estado mínimo, de Estado penal ou simplesmente punitivo, tendo como sua única responsabilidade o monopólio legítimo do emprego da força, produz um tipo específico de política criminal, ilumina um movimento penal e acaba incidindo sobre o modelo de sistema processual acatado e interpretado, ainda que à luz de uma constituição democrática.³⁶⁵

A saída de tal situação calamitosa parece passar, ao menos em sede processual penal, pelo reconhecimento da imprescindibilidade da “coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pelo desejável caminho da Constituição”³⁶⁶. Pode não ser suficiente — pois ainda dependerá, inevitavelmente, do desejo dos homens³⁶⁷ — mas ao menos o recurso à Constituição e aos direitos e garantias fundamentais nela expressos oferecem um *norte*; fornecem um

das leis cede lugar ao governo *pessoal* dos homens. O povo é destronado em favor do soberano, o que explica a afirmação de Giorgio Agambem de que a *exceção é o absolutismo da contemporaneidade*. “O neoliberalismo transforma a democracia liberal em uma retórica vazia, sem correspondência com a realidade social. E é exatamente neste antagonismo, cada vez mais claro, entre a ordem democrática e o neoliberalismo que irrompem os estados de exceção”. “Em última análise, o estado de exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal”. In_ VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 25-37.

³⁶⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 81

³⁶⁵ Idem, p.65

³⁶⁶ Idem, p. 81

³⁶⁷ Para uma ruptura de fato com o modelo anterior (inquisitório), é necessário compreender também o *aspecto subjetivo*, ou seja, que uma mudança não se concretiza apenas pela adoção de uma nova lei processual que consagre um novo sistema. Diz Coutinho, percutientemente, que “por mais fortes que sejam os argumentos em favor da mudança, sempre a razão será insuficiente para promover o câmbio se o *gozo do sujeito* (para os franceses, *jouissance*), no desfrute da posição anterior, falar mais alto. Aqui, então, o busfils da questão. *Mudar*, diante de tal quadro, é o resultado da impregnação de uma ideia que introjetada vá dizer ao inconsciente, mais precisamente ao desejo inconsciente do sujeito, o qual, porque fala, tem na tessitura da linguagem o sentido que vai mais além do prazer e, assim, goza, renovando-se o movimento de busca de tamponamento da falta que, como se sabe, é constitutiva” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**, p. 87)

caminho (possível, ainda que árido) a ser trilhado para a consolidação de uma efetiva democracia processual penal³⁶⁸; possibilitam, enfim, traçar contornos mínimos a um sistema processual democrático e, assim, filtrar aquelas práticas que lhe são [à Constituição] exigíveis e harmônicas daquelas que importam no descumprimento de seus preceitos e na negativa aos direitos fundamentais nela contidos.

Em um país como o Brasil, onde se operou *transição política* lenta e inconclusa e, muito em razão disso, persiste uma cultura punitiva autoritária, “é comum observar no nível normativo superior (a Constituição da República) um estado de coisas refutado por disposições de níveis normativos inferiores (leis e até regulamentos) e da prática judicial”³⁶⁹. Em processo penal, tal assertiva resulta no fato de que a eleição constitucional pelo *sistema acusatório* (“ninguém duvida – salvo os hipócritas ou os ignorantes – que a CR agasalhou o sistema acusatório”³⁷⁰) é sistematicamente desrespeitada pelas normas inferiores – v.g., o Código de Processo Penal de 41, de clara inspiração autoritária – e também por seus atores, mais acostumados e, porque não, mais confortáveis com a estrutura inquisitorial do processo.

A resistência à implementação da democratização do processo penal, e até mesmo os discursos pelo fim da Constituição, vem de vários lados e em diversos níveis: desde juízes autoritários e justiceiros com sede pela aquisição da *verdade real*, aos “advogados deslumbrados pelo trânsito fácil nos gabinetes de Poder”³⁷¹ e promotores protagonistas na trama judicial-midiática, passando pelo conluio entre setores conservadores, neoliberais e os declaradamente antidemocráticos (alguns parecem pertencer, sem quaisquer objeções, aos três setores), ressoando nos ecos punitivistas propalados pelos meios de comunicação de massa. Finalmente, soma-se a tal quadro as chamadas *reformas parciais*, “algumas absurdas, outras incongruentes, todas lotadas de boas intenções e poucas perspectivas de que venham a vingar”, que acabam sendo nada mais do que “*mudanças para tudo permanecer como sempre esteve*”³⁷²

³⁶⁸ Conforme preciosa lição de PRADO: “A institucionalização da democracia não depende exclusivamente de processos de engenharia institucional elaborados de cima para baixo, na perspectiva das elites, mas ainda de [cita E. Peruzzotti] ‘práticas e identidades políticas da sociedade civil e sua relação histórica com a democracia e o constitucionalismo’. Do mesmo modo, a estruturação democrática do processo penal não se impõe simplesmente de cima para baixo, ainda que se parta da Constituição, pelo menos não sem que se vençam fortes adversários culturais, credores inabaláveis da fé na verdade real, absoluta, conquistável através de um procedimento penal de defesa social, como o inquisitório...”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 75

³⁶⁹ Idem, p. 35

³⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. op. cit, p.83

³⁷¹ Idem, p. 144

³⁷² Idem, p. 261

para se compreender a dificuldade da tarefa de democratizar (também) o processo penal brasileiro.

É dever, nesse sentido, concordar com Jacinto Coutinho quando atesta que “se em tal matéria tudo é problemático – do ponto de vista dos conceitos – e não se tem paz hermenêutica, isso é próprio da linguagem, mas não significa que se tenha que abandonar a luta para que prevaleça a visão mais democrática, expressa na Constituição”³⁷³. De bom alvitre seria, portanto, começar pelo respeito aos mandamentos da Constituição da República de 1988! E, em termos processuais penais, é cristalino que a escolha dos constituintes foi pela implementação do sistema acusatório³⁷⁴.

Após essa longa digressão, retorno ao ponto que deu ensejo ao debate, qual seja, a inspeção dos *princípios* inquisitivo e acusatório³⁷⁵. As anotações acima realizadas, compreende-se, são fundamentais para a identificação daquilo que ocupa o núcleo fundamental dos sistemas processuais penais inquisitório e acusatório. Dois pontos são de se chamar atenção: primeiro, a questão da “aglomeração quântica de poder” (Schunemann), que impõe um exame diferenciado do *princípio* ao trazer à lume a possibilidade de concentração de poderes processuais nas mãos de um dos atores de prevenção. É de se ter em mente que tal fenômeno constitui ponto nodal para a tratativa com o tema, por identificar a ruptura de equilíbrio entre acusação e defesa ante uma distribuição iníqua de poderes processuais, desequilíbrio este tão causador de patologias inquisitórias quanto a gestão da prova estar nas mãos do juiz.

³⁷³ Idem, p. 78

³⁷⁴ Convém destacar que está em curso, desde 2009, a tramitação do projeto de reforma global do CPP (PLS 156/2009) que visa compatibilizar o processo penal brasileiro com os mandamentos constitucionais; a despeito de algumas objeções, inclusive quanto a acolhida dos mecanismos de consenso, trata-se de inegável avanço na normativa processual penal pátria

³⁷⁵ Ante a problemática já suscitada, optou-se pela adoção da terminologia acusatório e não dispositivo, por entender mais adequada para a caracterização do princípio. Lembre-se, conforme ressaltado, que dizer dispositivo significa dar às partes a possibilidade de dispor sobre o objeto do processo, o que não representa, por si só, a adoção de um ou outro sistema processual penal. Conforme necessária lição de Vinícius Vasconcellos, “não há como negar que a denominação ‘dispositivo’ decorre da ideia de disposição, ou seja, representa o poder das partes de dispor e, nesse sentido, inevitavelmente identifica-se com a categoria advinda do direito processual civil, que centraliza tal possibilidade de disposição no controle das partes sobre o objeto do processo. (...) Portanto, para evitar as aporias descritas, pensa-se que o sistema acusatório não tem como princípio unificador o dispositivo, mas melhor defini-lo como propriamente acusatório, que acarreta um processo de disputa entre partes diante de um terceiro julgador imparcial, sem autorizar o poder de disposição às partes sobre o objeto do processo”. VASCONCELLOS, Vinícius. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, nº 953, março de 2015. p. 270-271

E, segundo, a concepção de democraticidade de Rui Cunha Martins permitiu-nos avançar sobre algumas conexões, não raro esquecidas, entre processo, constituição, democracia, direito, regimes de expectativa, capitalismo e fascismo; enfim, ao situar a discussão em “zona de manifesta confluência intersistêmica” (Martins) foi permitido recuperar as dimensões política e social – sem embargo da dimensão epistêmica, a ser vista adiante – implicadas necessariamente nas categorias inquisitório-acusatório e, de maneira mais ampla, no debate entorno dos sistemas processuais penais.

Entende-se, contudo, que a tese que melhor dialoga com a problemática alhures suscitada é a esposada por Geraldo Prado, por possibilitar não apenas uma mirada sobre os “poderes, deveres, direitos, ônus e faculdades”³⁷⁶ de cada um dos sujeitos processuais (o que o autor denomina *perspectiva estática*), mas igualmente de suas atuações no transcurso do processo – por sua vez, denominada de *perspectiva dinâmica*. Ao construir uma noção de princípio (é bem verdade que o foco de Prado é sobre o chamado princípio acusatório) alicerçada na observância dos papéis atribuídos aos sujeitos processuais – seja na versão *estática*, seja na *dinâmica* –, o ilustre processualista fornece importante chave para a compreensão dos sistemas processuais penais.

Com essa percepção, Geraldo Prado consegue ultrapassar a concepção clássica assentada na separação de funções de julgar e acusar, bem como ir além daquela que sustenta ser o ponto de flexão entre acusatório e inquisitório a identificação do responsável pela gestão da prova, percebendo que o que de fato ocupa o lugar de *princípio* do sistema é o modo pelo qual as *tarefas* processuais são distribuídas entre os sujeitos que nele [processo] participam.

Um *princípio*, portanto, que não se reduz ao Uno, cuidando de albergar o múltiplo que é inerente a uma qualquer dinâmica processual – e o é ao processo penal. Insistir na faceta libertadora do Múltiplo, ainda mais em tempos que o *senso comum* opera a redução do diverso ao Mesmo, ao expectável, ao regular, é tarefa fundamental para revigorar o ente processo. Retomando a lição de Rui Cunha Martins (já trabalhada alhures), o *processo* “como um dispositivo articulador de elementos de vária ordem”, “cujas modalidades de interação têm tanto de regular quanto de imprevisível”, torna-se *sistema* mediante a “eleição de determinado

³⁷⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 177

elemento (funcional, doutrinário ou outro) para princípio regente do todo processual”³⁷⁷. Nada obstante, a mera escolha de um princípio para regência do sistema não consegue obstar a permanência de um *substrato rizomático*, que persevera nas entranhas de um qualquer processo. É-lhe inerente; portanto, inexpugnável. Uma noção de *rizoma* – Deleuze e Guattari – que acoisa permanentemente a própria concepção tradicional de princípio, e, nesse movimento, põe em dúvida a sua operacionalidade enquanto elemento ordenador de sistema. É, portanto, sobre essa tensão imparável entre uma *vontade de sistema* e um *substrato rizomático* que se devem ser pensados os sistemas processuais penais.

Nesse diapasão, parece ser a perspectiva de Geraldo Prado a mais adequada para a compreensão daquilo que deve ocupar o *lugar de princípio*. Pois trata-se de um princípio, sem dúvida que sim; mas este não pode se resumir a eleição de um único ato (seja gestão da prova, seja a separação de funções de acusar e julgar) que figure como ponto de giro entre inquisitório e acusatório. Antes, é precisamente pelo olhar atento sobre a atuação dos sujeitos processuais e sobre papéis a eles atribuídos que a identificação do sistema se torna possível: cuida-se de observar, repita-se, o modo pelo qual as tarefas processuais são distribuídas.

Oportuno colacionar trecho em que Geraldo Prado anuncia a sua abordagem:

Assim, como as regras do jogo não se concretizam sem a interferência dos sujeitos que participam do processo, não há dúvida de que são os atos que estes sujeitos praticam que hão de diferenciar os vários modelos processuais. É preciso ter em mente que a análise puramente objetiva, que visualiza os atos sem entender quem são os sujeitos que os praticam, descarna o processo. Gestão da prova e acusação são atividades que não dizem nada se não olharmos quem – que sujeitos (históricos) – realiza estes atos. Até porque com a identificação dos sujeitos será possível compreender os porquês das coisas.³⁷⁸

Destarte, imperioso passar à averiguação das tarefas incumbidas a cada um dos sujeitos processuais, exercício essencial para que se possa caracterizar adequadamente o *princípio* do sistema, seja ele acusatório ou inquisitivo. Começemos pelo deslinde do que o autor denominou perspectiva estática, ou seja, a análise dos “poderes, deveres, direitos, ônus e faculdades” da acusação, da defesa e do juiz³⁷⁹. Para ele, o “*princípio acusatório, avaliado estaticamente, consiste na distribuição do direito de ação, do direito de defesa e do poder jurisdicional, entre*

³⁷⁷ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 67

³⁷⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 173

³⁷⁹ Idem, p. 177

autor, réu (e seu defensor) e juiz”³⁸⁰; a contrario sensu, o princípio inquisitivo se caracterizará pela concentração de tarefas nas mãos de um ator, ocasionadora de um quadro de desequilíbrio de poderes processuais (lembrar a “aglomeração quântica de poder”).

Passemos, portanto, à análise, começando por dissecar a função atribuída ao julgador. Em sede acusatória, ao juiz compete o fundamental papel jurisdicional; quer dizer, a sua tarefa consiste em decidir um caso penal, do qual não conhece *a priori*, tendo assim o poder de dizer o direito (*iuris dictum*) aplicável a um dado caso concreto. Mas, frise-se, não exerce tal poder de qualquer maneira: em razão do princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), a atuação do juiz no processo depende de exercício da ação penal (compreendida a ação penal de maneira lata, e não mera apresentação de petição inicial) por parte de órgão acusador ou de particular – a depender da natureza da ação penal, se pública ou privada – e cuja pretensão é resistida por meio do exercício do direito de defesa. Eis aí a dialeticidade exigível à configuração do processo penal acusatório.

Ademais, o exercício da função jurisdicional, para que seja adequado ao contorno constitucional-democrático, depende da observância de algumas condições: primeiramente, a *imparcialidade do julgador*. Ora, no tocante à atuação do juiz, talvez seja esta a marca distintiva entre os sistemas acusatório e inquisitório.

É que a estrutura dialética do processo acusatório empurra o juiz da causa penal para o centro da disputa entre acusação e defesa, situando-o em *locus* equidistante, e, portanto, em posto de equilíbrio para o cumprimento de sua tarefa-poder de dizer o direito. A configuração de um processo legal e devido demanda que a decisão penal seja fruto do convencimento do julgador no curso do processo, ou seja, se dê de acordo com as atividades probatórias desenvolvidas por acusação e defesa, observado o contraditório.

De outro modo, a *adesão* prévia do julgador a uma das hipóteses, cedendo de antemão à “pulsão devoradora da evidência”³⁸¹, fere de morte a sua condição (imperativa) de

³⁸⁰ Idem, p. 185

³⁸¹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 3. O conceito de evidência é delineado por Rui Cunha Martins, como aquilo que se contrapõe a prova. De acordo com o teórico português, “diz-se *evidente* o que dispensa a prova. Simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um *desamor do contraditório*” (p. 3). Tal conceito tem

imparcialidade. Cedendo à tentação da evidência (sim, a evidência incessantemente nos tenta, nos habita), o julgador desloca-se do centro – pressuposto ocupar – para um dos flancos (usualmente o do acusador); e nesse problemático deslocamento, comum – e caro – aos regimes inquisitoriais, passam a ocupar o lugar de *parte* (portanto, não mais *im-parcial*), erradicando do processo acusatório a sua imprescindível dialeticidade; enfim, ao aderir a uma dada versão previamente, o julgador torna dispensável o próprio processo.

Conforme pertinente lição de Prado³⁸², “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”. E prossegue:

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.³⁸³

Já se está a adentrar no “estatuto do juiz em movimento”³⁸⁴, terreno situado na *perspectiva dinâmica* da atuação judicial. Aí, a imparcialidade do juiz deságua, naturalmente, na problemática da *prova*. Sem dúvida que sim. Se, conforme alhures trabalhado, a prova consiste no meio pelo qual o conhecimento do fato pretérito, tido como crime, adentra no processo judicial, saber *como* se dá a introdução do material probatório e *quem* é o responsável por fazer adentrar tal conhecimento têm enorme relevo para a nota de imparcialidade que deve demarcar a atividade do julgador. Desde aí, já são possíveis algumas ilações.

absoluta prestabilidade à identificação do sistema processual penal em jogo, uma vez que constringer a evidência é a tarefa epistêmica de “uma estética processual comprometida com o sistema acusatório de fundo democrático-constitucional”, enquanto não fazê-lo “definirá, pela mesma ordem de ideias, um processo conotável com a tradição inquisitorial e inscrito em fundo autoritário” (p.17-8); terá valia também quando do esquadramento das soluções negociadas, no exame de compatibilidade entre a barganha e um sistema processual penal inquisitório – e justo pela dispensa à prova e desamor ao contraditório promovidos, o não constrangimento da evidência em mecanismos de tal ordem.

³⁸² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 218

³⁸³ Idem, *ibidem*.

³⁸⁴ Idem, p. 215. Expressão usada por PRADO para analisar as tarefas do julgador desde uma perspectiva dinâmica, ou seja, a partir do seu relacionamento no processo com acusação e defesa.

Passa-se ao despiste. Não contaminar-se pela *evidência* é, indubitavelmente, tarefa epistêmica da maior dificuldade. Mister (quase) impossível, diria Rui Cunha Martins³⁸⁵. Nada obstante, em razão do local destinado ao juiz ocupar, torna-se, paradoxalmente, condição fulcral para seu próprio agir imparcial. Explico melhor: ao juiz compete a árdua tarefa de decidir sobre algo que originariamente não conhece (e nem pode conhecer), formulando a sua *convicção* tão-só baseada nos elementos probatórios produzidos em contraditório judicial por acusação e defesa. Assim manda o cânone acusatório.

Nesse diapasão, se é verdade que “diz-se *evidente* o que dispensa a prova”³⁸⁶, e também o é que o processo acusatório depende (para que cognitivamente esteja fundamentado) da prova produzida em contraditório, prontamente chega-se à assertiva: a máxima acusatoriedade impõe o *constrangimento da evidência*. Afinal, o “‘Estado Democrático de Direito’ será, de fato, tanto mais democrático e de direito consoante os mecanismos destinados a assegurar os seus princípios basilares apresentem, pela sua parte, um grau tão mínimo quanto possível de contaminação pelas expressões da evidência”³⁸⁷. Mas, como fazê-lo (constranger a evidência)? Idealmente, por mecanismos tais como *processo, prova, contraditório*.

Contudo, o paradoxo reside no fato de que os “regimes epistêmicos de decisão e de prova”³⁸⁸, que deveriam servir de blindagem às aparições súbitas da evidência, não conseguem constranger sua instalação. De outro modo, a evidência é-lhes, até certo ponto, inerente. Veja-se: sendo certo que “o essencial da prova é engendrar a ‘convicção’”³⁸⁹ do destinatário (a prova busca convencer), e a “convicção que se vê colocada na posição de receptora do investimento probatório, corresponde, por definição, a uma crença corrigida”³⁹⁰, há de se concluir, com maior razão, que a convicção “é, pelo menos em potência, palco de insinuações de toda a ordem por parte (...) dos regimes epistêmicos da evidência”³⁹¹.

³⁸⁵ Destaque aos capítulos 1 e 2 da sua já citada obra *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*, nos quais o autor dos regimes epistêmicos da prova, da evidência e da decisão, chamando atenção para o fato de que, seja a decisão, seja a prova podem apresentar flancos – mais ou menos vastos – para a contaminação pela evidência, através tanto da adesão, da confiança, do convencimento, da crença...

³⁸⁶ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. op. cit., p. 2

³⁸⁷ Idem, ibidem.

³⁸⁸ Idem, p. 14

³⁸⁹ Idem, p. 5

³⁹⁰ Idem, p. 6

³⁹¹ Idem, p. 16

Assim, a “convicção é, por definição, uma zona de contágio na qual se insinua a dimensão de *crença* que nela sempre subsiste e onde convivem diversas expressões conotadas com o registo alucinatório da *evidência*”³⁹², entre as quais a *adesão*, a *confiança* e o *convencimento*, sempre a deixar a porteira (ou mesmo só uma fresta) aberta para a possibilidade de instalação da *evidência* no pólo da *convicção*.

Chegado a esse ponto, cabe perquirir: se não é possível expurgar, de todo, a atuação da *evidência* no plano da *convicção*, como minorar as consequências (periclitantes em cenário democrático) de tais interferências e controlar – na medida do possível – as suas requisições? Em se tratando da atuação jurisdicional, é dizer ainda: como assegurar que o *livre convencimento* seja maximamente livre da não-prova, isto é, que a decisão penal seja fundamentada apenas na avaliação do material probatório produzido pelas partes em contraditório judicial? No tocante às funções do julgador, três anotações fazem-se pertinentes.

A primeira nota diz respeito aos *poderes de investigação do juiz*, indubitavelmente um critério fundamental (ainda que não único) para a configuração dos sistemas processuais penais. O constrangimento a tais poderes marca a preocupação de um sistema processual acusatório; de modo oposto, a permissividade à concentração de poderes investigatórios nas mãos do magistrado perfaz uma medida dos regimes inquisitivos, tão preocupados com a aquisição da *verdade real* que oferecem ao julgador a possibilidade – ou mesmo o dever – de produzir material probatório que ele próprio julgará posteriormente.

Desde já, percebe-se, sem muito esforço intelectual, que a imparcialidade do julgador, neste último caso, está morta. Conforme lembra Geraldo Prado:

O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar.³⁹³

³⁹² Idem, p. 18-9

³⁹³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 224-5

A problemática reside, aqui, na *gestão da prova*. A assunção do sistema acusatório depende do afastamento do juiz da gestão da prova; a lógica inquisitorial toma como natural a concentração das funções de acusar e julgar nas mãos do juiz (é dever constatar a inscrição do sistema processual penal brasileiro nessa matriz, bastando uma olhadela para o artigo 156 do CPP de 1941). Nesse tocante, não há como não lembrar de Jacinto Coutinho:

Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiciendo o órgão acusatório.

O sério problema que surge – com certa ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das partes e seus pedidos) e, por suposto, no vilipêndio daquilo que é, para alguns, quase sacro na Constituição: o *lugar* que a nação delega a quem é investido de poder jurisdicional, mormente para decidir, por ela, contramajoritariamente.³⁹⁴

Com respeito a essa primeira nota, inequívoco que a melhor forma de prevenir as contaminações da *convicção* pela *evidência* passa por reconhecer ao processo a sua máxima acusatoriedade: reposicionando a gestão da prova nas mãos das partes e negando poderes de investigação ao juiz (não lhe compete tal tarefa), as provas produzidas em contraditório poderão ser devidamente valoradas por um terceiro efetivamente imparcial. Na percuciente análise de Geraldo Prado:

A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento.³⁹⁵

A segunda anotação, por sua vez, trata de uma insinuação também bastante perigosa, não obstante mais sorrateira, da *evidência* sobre o terreno da *convicção*: dessa vez, as suas funcionalidades são requisitadas no momento em que o julgador valora material probatório não produzido em sede de contraditório.

³⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. op. cit., p. 126-7

³⁹⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 74

Inegavelmente, a problemática da imparcialidade do julgador deve levar em conta tal insinuação da evidência, na medida em que a valoração do referido material importa no desrespeito à originalidade do julgamento e faz o juiz ceder à temerária *evidência* da investigação preliminar (lembre-se que o contraditório inexistia nessa fase).

A reforma processual penal de 2008 (Lei 11.690/08) prometeu um avanço rumo à adoção do modelo acusatório em matéria de prova penal, circunscrevendo a *livre apreciação da prova* à sua produção [da prova] em contraditório judicial. Torna o contraditório, assim, em requisito essencial para a própria formação da prova, sem o qual não seria passível de valoração pelo julgador. Excelente medida do legislador para constranger a *evidência*, não fosse a inclusão matreira de um advérbio, que consagrou a “mudança para tudo permanecer como sempre esteve” (Coutinho). Atente-se para a redação atual do artigo 155, do CPP: “o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar-se *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Já se percebe a problemática inserção do advérbio *exclusivamente*. A lição é dada por Aury Lopes Jr.:

O artigo inicia bem, quando diz que a decisão deve ter por base a “prova produzida em contraditório”, o que nos remete para a correta definição de que “prova” é aquilo produzido em juízo, na fase processual. O grande erro da reforma pontual (Lei n. 11.690/2008) foi ter inserido a palavra “exclusivamente”. Perdeu-se uma grande oportunidade de acabar com as condenações disfarçadas, ou seja, as sentenças baseadas no inquérito policial, instrumento inquisitório e que não pode ser utilizado na sentença. Quando o art. 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão “exclusivamente” com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório do processo.

Manteve-se, assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão *dissimulada*, que anda muito em voga, de “condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito”. Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito.³⁹⁶

E prossegue o autor, em outra oportunidade:

Para que o processo não seja apenas um golpe de cena, com cenário e roteiro definidos pela inquisição pré-processual, o “juízo de fato” deve ser feito originariamente no processo, à luz do contraditório. À fase pré-processual atribui-se o importante papel de gerador de (meros) atos de investigação (e não atos de prova), de função endoprocedimental, como anteriormente explicado. Ficam no processo apenas as

³⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 165

provas técnicas irrepetíveis e aquelas praticadas no incidente de produção antecipada (que não pode ser fruto da iniciativa *ex officio* do juiz).³⁹⁷

Para resolver tal problema da intromissão indevida em terreno de *convicção*, entende-se haver duas medidas adequadas: a implementação do juízo de admissibilidade da acusação (fase intermediária, entre a investigação criminal e a instrução), em que o juiz (*gate keeper*), distinto daquele que eventualmente julgará o caso penal, deve filtrar as acusações infundadas e permitir o acesso da defesa às fontes de prova (*Discovery*), tendo papel fulcral para o combate a referida “aglomeração quântica de poder”³⁹⁸; e a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo, já que a introdução dos atos de investigação no processo constitui-se deriva perigosíssima no tocante à formação da *convicção* judicial. O juiz que lê o material advindo de uma fase administrativa e sem contraditório mantém vivo o fogo da Inquisição, uma vez que não há dúvidas que valorará material (não pode sequer ser chamado de prova) sobre o qual não deveria ter tido acesso.

Por fim, a terceira anotação no tocante ao enquistamento da *evidência* na *convicção*. Enquanto na primeira (*quem produz a prova?*), seu caráter *alucinatório*³⁹⁹ incide na concessão de poderes instrutórios ao julgador, e na segunda (*como a prova é produzida?*) importa na inobservância – desprezo até – ao contraditório, esta terceira nota faz a *evidência* descambar em terreno propriamente decisório. Trata-se da aparição de suas pulsões em sede de sentença penal, implicando no desrespeito à *pretensão acusatória* e ao direito de defesa. Veja-se: já está o evidente a se insinuar em material pertencente ao estatuto das partes, alucinando-o.

Passa-se ao exame. Conforme leciona Aury Lopes Jr., “o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a

³⁹⁷ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. op. cit., p. 52

³⁹⁸ Geraldo Prado, salientando a necessidade de observância do sistema de controles epistêmicos ao dispositivo processual probatório, destaca que a etapa intermediária de admissibilidade da acusação e a *Discovery* cumprem esse papel de controlar a fiabilidade e permitir ao adversário o rastreio das informações que se quer fazer adentrar no processo, servindo como filtro à “introdução de meios de prova desconhecidos pela parte contrária (*unfair surprise*), que ignor[em] seu modo de aquisição (a fonte de provas)”. PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 67-86

³⁹⁹ Alucinação entendida, na esteira de Rui Cunha Martins, como a “*intensificação* dos materiais já residentes, acelerados, mais do que adulterados ou substituídos, numa *vertigem* originada no existente e que arranca de dentro dele, contaminando mais por via de uma *performance* de excesso do que por uma estratégia de inversão” (MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 5). A evidência opera precisamente através de uma *alucinação* de verdade, por ser-lhe consubstancial a dispensa de quaisquer limites – mecanismos de constrangimento quais a prova e o contraditório – ao percepto originário do real.

existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz através de uma pena ou medida de segurança”⁴⁰⁰. O princípio da correlação (ou congruência) impõe ao julgador que decida o caso penal em estrita observância ao objeto do processo, qual seja, a pretensão acusatória. Dito de outra forma, “o objeto da sentença tem de ser o mesmo objeto da imputação. Assim, a sentença não pode ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação”⁴⁰¹. Ademais, em sede acusatória, o princípio da correlação implica a limitação da decisão penal aos elementos probatórios devidamente submetidos ao contraditório, e, portanto, dada possibilidade ao réu de se defender da infração penal que lhe foi imputada na tese acusatória.

O problema é quando a sentença é *incongruente*, ou seja, no caso em que o julgador decide de modo diverso da imputação – podendo classificar-se tal incongruência como *extra petita* (quando julga além do pedido) ou *citra petita* (quando julga aquém do pedido). Não pode o juiz emitir sentença sobre um fato outro que não àquele que foi descrito na peça acusatória (ou, se for o caso, no aditamento – contraditado).

Conforme a boa doutrina, “o juiz não poderá [...] levar em consideração suposto de fato, ainda que verdadeiro, diferente daquele posto em causa pela acusação, nem tampouco deverá propor qualificação jurídica distinta daquela apresentada pelo autor da ação penal”⁴⁰², afinal “ao fazê-lo, isto é, ao se permitir que o juiz altere o teor da acusação, na verdade o que ocorre é que se admite que o juiz revolva a substância do direito da parte, que não lhe pertence”⁴⁰³.

Ora, ao possibilitar ao julgador exercer o que é direito da parte, ele atua como parte. Sem dúvida que sim. E a essa altura, é despiendo dizer que a atuação do juiz como parte fere de morte a sua necessária imparcialidade.

Nada obstante, o Código de Processo Penal brasileiro, inquisitório como sempre foi, permite ao juiz atribuir definição jurídica diversa ao fato contido na acusação. Eis a redação do artigo 383: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais

⁴⁰⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. op. cit., p. 774

⁴⁰¹ Idem, *ibidem*

⁴⁰² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 234

⁴⁰³ Idem, p. 233

grave”. Esteado em axiomas como o *jura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*, persiste um entendimento (teoricamente pobre) de que o acusado se defende apenas dos fatos, e não da qualificação jurídica, “de modo que a *emendatio libelli* seria uma mera correção na tipificação, que o juiz poderia fazer nos termos do art. 383 sem qualquer outra preocupação”⁴⁰⁴.

Não poderia ser mais incorreta tal percepção. Primeiro, porque o acusado não se defende apenas dos fatos, mas igualmente de sua qualificação jurídica. Ora, é inegável que a defesa formula sua estratégia também de acordo com o tipo penal que foi imputado ao acusado, de maneira que o julgador alterar o teor da acusação, e ainda sem prévia consulta às partes, viola frontalmente o contraditório⁴⁰⁵. E depois, porque “supor que o Ministério Público não saiba qualificar juridicamente os fatos apurados no inquérito policial é estar em rota de colisão com a realidade”⁴⁰⁶. Ante comando expresso do artigo 41 do CPP⁴⁰⁷, cabe à acusação expor na denúncia o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem como a *classificação do crime*; assim, admitir que o juiz atribua qualificação jurídica diversa ao fato é assentir que ele possa exercer direito de acusação, só admissível em *locus* eminentemente inquisitório.

Uma última anotação, em sede (de contaminação) decisória, diz com a (im)possibilidade do juiz condenar o réu ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. Conforme destaca Aury Lopes Jr., “o poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP mediante o exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não

⁴⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. op. cit., p. 778

⁴⁰⁵ Conforme leciona Ricardo Gloeckner, “Outro aspecto do autoritarismo processual penal brasileiro reside na metafísica separação das questões de direito daquelas questões de fato, insistentemente sustentadas por doutrina e tribunais. Sobre essa distinção repousam posturas autoritárias, como a alegação de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica (*narra mihi factum dabo tibi ius*) que autoriza a modificação dos tipos penais (lembrando que existem crimes totalmente normativos, como v.g. a lavagem de capitais ou a sonegação fiscal), que sequer permitem a separação da propalada distinção. Notadamente, essa postura é representativa de uma concepção débil do princípio do contraditório, que seria realizável apenas e tão somente sobre as questões de fato, não recaindo sobre as questões de direito. (...) uma concepção plena de contraditório exigiria que eventuais desclassificações fossem produto de um aditamento à acusação e que não poderiam ensejar, simplesmente, uma sentença condenatória desprovida de contraditório”. In_ GLOECKNER, Ricardo. Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do autoritarismo no processo penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, 2015, vol. 18, n. 67, p. 405.

⁴⁰⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 236. Sobre a alteração da acusação, entende-se, com Geraldo Prado, que “É razoável que se possibilite ao acusador modificar, em face das provas surgidas durante a audiência, a qualificação jurídica do fato, quer reconhecendo outro mais grave, quer reconhecendo outro de igual ou menor gravidade que o original” (p. 236). Trata-se, na espécie, da figura da *mutatio libelli*, prevista no art. 384, do Código de Processo Penal; situação completamente distinta do caso do art. 383, que permite ao juiz alterar a qualificação jurídica do fato.

⁴⁰⁷ Art. 41, Código de Processo Penal: <<A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas>>.

exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém”⁴⁰⁸.

Em semelhante sentido, Geraldo Prado assevera que quando “o Ministério Público opina pela absolvição do acusado o que ocorre em concreto, no processo, é que o acusador subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das provas que foram produzidas na etapa anterior e que possam ser consideradas desfavoráveis ao réu”⁴⁰⁹, concluindo, assim, que em um processo acusatório, “o juiz não poderá condenar o réu diante de um requerimento/alegação final do acusador (Ministério Público ou querelante) pela absolvição, sob pena de ofender o contraditório”⁴¹⁰.

Manda o cânone acusatório que a atividade jurisdicional dependerá da pretensão deduzida pelo órgão acusador (e devidamente contraditada pela defesa). Seria de se esperar, portanto, que o pedido de absolvição vinculasse o julgador a proferir sentença absolutória, até pela vinculação entre acusação e sentença demandada pelo princípio da congruência.

Mas, como é de se esperar também, o Código de Processo Penal brasileiro, pouco afeito a estrutura acusatória (a obsessão pela *verdade real* impede tal afeição democrática), se aferra com unhas e dentes à possibilidade de acusação pelo juiz, permitindo-lhe condenar quando o Ministério Público requer a absolvição. Basta olhar de relance o artigo 385, do CPP: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”⁴¹¹.

Por todo o exposto, pode se perceber que o juiz terá condições muito melhores para decidir o caso penal, e a sua imparcialidade será de fato resguardada, quando observados os perigos acima anotados e maximizados sejam os mecanismos de constrangimento da *evidência*.

⁴⁰⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. op. cit., p. 794

⁴⁰⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 191

⁴¹⁰ Idem, p.192

⁴¹¹ Reporta-se à leitura de PRADO: “Isso não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro. Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. O fundamento da nulidade é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República)”. Idem, p. 190

Ao afastar o julgador da atividade investigatória, ao qual não lhe deve competir (1ª nota); criar-se um estágio intermediário de admissibilidade da acusação dirigido por um juiz *gate keeper* e se excluírem os autos do inquérito da fase processual (2ª nota); e proibir a emissão de sentença sobre fato outro ou qualificação jurídica distinta do formulado pelo órgão acusador, bem como vedar a condenação em caso de requerimento de absolvição pelo mesmo (3ª nota); com tudo isso, o juiz terá efetivas condições de exercer seu mister de maneira imparcial, estando o mais blindado quanto o possível para o acerto do caso penal e fundado tão-só nas provas produzidas pelas partes em contraditório – tarefa, esta sim, que lhe compete.

Bem sabido a esse ponto que a imparcialidade do julgador requer (em verdade, demanda) sua passividade em termos de produção e aporte probatórios. Não se discute que, em ambiente democrático, a acusatoriedade que lhe é intrínseca demanda o afastamento do juiz da gestão da prova, devendo decidir fundamentado nas provas produzidas em contraditório. Nada obstante, não se pode confundir (como muitos o fazem, mormente os próprios juízes-inquisidores) a necessária passividade do julgador para a manutenção de sua imparcialidade com algum desprezo pela sua posição.

Ora, não ser o único protagonista, como era (e ainda é) nos processos de cunho inquisitório, não pode significar que seu papel é menos relevante. Todo pelo contrário: o *princípio acusatório* designa ao juiz um local essencial para o devido processo legal, e lhe atribui tarefas de maior monta para o deslinde do caso penal.

E qual é esse *locus* destinado ao juiz ocupar? Em sede constitucional, a resposta só pode ser uma: o de garante da *presunção de inocência*. Sim, é dever do juiz *pré-ocupar o terreno*⁴¹² da inocência, e *habitá-lo* até que seja provada substancialmente a culpabilidade do acusado. À dúvida deve corresponder a absolvição – esse é o sentido do axioma *in dubio pro reo*.

A respeito da função destinada à presunção de inocência no dispositivo processual em um estado de direito, destaca Geraldo Prado tal princípio é responsável por “fundar o estado original de *incerteza* que marcará a persecução penal, da notícia crime ao momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁴¹³. E prossegue,

⁴¹² MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. op. cit., p. 8

⁴¹³ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17

afirmando que a “presunção de inocência, portanto, rege o processo penal no estado de direito e apenas por meio do processo considerar-se-á válida a condenação de alguém”⁴¹⁴. Outrossim, Augusto Jobim do Amaral assevera que “o substrato radical da *presunção de inocência* alude uma opção garantista de civilidade, como aponta Ferrajoli, ‘*a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable*’. Decisão política de princípio fundamental”⁴¹⁵.

Conquanto, uma decisão política a favor do devido processo legal, no marco do estado democrático de direito, deve reconhecer a *dúvida* inerente a todo processo⁴¹⁶. Pela leitura atenta das passagens acima, percebe-se ser a *presunção de inocência* responsável por fundar um *estado de incerteza* que deverá permear toda a persecução penal; sob esse *estado*, o juiz deverá manter-se até o final do processo, estando obrigado a *decidir* pela absolvição do acusado caso as provas apresentadas não consigam desconstituir a sua *incerteza primeira*. Nessa linha, sustenta Jobim do Amaral:

Na disputa sobre o verossímil, na contraposição das hipóteses trazidas, é sobre a *dúvida* que se fala e, consequentemente, sobre a solução a ser escolhida ao final. Vê-se ainda mais claramente com a implicação da *carga da prova*. A *presunção de inocência* funciona desde o mesmo operador que proíbe a gerência da prova pelo magistrado. Funciona como um *estabilizador de expectativas* que, na mesma medida que vedará o juiz de realizar qualquer diligência em caso de *dúvida* sobre a matéria de juízo, torna-se instrumento pronto para atuar se, ao final do processo, remanescer a falta de comprovação legítima da tese acusatória.⁴¹⁷

Uma vez mais, a *evidência* desliza pelas plataformas do processo penal. Dessa vez, contudo, não se demonstra recomendável o seu constrangimento para a consecução de sua *performatividade acusatória*. Antes, trata-se de saber lidar como essa determinada modalidade do evidente.

⁴¹⁴ Idem, p. 18

⁴¹⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. p. 410

⁴¹⁶ O ensinamento é de Jobim do Amaral: “Para saltar-se do *senso comum* punitivo, é a *decisão* (penal) pela inocência que poderá resguardar alguma sanidade ao processo penal. A arena política (e aqui entendida sob as pré-constituições que colmatam o horizonte de expectativas constitucionalmente postas) é violada quando coroa o regime de opinião que, como vimos, em essência, cristaliza a *ostensão* e *aclamação* punitivas”. Para mais adiante decretar: “*Decisão*, assim, que deve implicar uma *certeza judicial*, radicalmente fundada numa *escolha*. É sobre a *dúvida*, que está na raiz da *certeza*, diante de dois raciocínios apostos no processo penal, que se desprende a *decisão* como *escolha* (não apenas como juízo, mas como *ação*) política pré-ocupada pela inocência”. Idem, p. 492-5

⁴¹⁷ Idem, p. 415

Compreendo ser este, precisamente, o caso da *presunção de inocência*: uma *evidência* que, servindo como aliada da democraticidade, funciona cirurgicamente de freio à sua própria aparição [da evidência] em regiões indesejadas. É como se o *processo*, não sendo capaz de blindar-se absolutamente contra sua manifestação – de fato, como visto, não o consegue –, tivesse aprendido a manejá-la de forma “hábil de ser canalizada [...] como uma convidada estratégica, quando não uma parceira mesma da engrenagem probatória, pronta a resguardar o *regime da prova* que se fixará também a partir dela”⁴¹⁸.

A esse momento, deve se perguntar: como pode a *evidência* ajudar a proteger justo aquilo que lhe nega? Ou, posto de forma inversa: de que estranha forma poderá se beneficiar o dispositivo processual probatório de uma aparição “controlada” da *evidência*? Estou disposto a concordar que, à primeira vista, um tal convívio entre elementos mutuamente excludentes dentro de um mesmo dispositivo seria pouco recomendável. Mas não é de se descartar a possibilidade de sua ocorrência em um dispositivo de tamanha complexidade, mormente quando até mesmo os mecanismos destinados a constranger a evidência (prova, processo, contraditório, decisão judicial) conseguem barrar a sua presencialidade.

Augusto Jobim do Amaral dá profunda contribuição à problemática:

Ao que parece ser – somos capazes de assentar nesta altura com pouca margem de erro –, também é de encontro ao caráter expansivo e incorrigível da *convicção* sobre o qual deve se dirigir o argumento acusatório como modalidade de constrangimento, lugar cativo em que adentram a *presunção de inocência* e a *carga da prova*. Isto nos conduz a perguntar: poderá dispensar, por esta via, ou ter, nalgum ponto, a *evidência* como aliada? Isto é possível? Em que medida particular? A resposta parece indicar, diga-se desde logo, que no momento em que as *presunções* são informadas por operadores como a *confiança*, a *evidência* pode ser usada em favor de *maximizar as expectativas acusatórias*. A *presunção de inocência*, como retrato ao portador (do réu) da *evidência* como aliada, tem papel central na arena do convencimento. Ela funciona, para o bem de uma lógica acusatória, como *estabilizadora de expectativas*, quando não significando, pelo próprio mecanismo da *confiança* por ela desencadeado, a realização de um *desejo de preenchimento* de um sistema acusatório.⁴¹⁹

Ora, se é verdade que a *presunção* dever ser acompanhada por uma *pré-ocupação do terreno*, e que, como visto anteriormente, “a expectativa antecipa um *preenchimento* (toda expectativa visa ser preenchida), que, até indicação em contrário, será sempre o preenchimento

⁴¹⁸ Idem, p. 428

⁴¹⁹ Idem, p. 425

projetado a partir do que se presume expectável”⁴²⁰, caberá reconhecer que esta co-pertença entre *presunção* e *expectativa* implicará em expressão do *regime da evidência*.

Não há como ser diferente. Parece-me, portanto, mais frutífero averiguar o *conteúdo* desse preenchimento antecipado pela pré-ocupação do terreno, isto é: quando se diz *presunção*, está a se referir à *presunção* de quê?

Enquanto o atual *quadro de expectativas* trabalha em cima de uma *normalidade neoliberal* (veja-se 1.4.), é natural – ainda que democraticamente inaceitável – que se configurem, em sede processual penal – mas não apenas neste terreno –, *preenchimentos repressivistas* – v. g. hipertrofia da verdade (ambição da verdade real), celeridade e simplificação processual, punitivismos midiáticos, fascismos moleculares. A *presunção*, desde esse quadro de coisas, será um perigoso operador da *evidência*.

Mas não deverá ser sempre assim. Pode também não sê-lo. E, de fato, não o será em caso a *presunção* for acompanhada do substantivo *inocência*: eis uma estratégia arguta do regime processual penal (acusatório) de trazer a *evidência* para junto de si, como um importante aliado no combate às *pulsões inquisitivas* – perigo que está sempre a rondar o processo penal. Nessa esteira, salienta Jobim do Amaral:

Estamos acompanhados por verbos intencionais que conduzem as expectativas, mais ou menos a exigir o seu *preenchimento*: um plano a pedir sua realização ou como uma esperança aguardando ser satisfeita. A *presunção de inocência*, vista deste plano, é uma hipótese firmada pelo regime democrático. Uma lei sobre a qual se firmam as demais proposições, uma intenção que antecipa de certa forma a realidade processual de maneira muito particular, quer dizer, satisfaz-se convocando um *estado* de coisas que a preencherá. É nesta *copertença* entre *expectativa* e *preenchimento* que se poderá fundar algum *desejo* de sistema acusatório. Se a lógica epistêmica da *evidência* nos autoriza a compreender um campo processual penal de *experiências*, somado a um *horizonte de expectativas* informado pelo sistema acusatório (o juiz-espectador da prova), uma *vontade de preenchimento* pode bem ser auxiliada pelo operador da *presunção de inocência*.⁴²¹

No tocante à atuação do juiz, em sendo este garante da ordem constitucional e mediador de um conflito entre partes díspares, há de se convir que deve nortear-se pela *pré-ocupação de inocência*. É condição *sine qua non* para o desenvolvimento de um processo legal e devido, não

⁴²⁰ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 8

⁴²¹ AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**. op. cit, p 429

desvirtuando em nada a sua mandatária imparcialidade. Todo pelo contrário: a presunção de inocência, em sede democrático-constitucional, é o princípio máxime da garantia de uma adequada persecução penal que não descambe, pela tentação da *evidência*, para preenchimentos autoritários num horizonte punitivo.

Findo o exame sobre as *tarefas do juiz* – seja estática, seja dinamicamente –, pertinente fazer algumas anotações sobre as atribuições, bem como a efetiva atuação, das *partes* no curso do processo penal. Convém recordar com Geraldo Prado que “o *princípio acusatório*, *avaliado estaticamente*, *consiste na distribuição do direito de ação, do direito de defesa e do poder jurisdicional, entre autor, réu (e seu defensor) e juiz*”⁴²². Passa-se ao exame da *acusação*.

Dessarte, se é verdade que à acusação incumbe o exercício *da ação* – ao menos deve ser assim em sede acusatória⁴²³ –, proveitoso é examinar em que consiste a ação penal, pois que muito distinta do conceito de ação do processo civil. Merece a pena um breve esboço histórico, para que possa ser devidamente compreendida a problemática entorno da ação, bem como posta em pauta a necessidade de repensar tal conceito em sede processual penal.

Até meados do século XIX, a doutrina civilista (cujo maior expoente foi Savigny) concebia a *ação* como o próprio direito subjetivo material em movimento; “naquele momento histórico o contexto era de aceitação praticamente unânime da máxima de Celso: a ação era entendida como o próprio direito material colocado em movimento, ou seja, a ação não era nada mais que o direito de pedir em juízo o que nos é devido”⁴²⁴.

⁴²² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit. p. 185

⁴²³ Conforme assevera Aury Lopes Jr., na esteira de Orbaneja e Quemada, “é importante destacar que o conceito de *ação penal* é privativo do processo penal acusatório. Isso significa ‘no solo que la acción es una cosa y otra diferente el derecho de penar, sino que la acción es un concepto puramente formal’ (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. op. cit., p. 165). E também Jobim do Amaral e Gloeckner asseveram: “Preliminarmente, em um processo do tipo inquisitório, o conceito de ação se torna completamente irrelevante. Este processo de “parte única”, como queria Manzini, dispensa a ação como conceito operativo, pois a ação requer a dialética processual que falta ao modelo inquisitório. Portanto, parece acertada a posição de Gómez Orbaneja e Herce Quemada quando advertem constituir a ação um objeto exclusivo do processo penal acusatório. Evidentemente, o princípio *nemo iudex sine actore* não é aplicável ao regime inquisitório, ao menos como regra. Da necessidade da preservação da imparcialidade é que decorre o direito de ação”. (AMARAL, A. J.; GLOECKNER, R. Direito de ação no processo penal: polêmicas e horizontes possíveis. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 13, n. 3, 2018. p. 1019)

⁴²⁴ KHALED JR., Salah. Windscheid & Muther: a polêmica sobre a *actio* e a invenção da ideia de autonomia do direito processual. **Sistema Penal & Violência**. Revista eletrônica da faculdade de direito da PUC-RS. Porto Alegre, vol. 2, nº 1, p. 97-109, jan-jun 2010. p. 99. Releva notar, por oportuno, a preponderância do direito romano no desenvolvimento da *civil law* (trabalhado no item 1.1), em particular no sistema jurídico alemão do século XIX: “Dentro da realidade jurídica alemã de então, as lições do direito romano (ou do que se entendia por direito romano, como veremos) eram consideradas corretas e absolutamente incontestáveis e, portanto, revestidas de

O clássico embate entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther (1856-7) foi o divisor de águas com relação à tradição pandectista seguidora da fórmula de Celso; neste episódio, que ficou conhecido como *a polêmica sobre a actio*, foram lançados os germes para o desenvolvimento autônomo do direito processual em relação ao direito material. Desde então, inúmeras foram as *teorias da ação* formuladas, seja ela concebida como direito concreto (Wach), como direito potestativo (Chiovenda), ou ainda como um direito abstrato (Plósz, Degenkolb)⁴²⁵.

Foge ao objeto da presente tese a análise pormenorizada de cada uma das teorias. O que nos interessa é perceber que tais concepções sobre a *ação*, por diferente que sejam entre si, guardam uma mesma raiz: todas elas foram gestadas por civilistas, para dar conta de aspectos concernentes ao processo civil. E por se tratar de fenômenos absolutamente distintos, as teorizações atinentes ao direito processual civil deveriam ter pouca prestabilidade ao processo penal. Deveriam!

Nada obstante, a teoria unitária do processo insiste em aplicar os mesmos denominadores ao civil e penal, sem atentar para as marcantes diferenças nos objetos de estudo desses dois ramos do direito. E o pior: esses denominadores comuns foram fixados por civilistas, que “pensam tudo desde o lugar do processo civil, com um olhar viciado, que conduz a um engessamento do processo penal nas estruturas do processo civil”⁴²⁶. Em similar sentido, leciona o mestre Jacinto Coutinho:

Com denominadores comuns diferentes, um sistema diverso (o que significa um princípio unificador diverso), um conteúdo do processo diverso e uma diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma teoria, muito menos geral. Ela, quando aparece, sempre acaba tendo os postulados do DPC aplicados ao DPP, o que invariavelmente significa a utilização de uma lógica patrimonial e privatista nesta dimensão do direito em cujo desenrolar se vive e se morre, que é o processo penal.⁴²⁷

universalidade. O direito romano de Justiniano permanecia em vigor em grande parte da Alemanha, sendo que não havia trabalho de direito civil e processual que não fizesse referência a fontes romanas” (idem, *ibidem*).

⁴²⁵ Uma interessante análise sobre as teorias da ação é realizada por Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Gloeckner em AMARAL, A. J.; GLOECKNER, R.. *Direito de ação no processo penal: polêmicas e horizontes possíveis. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 13, n. 3, 2018. p. 1018-1021

⁴²⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 70

⁴²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. op. cit., p. 268

Eis a razão pela qual categorias como *lide*, *ação* e *suas condições* não podem ser aplicadas – ao menos como concebidas pelo processo civil – ao processo penal. Conforme precisa observação de Aury Lopes Jr., “a transmissão dessas categorias para o processo penal se fez a um alto custo, que foi o de desconsiderar a especificidade do processo penal”⁴²⁸. No tocante à *ação penal*, percebe-se a incompatibilidade com as referidas teorias formuladas para o processo civil; deveras, “não há como aceitar, integralmente, a ação como direito *concreto*, na medida em que o poder jurídico constitucional de proceder contra alguém (*ius ut procedatur*) existiu e foi realizado ainda que a sentença seja absolutória”⁴²⁹, “mas *também não satisfaz, no processo penal, a plena abstração da ação penal acusatória* em relação ao fato criminoso”⁴³⁰, uma vez que “no processo penal, desde o início, é imprescindível que o acusador público ou privado demonstre a justa causa, os elementos probatórios mínimos que demonstrem a fumaça da prática de um delito”⁴³¹.

Tampouco há de se concordar com a adoção, no processo penal, da teoria eclética formulada por Enrico Tullio Liebman, que goza de enorme prestígio na tradição jurídica brasileira⁴³². Na tentativa de superar a contenda entre concretistas e abstrativistas, Liebman desenvolve uma *terceira via*; uma posição que, conciliando os dois extremos, conseguisse resolver os impasses com o qual lidavam a processualística italiana. Assim que o autor conceituará *ação* como um direito público subjetivo (abstrato), mas instrumentalmente conexo à uma pretensão de direito material. Portanto, para averiguar se o direito à ação existe, devem ser observados alguns requisitos, os quais Liebman denominou *condições da ação*: legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

O transplante de tais condições para a análise da admissibilidade da ação penal é absolutamente inadequado, e igualmente nocivo ao desenvolvimento do processo penal. Realiza-se, em verdade, uma espécie de *acrobatia teórica* para tentar coadunar os conceitos de legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido ao processo penal. É Ricardo Gloeckner quem, ironicamente, apresenta-nos tal problema/impossibilidade:

⁴²⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. op. cit., p. 218

⁴²⁹ Idem, p. 224

⁴³⁰ Idem, p. 225

⁴³¹ Idem, p. 226

⁴³² Por todos, ver BUZAID, Alfredo. A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista da Universidade de São Paulo**, p. 131-152, 1977; GRINOVER, Ada Pellegrini. O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. **Revista da Universidade de São Paulo**, p. 98-102, 1986

Sem prejuízo dos acertos ou desacertos que tal teoria pode implicar no processo civil, sua transposição ao processo penal foi “bem sucedida”. Bastaria um mero ajuste quanto ao exame do direito material em questão. Assim é que os juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade poderiam se encaixar perfeitamente ao conceito de possibilidade jurídica do pedido (mesmo que esta categoria tenha sido abandonada pelo próprio Liebman a partir da terceira edição de seu tratado e os processualistas penais continuem a utilizando, a par da tipificação das três espécies do CPC). Também sob os auspícios dos conceitos liebmanianos, as causas extintivas de punibilidade foram transpostas ao âmbito do interesse processual. Para finalizar, a legitimidade ativa e passiva – legitimidade ad causam – que seria reconhecida, no processo penal, mediante a titularidade da ação penal. Ministério Público na ação penal pública e o particular nos casos de ação penal privada; no pólo passivo, o sujeito sob o qual recaem os indícios de autoria e de materialidade. Apresentadas as condições da ação penal, tudo corre muito bem, sendo desnecessárias (ou desconhecidas) as consequências e (in)adequações deste construto epistemológico.⁴³³

Todos os três pilares das *condições da ação* (civil) são falhos quando transpostos à dogmática processual penal. A começar pela legitimidade das partes: este é, indubitavelmente, o “menos problemático” dos conceitos, vez que a identificação do legitimado ativo (Ministério Público ou querelante) e do legitimado passivo (suposto autor do delito) não fere o processo penal. Sem embargo, o óbice incontornável reside na conceituação de *ação* proposta pelos civilistas – e apropriada pela doutrina penalista para explicar de onde nasce a punição. Compreendida como direito público subjetivo instrumentalmente conexo à pretensão de direito material, a ação penal nada mais seria do que um direito subjetivo do Estado de punir (*ius puniendi*) – manifestado pela pretensão punitiva (Binding), o direito à punição do infrator seria o fundamento da ação penal.

De todo errado, visto que, primeiro, confunde-se a figura do Estado-acusador com a do Estado-juiz, como se se tratasse da mesma função (os fantasmas inquisitórios se regozijam com tal confusão). E segundo, não há de se falar em um direito, muito menos subjetivo, como se a posição do Ministério Público fosse equivalente à do credor no processo civil.

Não há como tampouco se dizer de *lide* – conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida – no processo penal, pela simples razão de que o Ministério Público não está a exercer direito próprio, mas sim trata-se de uma função institucional de acusar (observada a justa causa). Afinal, “como é possível o Ministério Público, através da denúncia, requerer ao juiz a proteção de um direito – por certo inexistente se não recorrermos à fórmula do direito

⁴³³ GLOECKNER, Ricardo. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema Penal & Violência**. Porto Alegre, vol. 3, nº 1, jan-jun 2011. p. 54

subjetivo de punir de Rocco?”⁴³⁴. Não é possível. O que o Estado-acusador faz é “exerce[r] um poder de subordinar o suspeito a suportar uma acusação”⁴³⁵.

A preciosa leitura de Jobim do Amaral e Gloeckner evidencia que a importação de categorias do processo civil serve, não raro, para fortalecer uma perspectiva (e um desempenho) autoritária do processo penal:

O processo penal estaria aí meramente para realizar uma pretensão punitiva nascida da violação da norma penal (da lesão ao bem jurídico), longe de qualquer idéia sobre a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Por esta exigência, o Estado, pelo Ministério Público, passaria a ser credor, tal como no direito privado (processo civil), de uma pena a ser adjudicada mediante o processo penal, visto apenas como instrumento de tutela daquele direito subjetivo de punir. A passos largos, vamos na direção esquizofrênica de um Estado autoritariamente detentor de um triplo direito: um punitivo, um de ação penal e um de sentenciar. Dentre outras, por esta razão a crítica profunda de Goldschmidt quanto à exigência punitiva de Binding: “*la consecuencia jurídica del Derecho penal no es la pena, sino el derecho subjetivo de penar y (...) este derecho no puede ejercerse fuera del proceso.*” E a isto estamos presos até os dias atuais, sobre materiais os quais se constrói um processo penal autoritário. Veja-se a simples atribuição da existência de *lide* no processo penal, mal sabendo-se o que isto atrela: como é que falaremos nela se, da lesão ao bem jurídico, não se deduz um *ius puniendi*, mas uma pretensão acusatória, um poder de submeter alguém a um processo? Muito menos haverá qualquer direito a ser adjudicado desde uma exigência punitiva, afastando-se qualquer reminiscência de conflito de interesses (senão acriticamente) entre *ius puniendi* e *status libertatis* – vide a pretensão punitiva que segue sendo amplamente aceita nas lições doutrinárias.⁴³⁶

Na mesma esteira, Geraldo Prado observará que:

O simples fato de colocar o Ministério Público no lugar da vítima simboliza a impropriedade de pensar a ação penal nos moldes liberais de defesa de direitos disponíveis (origem da noção do direito de ação civil). Até mesmo nos sistemas jurídicos que adotam o princípio da oportunidade da ação penal pública (o Ministério Público tem margem de decisão sobre acusar ou não), a liberdade do Ministério Público é inconfundível com a faculdade do autor civil. A liberdade do Ministério Público estará sempre dirigida pelo princípio da legalidade, protegendo a comunidade das decisões pessoais de cada integrante da referida instituição, enquanto as motivações estritamente pessoais podem estar na base da decisão de não se promover a ação civil clássica⁴³⁷

No tocante ao *interesse de agir*, há de se perceber que não poderia ser mais equivocada o transplante de referida categoria à uma condicionante da ação penal. No processo civil, o

⁴³⁴ Idem, p. 53

⁴³⁵ Idem, p. 55

⁴³⁶ GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. Direito de ação no processo penal: polemicas e horizontes possíveis. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 3 /2018. p. 1034

⁴³⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 184

interesse de agir é “a demonstração da necessidade de se obter através do processo a proteção do interesse jurídico tutelado”⁴³⁸, correspondendo ao binômio necessidade-utilidade. Não há, contudo, que se falar em demonstração da necessidade do processo, em seara penal, visto que o *princípio da necessidade* já impõe o processo como caminho essencial para a pena (*nulla poena sine iudicio*). E mais, qual seria o proveito obtido pelo acusador ao exercer a ação penal, perfazendo assim a condição de *utilidade* da ação? Nenhuma.

Como demonstra a mais comezinha diferenciação entre processo civil e penal, há um princípio elementar que torna ambas as searas irreconciliáveis: o princípio da necessidade do processo em relação à pena (*nulla poena sine iudicio*). Não há que se falar em uma utilidade processual da tutela jurisdicional a ser transportada ao processo penal como define Liebman o interesse de agir. Sem processo não há pena.⁴³⁹

Por sua vez, a *possibilidade jurídica do pedido* também é categoria absolutamente descabida para a análise da ação penal. Descrita por Liebman como a “admissibilidade em abstrato do provimento requerido”⁴⁴⁰, a possibilidade jurídica do pedido não faz sequer sentido no processo penal. Na esteira de Aury Lopes Jr., percebe-se que “não satisfaz o conceito civilista de que o pedido deve estar autorizado pelo ordenamento”, vez que “o pedido da ação penal, no processo penal de conhecimento, será sempre de condenação”⁴⁴¹.

Além do mais, a observância das condições da ação civil, em sede processual penal, pode representar *fragilização da presunção de inocência* ao promover a inversão do ônus probatório, encarregando, em verdade, o réu de comprovar a sua inocência. Basta pensar: um juiz que conclui pela admissibilidade da ação estará pendente a decidir pela condenação do réu. Deveras, “uma vez que as partes são legítimas, o pedido é juridicamente possível e há interesse de agir, resta apenas a decisão de procedência”⁴⁴², o que, em termos penais, representa uma condenação do réu desde o pontapé inicial do processo judicial (*verdadeira pré-ocupação de culpabilidade*). Nesse sentido, precisas são as críticas de Jobim do Amaral e Gloeckner:

É absolutamente ingênuo que possa um juiz examinar as condições da ação como completamente desligadas do mérito. Trata-se de um pensamento veihingeriano do

⁴³⁸ GLOECKNER, Ricardo. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema Penal & Violência**. op. cit., p. 55

⁴³⁹ Idem, ibidem

⁴⁴⁰ GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. Direito de ação no processo penal: polemicas e horizontes possíveis. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. op. cit., p. 1028

⁴⁴¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. op. cit., p. 233

⁴⁴² GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. Direito de ação no processo penal: polemicas e horizontes possíveis. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. op. cit. p. 1031

als ob (do como se) enfraquecido. Não é difícil se concluir que, levadas *avant la lettre*, as instruções de Liebman ao processo penal, no momento do recebimento da denúncia o magistrado deverá “presumir ser o acusado o autor do crime”, haver materialidade, tipicidade e todos os elementos do delito. Não apenas se trata de um juízo humanamente impossível, como a estrutura do processo penal é diversa: *exige-se justa causa para o recebimento da denúncia justamente pelo fato de o processo penal ser uma pena em si mesmo*. Exige-se a justa causa no escopo de se reduzir danos (irreparáveis) decorrentes do processo penal. Exige-se que o juiz rejeite a denúncia quando estiver em dúvida com relação à possibilidade da prática do crime. Todo o contrário do que a teoria eclética promove desde a sua interioridade.⁴⁴³

A teoria da acusação, portanto, deve reavaliar a aplicabilidade do conceito de ação para o processo penal, seja inutilizando-a por completo ou repensando a fundo as suas bases. Tal cenário de fragilidade epistemológica, vide o flagrante descompasso das categorias e condições com a sua fenomenologia, não apenas mantém o processo penal em imenso atraso (a irmã preterida, com seu *complexo de gata borralheira*), mas também abre a porta para pulsões inquisitivas. A identificação do objeto do processo penal como sendo a pretensão punitiva (Binding) e o Ministério Público sendo tomado como sujeito de direitos (quicá fundamentais), à semelhança do credor no processo civil, são alguns dos exemplos das (potenciais) intromissões autoritárias resultantes do conúbio entre direito processual civil e direito processual penal. Ora, não há como sustentar, ao menos em sede acusatória, que o Ministério Público exerça direito subjetivo de punir, externalizado na ação penal pela pretensão punitiva.

Nesse diapasão, salienta Gloeckner em tom crítico que

Esta concepção autoritária ainda traz efeitos para o processo penal contemporâneo. De fato, o objeto do processo penal não é uma pretensão punitiva – nem poderia sê-lo – uma vez que ao acusador não se lhe adjudica direito próprio, como demonstrara de há muito Goldschmidt. O objeto do processo, de acordo com a doutrina de Guasp Delgado, é a satisfação jurídica de pretensões. Consoante ensina Lopes Júnior, o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória. Esta pretensão acusatória será entendida como um direito ao processo – *jus ut procedatur*. Este poder que detém o Ministério Público de levar adiante a acusação e de ser examinado pelo Estado se constitui como um poder condicionado, relativizado.⁴⁴⁴

Dando um relevante salto em direção à uma efetiva independência conceitual do processo penal, Aury Lopes Jr sustentará que o objeto do processo penal é uma *pretensão acusatória*⁴⁴⁵. Uma pretensão, contudo, que não coincide com a noção carneluttiana; conforme Lopes Jr., “não

⁴⁴³ Idem, *ibidem*

⁴⁴⁴ GLOECKNER, Ricardo. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Sistema Penal & Violência**. op. cit., p. 51

⁴⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. op. cit., p. 179-209

se trata de uma pretensão que nasce de um conflito de interesses, mas, sim, do direito potestativo de acusar (Estado-acusação) decorrente do ataque a um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que se permita a efetivação do poder de penar (Estado-juiz)”⁴⁴⁶. E, mais adiante, prossegue o autor:

O Estado possui um poder condicionado de punir que somente pode ser exercido após a submissão ao processo penal. Então, *no primeiro momento, o que o acusador exerce é um poder de proceder contra alguém*, submeter alguém ao processo penal. *É o poder de submeter alguém a um juízo cognitivo.*

Não há lide ou conflito de interesses, até porque a liberdade do réu não constitui um direito subjetivo, mas um direito fundamental, o que também transcende a noção de direito público subjetivo. Mais, não há conflito de interesses, porque a lesão ao bem jurídico não gera um direito subjetivo que possa ser exercido (exigência punitiva), pois não existe punição fora do processo penal (novamente o princípio da necessidade). O que, sim, nasce é a pretensão acusatória, o poder de proceder contra alguém, de submeter ao juízo cognitivo.⁴⁴⁷

E tal *pretensão acusatória* resulta na percepção da *ação penal* como “um ‘direito ao processo’, completamente distinto do poder de punir que corresponde exclusivamente ao Estado-juiz”⁴⁴⁸. Nessa senda, “a ação penal é vista como um poder jurídico de iniciativa processual, como instrumento de invocação, que gera o poder-dever do órgão jurisdicional de comprovar a situação do fato que lhe é submetido à análise, para declarar a existência ou não de um delito”⁴⁴⁹. Percebe-se, assim, que “há um direito abstrato ao processo, o *direito potestativo de acusar (pretensão acusatória)* – nada de direito subjetivo de punir nascido da violação de uma norma incriminadora de direito material – sim, um poder de proceder contra alguém, desde que presentes os requisitos legais”⁴⁵⁰.

Releva notar, por oportuno, que a matiz problemática da ação penal esbarra, inexoravelmente, na problemática da justiça penal negociada. Mais uma vez com Aury Lopes Jr., quando aduz que

como ao acusador corresponde um mero direito potestativo de acusar, não lhe cabe pedir uma pena em concreto e tampouco negociá-la com o acusado, pois a pena é uma manifestação da função punitiva que é uma exclusividade do Estado-tribunal. Então, as formas de *plea negotiation* não são consequências de uma correta concepção do objeto do processo penal.

⁴⁴⁶ Idem, p. 182

⁴⁴⁷ Idem, p. 184

⁴⁴⁸ Idem, p. 204

⁴⁴⁹ Idem, ibidem

⁴⁵⁰ GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. Direito de ação no processo penal: polemicas e horizontes possíveis. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. op. cit, p. 1037-8

*Evidencia-se aqui o erro de pensar que o objeto do processo penal é o ius puniendi: não incumbe ao Ministério Público punir, pois não lhe pertence esse poder (ou mesmo direito). O poder de punir é do juiz, condicionado ao exercício integral e procedente da acusação. São elementos distintos o acusar e o punir.*⁴⁵¹

De fato, embraiado no fundamento de que é o credor da pena e, portanto, exerce uma pretensão punitiva, o Ministério Público atua no processo – e até mesmo antes dele – como se fosse portador de algum direito subjetivo de punir o réu. E, como portador de tal direito – à imagem do credor civil –, poderia dispor ao seu agrado do conteúdo do processo, negociando com o acusado e seu defensor o que fosse de seu [Ministério Público] melhor interesse. Ademais, como gozaria de pretensão punitiva, nada mais natural do que a possibilidade de o órgão acusador “convencionar” com o acusado penas e regime de cumprimento, inclusive criando “cláusulas contratuais” em desacordo com mandamentos legais. Enfim, dentro dessa visão, estar-se-ia apenas realizando uma transação com direito próprio, de modo a resolver a lide penal.

Entretanto, não é possível concordar com essa concepção privatista do processo penal (sustentada por muitos defensores da adoção dos mecanismos de barganha), que confunde direito subjetivo com função institucional (129, I, CRFB), pretensão acusatória com pretensão punitiva e vislumbra o Ministério Público como mero substituto do credor civil.

A ação penal pública (lembre-se: por ação se entende não apenas o poder de iniciativa, mas igualmente os atos de *impulsão* da acusação no curso do processo) rege-se, no sistema brasileiro, por alguns princípios, entre os quais oficialidade, obrigatoriedade e indisponibilidade. O art. 129, I, da Constituição Federal delineia o que se compreende por oficialidade, ao atribuir ao Ministério Público a *função institucional* de promover, privativamente, a ação penal pública; não há de se controverter a esse respeito, a despeito de alguns que argumentam ser a ação um *direito subjetivo* do Ministério Público. Mais controversas são obrigatoriedade e indisponibilidade.

Leciona Afrânio Silva Jardim que a obrigatoriedade⁴⁵² não é “uma opção arbitrária do legislador, mas está inserid[a] dentro de um contexto democrático, no qual ao funcionário do

⁴⁵¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. op. cit., p. 205

⁴⁵² Para uma análise mais profunda sobre os conceitos de obrigatoriedade, oportunidade (e consenso), legalidade e discricionariedade, mormente para a caracterização da justiça negociada, sugere-se a leitura de Vinícius Vasconcellos, p. 31-53 in_ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**:

estado não é dado dispor do interesse coletivo”⁴⁵³. Assim sendo, sempre que presentes os requisitos para o exercício da ação penal, o Ministério Público terá o dever de oferecer a denúncia; por sua vez, em não sendo possível observar *a tipicidade aparente, a punibilidade concreta e a justa causa*⁴⁵⁴ é igualmente dever do promotor requerer o arquivamento do inquérito policial ou pedir a absolvição do réu ao fim do processo – forçoso também será ao Ministério Público não recorrer de sentença absolutória quando ausentes tais requisitos. Merece a pena colacionar brilhante exposição de Prado:

A obrigatoriedade, vale lembrar, é de propor ação condenatória sempre que houver indícios de autoria e prova superficial da existência da conduta delituosa, ausentes causas de impedimento tais como a extinção de punibilidade. Trata-se de deduzir pretensão acusatória, mas, como tal, não obriga o Ministério Público a perseguir incessantemente a condenação do acusado – e menos ainda o obriga a recorrer de sentença absolutória – caso esteja convencido de que o réu não deve ser condenado. Na ordem jurídica, o artigo 385 do Código de Processo Penal manifesta a liberdade do Ministério Público de descomprometer-se com o pedido de condenação. Não por outra razão que a pretensão que deduz é de acusação, não se confundindo com a pretensão punitiva, de caráter extra-processual.⁴⁵⁵

Compreende-se o objetivo último deve ser a preservação da finalidade da lei e a construção de uma política criminal democrática, nas quais o Ministério Público exerce papel fundamental. Assim sendo, a obrigatoriedade não deve implicar na absoluta supressão à liberdade de atuação dos promotores – liberdade esta que é imprescindível para o exercício da sua função pública –, mas sim visar garantir que a persecução penal não se converta, uma vez mais, em instrumento seletivo de distribuição (desigual) de castigo. Ou seja, a obrigatoriedade da ação penal cumpre o essencial papel de evitar “qualquer manipulação por parte do órgão acusador e, por outra parte, eventuais pressões que possa sofrer”⁴⁵⁶.

De outro modo, a respeito das possíveis arbitrariedades ocasionadas pela adoção do critério da oportunidade do exercício da ação penal, marcadamente no caso da transação entre acusador público e defesa no marco do *plea bargaining*, Luigi Ferrajoli leciona:

análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

⁴⁵³ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 114 apud PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. op. cit., p. 251

⁴⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. op. cit, p. 234-241

⁴⁵⁵ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. op. cit, p. 255-6

⁴⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, nº 30, 1998. p. 183

A discricionariedade da ação e a conseqüente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos, representam, portanto, um resíduo do caráter originariamente privado - e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal -, agora injustificado. Entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade - que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (*plea bargaining*) da declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais - representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo. (...) ⁴⁵⁷

Diante do exposto, conclui-se que uma teoria da acusação deve tratar, portanto, de *mettere il pubblico ministero al suo posto* (Carnelutti). Tal assertiva se desdobra em duas acepções: num primeiro sentido, meter o Ministério Público em seu posto significa garantir a independência e autonomia da instituição, e, portanto, assegurar-lhe o *locus* privilegiado que é suposto ocupar, contra as intromissões indevidas de juízes inquisidores. O processo penal acusatório impõe um *estatuto do acusador* adequado à sua posição de parte (sim!), sem que se olvidar ser o Ministério Público uma instituição defensora da ordem jurídica e do regime democrático ⁴⁵⁸ (art. 127, CF).

A segunda acepção de *mettere il pubblico ministero al suo posto* implica na vedação ao próprio Ministério Público de exceder o seu posto, ou seja, em se firmarem balizas suficientemente sólidas para que as partes tenham efetivas condições de paridade; cuida-se, em última instância, de evitar a distribuição iníqua de poderes processuais à acusação (“aglomeração quântica de poder”).

Tecidas essas considerações a respeito da acusação, passa-se a uma brevíssima análise da Defesa. Salienta-se, desde logo, que a escolha pelo exame apartado entre acusação e defesa justifica-se pela dessemelhança essencial entre as partes no processo penal. Com isso não está

⁴⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 455-6

⁴⁵⁸ É de se notar a interessante percepção de PRADO, para quem “Um estatuto jurídico do acusador que reprima completamente as suas potencialidades de conformação da política criminal, a pretexto de vincular a ação do Ministério Público à legalidade, esconde deliberadamente a possibilidade da legalidade surgir em ambientes de flexibilidade, de acordo com critérios de impessoalidade e moralidade e também de acordo com propostas de redução do caráter flagrantemente elitista da justiça penal, redistribuindo as forças de persecução conforme uma mais coerente e justa avaliação do que deve merecer o dispêndio de energia do Estado” (PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 205).

a se dizer que ambas não compartilhem, em seu estatuto, características comuns, tampouco que o Ministério Público, como querem alguns, não seja uma parte (ou seja uma *parte imparcial*); e sim que a posição de fundamental assimetria entre acusação e defesa resulta em distintos direitos, deveres e poderes atribuídas a cada uma das *partes*. Por essa razão, convém o estudo apartado do estatuto defensivo.

Importa destacar que as considerações a serem feitas sobre o estatuto da defesa no processo penal advém de um comum *patrimônio democrático*⁴⁵⁹. Isto porque é de se ter em conta que a defesa só pode ter existência real em um processo penal acusatório; afinal, é mesmo consubstancial à *epistemologia inquisitória*⁴⁶⁰ a impossibilidade do exercício de defesa. Para perceber a repugnância do modelo inquisitivo ao direito de defesa, basta uma rápida mirada ao Manual de Eymerich (mas também servem ao propósito uma leitura do fascista Manzini e de seu discípulo tupiniquim Francisco Campos); percebida a realização do direito material como finalidade última do sistema, manifesta-se o exercício da defesa como um verdadeiro obstáculo ao cumprimento desse objetivo-mor⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ A noção de patrimônio – democrático e ditatorial – é trabalhada por Rui Cunha Martins, para quem “quer o eixo ditatorial, quer o eixo democrático, designam, cada um deles, um sistema complexo, intrinsecamente plural, de referências doutrinárias, mecanismos de ação, funções ideológicas e experiências históricas concretas, interagindo e agregando-se de forma dinâmica. Cada um desses conjuntos, à medida em que vai sendo requisitado e em que vai incorporando novas formas históricas devém *patrimônio* – patrimônio ditatorial e patrimônio democrático – e é nessa condição patrimonial que ele é recebido, encarado e utilizado por cada momento histórico. Por que é importante esta questão do respectivo caráter patrimonial? Por dois motivos. Primeiro, porque estes patrimônios têm uma dinâmica de relacionamento que lhes permite encontrar-se e cruzar-se, tanto repelindo-se quanto sobrepondo-se. A historicidade desse relacionamento incorpora portanto a possibilidade de contaminação, a aquisição de elementos de um pelo outro. Segundo, porque só entendendo a ditadura e a democracia como patrimônio se pode compreender que elas fiquem, em cada época, como valor patrimonial que são, disponíveis para uso”. MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 84

⁴⁶⁰ Segundo Luigi Ferrajoli “o sistema inquisitório não só exige, mas exclui o controle desde baixo, em especial o controle do imputado. Segredo, escritura e sobretudo ausência de contraditório e defesa são os corolários da sua epistemologia eminentemente substancial, que remete a obtenção da verdade unicamente à capacidade e ao poder de investigação do juiz-postulante” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. op. cit., p. 488). Em similar sentido, Salah Khaled Jr. salienta que “A questão fulcral é que a epistemologia foi concebida para homogeneizar o corpo social, matando a diferença, enquanto o nosso cenário democrático-constitucional impõe, acima de tudo, o respeito ao plural. (...) A epistemologia inquisitória conforma um campo de saber voltado para o extermínio do inimigo. (...) A epistemologia inquisitória ainda prepondera, em nome de uma insaciável ambição de verdade que não expressa outra coisa que um desejo irrefreável de atingir a condenação, desprezando por completo o conceito de que forma é garantia, como exige o devido processo legal”. (KHALED JR., Salah. A ambição da verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, jan-fev 2015. p. 345-347).

⁴⁶¹ No prefácio ao Manual dos Inquisidores, Leonardo Boff faz importantíssima anotação: “Com efeito, a defesa tem uma função meramente nominal, diria até perversa, pois não trata de defender o réu, mas de agilizar sua condenação. O *Manual* ensina que ‘o papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido’ (parte II, G, 31). O estatuto do defensor não é assegurado, como em qualquer legislação de Hamurabi (século XV a.C.) a Stalin ou Hitler. O lugar do defensor é no capítulo sobre ‘obstáculos à rapidez de um processo’. Os autores começam o capítulo acerca da ‘admissão de um defensor’ com esta sentença: ‘O fato de dar direito de defesa ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação de

De outra maneira, a máxima acusatoriedade demanda a observância dos direitos do acusado, por servirem estes como barreira às potenciais arbitrariedades do poder punitivo.

Nessa senda, Luigi Ferrajoli⁴⁶² aduz que a “*defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre hipótese de acusação e hipótese de defesa”. Tem razão o mestre italiano; de fato, a existência da (*ampla*) *defesa* é garantia da dialeticidade do processo penal, pois que para configurar-se a *disputatio* deve haver a possibilidade de refutação dos argumentos e provas apresentados pelo acusador. Tal assertiva consolida-se, no campo da produção probatória, no axioma garantístico *nulla probatio sine defensione*: assim sendo, as versões contraditas de acusação e defesa servirão, ao final do processo, para conformar a decisão justa do caso penal⁴⁶³.

Nada obstante, não se trata meramente de abrir ao acusado a possibilidade de se defender, mas de assegurar a paridade entre as condições de exercício da defesa e da acusação. Consta no arco de atribuições defensivas não somente a possibilidade de refutação de provas e argumentos da acusação, e sim também a produção de provas e a elaboração de estratégias ativas para a conformação da decisão penal. Prosseguindo com Ferrajoli, “para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária (...) a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento...”⁴⁶⁴. Nesse sentido, compreende-se que para além da autodefesa, em suas

sentença; essa concessão algumas vezes é necessária (no sentido de agilizar a sentença, porque o acusado não confessa: *aclaração minha*), outras não’ (quando confessa: parte II, F, 31)”. BOFF, Leonardo. Prefácio. *Inquisição: um espírito que continua a existir*. In: EYMERICH, Nicolau. ***Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores***. Comentários de Francisco de La Peña. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 19.

⁴⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. op. cit., p. 490

⁴⁶³ Noutro instante, Luigi Ferrajoli salienta que “A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ela, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis. A tal fim, todas as implicações da hipótese devem ser explicitadas e ensaiadas, de modo que sejam possíveis não apenas as provas, senão também as contraprovas. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos que a busca daquelas”. Idem, p. 121

⁴⁶⁴ Idem, p. 490

modalidades positiva ou negativa (*nemo tenetur se detegere*)⁴⁶⁵, a desejada *paridade de armas* só poderá ser efetivamente alcançada quando o acusado for assistido por um *defensor* tecnicamente qualificado para o exercício da função.

A presença de um profissional é obrigatória, condição *sine qua non* ao regular desenvolvimento do processo penal, decorrendo “de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada *presunção de hipossuficiência* do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal”⁴⁶⁶. O Código de Processo Penal brasileiro reconhece a essencialidade da defesa técnica quando dispõe que “nenhum acusado, ainda que foragido, será processado ou julgado sem defensor” (art. 261), sendo que a sua ausência importa em nulidade absoluta do processo, conforme a Súmula 523, do Supremo Tribunal Federal: “*No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*”⁴⁶⁷.

Nesse sentido, compreende-se que, para além da formação de profissionais mais qualificado, ainda mais em tempos sombrios que o ensino jurídico no Brasil agoniza, é necessário não descuidar do fortalecimento das Defensorias Públicas, instituição da maior importância para o projeto de consolidação de um processo penal – e de uma sociedade – verdadeiramente democrático(a). Atualmente, não há como se falar em *paridade de armas* quando é clara como a luz do sol a *disparidade institucional* entre Ministério Público e Defensoria Pública, com o primeiro órgão tendo um orçamento bem superior ao segundo. Apenas com o fortalecimento das Defensorias Públicas, com um maior repasse de verbas orçamentárias e melhores condições (de infraestrutura, salariais, laborais) aos defensores

⁴⁶⁵ No tocante à chamada autodefesa positiva, Aury Lopes Jr. caracteriza-a “como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade”. Já no que diz respeito a modalidade negativa, o mesmo autor assevera que “o direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório”. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. op. cit., p. 330

⁴⁶⁶ Idem, p. 86

⁴⁶⁷ É dever notar, contudo, com Leonardo Yarochevsky quando destaca (criticando a 2ª parte da referida súmula) que “a defesa deficiente, precária, débil ou inepta equivale à sua ausência, é pior, porque mascara a própria defesa” (YAROCHEVSKY, Leonardo I. **Direito à defesa técnica**. Migalhas, 2015.). Por essa razão, não basta que seja constituído um advogado, mas que este esteja preparado tecnicamente e tenha condições efetivas de exercer o seu múnus público de defender o acusado.

públicos, é que “seria eliminada a disparidade institucional que de fato existe entre acusação e defesa, e que confere ao processo, ainda mais que o segredo e que a escritura, caráter inquisitório”⁴⁶⁸, possibilitando-as cumprir o papel de assistência jurídica, inarredável à adequada prestação jurisdicional do Estado (conforme o art. 134 da CRFB).

Desta maneira, o robustecimento das Defensorias Públicas e a qualificação dos defensores e advogados tornaria efetiva a desejável *paridade de armas* e possibilitaria a conformação do processo penal ao sistema constitucionalmente eleito.

Convém perceber, contudo, que a recente tendência de expansão da justiça negocial tem o condão de “comprimir o espaço do direito de defesa no processo penal”, substituindo-o “por comportamentos processuais do acusado”⁴⁶⁹. Caminha o processo penal em tempos de neoliberalismo (tópico 1.4.) em direção oposta aos mais fundamentais direitos e garantias de defesa (e dos defensores): o estímulo à “colaboração processual” dos imputados esvazia o processo de sua necessária dialeticidade, transformando a Defesa em verdadeira assistente da acusação, interessada que estará na condenação de outro sujeito para que possa obter os “prêmios”.

Por sua vez, a negociação realizada em condições de absoluta desigualdade entre acusação e defesa mitiga a tese de *voluntariedade*, notando-se, ao contrário, pressões de toda ordem – inclusive o uso da *prisão cautelar* – para que o acusado aceite o “*acordo*” proposto pelo Ministério Público, tudo de modo a “abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal” e “facilitar a atividade acusatória ao afastar o imperativo de comprovação integral dos fatos incriminatórios”⁴⁷⁰. Nega-se, com a tese de *voluntariedade*, a coercibilidade ínsita a toda e qualquer negociação penal, imunizando o processo pela referência a uma (falsa) vontade livre e consciente/informada do acusado. E, ainda, o processo – ao invés de ser o caminho necessário para a aferição da responsabilidade criminal (*nullum poena, sine iudicio*) – torna-se um luxo para aqueles que tem condições econômicas e psíquicas para enfrentar a volúpia de acusadores públicos insaciáveis, juízes justiceiros e uma sociedade repressora.

⁴⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. op. cit., p. 467

⁴⁶⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 195

⁴⁷⁰ VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 23-24

Enfim, a sanha punitivista por condenar mais (e sempre mais) em menos tempo desse *neoprocesso penal* faz lembrar os mais remotos tempos da Inquisição, onde a confissão/delação volta a tornar-se *probatio probatissima* (a ser extraída do acusado-objeto a qualquer preço) e a defesa, criminalizada e enfraquecida, torna a ser vista como mero empecilho à realização do direito penal.

Assim sendo, e já realizado o estudo sobre os sistemas processuais penais e *demarcado* aquilo que é tido como princípio inquisitivo e acusatório, cabe averiguar onde se situam as soluções consensuais quando defronte às categorias inquisitório e acusatório. Saliente-se, de antemão, que o fato de os mecanismos negociados contemporâneos, já disseminados por todo o globo, serem provenientes do paradigmático *plea bargain* norte-americano induz parcela significativa da doutrina – nacional e estrangeira – a identificar as soluções de consenso como pertencentes ao sistema adversarial. Sustentados, no mais das vezes, por discursos de *voluntariedade*, *liberdade dispositiva*, *autonomia da vontade das partes*, acaba por se incentivar a via da justiça penal negociada como desejável caminho para a modernização e democratização do inquisitório processo penal dos países da *civil law*.

Descuida-se, porém, das inúmeras críticas que tais mecanismos sofrem desde os Estados Unidos, país de origem, aparentando se ignorar a problemática inserção desses dispositivos em culturas jurídicas diversas; imuniza-se, por detrás das vestes do *consensualismo*, quaisquer possibilidades de crítica aos acordos penais, visando se ocultar o pérfido funcionamento da maquinaria negocial, tão seletivo quanto o tradicional processo, mas muito menos controlado – sendo, por isso, alvo de arbitrariedades que mais fazem lembrar o tribunal da Inquisição.

2.3. Zona fronteira: delineamentos para uma adequada compreensão da barganha frente aos modelos inquisitivo e acusatório

É chegado, após a incursão na temática dos sistemas processuais penais (item 2.1.) e a demarcação – ainda que em linhas móveis – dos contornos dos princípios inquisitivo e acusatório (item 2.2.), ao que considero ser o centro – estético, material, político – da presente tese. A essa altura, contudo, já não há de surpreender quando afirmo estar tal *centro*, paradoxalmente(?), situado nas *bordas*; afinal, importa para a presente tese, tanto quanto a

descrição do conteúdo de cada um dos sistemas processuais penais (e da caracterização dos seus núcleos), a *operação de demarcação de seus contornos*, bem como a consequente percepção de sobreposições de zonas e de eventual compartilhamento de materiais – para usar a expressão de Rui Cunha Martins, “a presença simultânea de determinado elemento em ambos os quadros de funcionalidade ou em ambos patrimônios”⁴⁷¹.

Em sede de teoria do limite, *o ato de traçar linhas* é essencial para a detecção dos contornos de determinado assunto, seja permitindo a identificação de seus elementos integrantes (algo como a *dimensão positiva do limite*), seja obstando a intromissão/derramamentos de componentes alheios ao seu quadro de valências (sua *dimensão negativa*, de barreira).

O que não quer dizer, contudo, que o *ato de demarcar* seja suficiente por si só. Não o é. É que “a complexidade do fenômeno processual não se contenta com a bondade de umas quantas determinações fundacionais” (...). “Não basta, de fato, o enunciado das demarcações, etapas e funções, convém entrar em conta com o potencial de sobreposição e de deslocamento funcional”⁴⁷². É dizer ainda: os *limites originários* impostos a um determinado ente (como o é o processo) não são absolutos/inalteráveis. A simples existência de uma *fronteira*, a vedar ou permitir – dependendo do caso – interações do sistema (entradas e saídas de elementos) com o *jogo do mundo*, não é garantia da sua imobilidade; em termos operativos, a fronteira *funciona*, sim, *ligando* (permitindo a conexão) e *desligando* (vedando-a), mas igualmente funcionará *deslocando-se*. A esse respeito, convém atentar para a lição do autor português acima mencionado:

... não coincidindo os contornos desses vários dispositivos processuais com fronteiras rígidas e mutuamente excludentes mas antes irregulares, há todo um jogo de proximidades e sobreposições que redesenha os referidos contornos e que, nesse movimento, permite a “passagem” e a “incorporação” de componentes provenientes de outras configurações, onde procuravam responder a desafios de outra natureza, desafios esses que agora são assim “transportados” para o interior dos dispositivos processuais para, uma vez aí, potenciarem sua reconhecida dinâmica experiencial. Com o que o componente de heterogeneidade passa a não ser deduzida apenas de um recorte externo, de ordem interprocessual, mas prolonga-se no interior do próprio processo, ao nível, portanto, da respectiva endoconsistência.⁴⁷³

⁴⁷¹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 86

⁴⁷² Idem, p. 24

⁴⁷³ Idem, p. 67

Não só se altera o próprio *conjunto sistêmico* com a entrada ou saída de elementos (reconfiguração interna, criação de novos elos e desfazimento de antigos, turbulência inter e intra sistêmica), como também, a cada passagem ou fechamento, *se refaz a própria fronteira*. Isto é dizer, a fronteira mesma não é *estática*; ela é requisitada, criada, alterada, refeita. Eis a razão pela qual “é ela mesma, tanto o problema que supostamente ela acolhe e trabalha como matéria em trânsito, que é refeita por ocasião de cada ‘passagem’ ou de cada ‘fechamento’ a esse mesmo problema”⁴⁷⁴.

Ademais, em um tempo (globalizado) em que pululam diagnósticos apressados de morte da fronteira, afirmar a sua vitalidade chega a ser um contrassenso. Mas, o fato é que ela ainda está vivíssima, pois não cessa de ser requisitada. É, inclusive, em alguma medida, compreensível que os relatórios sobre o mecanismo *fronteira* venham em forma de autópsia: deveras, a “sobreposição desenfreada das formas e dos conceitos”, decorrente “da generalização das lógicas da simultaneidade” – em que a *superação-sucessividade* é chamada a conviver com a *contiguidade-lateralidade*, num quadro configurador da *complexidade contemporânea* – levam à ideia de que “os contornos demarcatórios foram aplainados”⁴⁷⁵.

Esses relatórios, contudo, parecem incapazes de capturar que “as fronteiras não estão em perda; deslocam-se”⁴⁷⁶. Falta-lhes perceber a dinamicidade do limite. O fato de a empreitada pela detecção dos contornos demarcatórios ser mais complexa – a mudança no *modo do limite* tornou mais dificultosa a distinção entre os opostos (tornados simultâneos) – não obsta o reconhecimento de que o *limite* ainda existe; mantém-se hígido; opera, desempenha funções. Nessa esteira, é pertinente notar que

A versão da diluição de fronteiras, que distraidamente é imputada ao mundo globalizado, é um logro explicativo, ao qual escapa a expansão inusitada dos níveis de requisição de modalidades fronteiriças, no âmbito da qual a aparência da diluição esconde o fenômeno da sobreposição desenfreada. As fronteiras não estão em perda; deslocam-se. As cadeias de montagem de muros políticos e sociais, não só os metafóricos, mas também os físicos, pretensamente acantonados a determinado período histórico, não cessaram o seu trabalho produtivo e é mesmo de crer que as solicitações lhe cheguem hoje das mais variadas escalas. A globalização não matou o muro – globalizou-o. Percebe-se: os muros são mecanismos, exercem determinadas funções; não tendo perecido as funções de delimitação, filtragem, limbo, transgressão

⁴⁷⁴ Idem, p. 115

⁴⁷⁵ Idem, p. 114

⁴⁷⁶ Idem, p. 91

ou passagem, que eles asseguram, por que motivo haveria de perecer o mecanismo “muro”⁴⁷⁷

E, de fato, não haveria de perecer tal mecanismo. Curioso é notar que num estágio de requisição infrene de *muros* irrompam sujeitos aptos a feitura de sua autópsia. Entenda-se: se há, de fato, um enfraquecimento da fronteira histórica (soberania, povo, território, nação) – o que por si só é questionável em algum sentido, visto a crescente dos discursos xenofóbicos e racistas, com a construção de muros anti-imigração – têm-se, igualmente, novas formas de solicitação desse mecanismo.

De se frisar, assim, que o caráter movente do *limite* – ele é feito e refeito continuamente, a cada passagem ou fechamento; ele é criado em novas escalas e dissolvido em antigas instâncias – não torna a atividade demarcatória menos importante. Todo pelo contrário: justamente por sua dinamicidade, demanda atenção redobrada. Num momento em que o mundo “se apresenta como tendencialmente irrestrito, a demarcação surge como desafio indeclinável e, com muita probabilidade, como uma das operações de resistência ao totalitarismo das sociedades tornadas incapazes de gerir a produção de limites”⁴⁷⁸.

Por ser operação de irrecusável conotação política, a *atividade demarcatória* – onde desenhar a linha?, ao que permitir a passagem?, quando fechar a porta? – se assenta em escolhas do *sujeito que traça a linha*; ao fim e ao cabo, uma fronteira jamais poderá se furtar de ser o “produto de uma decisão tomada”⁴⁷⁹. Eis a chamada *dimensão autoral do limite*; se demarcar é necessário, convém salientar que, por *depende de um autor que o faça*, tal atividade será também um problema. Afinal, “o sentido de um ato demarcatório, não sendo nunca inocente (e disso ele retira a sua condição de *acto político*) é, basicamente, imprevisível, merecendo por isso a exigência da sua justificação e sua subtração ao essencialismo”⁴⁸⁰.

Impõe-se, portanto, por incontornável, trabalhar com a problemática da fronteira, não negando, sob hipótese alguma, que laborar sobre o limite é também, em boa dose, traçar linhas (inegável sua dimensão autoral).

⁴⁷⁷ Idem, p. 91

⁴⁷⁸ Idem, p. 116

⁴⁷⁹ Idem, *ibidem*

⁴⁸⁰ Idem, *ibidem*

Antes de adentrar, contudo, no exame detalhado das *fronteiras do dispositivo processual penal*, zona na qual situados os mecanismos negociais, convém realizar alguns apontamentos.

Releva memorar, preliminarmente, que já se adentrou em momento anterior na questão do limite e sobre a pertinência da atividade demarcatória para a delimitação dos contornos entre os sistemas processuais penais e para a distinção entre os núcleos de inquisitivo e acusatório (ver itens 2.1 e 2.2). O ensaio, àquela ocasião feito em moldes preliminares, ganha novo fôlego; a essa altura, interessa-me tanto quanto a detecção dos contornos de um dispositivo como o é o processo, também a percepção de que, tal qual o terreno que circunda, a *fronteira* é também um dispositivo complexo: seleção, filtragem, passagem, fechamento, incorporação são algumas das operações constantes no seu rol de desempenho.

Visto por essa ótica, posso afirmar, não sem alguma dose de ousadia, que a *estética da fronteira* é uma constante na tese. Ora, desde a formação das duas distintas culturas jurídicas – não por acaso, em sua modalidade soberania, a fronteira exerce importante tarefa sobre o desenvolvimento das duas grandes famílias do direito –, passando pelo surgimento do *plea bargaining* nos Estados Unidos da América (separada geograficamente e culturalmente distinta da antiga metrópole) e seu movimento de *legal transplant* para solo brasileiro, esteve sempre o *limite* a se fazer ser sentido. Por isso que reler a presente tese levando em consideração o mecanismo *fronteira* é, por assim dizer, recomendável.

Nesse diapasão, é de se atentar igualmente que, em sendo a barganha um instituto importado da cultura jurídica estadunidense ao Brasil, não haveria como não ter de ultrapassar uma real fronteira – precisamente aquela que separa Estados territoriais. Outrossim, em se tratando (aparentemente) de mecanismos requisitados de um quadro de elementos constantes do patrimônio acusatório – as práticas negociais são tidas por muitos como a máxima representação do processo de partes; expor essa falácia é um dos objetivos da presente subsecção –, natural que deva passar também por uma “virtual” fronteira sistêmica, justo porque o transplante se dá para uma cultura jurídica forjada e adepta a um modelo inquisitivo, ainda que com a transição democrática-constitucional na década de oitenta. Essas anotações já oferecem, a bem dizer, uma espécie de justificação (ainda que parcial) para a requisição de um dado dispositivo como é a fronteira; também dão a entender a complexidade a envolver a solicitação mecanismos de quadros culturais alheios.

Releva trazer, contudo, de maneira mais explícita, a discussão da problemática do *limite* para o processo penal. Nessa esteira, é mister indagar: qual a pertinência da abordagem *fronteiriça* para o estudo do processo penal? E ainda, como se justifica a adoção dessa abordagem e a mobilização de um instrumental teórico-analítico – na aparência, pouco conexo ao cerne da tese – para o trato com os mecanismos negociais e sua expansão sem precedentes mundo afora? Afinal, qual será o elo (e onde desaguará a conexão) entre elementos e noções quais *processo*, *rizoma*, *sistemas processuais*, *mecanismos negociais*, *contornos*, *núcleo*, *fronteira*? São questionamentos os quais se buscará responder.

No tocante à primeira pergunta, cabe asseverar que o processo penal extrai a sua legitimidade exatamente enquanto *instituidor de limites ao poder punitivo estatal*. Com razão, leciona Rui Cunha Martins que “quer o sistema penal, quer o sistema constitucional, retiram a sua importância, para não dizer sua legitimidade, da sua instituição enquanto limites”⁴⁸¹. De fato. E também o faz o sistema processual penal. É dizer ainda: o sistema processual penal, ao retirar sua legitimidade de sua instauração enquanto limite, deverá conceder especial atenção a atividade demarcatória.

E se o “processo é microcosmo do Estado de direito”⁴⁸² (ver item 2.1), importa reconhecer que essa co-pertença faz do *limite* matéria ainda mais cara. Há de se perceber que o processo penal, enquanto “verdadeiro direito constitucional aplicado”⁴⁸³ (Henkel), é, em boa dose, a concretização fática de opções políticas constantes na carta maior. Nesse sentido, preciosa é a lição de Bettiol: “Quase não há um instituto de processo penal que não revele a sua intrínseca natureza política e não seja, portanto, a expressão de uma ideia que supera o plano da realidade prática e a espelha em termos de orientação política”⁴⁸⁴.

Nessa senda, basta ver o caráter *limitador* dos princípios do processo penal constitucional: para além de uma função de garantia dos direitos dos indivíduos (dimensão positiva), as normas constitucionais surgem como barreiras (dimensão negativa) contra as práticas punitivas arbitrárias do Estado. Devido processo legal, presunção de inocência, juiz natural, contraditório,

⁴⁸¹ Idem, p. 114

⁴⁸² MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. op. cit., p. 2

⁴⁸³ Tal asserção de Henkel é apresentada por Manuel da Costa Andrade em ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova no processo penal**. Coimbra, 2006. p. 12

⁴⁸⁴ A lição de Giuseppe Bettiol é citada em coluna de René Ariel Dotti. In.: DOTTI, René Ariel. **O Processo Penal Constitucional – Alguns aspectos de relevo**. Gazeta, 2015.

vedação a prova ilícita, entre outros tantos, não são apenas garantias processuais dos sujeitos-processados, senão também deveres do Estado (ao menos no marco do Estado democrático de direito, devem ser normas de orientação política ao agir estatal).

Mas não é só. Em se tratando do estabelecimento de limites ao poder punitivo estatal, não se pode olvidar dos axiomas do garantismo penal: *nullum crimen sine lege*, *nulla culpa sine iudicio*, *nulla iudicium sine accusatione*, *nulla accusatio sine probatione* não são fórmulas vazias; devem implicar, sim, em uma atuação do Estado, no curso do processo ou fora dele, legislando, acusando ou julgando, para que ao final a sanção esteja legitimada e a intervenção estatal na esfera individual justificada (tomados o direito penal e processual como instrumentos de contenção do poder punitivo).

O processo penal, portanto, deve ser limite ao poder punitivo do Estado; eis a sua razão de existir. Leciona Geraldo Prado que “o estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio”, não tendo “sentido conceber a atuação estatal de verificação da responsabilidade penal de alguém fora das margens instituídas no âmbito da legalidade”⁴⁸⁵. Às *margens*, portanto: são através delas que se poderá examinar a (in)compatibilidade do processo penal com os princípios ditados pelo estado de direito, concluindo-se pela (i)legitimidade da sanção penal.

Insisto em matéria limítrofe. Ensaiei, em ocasião antecedente (item 2.1.), uma compreensão do “processo, qualquer processo, como um dispositivo articulador de elementos de vária ordem”, sujeito a “um sem-número de cruzamentos inesperados, tão depressa vertidos em oportunidade de incorporação quanto em hipótese de diferimento”; enfim, “uma dinâmica que antecede a introdução de uma qualquer direcionalidade”⁴⁸⁶. E que, de modo a introduzir uma direcionalidade a esse sem-número de cruzamentos e dar sentido a essa miríade de elementos, desponta como fundamental a implementação de uma *lógica* sistêmica, capaz de ordenar o complexo e racionalizar as conexões entre os elementos de um dado processo (diminuindo nelas o relevo do imponderável).

⁴⁸⁵ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. op. cit., p. 15

⁴⁸⁶ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. op. cit., p. 65-66

Portanto, e aqui reitero, em seu movimento de *devir-sistema*, o processo se *limita*. Cria *fronteiras*; ergue *muros*. No seu nascedouro, demarca, selecionando determinados elementos e práticas que o constituem ou são autorizados e outros que restarão do lado de lá de suas margens.

Não obstante, o *sistema processual*, por seu mero caráter ordenador, não consegue prevenir-se de algum nível de imprevisibilidade nas interações intra e intersistêmicas. Ao nível da conectividade, poderia chamar esse fenômeno de *permanências rizomáticas*; ou seja, por mais bem forjado que seja o *sistema*, não há como se prever todos os movimentos, interações, contatos, sobreposições existentes entre os seus elementos. Não há dúvida, assim, que “a via da sistematicidade não anula por completo o substrato rizomático que persiste”⁴⁸⁷; é tarefa inexequível, até mesmo para um ordenador como a lógica sistêmica.

A manutenção de um *substrato rizomático* no processo-tornado-sistema pode ser compreendido a partir de duas óticas. A primeira, já exposta linhas acima, de que a transformação de um dado *processo* em *sistema processual* não é suficiente para conter, por assim dizer, o ímpeto voraz dos elementos processuais. Se é verdadeiro que esses elementos terão relações menos imprevisíveis e vizinhanças menos inoportunas (por conta da sistematicidade), também o é que jamais serão de todo previsíveis ou esperadas, visto se tratar o processo de um dispositivo complexo. A segunda, decorrência direta da primeira, resulta na percepção de que é a *fronteira* o operador que permite passagem e vedação, incorporação e alheamento, sendo ela mesma o palco privilegiado do tensionamento entre o permanente acossar de uma “memória rizomática” – que pende a fazer a fronteira funcionar abrindo-se ao ambiente – e um “desejo de coerência” do sistema – que visa tornar as interações menos imprevisíveis, preferindo a manutenção em fechado da fronteira.

É sobre essa tensão imparável que ela, fronteira, se instala. Na realidade, existe para dar conta dessa impossibilidade: de um cessar-fogo entre duas tendências não coadunáveis. Ela, tanto quanto os elementos processuais com os quais tem de lidar, é um dispositivo complexo, que desempenha funções nem sempre consentâneas – justo por ser a *fronteira* fruto de uma escolha política, a divergência não cessa, nem mesmo sobre a atividade que é suposta desempenhar. Nesse sentido, merece espaço a lúcida intervenção de Martins:

⁴⁸⁷ Idem, p. 68

em sede de teoria do limite, a instalação de um problema sobre a fronteira não garante a estabilidade dessa mesma fronteira; na verdade, é ela mesma, tanto quanto o problema que supostamente ela acolhe e trabalha como matéria em trânsito, que é refeita por ocasião de cada ‘passagem’ ou de cada ‘fechamento’ a esse mesmo problema.⁴⁸⁸

Em se tratando da eleição para um dos sistemas processuais penais, convém atentar-se, sim, para os elementos componentes de ambos os patrimônios, acusatório e inquisitório. Mas também é de bom alvitre não se esquecer de dar atenção às suas fronteiras. Afinal, é consubstancial à lógica sistêmica a requisição de tal mecanismo limítrofe; e, por sua vez, é consubstancial à “*lógica da fronteira*” o tensionamento incontível entre vontades incompatíveis, que demandam dela uma constante disponibilidade para incorporar novos elementos e alhear outros, em *devoir-intenso* (inesgotável vir a ser).

Por sinal, nesse tocante, cabe salientar que o saber processual penal – seja em sua vertente crítica ou em sua modalidade legitimadora – transforma-se de acordo com as práticas punitivas de um determinado momento histórico, assim como (em movimento oposto, mas complementar) ajuda a modificar esse mesmo quadro de práticas. As implicações entre poder e saber são bem dadas desde Michel Foucault. Assim, ao tomar o processo como um dispositivo coordenador de elementos díspares estou a reconhecer, precisamente, que ele – processo – comporta uma miríade de práticas discursivas e não discursivas (linhas de enunciado e de luz), a formar uma rede na qual saber e poder estão inarredavelmente implicados.

Tal relacionamento, nem sempre pacífico, entre poder e saber deságua, conseqüentemente, na problemática da *fronteira*. Perceba-se: as decisões a respeito de onde traçar a linha(?), ao que permitir a entrada e ao que vedá-la(?), qual o nível de porosidade dos muros que separam o de dentro do de fora (?), são todas respostas perseguidas pelo saber processual penal; igualmente, o são de maior relevância para o Poder, dado a indeclinável conotação política de tais decisões – i.e. para ficar no processo penal, a escolha e o desenvolvimento (teórico e prático) de um dado método de arbitrar responsabilidade passam pelo estabelecimento de *limites* (separar o desejado do indesejado, o lícito do ilícito, o ético e o reprovável).

⁴⁸⁸ Idem, p. 115

Ademais, é de particular importância notar que, em sede processual penal, o problema se agrava – e se adensa. É que a filiação a um dado sistema processual penal não obsta a requisição de componentes do outro modelo; em verdade, o permanente tensionamento entre acusatório-inquisitório é o nó górdio do processo penal, vez que tendências políticas antagônicas não cessam de produzir fricções neste terreno⁴⁸⁹.

Retomo no trato com os atritos (política) em terreno. A respeito da coabitação de orientações díspares – e, inclusive, na inevitável(?) convivência entre elementos pouco compatíveis no dispositivo processual penal –, valho-me da *metáfora da moeda*, formulada por Geraldo Prado:

o sistema acusatório é como a face de uma moeda: não existe sem a “coroa”, cuja presença iminente sempre incomoda, porque relembra (história) as estratégias de infiltração das práticas autoritárias, em avanço muitas vezes destemido sobre os direitos humanos.⁴⁹⁰

Em alguma medida, é inerente ao convívio entre tendências políticas díspares no campo jurídico penal a requisição dos atores políticos a elementos pouco coadunáveis com o sistema eleito, vide a presença – velada ou às escâncaras – de práticas punitivas autoritárias em pleno ambiente democrático (no caso brasileiro, 30 anos se passaram da democratização e ainda está a se ver arbitrariedades em campo penal).

Ante o exposto, chega-se a conclusão de que, se a *sistematização* é uma respeitável “via de contornar as investidas sobre o dispositivo processual penal”⁴⁹¹, não é ela capaz, por si mesma, de garantir a impenetrabilidade dos muros – como a entrada/permanência de autoritarismos em um processo penal democrático. Um certo grau de *incerteza* é, por assim dizer, inerente à dinâmica dos inter-relacionamentos em sede processual penal: os componentes do dispositivo organizam-se de maneira nem sempre previsíveis, criam novas conexões e desfazem antigos elos, agenciam elementos de quadro alheio, se aproximam ou distanciam

⁴⁸⁹ Entendo ser essa a falha das teorias que postulam a superação de acusatório e inquisitório: ou esvaziar-se-á o processo penal de sua conotação política, escondendo-se o conflito entre tendências políticas distintas debaixo do pano de um falso consenso – jurídico, político, epistemológico; ou mudar-se-á a discussão mantendo-se os mesmos “problemas” da política do processo penal.

⁴⁹⁰ PRADO, Geraldo. Campo Jurídico e Capital Científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial**: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 50.

⁴⁹¹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. op. cit., p. 25

daquilo que é tido como núcleo. Todos esses movimentos, indubitavelmente, põem aos envolvidos um desafio: o de manter permanente vigília sobre a atividade demarcatória, vez que é ao nível das inclinações (política) dos responsáveis por traçar as linhas que se está a jogar.

É ao nível político, portanto, que o enlace entre processo penal e o operador fronteira resta mais evidente⁴⁹².

O convívio entre tendências políticas pouco coadunáveis no interior do dispositivo processual penal traz a ribalta o mecanismo fronteira. É o traçar das linhas responsável por viabilizar a detecção dos elementos integrantes de um dado sistema, bem como possibilitar distingui-los daqueles que restaram como que alijados, do lado de lá das *margens*. Contudo, como visto, o desafio de se trabalhar com a atividade demarcatória, não cessa por aí: a *fronteira* mesmo não é imutável, há nela uma certa “volatilidade”, ditada pelos atores políticos quando do tracejar da linha e da eleição sobre as funções que ela deve desempenhar.

Chegado a esse ponto, creio estar (, em alguma medida,) justificada a solicitação ao leque de categorias que foi alvo de indagação páginas atrás. Explico melhor. Primeiramente, a estratégica requisição da categoria foucaultiana do *dispositivo* propiciou uma análise muito mais rica da fenomenologia processual, com um considerável salto de qualidade em relação às investigações da doutrina tradicional, por permitir, entre outros, o desvelamento do “não-discursivo” nas práticas punitivas. Convém lembrar que, no vocabulário foucaultiano, o termo *dispositivo* caracteriza-se como

- 1) É um conjunto heterogêneo, linguístico e não-linguístico, que inclui virtualmente qualquer coisa no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de polícia, proposições filosóficas etc. O dispositivo em si mesmo é a rede que se estabelece entre esses elementos.
- 2) O dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre numa relação de poder.
- 3) Como tal, resulta do cruzamento de relações de poder e de relações de saber.⁴⁹³

⁴⁹² Afinal, importa reiterar: a adoção de um dado sistema processual penal, escolha de indeclinável cariz político, faz *fronteira*. É inevitável consequência do processo-devir-sistema que assim seja; sua inevitabilidade, contudo, não pode levar a precipitadas conclusões quanto a sua inalterabilidade. Menos corretos ainda são os que pensam ser a zona fronteiriça terreno pacífico. Jamais será; por ser fruto de decisões eminentemente políticas, a fronteira não pode ser senão *locus* de perene *dissenso*.

⁴⁹³ AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo?** e outros ensaios. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Editora Argos, 2009. p. 29

Através de tal abordagem, a operação de desvendamento do *processo penal*, enquanto ente complexo que é, torna-se viável. Deveras, a percepção do *processo como dispositivo* – entre nós trabalhada por Geraldo Prado⁴⁹⁴ – resulta bastante frutuosa, na medida em que: a) possibilita uma análise profunda da fenomenologia processual, respeitando a sua complexidade e a heterogeneidade de seus elementos; b) proporciona a detecção dos elos entre esses elementos, que juntos formam uma *rede (reseau)*; c) oportuniza a apreensão das incoerências não raro existentes nas engrenagens do processo penal, assim tornando possível descortinar o real funcionamento da maquinaria processual; d) por fim, viabiliza a identificação das funções estratégicas do processo e da indissociabilidade entre poder e saber na sua composição.

Ademais, viu-se igualmente que o *processo*, enquanto compósito de elementos de várias ordens, devém *sistema processual* justo para dar sentido a essa miríade de elementos. Nessa passagem, portanto, de *processo-a-sistema processual* instituem-se limites, criam-se fronteiras, de sorte a ordenar os elementos integrantes do seu quadro e regular os vínculos existentes entre eles, bem como obstar as inconvenientes aparições de componentes não desejáveis.

Nada obstante, persiste no *processo-feito-sistema* um dado substrato rizomático, como espécie de *memória muscular* da sua antiga dinâmica sem direcionalidade⁴⁹⁵, ou seja, das associações espontâneas e (ainda) não reguladas por um princípio reitor. Tal permanência, por evidente, acossa o sistema centrado: basta lembrar das contribuições do rizoma deleuziano, caracterizado por ser um “sistema sem General, sem memória organizada ou autômato central”⁴⁹⁶.

A hipótese que se desenvolveu no curso do segundo capítulo é a de que é mesmo sobre essa tensão que o dispositivo processual penal se produz; o processo arranca de uma instabilidade, que, por sua insolubilidade, sempre subsistirá: seu caráter instável é resultado do conflito infundável entre duas lógicas antagônicas, a sistêmica e a rizomática. Ao nível rizomático, quero fazer crer que, entre outras possíveis contribuições, nota-se a sua subsistência tanto da convivência entre elementos provenientes de quadros históricos e políticos díspares –

⁴⁹⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. op. cit.; PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. op. cit.

⁴⁹⁵ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons.op.cit., p. 66

⁴⁹⁶ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platôs**: capitalismo e esquizofrenia. op. cit., p. 43

em sistemas processuais penais tidos por acusatórios, é rotineira a *presencialidade* de elementos extraídos do quadro inquisitivo –, como também (resultado, decorrência direta) da impossibilidade de a fronteira ser esse mecanismo garantidor de uma absoluta impenetrabilidade do sistema por componentes requisitados a outro patrimônio.

Em terreno que se não tem *paz conceitual* nem sequer a respeito de noções mais comezinhas, menos imaginável ainda que tendências distintas convirjam quando da operação de *demarcação*. No plano em questão, é bom lembrar que está a se jogar o *jogo do político*: as tentativas múltiplas de construção do *consenso* em processo penal – não à toa a consensualidade está a se insinuar no terreno, vide as soluções negociadas –, não raro propondo a ultrapassagem da querela entorno dos sistemas acusatório e inquisitório, servem senão ao propósito de esvaziamento do caráter conflituoso da política processual penal. Trata-se a supressão do *desentendimento*⁴⁹⁷ em detrimento de um *autoritarismo consensual* (“somos livres ... desde que escolhamos a coisa ‘certa’”⁴⁹⁸) de um movimento característico de uma era (chamada) pós-política e pós-ideológica. A esse respeito, propõe Augusto Jobim do Amaral⁴⁹⁹ uma interessante leitura:

Enfim, “a pós-política supõe o modelo da negociação comercial e do compromisso estratégico”. Sem afastarmo-nos do foco, não será esta a lógica semelhante esculpida nas reformas processuais penais em curso no país – como examinado antes – e mesmo nos discursos de resistência que migram estrategicamente e cedem terreno para suporem-se mais seguros em planos de *democraticidade*, apontando novos desdobramentos involuntários de um *dispositivo inquisitivo* camuflado? Na era pós-política, o conflito ideológico sobre visões globais (no microcosmo do processo penal, a querela acusatório/inquisitório) fica suplantado pela negociação de interesses alcançada por um compromisso sob a forma de *consenso*. Para dizê-lo cinicamente, um universo pós-ideológico não pode perder tempo com tais deprimentes sequelas, isto provoca *estafa*; afinal, as boas ideias assim o são porque *funcionam*, nada importando “modificar a própria trama que determina como as coisas funcionam”⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ RANCIÈRE, Jacques. **O desentendimento** – política e filosofia. Trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996. p. 11. Nas palavras de Rancière: “Por desentendimento entenderemos um tipo determinado de situação de palavra: aquela em que um dos interlocutores ao mesmo tempo entende e não entende o que diz o outro. O desentendimento não é o conflito entre aquele que diz branco e aquele que diz preto. É o conflito entre aquele que diz branco e aquele que diz branco mas não entende a mesma coisa...”.

⁴⁹⁸ AMARAL, Augusto Jobim do. **Democraticidade e regimes de historicidade no processo penal**. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, A. C. Ferigato; JAPIASSÚ, C. E. Adriano. **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2ª ed. revista e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 179

⁴⁹⁹ Idem, p. 173

⁵⁰⁰ Idem, p. 173

Elucidadas as hipóteses com as quais trabalho sobre o dispositivo processual penal, e já ensaiados alguns dos cruzamentos possíveis (, certamente não exaustivos,) entre *processo*, *sistema*, *rizoma*, *fronteira*..., é momento de partir para o exame específico das soluções negociadas. Algumas questões já a se pôr, a saber: qual é a viabilidade de uma abordagem fronteiriça aos acordos penais? É legítimo que da relação entre os mecanismos negociais e o *processo-tornado-sistema* se suscite a intervenção de um operador como a fronteira? Em que medida será essa *zona*, de passagem ou vedação, frutífera para o exame da *consensualidade* em sede processual penal?

Antecipo a minha compreensão. Avalio que o funcionamento do dispositivo processual penal autoriza a abordagem de fronteira a um tema como as negociações penais. Em *bom rigor sistêmico*, concluo por ser essa a leitura mais adequada ao intento de surpreender a (complexa) fenomenologia processual, permitindo capturar – em movimento – as interações (contaminações) entre os seus componentes e elementos constantes em quadros alheios e, nesse sentido, possibilita apreender “os elementos não discursivos [, de modo a] revela[r] as franjas por onde as práticas repressivas escapam de qualquer controle democrático”⁵⁰¹.

Não custa lembrar que a *escolha sistêmica* – em processo penal, acusatório ou inquisitório – faz *fronteira*. Todavia, pouca valia teria a requisição a tal mecanismo caso se compreendesse ser ele ponto pacífico (algo como uma “*versão essencialista*” do limite⁵⁰²), fruto de alguma demarcação fundacional consensualmente acordada, inquestionável e aposta a qualquer um que fosse trabalhar com os sistemas processuais penais. Muito mais proveitoso será tomar a fronteira como um operador, que funciona, em boa medida, de acordo com o homem que a opera. Ora, justo seu caráter autoral faz com que ela se sujeite aos desejos daquele responsável por traçar as linhas – neste ponto, é de se convir, portanto, que filiações ideológicas, políticas, doutrinárias, jogam importante papel na problemática delimitatória.

Ademais, tenho como certo que pressões de vária espécie e em distintos graus – dos sistemas econômico, político, comunicacional – atuam sobre o dispositivo processual (ver item 2.1.). Na atual quadra, em que prevalecente o domínio do econômico sobre os mais variados ramos da vida (item 1.4.), a *maquinaria processual* tem reagido às pressões extrínsecas através

⁵⁰¹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 37

⁵⁰² MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit, p. 116

da internalização dos ideais de *celeridade e transparência*; o primeiro, de modo a competir com os meios de comunicação de massa no âmbito do *consumo* e o segundo, de forma a concorrer na esfera da *verdade* (item 2.1.).

Não é de se estranhar, assim, que a perseguição a tais ideais tenha se dado no sentido da redução de tempo e custos judiciais, além do fomento pela simplificação da atividade incriminatória. Um desenfreado acréscimo de espaço às soluções negociais no interior do dispositivo é exemplo patente de uma vontade de aceleração – quando não supressão – do demorado e custoso processo penal. O óbice de tal expansão reside no fato de que o aparato discursivo legitimador está a encobrir de vestes acusatórias um real “reenvio às técnicas inquisitoriais”⁵⁰³, ocultando por detrás de argumentos quais voluntariedade, autonomia da vontade, liberdade contratual, igualdade de partes, e uma boa dose de utilitarismo, o efetivo funcionamento de tais mecanismos, bem como o parentesco desses procedimentos abreviados com um processo penal autoritário, no qual as garantias fundamentais são relativizadas e relegadas a segundo plano em favor de satisfazer populismos punitivos.

Sem embargo da tentativa de parcela respeitável de estudiosos no sentido de inserir as soluções consensuadas no arco de legitimidade do sistema acusatório, a presente tese partirá de espectro oposto: de que o modelo negocial deve restar do lado de lá da *fronteira*, ao menos quando a busca for pela máxima acusatoriedade – enquanto desempenho acusatório – do dispositivo processual penal. É que a incompatibilidade entre o instituto da barganha, que vulnera as garantias fundamentais dos acusados e toma o devido processo legal como obstáculo à realização do poder punitivo (sumarização de procedimentos para a antecipação da incidência do poder punitivo), e o princípio reitor e os demais elementos do sistema acusatório é patente; não há como ser, portanto, admitida a passagem/incorporação da barganha ao quadro de elementos do sistema acusatório, visto que prática advinda, sustento, de património inquisitivo.

Assim, nada obstante uma filiação clara (a de que a barganha deve situar-se do lado de fora de um dispositivo que se pretenda maximamente acusatório), é imperioso reconhecer que a *polêmica demarcatória*, no tocante a determinação da pertença dos acordos penais a um dos sistemas processuais penais, existe. E, conforme alhures trabalhado, como a linha traçada guarda indeclinável dependência ao autor que a faz, tanto melhor será a possibilidade de

⁵⁰³ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. op. cit., p. 284

controle sobre a demarcação quanto mais bem justificada for a escolha (política) do local onde se situa a *fronteira*. É dever, portanto, esclarecer as razões pelas quais afirmo estarem os mecanismos negociais em zona fronteira – e, nesse terreno, por que acredito serem incompatíveis com um processo penal democrático⁵⁰⁴.

Parto de uma tese esposada por Vinícius Gomes de Vasconcellos, para quem a justiça negocial encontra-se entre “a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo”⁵⁰⁵. Começarei a minha incursão em *zona fronteira ocupada pelos mecanismos negociais* apresentando os argumentos de parcela significativa da doutrina (nacional e estrangeira) favoráveis à inserção e emprego habitual da barganha, aduzindo ser esse instrumento compaginável com os elementos constantes do sistema acusatório – há, inclusive, quem diga ser ela decorrência direta e natural do processo acusatório. Demonstrarei, contudo, a falácia desses argumentos, muitos de fundo utilitário-eficientista, apontando, a posteriori, seu enraizamento em tradição inquisitorial.

Tomar-se-á como paradigma para a crítica o emblemático modelo da *plea bargaining* norte-americana, visto ser ela a inspiração maior para os recentes movimentos de expansão internacional dos mecanismos negociais⁵⁰⁶. Sem embargo de servir de arranque, a crítica não se limitará ao modelo estadunidense, tratando de abranger também (e desmistificar) os aportes teóricos da doutrina nacional favorável ao implemento e uso da transação penal, colaboração (delação) premiada e das modalidades de acordos penais previstas na PL 8.045/10 (com nome de *procedimento sumário*), na PLS 236/12 (com a alcunha *barganha*), nas Resoluções n. 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público (*acordos de não persecução penal*) e na mais recente proposta do pacote anticrime.

⁵⁰⁴ Releva notar, a esse respeito, anotação de Antonio Pedro Melchior, com quem se concorda, de que “o âmago da democraticidade para o processo penal reside nos elementos do sistema destinados a conter e restringir o exercício do poder punitivo, por ser o próprio exercício do poder o núcleo inquebrantável de qualquer preocupação democrática” (MELCHIOR, Antonio Pedro. **O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 146). Ora, a barganha desrespeita frontalmente os elementos do sistema (acusatório) destinados a contenção do poder, visto que vem a ser forma de incremento da volúpia punitiva do Estado. O processo penal, como filtro para uma condenação justa no marco de um Estado democrático de direito, dá lugar a procedimentos sumários, tudo de forma a antecipar (e maximizar) a intervenção estatal.

⁵⁰⁵ VASCONCELLOS, Vinícius. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, v. 953, março de 2015. pp. 261-279

⁵⁰⁶ Nesse tocante, precisa a lição de Jenia Turner de que “qualquer discussão a respeito do avanço internacional da *plea bargaining* deve partir do exame do modelo norte-americano”. (TURNER, Jenia. **Plea bargaining across borders**. op. cit., p. 2).

Conforme acima referido, não são poucos os que defendem ser a barganha processual penal a expressão mais bem-acabada do processo acusatório, por suas raízes no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América – tido como adversarial, ainda que se ponha em dúvida também tal classificação, ao menos contemporaneamente – e pela consagração de um processo verdadeiramente de partes, no qual vigente o respeito irrestrito à imparcialidade do julgador (efetivamente um terceiro alheio) e a gestão da prova nas mãos de acusação e defesa em situação de real paridade de armas; ademais, salientam que a barganha permitiria uma aproximação maior da verdade dos fatos históricos: por ser fruto do consenso, e, portanto, da colaboração do próprio autor do delito, satisfaria até melhor a necessária adequação entre sanção e verdade.

E não é à toa que respeitados autores concluem por inserir a barganha no arco do sistema acusatório. Deveras, a depender do que se compreende por acusatório e inquisitório (eis a crucialidade da atividade demarcatória), a negociação penal poderá ser encarada como decorrência da modelo de partes; partes estas que resolveriam consensualmente a sua disputa, dispondo cada qual de uma parcela de seus direitos e obtendo vantagens em tal negociação.

Nesse sentido, Rosimeire Ventura Leite⁵⁰⁷ afirmará ser a justiça negociada um “modelo de processo penal que atribui maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos (...) de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento”. Em similar sentido, Richard Vogler⁵⁰⁸ descreverá o modelo consensual como “o coração ideológico de um sistema que trata o acusado como um participante ativo, mais que como um objeto passivo”. Nessa ótica, a emergência de um processo penal consensual servirá para “aproximar os sujeitos processuais para, em conjunto, encontrarem a melhor solução legal para pacificar a tensão causada pelos seus interesses diversos surgidos pelo conflito, servindo, simultaneamente, às finalidades tradicionais, preventivas, do direito penal, ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à reabilitação do autor”⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 23

⁵⁰⁸ VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coord.). **Processo penal e Estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 306

⁵⁰⁹ OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. Tese de mestrado em ciências criminais: Coimbra, 2013. pp. 61/62

Por sua vez, asseveram alguns que o *princípio dispositivo*⁵¹⁰ – reitor do sistema acusatório – levaria em conta a possibilidade de disposição dos envolvidos acerca do objeto em litígio (desistência da contenda), restando a barganha como que mecanismo inerente à estrutura do processo penal adversarial; igualmente, apontam que a passividade (quase) absoluta do julgador frente a contenda – e sua resolução por meio de acordos – entre Ministério Público e defesa estaria a consagrar sua imparcialidade, em um característico modelo de partes. É essa a percepção de Máximo Langer⁵¹¹ quando, em ensaio seminal sobre o transplante de categorias jurídicas, propõe:

Há poucos mecanismos e institutos mais característicos do sistema adversarial estadunidense e mais especificamente do modelo de disputa. O *plea bargaining* estadunidense, por definição, presume uma concepção adversarial do processo penal como uma disputa entre duas partes diante de um julgador passivo. Faz sentido que em um modelo de disputa as partes sejam autorizadas a entrar em acordo sobre um *plea bargain*. Isto é, as partes podem negociar a fim de chegar a um acordo e se as partes acordarem sobre o fim da disputa, o julgador não deveria ter qualquer poder (ou tão somente um poder formal e relativamente menor) de rejeitar esta decisão. Além disso, as características do modelo de disputa são condições que permitem a possibilidade de desenvolvimento do *plea bargaining*. Por exemplo, o *guilty plea* que permite ao acusado colocar um fim na determinação da culpa ou da inocência, concede à defesa uma ferramenta negocial em seus acordos com a acusação. Ademais, o fato de que o juiz, como um julgador passivo, normalmente aceita o acordo estabelecido pelas partes (os verdadeiros donos do processo) também oferece um estímulo para o desenvolvimento de tais práticas.⁵¹²

Vinicius Vasconcellos⁵¹³, em tom marcadamente crítico sobre as associações entre a barganha e o sistema acusatório, chama atenção para argumento esgrimido por corrente doutrinária de que, “em decorrência da postura reativa do julgador e da primazia das partes na condução do processo, a elas seria autorizado um poder de disposição plena sobre o objeto do processo, de modo a, assim, concluir que o modelo acusatório se define pela possibilidade de que acusação e defesa disponham (controlem, renunciem) do processo, nesses termos legitimando os acordos para imposição de punições negociadas”.

⁵¹⁰ O entendimento acerca da impossibilidade de se tomar o princípio dispositivo como o regente do sistema processual de feição acusatória é exposto no tópico 2.2, salientando-se a maior denominação da ideia reitora como princípio acusatório.

⁵¹¹ LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. op. cit., p. 73-74

⁵¹² LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. op. cit., p. 73-74

⁵¹³ VASCONCELLOS, Vinicius. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, op. cit., p. 268

Parece ser rigorosamente nesse sentido a avaliação de Gerard Lynch⁵¹⁴, ao atestar que a *bargain* “deriva diretamente da noção acusatória de que as partes se apresentam como adversários autônomos e iguais diante do tribunal”. Em boa medida, é também esse o entendimento, entre doutrinadores brasileiros, de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵¹⁵ – sem embargo da postura crítica de ambos (Lynch e Coutinho) ao emprego rotineiro da barganha.

A percepção de que os mecanismos negociados estariam inseridos no *círculo acusatório*, contudo, será adiante criticada e expostas suas fragilidades, muito por estarem alicerçadas em algumas premissas incorretas – como a de uma errônea compreensão do que seria o princípio dispositivo. Desde já, é bom guardar ensinamento de Luigi Ferrajoli, sobre as impropriedades de se tomar os acordos penais como inscritos no método acusatório:

A tese partilhada pela doutrina, e que logo se tomou um lugar-comum, de que os dois acordos ou transações são uma decorrência lógica do "método acusatório" e do "processo de partes" é totalmente ideológica e mistificadora. (...), uma tese como esta, amparada na experiência do processo acusatório americano e, particularmente, do *plea bargaining*, é fruto de uma confusão entre um modelo teórico acusatório - que consiste unicamente na separação entre juízo e acusação, na paridade entre acusação e defesa, na moralidade e na publicidade do juízo - e os concretos caracteres do processo acusatório estadunidense, dos quais alguns, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm com o modelo teórico qualquer nexos lógico.

(...)

O mesmo se diga da fórmula "processo de partes", cujo uso com referência aos acordos ou transações é também impróprio e distorcido. A negociação entre acusação e defesa é exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório, e reclama acima de tudo práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição. O contraditório, de fato, consiste no confronto público e antagonista entre as partes em condições de paridade. E nenhum contraditório existe entre as partes que realizam o acordo entre si em condições de disparidade.⁵¹⁶

Outros, ao que parece menos sérios (ou mais cínicos), postulam que o réu não confessaria se não fosse ele o autor da conduta criminosa, sendo a barganha uma forma de beneficiar aquele que reconhece sua culpabilidade. Estes parecem se olvidar de que o processo criminal é, por si,

⁵¹⁴ LYNCH, Gerrard. *Plea bargaining*: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos. Revista Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, 1998. p. 297-8

⁵¹⁵ Aduz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “No caso do *plea bargaining* não é diferente. Falar dele é falar de um *instituto* (na falta de palavra melhor) tipicamente do *sistema acusatório*, mormente daquele norte-americano. Além disso – diga-se desde logo –, é falar de um instituto incompatível com um *sistema inquisitório* como o brasileiro atual”. E conclui, em posição que se discorda: “Ter o *plea bargaining* é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório. Mas para isso é preciso, antes, importar o sistema todo, com ônus e bônus”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. **Boletim IBBCRIM**, Ano 27, Nº 317, Edição Especial, Abril/2019. p. 2-5

⁵¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 600

gerador de sofrimento psíquico e que “a ameaça de sanção inerente a todo processo acusatório é (...) um elemento de coação que desequilibra a posição jurídica dos contratantes e tende a ser tomado como limitador do consenso como livre manifestação da vontade”⁵¹⁷. Desmistifica-se, desde já, a noção da barganha como um *contrato* entre partes livres e iguais, vez que a disparidade (de recursos, de posição jurídica) entre acusação e defesa não permite tal asserção, ainda mais quanto está a se tratar de disposição de direitos fundamentais. Não só é ilegítima a assunção da barganha como um contrato pela falta de liberdade e igualdade, como sequer é lícito o objeto fruto de disposição: liberdades públicas não podem ser objeto de barganha.

Ademais, se valendo de teorias criminológicas (em especial do *labelling approach*) e teorias sobre a função da pena (prevenção positiva), seus defensores afirmam que o réu estaria em estágio mais avançado de ressocialização, ante a sua aceitação espontânea do cometimento do crime e remorso pelo seu erro. Nesse sentido, Gabriel Silveira de Queirós Campos⁵¹⁸, entusiasta da incorporação dos acordos penais ao Brasil, afirma que

do ponto de vista criminológico, ainda de acordo com a lição de Fernandes (2011, pp. 141- 164), o fundamento da justiça penal consensual seria a teoria do *labeling approach*, que volta a análise não para a pessoa do criminoso ou para o fato delituoso, mas sim para o próprio sistema de controle. Essa teoria preocupa-se com a seleção informal realizada pelas instâncias formais de repressão penal e, por conseguinte, vislumbra na justiça consensual a busca de soluções alternativas com vista a evitar o efeito estigmatizante do sistema formal de justiça penal.

...

Avançando um pouco mais no estudo de criminologia e política criminal, pode-se concluir, com apoio em Torráo (2000, pp. 115-121), que a justiça criminal consensual é reflexo de um inédito rumo político-criminal, assentado na intervenção mínima do direito punitivo. Trata-se de obter, com os novos mecanismos de solução do conflito penal, maior eficácia de todo o sistema penal e, como consequência, propiciar as finalidades de prevenção geral (vetor funcionalidade).

...

“Os “espaços de consenso” estão voltados à ressocialização do condenado e podem admitir, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, o uso voluntariamente limitado de certos direitos e garantias fundamentais, tais como o da presunção de inocência, o da ampla defesa e o do contraditório.”⁵¹⁹

Concluirá o referido autor ser a negociação penal “medida benéfica ao acusado, por redundar na aplicação da sanção no mínimo legal ou até mesmo abaixo de tal patamar”⁵²⁰,

⁵¹⁷ PRADO, Geraldo. **Transação penal**. op. cit., p. 329

⁵¹⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo, **Revista Custos Legis**, v. 4, 2012. p. 11-13

⁵¹⁹ CAMPOS, Gabriel Silveira Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo, **Revista Custos Legis**, v. 4, 2012. p. 11-13

⁵²⁰ Idem, p. 21

postulando inexistir violação ao devido processo legal e alegando estar a imposição de pena privativa de liberdade plenamente justificada, pois que a culpa estará confessada pelo próprio réu.

No mesmo sentido, Danni Sales Silva⁵²¹ salienta que “a prática negocial consolida uma perspectiva mais benéfica ao cidadão”, visto que “ao se submeter a menor sanção (política premial), o réu minimiza os aspectos deletérios da pena severa que lhe poderia ser imposta”; ademais, “sobrevivem todos os valores constitucionais (ampla defesa, devido processo legal, etc.), dando-se prevalência ao direito de maior valor (liberdade). Se em um plano abstrato, fala-se, a princípio na restrição do contraditório ou mesmo na renúncia à instrução probatória, no plano real há a maximização do direito de liberdade”. Em trecho adiante, o referido autor destaca não haver violação ao devido processo legal, sob a alegação de que “se a Lei contemplar a possibilidade de julgamento antecipado da lide, em acordo sobre sentença, essa passará a ser a nova configuração do processo penal, e portanto, a ser representativa do devido processo legal”, “concentrando-se a dialética no ato de adesão ao acordo sobre sentença”.

Luiz Flávio Gomes⁵²² alerta estar o espaço de consenso “voltado primordialmente para a ressocialização do autor do fato e pode implicar, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, o ‘recoo’ (leia-se uso voluntariamente limitado) de certos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito”.

Por sua vez, Renato Tavares de Paula⁵²³ acentua que “os acordos criminais, ao permitirem uma adesão por parte de todos os sujeitos processuais, diminuem, ao contrário do que ocorre nos modelos que não de consenso, o perigo de eventuais litígios futuros, uma vez que a solução foi atingida de forma consensual”, alertando que a maior eficácia da justiça penal proporcionada pela incorporação da barganha favorece “a uma maior prevenção da criminalidade e eliminam o estigma social que sempre representa para o réu ser submetido a um juízo criminal”.

⁵²¹ SILVA, Danni Sales. **Justiça Penal Negociada**. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de pós-graduação em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 2016. pp. 71-75

⁵²² GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 486

⁵²³ PAULA, Renato Tavares de. A justiça criminal negocial nos crimes de média gravidade no Brasil. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo. **Boletim IBCCRIM**, Ano 26, Nº 312, Janeiro/2019, p. 9

Não é preciso mais do que uma leitura atenta ao Manual dos Inquisidores de Eymerich – e uma mirada ao funcionamento da justiça criminal brasileiro, e também ao norte-americano – para negar cabalmente a veracidade de tais argumentos: os métodos de extração da confissão do acusado por um promotor (e quiçá pelo juiz-inquisidor, ou por um conluio entre as duas personagens) sedento por condenações são conhecidos e as estatísticas – e exemplos históricos – de aplicação de penas a inocentes, que se assumiram culpados por medo de maiores reprimendas, não nos deixam mentir⁵²⁴.

Inclusive, no caso da *bargaining* estadunidense, as chamadas *Alford Pleas* – negociações em que o acusado aceita a barganha, mas declara-se inocente – só evidenciam o caráter pernicioso dos acordos penais: a ausência de lastro probatório sólido, ao invés de direcionar o caso ao julgamento conforme o devido processo legal, resulta na intensificação de coações para a obtenção da confissão do réu. A lógica aqui é inversamente proporcional: quanto menos elementos probatórios à disposição do acusador – ou quanto menos sólidos esses elementos são, maior será a coação sobre o investigado (não raro um inocente, que assumirá a culpa para evitar o “risco do processo”).

Como no Tribunal da Inquisição, nas modernas negociações penais torna-se suficiente a confissão do réu para a sua condenação, o que condiciona um inegável agravamento das pressões existentes para a realização do acordo. Note-se a semelhança: em Francisco de La Peña, um dos mais duros inquisidores medievais, lê-se que o “crime (de heresia) é concebido no cérebro e fica escondido na alma; portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu”⁵²⁵, em uma percepção que fomentou a busca pela confissão do réu a qualquer custo.

⁵²⁴ Sobre o problema da *plea bargaining* no caso de inocentes veja-se, na literatura estadunidense: HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea Bargaining and Convicting the Innocent: The Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge. **Brigham Young University Journal of Public Law**, v. 16, p. 189-242, 2002; DERVAN, Lucian E. The Surprising Lessons from Plea Bargaining in the Shadow of Terror, **Georgia State University Law Review**, v. 27, n. 2, p. 239-298, fev./2011; DERVAN, Lucian E; EDKINS, Vanessa. The Innocent Defendant’s Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining’s Innocence Problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 103, n. 1, p. 01-48, mai./2012.

⁵²⁵ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores** – com comentários de Francisco de la Peña. Trad. Maria José Lopez da Silva. op. cit., p. 138. Destaca-se trecho de comentário de Peña: “Diante do Tribunal da Inquisição, basta a confissão do réu para condená-lo. O crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu. Eymerich tem absoluta razão quando fala da total inutilidade da defesa”. E prossegue: “Se o réu confessar, não há necessidade de um advogado para defendê-lo. Se não quiser confessar, receberá ordens de fazê-lo por três vezes. Depois, se continuar negando, o inquisidor lhe atribuirá, automaticamente, um advogado juramentado no seu tribunal. O réu comunicar-se-á com ele na presença do inquisidor. Quanto ao advogado, prestará juramento – embora já seja juramentado – ao inquisidor de

Nessa senda, os pontos de toque entre a tortura e a *plea bargaining*, bem demonstrados por John Langbein⁵²⁶, evidenciam ser a finalidade maior de ambos (tortura e barganha) lograr a confissão; tal conúbio nefasto, pois que violador dos mais mezinhos direitos e garantias do acusado, será alvo de investimento adiante, quando se for demonstrar o pertencimento da barganha a um quadro de práticas do dispositivo inquisitivo. Por ora, cabe a remissão ao elucidado por Vinícius Vasconcellos, sobre a coerção da proposta e a consequente mácula da voluntariedade nos acordos:

Como já exposto, John Langbein aponta semelhanças, embora com diferença de intensidade, entre a intimidação exercida pela tortura medieval e aquela empreendida pelos mecanismos negociais contemporâneos, a partir de ameaças de punições mais severas em caso de exercício do direito ao julgamento. Desse modo, afirma-se a “injustiça intrínseca do sistema”, já que os réus que recusam o consenso são considerados “incômodos e perturbadores, e acabam por ser punidos mais pesadamente”, podendo implicar na condenação de inocentes.

Assim, o argumento de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, em razão do direito de não produzir prova contra si mesmo, torna-se letra morta se há a promessa de uma premiação com redução da sanção penal e, a *contrario sensu*, um agravamento na situação de quem não o fizer. Portanto, o requisito da voluntariedade na aceitação da barganha é falacioso, pois o funcionamento dos mecanismos se dá por ameaça, que causa a impossibilidade de qualquer escolha livre da defesa, atestando a problemática que, por certo, intensifica-se diante do panorama da desigualdade social brasileiro...

⁵²⁷

A estética confessional e o esteio em uma *verdade da evidência* (Martins⁵²⁸) são pontos cruciais para a conclusão de que o expediente da barganha está implicado em um modelo inquisitivo de processo penal, no qual o desrespeito sistemático às garantias processuais e aos direitos do acusado é justificado pela necessária *eficiência punitiva* – imunizado a afronta aos ditames do devido processo legal por intermédio do seu ocultamento por detrás da manta do consenso.

defender bem o réu e guardar segredo sobre tudo o que vir e ouvir. O papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedi a pena para o crime cometido” (Idem, p. 139)

⁵²⁶ LANGBEIN, John. Tortura e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. pp. 133-150

⁵²⁷ VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 164

⁵²⁸ O termo verdade da evidência é usado por Rui Cunha Martins como o oposto da verdade da prova. Salienta o autor português que “admitindo-se (conforme autorizam estudos prévios em torno da noção de verdade) a existência simultânea de uma verdade da evidência e uma verdade da prova, admissível se torna que a verdade da evidência seja alheia à ideia de processo, enquanto que a verdade da prova não o deverá ser. Eis o motivo: diferentemente da prova, a evidência não remete para dispositivos exteriores de avaliação, porque ela constitui um desdobramento do sentido na indicação da sua própria verdade, pondo-se por si, quer dizer, *alucinando*”. MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. op. cit., p. 3

Ademais, não há de se falar em um devido processo legal da barganha. Parafraseando Geraldo Prado⁵²⁹, a barganha consiste exatamente em o imputado “abrir mão” do devido processo legal. Afinal, “as técnicas de sumarização dos procedimentos vieram para queimar etapas e permitir que o titular do direito material não tivesse de aguardar o decurso sempre demorado de um processo com plena atividade cognitiva para alcançar a providência de direito material objeto de sua pretensão”⁵³⁰. Um cenário negocial, usualmente pouco afeito ao respeito às etapas processuais e almejando presteza na realização do direito material, não parece em nada coadunável com o mandamento da estrita jurisdicionalidade da pena, inscrito no axioma *nullum poena sine iudicio* (Ferrajoli),

Observe-se. Um procedimento sem cognição, sem dilação probatória suficiente (ou qualquer) para romper com o estado inicial de inocência que deve presidir o processo acusatório – a barganha tem o efeito prático de inverter o ônus probatório, fazendo recair sobre o acusado uma presunção de culpabilidade –, e no qual exige-se do réu a renúncia a seu direito de defesa e sua colaboração para a obtenção de “benefícios” (muitas vezes sequer há benefícios reais para o acusado, não raro sendo insignificante o quantum de redução da pena), pouco remete ao devido processo legal. Todo pelo contrário: a configuração de um devido processo, em sede penal, demanda atividade do Ministério Público, enquanto acusador oficial, para produzir lastro probatório suficiente, de modo que o julgador – imparcial e pré-ocupando a região de inocência – possa, observados contraditório e pleno exercício de defesa, decidir o caso penal, em sentença obrigatoriamente fundamentada⁵³¹.

Prosseguindo nessa senda, não custa lembrar que uma sentença infundada é apanágio do *decisionismo processual*, atributo este de uma epistemologia autoritária que enxerga o processo

⁵²⁹ PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. op. cit., p. 356

⁵³⁰ Idem, p. 341

⁵³¹ Acerca da imperatividade da fundamentação da sentença judicial, FERRAJOLI assinala: “Compreende-se, após tudo quanto foi dito até aqui, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à *estrita legalidade*, e, de fato, à *prova* das hipóteses acusatórias. E por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a “validade” das sentenças resulta condicionada à “verdade”, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o “poder desumano” puramente potestativo da *justiça de cádi*, mas é fundado no “saber”, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja *de direito*, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja *de fato*, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 497-498

penal não um instrumento de contenção do poder (devido processo no marco do estado de direito), mas sim de uma realização descontrolada da potestade punitiva⁵³². Desde essa perspectiva, sustento a barganha inscrever-se em terreno autoritário, até porque o (suposto, fictício) controle judicial realizado *ex post* ao negócio entre as partes não passa de ato homologatório, de chancela do julgador a um trato firmado, via de regra, entre portas cerradas em situação de absoluta disparidade.

Assim, não há efetivo processo legal, não há exercício da jurisdição penal amparada em material probatório produzido pelas partes contendoras em contraditório judicial; o que sim há nas soluções barganhadas é, não raro, um “acordo de uma parte só”, em que o acusador público se vale de sua posição negocial mais vantajosa para apenar o acusado (tido, desde o começo das tratativas, como culpado), tomando para si a função-poder jurisdicional. Nada nesse procedimento ressoa a um devido processo legal.

Ainda que alvo de fortes objeções, creio ser muito mais honesto, do ponto de vista intelectual, fazer como o relator da comissão do Projeto de Lei do Senado 236/12 (reforma global do Código Penal), Luiz Carlos Gonçalves: assumir desde o princípio que “estamos rompendo com o devido processo legal”, afirmando que tal “instituto é revolucionário”⁵³³. Dessa forma, pelo menos, não há o ocultamento por detrás de uma atrativa indumentária do consenso – que enfeitiça até mesmo opositores à falta de controle do poder punitivo – do real objetivo das reformas para a introdução da barganha: o de deixar para trás a histórica conquista do devido processo legal para dar vazão ao projeto de *quick justice*.

⁵³² A respeito do decisionismo processual, merece atenção as lições ferrajolianas: “O segundo elemento da epistemologia antigarantista é o decisionismo processual, quer dizer, o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena. O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. (...) E o juízo penal, da mesma forma que o ético ou o estético, degenera em juízo “sem verdade”: não motivado por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseado em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente, e, por isso, expostos a controles objetivos e racionais, senão em decisões potestativas; não realizado mediante regras de jogo - como o ônus da prova e o direito à defesa - que garantam a “verdade processual”, mas confiado à sabedoria dos juízes e à “verdade substancial” que eles possuem”. Idem, p. 36-37

⁵³³ Declaração do relator da comissão de redação do PLS 236/12 concedida em entrevista: “Estamos pela primeira vez rompendo com o devido processo legal. Este instituto é revolucionário”. STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Novo CP: instituto da barganha vai permitir acordo com processo em curso para réu que confessar crime**. Jus, 2013.

Contudo, a perversidade do argumento dos defensores da ampliação dos espaços negociais vai ainda mais longe. Chega-se a afirmar, a respeito da delação premiada, que

quando um investigado preso, ou seu defensor, procura o Ministério Público para uma Colaboração Premiada ele não o faz movido por coação decorrente da prisão. O que se busca não é a liberdade (...) Visa o Investigado e seu advogado estabelecer a estratégia de defesa mais eficiente para evitar uma condenação mais severa. Por isso, para que não se alegue que a prisão foi apenas um meio para se alcançar uma Colaboração, deve se aguardar a iniciativa sempre do Investigado, anotando-se no Termo de Acordo ou nas Declarações ter sido a proposta feita, em primeiro lugar, pelo próprio interessado.⁵³⁴

É de uma torpeza intelectual tremenda afirmar que a colaboração de acusado preso não é feita por coação decorrente da prisão. Para visualizar a falsidade do argumento, basta ler o parecer do MPF⁵³⁵ e a entrevista do Procurador da República Manoel Pastana⁵³⁶, que abertamente reconhece ter sido usada a prisão cautelar para forçar investigados a colaborarem com a investigação criminal. Afinal de contas, “o passarinho para cantar precisa estar preso”, sendo *conveniente* para a instrução criminal a segregação dos investigados de modo a “influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos”. Nesse ambiente de coação (a ínsita à barganha somada a exercida diretamente por procuradores dessa estirpe), a acusação se transforma em instrumento de pressão, inclusive com o fabrico de imputações (que se sabe falsas) para a obtenção de colaboração/confissão e o requerimento por penas mais severas com o fito de dissuadir o réu de exercer o seu direito a um processo justo e contraditório.

Bem mais certo é o diagnóstico de Geraldo Prado⁵³⁷, para quem “não há nada na delação premiada que possa, sequer timidamente, associá-lo ao modelo acusatório de processo penal. Pelo contrário, os antecedentes menos remotos deste instituto podem ser pesquisados no *Manual dos Inquisidores*”. Afinal de contas “[j]ogar o peso da pesquisa dos fatos nos ombros de suspeitos e cancelar, arbitrariamente, a condição que todas as pessoas têm, sem exceção, de serem titulares de direitos fundamentais, é trilhar o caminho de volta à Inquisição (em tempos

⁵³⁴ LEMOS JR., Arthur Pinto de. **Colaboração (delação) Premiada: passo a passo**. Artigo publicado no Jornal Carta Forense. 2016.

⁵³⁵ MPF, Ministério Público Federal. **Parecer do Ministério Público Federal no HABEAS CORPUS Nº 5029050-46.2014.404.0000**. Conjur, 2014.

⁵³⁶ CANÁRIO, Pedro. **Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar**. Conjur, 2014.

⁵³⁷ PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, nº 159, p. 10-12

de neofeudalismo isso não surpreende)”. A precisa análise de Prado serve não apenas ao instituto da colaboração premiada, mas a todas as formas barganhadas de resolução do caso penal, porquanto possibilitam (ou até fomentam) a aplicação de coerção sobre o investigado/acusado de maneira a extrair dele uma confissão e/ou delação.

Da inquisição clássica, muda-se apenas a roupagem: se antes a justificação para as torturas era extrair da alma do confitente os pecados da heresia, agora encarceram os passarinhos para obter sua colaboração. A confissão, lá e cá, como forma privilegiada (quicá a única) de obter a Verdade – com V maiúsculo –, a justificar quaisquer intervenções (prisão, tortura, mitigação de garantias) sobre o corpo do investigado, que nada mais é do que mero objeto à disposição do inquisidor. É de se ter em mente que as relações entre verdade e confissão/delação estiveram no cerne mesmo de um modelo de arbitramento de castigos fundado no século XIII e que perpassou, incólume(?), toda a história das práticas punitivas inquisitoriais, atualizando-se continuamente, mas essencialmente mantendo-se como regra. A respeito da confissão e dos regimes de veridicação, merece a pena a leitura do excerto de Gloeckner e Jobim do Amaral:

Como visto, através da confissão não se chega unicamente a um dizer sobre aquilo que se é. Nem tampouco se trata de um dizer sobre um fato determinado. Através da confissão, forma-se um compromisso, no qual o confidente se obriga não apenas a falar de si, mas a ser aquilo que afirma. Evidentemente, a justiça criminal não se constitui como um local privilegiado da confissão, à medida que a sociedade ocidental inventou o dispositivo confessional, um dispositivo pelo qual o poder opera através da individualização. Assim sucede na psiquiatria, na psicanálise e no direito. Essa confissão se trata de uma forma do dizer verdadeiro, posto que se a confissão é falsa, deixa de ser uma confissão. É, portanto, um modo de veridicação. Contudo, uma veridicação de si mesmo, uma hermenêutica de si, a obrigação de alguém dizer a verdade. Eis como a confissão pode ser apresentada no Ocidente.

Como afirma Foucault, o problema da instalação da confissão como um modo de se produzir a verdade está intimamente ligado à maneira como o sistema inquisitório substitui o acusatório (a partir do Estado soberano). Evidentemente, já não se trata de se produzir a verdade através da contenda entre dois competidores. Mas operar-se-á a instalação de um dispositivo em que a resolução do conflito se dá através de uma decisão do soberano ou de seu representante. Uma vez que o estabelecimento da verdade se torna absolutamente necessária, aquela emanada do próprio acusado se transformará em elemento essencial, em elemento primordial. A confissão retorna (não se deve esquecer os cânones romanos) como a manifestação da verdade por parte daquele que cometeu o delito. Temos a justaposição entre a externalização da verdade (o confitente como meio de prova) e o sujeito sobre o qual deverá recair a punição. Este sistema híbrido permitirá que ao mesmo tempo, o confidente ratifique, homologue uma acusação, através da corroboração da acusação, garantindo o testemunho sobre si mesmo.⁵³⁸

⁵³⁸ AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 128, p. 65-89, Fev/2017.

Em outra ocasião, também Gloeckner e Jobim do Amaral⁵³⁹ notarão, em similar sentido, que “ao possuir o corpo do acusado, a extorsão da confissão, pelo interrogatório, institui o magistrado [acrescento: o promotor e a autoridade policial] num saber que se encontra para além do fato. É daí que se torna possível conhecer a verdade plena, o ser delinquente, suas intenções, razões, motivos, sua vida, enfim”. Através desse rito purificador (a confissão), o confitente está apto a entrada no reino dos céus – ainda que o crime praticado por ele enoje o restante da sociedade e a ele seja reservado a fogueira da Inquisição, o ato de confessar purga, elimina todas as impurezas e os resquícios do mal cometido⁵⁴⁰.

Outros, na contramão da tese acima esposada, assinalarão ser o mecanismo negocial um instrumento promotor da dignidade do acusado⁵⁴¹, por possibilitar maior participação do réu para a tomada da decisão e valorizar maiormente sua liberdade de escolha. Vinícius Vasconcellos⁵⁴² descortina tal argumento, atestando que “não há que se falar em uma real participação no acordo, que, na maioria dos casos, é imposto ao acusado em razão de penas maiores em caso de julgamento; e, além disso, de qualquer modo sua atuação se mostraria muito mais importante no decorrer do processo normal”. O autor traz à cola, ainda, um importante ensinamento de Alschuler⁵⁴³ sobre o estado de coisas da *bargaining* nos Estados Unidos, de que “distante de aumentar a percepção do acusado sobre a justiça do processo, sua participação desse modo iria persuadi-lo da irracionalidade do sistema. Longe de promover sua sensação de dignidade pessoal, ela confirmaria seu sentimento de confusão e injustiça na imposição”.

⁵³⁹ GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba: Ed. Champagnat, 2013. p. 338

⁵⁴⁰ Jobim do Amaral e Gloeckner, seguindo análise de Foucault, afirmarão haver três fundamentos sobre a relevância da confissão nos sistemas jurídicos contemporâneos, a saber: como interiorização (inscrição no simbólico) do pacto fundante da sociedade, “a confissão será um rito de soberania onde o culpado concede aos juízes os fundamentos jurídicos e políticos para a condenação”, visto que infligiu à uma regra de convivência social elementar; como expressão de uma verdade inquestionável, inserida no regime epistêmico da evidência, mediante a qual “não será mais necessário ao órgão decisório recolher os fragmentos de verdade, as pequenas narrativas, nem tampouco decifrar as entrelinhas do caso”; por fim, como aderência subjetiva à pena, a confissão demonstra um primeiro passo rumo à reintegração do confitente. (AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 128, p. 65-89, Fev/2017).

⁵⁴¹ SILVA, Danni Sales. **Justiça Penal Negociada**. op. cit., pp. 54-58 e pp. 69-73. Nos seus próprios termos: “A ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro preserva o núcleo axiológico do nosso sistema jurídico: o respeito à dignidade da pessoa humana. Testemunharemos o triunfo do negócio penal, exatamente por que ele não se esvazia, mas sim dinamiza a coexistência dos direitos e garantias individuais” (p. 72-3)

⁵⁴² VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 80-81

⁵⁴³ ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, n. 69, 1981, p. 668-669 apud VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 81

Ademais, se afirma tratar-se a barganha de forma promotora da individualização da pena⁵⁴⁴. Um exame acurado, porém, demonstra a falsidade da alegação, em duas frentes: por um lado, as soluções negociadas podem aparecer (usualmente o fazem para os mais desafortunados) como “contratos de adesão”⁵⁴⁵, no qual o acusado é forçado a aderir a uma proposta previamente estipulada pelo Ministério Público; de outro lado, a discricionariedade negocial do órgão acusador pode resultar, como já tem ocorrido no Brasil, no âmbito dos acordos de delação premiada, no firmamento de pactos à margem de qualquer legalidade: a perversidade aqui está na ausência de limites negociais (pode-se negociar tudo sobre tudo), não raro resultando na imposição de penas e regimes de cumprimento de pena *sui generis* – não abarcáveis no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, como “regime aberto diferenciado”; regime fechado com recolhimento domiciliar; prisão domiciliar em hipóteses não previstas em lei.

Em ambos os casos, não apenas o acusador atua como se juiz fosse (rompimento com uma estrutura acusatória de processo, ante o acúmulo de tarefas), mas também parece cristalino não haver a observância a qualquer nexo entre pena e crime – ficando a cargo do acusador a definição da culpabilidade do acusado. Sobre a devastação do sistema de garantias promovida pela barganha, Luigi Ferrajoli⁵⁴⁶ observa a vulneração ao “nexo causal e proporcional entre a pena e o crime, dado que a medida da primeira dependerá, muito mais do que da gravidade do segundo, da habilidade negociadora da defesa, do espírito de aventura do imputado e da discricionariedade da acusação”; e aos “princípios da igualdade, da certeza e da legalidade penais, não existindo qualquer critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público, e que discipline o seu engajamento com o imputado”; e ainda “a não derrogação do juízo, que significa a não fugibilidade da jurisdição e das suas garantias...”.

O discurso de consenso, contudo, desponta como o fio condutor de todos os argumentos em defesa da barganha – sendo estrategicamente usado por seus apoiadores de sorte a imunizá-la de qualquer possível crítica ao seu implemento. Nessa esteira, a legitimação dos acordos penais passa por seu mítico fundo de consensualidade: caracterizam-nos como um negócio jurídico bilateral, de natureza contratual, entre partes livres e iguais (paridade, autonomia da vontade) que escolhem abrir mão de parcela de seus direitos em troca de benefícios ofertados

⁵⁴⁴ SILVA, Danni Sales. **Justiça Penal Negociada**. op. cit., pp. 84-89

⁵⁴⁵ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. op. cit., p. 316

⁵⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, op. cit., p. 601

pelo adversário. Em uma descrição como essa, não há como se questionar a pertinência da barganha no arcabouço de mecanismos consentâneos (provenientes,) ao modelo acusatório. Essa narrativa, em verdade, torna as soluções negociadas como que decorrência natural da possibilidade de duas partes adversárias em um processo judicial acordarem quanto ao prosseguimento/consumação da *lide* penal, abdicando cada qual de alguns direitos para, em troca, obterem vantagens ofertadas pela parte oposta.

Contudo, os exemplos de distorções promovidas pelo uso desenfreado da barganha são patentes⁵⁴⁷. O emprego da prisão cautelar – e o reiterado uso de medidas intimidatórias (*overcharging...*), com ameaças direcionadas, inclusive, aos familiares do almejado “colaborador” – só evidenciam que os mecanismos de antecipação do poder punitivo estatal intensificam a pressão sobre o acusado, para que ele firme logo um acordo. O estado da arte da delação premiada no Brasil, por exemplo, apenas ratifica a denúncia, já feita anteriormente, de que os espaços de consenso têm vindo a se tornar, paradoxalmente, não-consensuais (coercitivos).

Nesse campo, Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa⁵⁴⁸ alertam para uma nova função da pena privativa de liberdade, à qual eles denominaram de “prevenção negocial”. O recado é o seguinte: quem colabora com a acusação e adere ao “contrato”, poderá gozar de penas mais leves (apesar desse “benefício” ser, no mais das vezes, uma redução ínfima da pena, visto o cenário de *overcharging*); por seu turno, aquele que se recusa a confessar e colaborar

⁵⁴⁷ Gabriel Anitua, descrevendo o cenário de desigualdade entre acusação e defesa, salienta que a barganha tem um potencial maximizador das iniquidades já existentes, *ipsis litteris*: “As desigualdades que se verificam em um acordo entre o Estado com sua vontade punitiva – e que não tem nada a ‘perder’ – e o acusado de um delito são, evidentemente, de tipo material. A polícia, o Ministério Público e os juízes de investigação, salvo casos pouco habituais, contam com mais e melhores meios que os particulares acusados. Ademais, esta desigualdade se reforça com a utilização de mecanismos processuais que se opõem ao modelo constitucional e garantista de processo penal. É assim que a prisão provisória, além de ser utilizada por si só como um adiantamento do castigo e como uma ferramenta de controle penal ilegítimo – quando se sabe que não se poderá impor uma pena judicialmente –, faz as vezes de máquina de tortura para obrigar o imputado a reconhecer uma culpa que o permita sair em liberdade – por cumprimento da pena –, ou saber com certeza quando poderá fazê-lo”. (ANITUA, Gabriel I. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 371). FERRAJOLI salienta, na mesma linha, que “De outra parte, o gigantismo processual representou, por sua vez, um terreno próprio a todo tipo possível de abuso. É sobretudo graças a ele que se pode desenvolver um conúbio perverso entre encarceramento preventivo e colaboração premiada com a acusação: o primeiro utilizado como meio de pressão sobre os imputados para obter deles a segunda, e esta como instrumento de ratificação da acusação às vezes além de toda a verificação e inclusive dos confrontos com a chamada do co-réu”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. op. cit., p. 662)

⁵⁴⁸ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada? In: LOPES JR. Aury; ROSA, Alexandre Morais da; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Delação premiada no limite**: a controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018. p. 51

com a perseguição criminal, e tem a audácia de optar por um devido processo, verá o seu processo “transformar-se em uma complexa e burocrática guerra”⁵⁴⁹, em que “as práticas do blefe, do trunfo, da ameaça e das táticas de convencimento (real, simbólico, midiático, etc.) ganham nova dimensão”⁵⁵⁰.

O alerta de John Langbein⁵⁵¹ sobre as intimidações do sistema da *plea bargaining* é mais atual do que nunca – tem aqui absoluta prestabilidade. O aviso vem dado nos seguintes termos: você que está sendo processado, tenha muito cuidado com suas escolhas. Se reivindicar pelo exercício de seu direito ao julgamento e for condenado, nós os castigaremos duas vezes: uma pelo seu delito e outra por ter manifestado a temeridade de exercer o seu direito constitucional ao julgamento pelo júri.

Diante desse quadro, entendo estar em absoluto fragilizado o fundamento da barganha como fruto da liberdade da vontade ou voluntariedade do acusado. Tomando como norte a distinção feita por Geraldo Prado entre autonomia e liberdade, chega-se a conclusão mesma de que “quando se postula um ‘processo penal consensual’ arbitrariamente se envereda pelo caminho da negação do conflito como situação da vida, ao passo que é afirmada a ‘liberdade’, muito embora ao preço da ausência da autonomia”⁵⁵². Afinal, de pouca valia é a (ilusória) liberdade do acusado para renunciar seus direitos quando o mesmo está inserido em um ambiente de profundas desigualdades sociais (como é o Brasil), em um sistema penal seletivo

⁵⁴⁹ Idem, p. 26

⁵⁵⁰ Idem, p. 50

⁵⁵¹ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados. En **Revista Nueva Doctrina Penal**, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996. p. 47. Merece a pena colacionar o excerto completo: “Sin embargo, el juicio por jurados ya no caracteriza más a nuestro sistema. ¿Podemos encontrar un hipopótamo en el Bronx? Sí, pues hay uno en el zoológico del Bronx, pero su existencia no tiene relación alguna con la vida del Bronx: es una rareza. Lo mismo sucede, asombrosamente, con el juicio penal por jurados, que ha dejado de caracterizar a la justicia penal estadounidense. En la actualidad, el sistema de justicia penal virtualmente resuelve todos los casos penales de cierta gravedad sin juicio por jurados, a través de la práctica del plea bargaining. Este método, que evita la realización del juicio, se ha transformado en la instancia procesal ordinaria de la justicia penal estadounidense. El sistema de justicia penal opera por intimidación. Los funcionarios que administran nuestro procedimiento sin juicio por jurados, en efecto, dicen al acusado: “¿Así que Ud. pretende ejercer su derecho constitucional a ser juzgado por jurados? Tiene todo el derecho de hacerlo. Pero tenga cuidado. Si Ud. reclama el ejercicio de este derecho y es condenado, lo castigaremos dos veces: una por su delito, otra por haber manifestado la temeridad de ejercer su derecho constitucional a un juicio por jurados”. Nuestros funcionarios, por supuesto, son más circunspectos en sus afirmaciones: no necesitan presentar su amenaza en el lenguaje crudo en el que la hemos expresado antes. Sin embargo, no hay duda de que el plea bargaining opera, precisamente, de este modo” (p. 46-7).

⁵⁵² PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. op. cit., p. 299. Releva notar, por oportuno, a definição de Prado de autonomia pessoal como “a capacidade concreta de entender o modo de funcionamento da sociedade, as distinções arbitrárias e o dirigismo estatal e social, como sentido prático a ser dado às ações, visando por meio da compreensão adquirir o status de pessoa digna” (p. 297).

(como a justiça criminal brasileira), e num cenário negocial coercitivo e, não raro, reprodutor dessas mesmas injustiças sistêmicas – i.e. é sintomática a diferença de tratamento entre “criminosos de colarinho branco” e a clientela tradicional do sistema de justiça criminal: é comum nos depararmos com acordos *diferenciados*, no âmbito da colaboração premiada, entre acusação e defesa quando se trata de *clientes vip*, enquanto a ralé tem de se contentar em aderir aos “acordos de uma parte só”.

Insisto na descaracterização⁵⁵³ promovida pela barganha nos sistemas de justiça criminal que a adotaram/recepcionaram, ante a sua manifesta incompatibilidade com um processo penal que se guie por um norte acusatório. Observe-se o caso dos Estados Unidos da América, local pioneiro de tal modelo, e, portanto, onde as práticas negociais já estão sedimentadas, e a deturpação promovida pela adoção da barganha. Como bem lembra Jenia Turner⁵⁵⁴, “em que pese o recente avanço da *plea bargaining* globalmente, a prática continua sendo questionada no país onde teve origem”.

A patologização do sistema norte-americano, que estava em viés de consolidação de um modelo acusatório (com as reformas do *adversarial system* no século XIX), é observável a olho nu. Não é necessário muito esforço para chegar a certa conclusão de Vinicius Vasconcellos⁵⁵⁵ de que “o aperfeiçoamento do modelo adversarial estadunidense pautado pelo julgamento por jurados se concretizou na teoria de modo inversamente proporcional à sua realização prática, ou seja, (cita Albergaria) ‘ao incremento da acusatoriedade enquanto modelo normativo correspondeu uma degradação dela enquanto modelo histórico/concreto’”.

Sem embargo daqueles que afirmam ser a barganha a manifestação última do modelo de disputa de partes, compreendo que ela surge historicamente e mantém-se hígida até hoje justo por servir de subterfúgio para a concretização *eficiente* do poder punitivo; a comparação entre a *plea bargaining* e as torturas medievais então se justifica, na medida em que em ambas

⁵⁵³ William J. Stuntz e Robert E. Scott assinalam que “a maioria dos casos é disposta por métodos que parecem escandalosamente casuais: uma conversa rápida no escritório do promotor ou no corredor de um tribunal entre advogados familiarizados com o básico do caso, sem a presença de testemunhas, resultando em uma proposta que é então vendida ao acusado e ao juiz. Em larga parte, esse tipo de comércio de cavalos determina quem vai para a cadeia e por quanto tempo. É isso que é a barganha. Não é algum aparato da justiça criminal; é o sistema de justiça criminal” (tradução livre). SCOTT, Robert; STUNTZ, William. *Plea Bargaining as Contract*. 101 **Yale Law Journal** (1992). p. 1911-1912

⁵⁵⁴ TURNER, Jenia. **Plea bargaining across borders**. New York, 2009, p. 1 (tradução livre)

⁵⁵⁵ VASCONCELLOS, Vinicius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 77

surgiram para contornar, respectivamente, as regras do júri (*adversarial system*) e as regras probatórias do medievo (provas legais, tarifadas).

Nos dois casos, a tentativa de restringir a discricionariedade do julgador, com incremento de garantias do acusado contra uma condenação infundada, acabou saindo pela culatra: o sistema passou a operar no sentido de forçar confissões – na tortura e na barganha por meio de coação, apesar dos distintos graus –, de modo a fazer com que o réu abdicasse, justamente, das garantias do sistema adversarial (no caso da barganha) e do tarifamento probatório (no caso da tortura)⁵⁵⁶.

John Langbein retrata bem o cenário de desrespeito às garantias promovido tanto pelos acordos penais, quanto pela tortura medieval; afinal, se o objetivo do sistema da tortura medieval e da moderna *plea bargaining* era o de conseguir obter/extrair a confissão do investigado, não poderia haver nenhum empecilho para a obtenção deste propósito. Ambos os sistemas – o europeu continental do medievo e o estadunidense do século XIX em diante – passaram a operar segundo a lógica de supressão do processo por meio de declarações de culpa do acusado. Conforme o autor⁵⁵⁷, “o direito europeu tentou inventar garantias para o uso da tortura que se mostraram ilusórias; estas medidas carregavam uma estranha semelhança com as presumidas garantias do *plea bargaining* do direito americano”. E prossegue:

A principal entre as garantias ilusórias de ambos os sistemas é a preocupação doutrinária em caracterizar a confissão forçada como voluntária. Os europeus fizeram a vítima da tortura repetir a sua confissão “voluntariamente”, mas sob a ameaça de ser torturada novamente se ela se retratasse. A contrapartida americana é o artigo 11(d) das Leis Federais de Processo Penal, que proíbem o tribunal de aceitar um *guilty plea* sem primeiro “advertir o acusado pessoalmente em audiência, afirmando que a declaração é voluntária e não é o resultado de emprego de força ou ameaça de promessas estranhas ao acordo”. É claro, o acordo é a fonte da coerção e já encarna a involuntariedade.

...

As regras americanas do *plea bargaining* buscaram semelhante quimera: a exigência de uma “adequada base fática para a declaração”. A Lei Federal 11(d) dispõe que “o

⁵⁵⁶ John Langbein, em obra de referência sobre os paralelos entre a barganha e o sistema medieval de tortura, assinala que “tanto as regras probatórias europeias quanto as regras do tribunal do júri anglo-americano foram dispostas para garantir o acusado mediante a limitação da discricionariedade do julgador na decisão penal. Os europeus medievais estavam tentando eliminar a discricionariedade do juiz profissional exigindo dele a aderência a critérios objetivos de prova. O sistema de julgamento anglo-americano foi pego, durante os dois últimos séculos, em um esforço para proteger o acusado contra os perigos do sistema do júri, no qual leigos ignorantes das normas jurídicas retornavam a um veredito de um ou duas palavras que eles não precisavam explicar ou justificar”. LANGBEIN, John. Tortura e plea bargaining. In_ GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 140.

⁵⁵⁷ LANGBEIN, John. op. cit. p. 142-145

tribunal não deveria julgar um *guilty plea* até que haja uma base fática para ele”. Assim como a confissão sob tortura, a declaração negociada: qualquer caso que resistiu ao arquivamento por falta de causa provável na audiência preliminar repousará sobre suficientes provas para lançar suspeita sobre o acusado. A função do julgamento, eliminado pelo *plea bargaining*, é exigir do tribunal uma decisão sobre se os fatos provados sustentam uma inferência de culpa para além da dúvida razoável.

...

Nossas regras sobre o *plea bargaining* não apenas recapitularam muito da insensatez das regras sobre a tortura, completadas com as garantias da voluntariedade e da base fática que eu acabei de debater, mas também repetiu a principal tolice institucional das regras sobre a tortura. O *plea bargaining* concentra efetivo controle do processo penal nas mãos de um único agente público. Nosso formal direito ao julgamento prevê uma divisão de tarefas. Nós esperamos o promotor tomar a decisão sobre a imputação, o juiz e especialmente o júri para decidir, e o juiz para definir a sentença. O *plea bargaining* faz desaparecer estas fases acusatórias, de determinação e sancionatórias do processo nas mãos do promotor.⁵⁵⁸

Alguns casos, colhidos da jurisprudência estadunidense, são emblemáticos por exporem a malignidade do modelo negocial. Em *Brady v. United States* (1970), o réu Robert Brady foi acusado da prática de sequestro. À época vigia uma Lei Federal (Federal Kidnapping Act) que previa que a pena de morte poderia ser imposta caso a condenação fosse pelo júri; por sua vez, se o acusado confessasse a sua culpa ou abrisse mão do julgamento pelo júri, a maior pena possível seria a prisão perpétua. Tendo diante de si uma escolha difícil – optar pelos riscos do processo ou aceitar um acordo –, Brady se vê coagido a confessar e aceitar a pena perpétua. Anos depois, contudo, a Lei mencionada foi declarada inconstitucional (em *United States v. Jackson*) e Brady interpôs recurso alegando que a sua *guilty plea* havia sido inválida, pois o medo de condenação à pena de morte maculou a sua voluntariedade⁵⁵⁹.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão paradigmática, afirmou que o “acusado teve um advogado competente e plenas oportunidades para avaliar as vantagens e desvantagens de um julgamento pelo júri quando comparado com a confissão de culpabilidade. Não havia provas de que o réu ficou com tanto medo da pena de morte que não poderia, com a ajuda de seu advogado, ter ponderado as vantagens de ir a julgamento contra as vantagens de se declarar culpado”⁵⁶⁰. Ainda que reconhecido que a “lei anterior exerceu uma influência inconstitucional”, os julgadores afirmaram que “os réus que não aguentaram essa pressão não poderiam reclamar pelo alívio da pena. Somente os que suportaram à influência inconstitucional

⁵⁵⁸ LANGBEIN, John. op. cit. p. 142-145

⁵⁵⁹ ALSCHULER, Albert. The Supreme Court, the Defense Attorney, and the Guilty Plea, 47 **University of Colorado Law Review** 1 (1975), p. 48-49 (tradução minha)

⁵⁶⁰ Idem, p. 49-50

poderiam ter suas sentenças revistas”⁵⁶¹. Concluíram ter sido a confissão de culpa realizada voluntariamente por Brady, dando especial destaque ao aconselhamento técnico eficaz e a escolha livre e ponderada (*intelligently made*) de efetuar o acordo.

Outro caso que chama a atenção para a perversidade da maquinaria negocial é o julgado *People v. Heirens* (1954). Dessa vez, a Suprema Corte de Illinois admitiu a confissão de William Heirens, obtida por intermédio do uso do psicoativo “sodium pentothal” – o chamado “soro da verdade”. Alschuler salienta que “o procurador do Estado, sem o consentimento de Heirens ou de seus familiares, instruiu um psiquiatra a administrar o soro numa tentativa de descobrir se o suspeito estava mentindo. Sob a influência da droga, Heirens descreveu um número de casos”⁵⁶². Prossegue Alschuler: “Os aspectos aflitivos do caso Heirens são inúmeros – a possível relação entre a confissão e a busca ilegal no quarto do acusado, a possível relação entre a confissão e a aplicação ilegal do sodium pentothal, a possível relação entre a confissão e táticas coercitivas empregadas pelo próprio advogado de defesa para assegurar a confissão, e a relação clara entre a confissão e o senso de dever dos advogados de defesa. Contudo, a decisão unânime da Suprema Corte de Illinois não visualizou nem um erro na condenação de Heirens”⁵⁶³.

Também o já citado *Bordenkircher v. Hayes* (1978) demonstra os abusos do cenário da barganha. Paul Hayes foi indiciado por emitir um cheque falso no valor de \$88,30, um crime que era passível de punição entre dois e dez anos de pena privativa de liberdade. O promotor ofereceu uma sentença de cinco anos em troca do reconhecimento de culpabilidade por parte do acusado, alertando que, caso Hayes não aceitasse o acordo, ele (promotor) pediria a condenação perpétua – por ser reincidente, estaria enquadrado na hipótese do *three strikes and out*. Hayes não aceitou a proposta de barganha, optando pelo exercício de seu direito constitucional a um julgamento pelo júri. Ele foi condenado à prisão perpétua. Diante do absurdo, Hayes entrou com *habeas corpus* alegando ter sido alvo de vingança do promotor (*prosecutorial vindictiveness*); a Suprema Corte, contudo, manteve a decisão, sob o argumento de que “as táticas em questão não foram indevidamente coercitivas sobre o direito

⁵⁶¹ Idem, p. 51 (tradução livre). Denunciando o caráter pernicioso das *bargainings* feitas sob a ameaça de imposição de penas de morte: ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and the Death Penalty, 58 **DePaul Law Review** 671 (2008)

⁵⁶² ALSCHULER, Albert. The Prosecutor’s Role in Plea Bargaining. 36 **University of Chicago Law Review** 50 (1968), p. 72-73

⁵⁶³ Idem, p. 74-75

constitucional do réu por um julgamento pelo júri. De fato, a maioria dos julgadores afirmou que condenar o uso de poderes acusatórios de induzir confissões ‘iria contradizer as premissas básicas sobre as quais repousa o conceito de plea bargaining’⁵⁶⁴. Ora, é reconhecer que os critérios para a verificação da legitimidade da barganha são falaciosos⁵⁶⁵.

E se a barganha é problemática já em solo estadunidense – e os requisitos de controle (voluntariedade, inteligência e base fática⁵⁶⁶) mais servem para a legitimação do mecanismo do que como efetivos critérios de balizamento das práticas negociais –, imagine-se no Brasil, país de infeliz tradição inquisitória e dos mais escabrosos autoritarismos, particularmente evidentes em seara penal.

Com razão, Ricardo Gloeckner⁵⁶⁷ falará em metástases inquisitoriais ao se referir ao cenário de expansão dos espaços negociais no processo penal brasileiro. É coisa a tomar nota: se nos Estados Unidos da América a barganha já resultou um sem-número de arbitrariedades e fomentou uma disparidade de armas ainda maior entre as partes, com a abertura de um vasto flanco para a aglomeração quântica de poderes (Schunemann) acusatórios e decisórios nas mãos do promotor – em prejuízo do investigado e sua defesa –, o cenário de introdução desse modelo

⁵⁶⁴ ROSS, Stephen F. *Bordenkircher v. Hayes: Ignoring Prosecutorial Abuses in Plea Bargaining*, 66 **California Law Review**. 875 (1978). p. 875-876; 879

⁵⁶⁵ Os notáveis casos *Parker v. North Carolina* (1970) e *North Carolina v. Alford* (1970) demonstram a coercibilidade ínsita a barganha. No primeiro, Parker foi indiciado por roubo em primeiro grau, ofensa punível com a pena de morte sob a lei da Carolina do Norte. O advogado contratado pelo peticionário discutiu a natureza e gravidade da acusação com o cliente e sua mãe. Ambos optaram por assinar um documento autorizando a confissão de culpabilidade (guilty plea), e o réu foi sentenciado com a prisão perpétua. Anos depois, contudo, Parker apresentou uma petição requerendo o alívio (relief) da sua condenação, argumentando ter sido a sua confissão resultado de coação, visto que membros da sua raça foram sistematicamente excluídos do grand jury. A Suprema Corte, reiterando o decidido em *Brady v. US*, manteve a decisão do tribunal a quo, assinalando que a guilty plea foi voluntária – visando limitar a pena máxima passível de ser imposta pelo júri – e inteligente – foi aconselhado por advogado. In.: SUPREME. U. S. Reports: **Parker v. North Carolina**, 397 U.S. 790, 1970. Pp. 790-816. Por sua vez, em *North Carolina v. Alford*, o acusado aceitou uma confissão de culpa para evitar uma possível pena de morte. Naquela época, a lei da Carolina do Norte previa três hipóteses: caso aceita a confissão de assassinato em primeiro grau, a pena era de prisão perpétua; se fosse decidido pelo júri, poderia resultar a condenação em pena de morte; e, ainda, impunha-se uma pena de prisão, de dois a trinta anos por assassinato em segundo grau (second degree murder). Diante de fortes indícios de culpa e correndo o risco de ser condenado à pena capital, Alford realizou uma plea of guilty, declarando-se culpado do assassinato em segundo grau, embora afirmasse ser inocente. O medo da pena de morte fez com que ele aceitasse ser condenado a trinta anos. A Suprema Corte, instada a responder apelo em habeas corpus impetrado por Alford, decidiu pela manutenção da condenação em trinta anos, alegando, como em *Brady v. US*, ter sido a decisão de plea guilty voluntária, consciente e inteligente; e que, ainda que não esteja disposto a reconhecer a sua culpabilidade ou protestando por sua inocência, o acusado poderia firmar uma guilty plea se fosse de seu interesse. In.: LOC. U.S. Reports: **North Carolina v. Alford**, 400 U.S. 25, 1970.

⁵⁶⁶ Sobre os problemas dos requisitos da barganha, ver: DAVIS, Samuel M. **The Guilty Plea Process: Exploring the Issues of Voluntariness and Accuracy**, 6 Val. U. L. Rev. 111 (1972). pp. 111-134

⁵⁶⁷ GLOECKNER, Ricardo. Metástases do Sistema Inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 11-30

negocial no Brasil se mostra ainda mais perturbador. Conforme salienta Gloeckner⁵⁶⁸, “a delação ingressa no Brasil, não como um contrafator adversarial em um regime inquisitorial. Antes o reforça, através de uma tendência a justapor eficiência em um sistema inquisitório”. E prossegue:

Se no sistema adversarial o *plea bargaining* já causou irreparáveis estragos ao funcionamento do sistema de justiça criminal norte-americano, imagine-se o que poderá advir de um sistema inquisitório, em que a delação cumprirá a tarefa de se evitar processos, tudo centralizado nas mãos do juiz [acrescento: do acusador, revestido de poderes decisórios]. (...)

A forma de tratamento da delação se dá em meio ao protagonismo judicial [e ministerial] e à transformação do processo penal em mero apêndice pós-investigação preliminar (onde realmente tais acordos são feitos), cuja finalidade será a de homologar as versões dadas na fase preliminar, e se possível, obter novas confissões e delações.

Este contrato de verdade que se estabelece como uma projeção da verdade confessada se integra ao universo inquisitório, sendo dele, uma metástase. Uma confissão sem máculas (a jurisprudência de forma massiva nega os vícios na fase de investigação preliminar) e sem sujeição ao controle de validade (trata-se de um contrato de verdade derivado de coação obtida com a prisão, na maioria dos casos) somada a um testemunho irrefutável (reflexo projetivo da hermenêutica de si).⁵⁶⁹

No mesmo sentido de denúncia do retrocesso processual autoritário promovida pela difusão da barganha, Vinicius Vasconcellos alerta para a “aniquilação do réu como sujeito de direitos frente à persecução punitiva estatal”, junto ao retorno “da confissão como rainha das provas”, a ausência de “controle acerca da motivação na decisão do promotor em barganhar” e o “desaparecimento do contraditório”, em um cenário de “fortalecimento da investigação preliminar” e das autoridades de prevenção (Ministério Público e polícia) em prejuízo da atuação defensiva⁵⁷⁰.

A prática da *delação premiada à brasileira* já está a demonstrar a substantiva piora na situação (já antes calamitosa) do réu-investigado, mediante uma sistêmica e coerciva imposição – por meio de prisões e recorrentes ameaças – à renúncia aos seus direitos de defesa e ao processo. Tudo de modo a satisfazer uma mandatária eficiência punitiva, obtida pela aquisição

⁵⁶⁸ Idem, p. 27-28.

⁵⁶⁹ Idem, p. 27-28.

⁵⁷⁰ VASCONCELLOS, Vinicius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 171-175. A semelhança com a passagem de SCHUNEMANN é de se registrar, quando o jurista alemão chama a atenção para o “reforço da “posición procesal de poder de las autoridades de prevención penal (Ministerio Fiscal y policía) a costa de la posición del inculpaado y su defensa, como también del juez, quien, si bien dicta la sentencia decisiva formalmente y hacia el exterior aún sobre la base del juicio oral, de facto actúa frecuentemente sólo como órgano de ejecución del Ministerio Fiscal” (SCHUNEMANN, Bernd. **La reforma del proceso penal**. Madrid: Editorial Dykinson, 2005. p. 43)

confessional da Verdade real (estética inquisitorial) em um procedimento abreviado (celeridade).

É justo nos argumentos de fundo efficientista-utilitarista que a barganha encontra maior adesão. Seus defensores fazem da eficiência seu *leitmotiv*: um ideal a ser perseguido a qualquer custo, mormente em tempos de “desenfreada criminalidade” que suplicam por um direito penal máximo. Assim, sustenta-se que o mecanismo traria inegáveis benefícios ao funcionamento do sistema de justiça criminal⁵⁷¹, com significativa redução de gastos e incremento de celeridade quando comparado ao tradicional processo penal. A respeito das supostas vantagens da justiça penal consensual, Flávio Andrade diz que ela poderá

a) favorecer o descongestionamento de unidades judiciárias; b) propiciar mais rapidez na resolução de casos relativos a uma criminalidade que não é alcançada pela transação penal nem pela suspensão condicional do processo; c) diminuir a estigmatização do acusado, que não ficará sujeito a um longo processo, além de poder participar da construção da decisão quanto a seu destino, o que favorece a reabilitação; d) reduzir significativamente o número de recursos; e) diminuir o grande número de prescrição nos feitos criminais; f) permitir que as autoridades competentes possam dedicar maior atenção a casos mais complexos e de maior relevância social, que não podem ser resolvidos de maneira simplificada pela via do consenso.⁵⁷²

Note-se onde reside a força do argumento. Tirante o argumento contido no item “c” – a participação do acusado no processo já foi desmistificada – as demais “vantagens” acima listadas estão radicadas em um denominador comum: o de conferir maior eficiência ao sistema de justiça criminal.

Em semelhante sentido, Máximo Langer⁵⁷³ observa que os motivos para a introdução das soluções negociais nos países da *civil law* “variam de uma jurisdição para outra, mas uma razão em comum tem sido o aumento da criminalidade na maioria destes países nos últimos anos”. E prossegue:

⁵⁷¹ A ressalva de Gloeckner à superação do debate em torno dos sistemas processuais pelo enfoque nas operações do sistema de justiça criminal tem aqui pertinência: “Ao se alargar o espectro de análise do sistema processual penal desde de operações do sistema de justiça criminal, muitos elementos concernentes às categorias definitórias do próprio processo perdem espaço, não raras vezes aparecendo ou surgindo situações de inegável incapacidade estrutural do processo em suportá-las. Pense-se no desenvolvimento de categorias processuais penais *sui generis* ou anômalas, consistentes na tentativa de composição de ajustes entre sistemas distintos, como o adversarial e o continental”. GLOECKNER, Ricardo. Metástases do sistemas inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. op. cit., p. 12

⁵⁷² ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 248-249

⁵⁷³ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas. **DELICTAE**. op. cit., p. 76

Esta situação produziu uma sobrecarga nos seus processos penais, requerendo deles que tratem de mais casos criminais em menos tempo do que antes. A obtenção do consentimento do acusado, portanto, através de negociações ou do oferecimento de benefícios, poderia tornar os procedimentos penais inquisitoriais regulares desnecessários ou oferecer uma justificativa para simplificar ou expressamente evitá-los. Compreendido este contexto, a introdução de mecanismos de negociação consensual tem sido vista como uma maneira de tornar os rígidos sistemas inquisitoriais mais flexíveis.⁵⁷⁴

Ainda o renomado comparatista argentino, agora sobre o cenário de ampla aceitação por parte dos operadores jurídicos argentinos dos procedimentos negociados, quando da reforma processual penal, assinala:

En primer lugar, el procedimiento abreviado ha sido un instrumento para que tanto jueces, fiscales como defensores puedan disminuir su cantidad de trabajo. En segundo término, es posible que este amplio uso del nuevo mecanismo sea una respuesta que algunos jueces y fiscales intentan dar a las demandas de un importante sector de la opinión pública a la administración de justicia penal, para que sea más rápida y eficiente en la persecución y castigo de los delitos.⁵⁷⁵

No Brasil, o quadro tem sido semelhante. A recepção eufórica dos mecanismos negociais – desde a transação penal, no marco dos juizados especiais criminais, passando pela delação premiada, até chegar nos projetos de Lei de adoção de ritos abreviados, todas com inspiração (maior ou menor) na *bargaining* americana – dá-se não apenas na doutrina, conforme já explicitada a defesa de sua incorporação ao regime jurídico pátrio, mas também é facilmente detectado o apoio à barganha nas notas oficiais emitidas pelas instituições jurídicas brasileiras e em artigos publicados por seus membros ilustres.

O posicionamento institucional de órgãos de classe de juízes e promotores, e, inclusive, parecer da Defensoria Pública da União apontam em uma só direção, todos dando especial ênfase aos potenciais ganhos em velocidade e eficiência em um cenário de redução de custos e de impunidade – é uníssono o recurso aos lemas da celeridade e eficiência num contexto de crescimento do direito penal.

A Associação dos Juízes Federais do Brasil, em nota técnica sobre os projetos apresentados pelo Ministro Sérgio Moro, faz loas ao novel mecanismo da barganha; as críticas,

⁵⁷⁴ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas. **DELICTAE**. op. cit., p. 76

⁵⁷⁵ LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J., y BOVINO, Alberto (comps.), **El procedimiento abreviado**, Buenos Aires, Del Puerto, 2001. p. 127.

quando muito, são para aumentar os poderes dos juízes (conveniente, não?) no âmbito das negociações. As vantagens oferecidas pelos acordos penais são assim descritas pela entidade:

É imenso o número de ações penais que tramitam nas unidades judiciárias federais e estaduais, havendo, em regra, enorme demora até o desfecho de cada caso, mesmo quando o réu é confesso e primário, o que acaba frustrando as expectativas da sociedade e gerando grande sensação de impunidade. O modelo brasileiro de justiça criminal consensual ou negociada não pode ficar restrito aos institutos trazidos pela Lei no 9.099/1995. Um elevado percentual de casos penais pode ser satisfatoriamente resolvido por meio de um rito abreviado, permitindo-se que os recursos humanos e materiais do Poder Judiciário sejam melhor empregados naqueles casos em que há real conflito quanto à culpa do réu.

O alcance de maior celeridade e eficiência no campo do Direito Processual Penal exige a adoção de ferramentas que, inspiradas no pragmatismo do modelo de justiça negociada dos Estados Unidos da América, permitam uma rápida solução consensual do caso quando houver confissão insuspeita e possibilidade de aplicação de penas substitutivas e de penas de prisão de curta ou média duração.⁵⁷⁶

O FONAUC (Fórum Nacional de Juízes Criminais) se posicionou de semelhante maneira, assinalando “que as técnicas de Negociação no Direito Penal e Processual Penal são instrumentos relevantes e fundamentais para concretização de um Sistema de Justiça mais efetivo no país”, vez que “a ausência de efetividade/celeridade da Justiça Criminal contribui para insegurança jurídica e principalmente para a impunidade, que deve ser combatida”⁵⁷⁷.

Por sua vez, são as associações de membros do Ministério Público as maiores partidárias da assimilação da *plea bargaining* ao Brasil, tomada pelos mais variados órgãos de classe como essencial ferramenta para a modernização da persecução criminal. O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, em entusiasmada nota de apoio ao projeto de aumento dos espaços negociais, destaca que

A Justiça Negocial aparece como alternativa legítima, cumprindo, de forma célere e segura, a função dirimente do conflito.

O projeto do novo Código de Processo Penal em trâmite na Casa de Leis (...) traz no seu bojo instrumentos negociais que, a um só tempo, cumprem expectativas dos indivíduos e da sociedade, abreviando o tempo para a solução da lide, a fim de assegurar a garantia constitucional da razoável duração do processo.

⁵⁷⁶ AJUFE, Associação dos Juízes Federais do Brasil. Nota Técnica 03/2019 da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) referente às propostas legislativas apresentadas pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro. AJUFE, 2019, p. 26.

⁵⁷⁷ VASCONCELOS, Frederico. Juízes criminais apoiam proposta de Moro sobre acordo penal. Folha de São Paulo, 2019. E sobre a aprovação majoritária dos juízes criminais brasileiros à proposta do Ministro da Justiça, ver: MACEDO, Fausto. 90% dos juízes apoiam plea bargain de Moro. Estadão, 2019.

Inegavelmente, o “plea bargain” trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.⁵⁷⁸

A calorosa acolhida à iniciativa legislativa⁵⁷⁹ de ampliação dos espaços de consenso no processo penal se denota igualmente no âmbito do Ministério Público Federal, que em informe oficial salientou os benefícios da utilização dos acordos penais:

... poupa-se tempo e os altos custos de um processo judicial; a defesa sabe desde logo a pena a que o réu será submetido, deixando de lado as incertezas e as delongas do processo judicial; a acusação economiza recursos que poderão ser direcionados para uma atuação mais dedicada e eficiente em casos que não comportarem resolução consensual. Enfim, trata-se de uma importante ferramenta para a realização da justiça penal brasileira, pois, de um lado, garante mais eficiência à persecução penal e, de outro, mais previsibilidade do processo ao acusado.

Por isso, o acordo entre o Ministério Público (acusação) e o réu (defesa) traduz-se num importante instrumento para a consecução de uma justiça mais ágil, eficiente, moderna e desburocratizada, sem, contudo, afastar-se da perspectiva de garantia dos direitos fundamentais do cidadão⁵⁸⁰.

Particularmente interessante é o posicionamento da Defensoria Pública da União (DPU)⁵⁸¹ frente a possibilidade de incorporação da justiça negociada. A instituição discorda frontalmente da reforma legislativa (parcial) proposta pelo Ministro da Justiça, que propõe a “simples importação isolada do instituto do ‘plea bargain’” sem se atentar para o potencial reforço da matriz inquisitória, diante da “evidente desigualdade entre as partes e a impossibilidade de negociação” nesse cenário⁵⁸². Sem embargo da discordância ao projeto, a DPU afirma ser a “‘plea bargain’ uma necessidade inadiável do ordenamento jurídico brasileiro”, visto que:

⁵⁷⁸ MPRR. Nota Pública do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. 2019, online.

⁵⁷⁹ Nesse sentido, também é de se anotar o artigo publicado pelo presidente da CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) em defesa da incorporação do *plea bargain*: “Não é menos importante esclarecer à população – sempre ávida por soluções mais modernas e efetivas - que o acordo de condenação, a par de promover a efetividade perdida do sistema de justiça criminal, certamente representará um considerável ganho econômico, na medida em que propõe a simplificação do sistema judicial criminal. Além disso, permite a diminuição dos índices de congestionamento; garantindo mais tempo e estrutura para o processo e julgamento de casos de maior complexidade e contenciosidade, empregando recursos de forma mais eficiente; diminuindo os índices de impunidade; e, assegurando às vítimas a possibilidade de obter reparações mais rápidas e adequadas”. Artigo disponível na íntegra em: AZEVEDO, Victor Hugo. *Plea Bargain: sem medo de propor uma Justiça moderna, mais ágil e efetiva*. CONAMP,

⁵⁸⁰ MPF. Nota Técnica Conjunta da Procuradoria Geral da República/Secretaria de Relações Institucionais, nº 105/2019. p. 6-7.

⁵⁸¹ DPU. Nota Técnica da Defensoria Pública da União em face do pacote de sugestões legislativas apresentadas em 04 de fevereiro de 2019 pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conj. 2019.

⁵⁸² Idem, p. 2

- a. aproxima o procedimento de conhecimento do sistema acusatório estabelecido pela Constituição de 1988.
- b. valoriza os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo, a partir da técnica da oralidade e da imediatividade do procedimento baseado em audiências.
- c. Enseja a economia processual, na medida em que uma parcela significativa de casos é solucionada pelo instituto do acordo e um número pequeno de casos penais chega a efetivamente à audiência de instrução e julgamento.⁵⁸³

Por mais bem-intencionadas que sejam tais manifestações, não se pode concordar ser a barganha uma alternativa viável para os déficits do sistema de justiça criminal – muito menos poderia se admitir, ao menos na leitura proposta pela presente tese, que a introdução dos mecanismos consensuais ajudaria a compatibilizar o processo penal brasileiro aos desejáveis moldes acusatórios.

Uma avaliação dos vetores *eficiência* e *celeridade*, ambos suscitados reiteradamente quando o assunto é a introdução/alargamento dos espaços negociais no processo penal brasileiro, é aqui imprescindível para descortinar a incompatibilidade do modelo de acordos penais com um sistema processual que se pretenda acusatório. Antecipo que a minha reprovação à inserção da barganha não se dá por algum apego passional a justiça criminal tradicional. De forma alguma. Ela certamente merece reformas, e a sobrecarga do judiciário e os altíssimos custos com o sistema penal devem ser levados em consideração, visto representarem obstáculos ao adequado funcionamento da justiça criminal.

A crítica desferida aos lemas eficiência e celeridade, supostamente obtidas pela barganha, reside no caráter ilusório dos mesmos: é que as soluções negociadas surgem para resolver um “problema” que se sabe, desde cedo, elas não poderem resolver. Explico a impossibilidade: a expansão desmesurada do direito penal, com a frequente criação de novos tipos penais e de crimes de perigo, gera uma mais-valia de puníveis que não consegue ser cooptada pela tática da negociação penal – ainda que em sua máxima *performance*. Haverá, assim, uma reserva (infundável) de sujeitos a ser capturados pelo sistema penal. Vou mais além ainda: nem sequer são esses objetivos – resolver os problemas de sobrecarga do judiciário, dos custos com a justiça criminal, da pressão pela carga de trabalho – os primordiais perseguidos pela barganha.

⁵⁸³ Idem, ibidem.

Nesse sentido, é esclarecedora a observação de Lucian Dervan, já colada em outra ocasião, por revelar o perverso conúbio (de retroalimentação) entre barganha e aumento do direito penal: “a barganha e a expansão do direito penal se perpetuam reciprocamente: a barganha protege a expansão do direito penal do questionamento e a expansão do direito penal cria incentivos para tornar a barganha tão persuasiva”⁵⁸⁴. Deveras, como assinala Vinicius Vasconcellos, “a expansão do Direito Penal também depende e, de certo modo, é causada pela generalização da barganha, ao passo que por meio desta a justiça criminal consegue responder parte das demandas punitivistas sociais (sem o controle e a limitação do Judiciário), evitando possível colapso que desvendaria a insustentabilidade de tal postura ...”⁵⁸⁵.

Infla-se sobremaneira as condutas criminalizadas, em um cenário de direito penal máximo, para depois se afirmar a ineficiência desse mesmo sistema, sob o exato argumento de seu inchaço. E, então, alegando a necessidade impreterível de enxugamento do sistema penal, apresentam-se mecanismos de simplificação como forma ideal para se resolver sua crise/insuficiência. A lógica, como se pode perceber, é perversa. Não à toa é advinda de uma nova razão (epistemologia) neoliberal, que introduz a mentalidade empresarial da ação eficiente (Coutinho) nos mais variados terrenos, destacadamente em âmbito penal: a preocupação, portanto, jamais foi a de caminhar para um juízo mais justo ou mesmo reduzir a estigmatização do acusado, promovendo sua maior participação na conformação da decisão penal; menos ainda o foi de promover uma reforma para a adequação dos sistemas processuais latino-americanos ao sistema acusatório (até porque a barganha não serve, nem poderá servir a esse propósito); a intenção foi sim, desde o início, desviar o foco da perversidade do neoliberalismo – que tem

⁵⁸⁴ DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: The symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. **Journal of Law, Economics and Policy**, Vol. 7, No. 4, 2011. p. 646. Vale a pena colacionar o trecho no qual o autor introduz a sua aproximação entre *plea bargainin* e *overcriminalization*: “To illustrate the co-dependent nature of plea bargaining and overcriminalization, consider what it would mean if there were no plea bargaining. Novel legal theories and overly-broad statutes would no longer be tools merely for posturing during charge and sentence bargaining, but would have to be defended and affirmed both morally and legally at trial. Further, the significant costs of prosecuting individuals with creative, tenuous, and technical charges would not be an abstract possibility used in determining how great of an incentive to offer a defendant in return for pleading guilty. Instead, these costs would be a real consideration in determining whether justice is being served by bringing a prosecution at all. Similarly, consider the significant ramifications that would follow should there no longer be overcriminalization. The law would be refined and clear regarding conduct for which criminal liability may attach. Individual benefits, political pressure, and notoriety would not incentivize the invention of novel legal theories upon which to base liability where none otherwise exists, despite the already expansive size of the United States criminal code. Further, novel legal theories and overly-broad statutes would not be used to create staggering sentencing differentials that coerce defendants, even innocent ones, to falsely confess in return for leniency. As these hypothetical considerations demonstrate, plea bargaining and overcriminalization perpetuate each other, as plea bargaining shields overcriminalization from scrutiny and overcriminalization creates the incentives that make plea bargaining so pervasive” (p. 645-6).

⁵⁸⁵ VASCONCELLOS, Vinicius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 152

em seu código genético um direito penal máximo, para dar conta da sua imparável produção de excluídos – usando o direito penal e o processo penal como legitimadores dessas iniquidades. Eis um exemplo, entre tantos outros, das incongruências e, por que não, hipocrisias do neoliberalismo: o dispositivo opera a partir da redução ao mínimo do Estado, ineficiente e dispendioso que é a maquinaria burocrática, ao passo que estimula uma expansão ao máximo do direito penal, para dar vazão ao contingente de excluídos que ele mesmo criou.

Com razão, assinala Gabriel Anitua⁵⁸⁶ que ao contrário de cuidar das “ineficiências do sistema judicial, se busca paliativos em um método para se conseguir mais condenações com o menor custo. Ao iludir o julgamento em sentido estrito, se pretende iludir a aplicação das garantias do particular, e os limites que estas significam às pretensões punitivas”. Assim, não se ataca o problema – qual seja, a criminalização excessiva, os fascismos punitivos, a ostentação mediática do horror: todos consubstanciais ao projeto neoliberal –; antes, estimula-o, alargando ainda mais o campo de incidência do direito penal.

É de se ter em conta, ademais, o alerta dado por Rui Cunha Martins⁵⁸⁷ de que as bandeiras da celeridade e eficiência não costumam esvoaçar sozinhas; colado a elas costuma ser “bramido o argumento complementar do ‘clamor público’”. Neste terreno, os *media*, enquanto eficientes gestores das expectativas sociais (ver 2.1.), jogam papel decisivo: ao criar e divulgar um imaginário de impunidade, bem como ao veicular diuturnamente, de maneira *espetacular*, as imagens de crimes em tempo real e dos criminosos perigosos à solta, incitam uma sensação de insegurança popular, a dar azo às medidas de endurecimento repressivo⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ ANITUA, Gabriel I. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense as reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. op. cit., p. 375.

⁵⁸⁷ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. op. cit., p. 47

⁵⁸⁸ Rubens Casara chama atenção para o fato de que “o sistema de justiça criminal, sempre seletivo, torna-se cada vez mais objeto de atenção dos meios de comunicação de massa que, com objetivos políticos e econômicos manipulam as sensações de medo, insegurança e impunidade na sociedade. (...) A mídia constrói a criminalidade e conforma a persecução penal (...) a partir de uma trama simbólico-imaginária tecida com informações selecionadas, subinformação e desinformação, bem como com crenças e preconceitos que ajudam a construir a tradição em que os atores jurídicos (e o restante da sociedade) estão inseridos”. Em outra passagem da mesma obra, o autor salienta que “O direito, então, passa a estar subordinado à lógica da hipercultura midiática-mercantil (...), da teatralização, do *show business*, que tem como característica principal ‘implantar-se sob o signo hiperbólico da sedução, do espetáculo, da diversão da massa’, mas que mistura as esferas do controle social, da economia, da cultura, da (des)informação, das artes, da moda, tudo a esconder interesses de grupos bem definidos”. CASARA, Rubens. **Processo penal do espetáculo**: e outros ensaios. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 12; p. 30

É a receita ideal para a adoção dos mecanismos de simplificação em sede processual penal. Veja-se: um *sensu commun* informado pelos *media* pressiona o direito desde fora a apresentar respostas ao problema da galopante criminalidade; o direito penal internaliza as pressões mediáticas através da criação de novos tipos penais, aumento de penas, crimes de perigo; por sua vez, concomitantemente à resposta penal às expectativas sociais, o direito processual deverá simplificar suas longas, burocráticas e custosas fases, dando prioridade a reformas que dinamizem – leia-se: torne mais eficiente – a inchada justiça criminal.

Cenário, há de se convir, em absoluto dissonante a um ideal de processo penal enquanto limitador do arbítrio estatal. Ora, entendo não haver inserção possível da barganha num processo no marco do estado democrático de direito. A advertência de Jacinto Coutinho parece acertada e valiosa: um processo penal democrático é de todo “incompatível com anseios de ‘celeridade’ no sentido de se *condenar mais rápido* ou se *acalmar a sociedade*”, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos de defesa*. Por isso que “[f]alar apenas em *celeridade* como parâmetro de justificação política neste caso é mais uma reafirmação do princípio da *eficiência* que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo”⁵⁸⁹⁵⁹⁰.

Não é, contudo, sequer ponto pacífico entre a doutrina o ganho (suposto) de eficiência obtido por meio da introdução dos mecanismos negociais. Há quem afirme que “estados norte-americanos que aboliram de alguma forma tal mecanismo [...] conseguiram resultados positivos, ou, ao menos, não entraram em colapso, como boa parte da doutrina previa”⁵⁹¹. Ademais, a barganha também pode se prolongar no tempo, e não raro envolve blefes de ambas as partes para angariar melhores condições para o firmamento do acordo (especialmente nos casos em que o acusado-delator tem informações relevantes, de peixes graúdos, para vender). Também, as disfunções da delação premiada em solo brasileiro evidenciam, por exemplo, uma possibilidade que atinge frontalmente os argumentos de eficiência: há acordos de colaboração

⁵⁸⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. op. cit., p. 268-269.

⁵⁹⁰ Convém anotar, igualmente, lição de Rubens Casara: “Cumprir notar que o procedimento abreviado, que mira na formação do consenso, como toda forma de procedimentalismo, que se propõe a solucionar problemas substanciais, é contrafático: ignora a facticidade, a complexidade do ser-no-mundo, substituindo-a por um discurso de validade/justificação prévio. Nessa vertente argumentativa, pouco importa a inexistência de prova, ou mesmo que a confissão exigida revele-se no plano fático insustentável, vez que o procedimento sumário encontra-se ‘justificado’ em razão do ‘acordo’ entre as partes”. CASARA, Rubens R. **Mitologia processual penal**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. p. 189

⁵⁹¹ VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 72

premiada que permitem ao delator manter um quinhão sobre o montante fruto de atividade criminosa, como que se transformando em sócio do Estado.

Porém, ainda que se aceite que a barganha seja um potencial redutor de custos *processuais*, as perguntas a se fazer são as seguintes: já foi feito um estudo sistemático sobre o impacto carcerário das ferramentas negociais, para que haja alguma base mais sólida para a importação desses mecanismos ao Brasil⁵⁹²? Nossas prisões, já superlotadas, não irão colapsar de vez com a introdução da barganha? Assim sendo, não será necessário destinar mais verbas para a construção de novos presídios e ao aumento de vagas nos já existentes? Qual será o impacto financeiro, ao final de tudo, das condenações obtidas mais rapidamente; e, nessa senda, não se está, simplesmente, a transferir o problema dos custos para momento posterior, qual seja, ao já falido sistema carcerário? Um exemplo ilustra a relevância de tais questionamentos. Os Estados Unidos da América, líderes mundiais da barganha, também estão, não por mera coincidência, em primeiro lugar no ranking de população carcerária, com mais de 2 milhões de pessoas – os custos com o sistema correcional (presos, cadeias, *probation*) passa dos 80 bilhões anuais⁵⁹³.

Prossigamos, como querem os defensores do consenso, em terreno utilitarista. Insistem seus entusiastas ser a barganha benéfica a todos os atores envolvidos: “o acusado evita gastos, inseguranças, prejuízos e atrasos do processo, além de obter uma suposta redução de pena por leniência; já seu defensor obtém um retorno financeiro de modo mais rápido e abrandando suas responsabilidades”. Também se beneficiam “os promotores [que] reduzem gastos e suas cargas de trabalho, além de obter condenações fáceis que ajudam no seu progresso profissional; de modo semelhante beneficiam-se os juízes, especialmente com a diminuição da carga processual; por fim, assim também o Estado lucra com a economia de recursos”⁵⁹⁴.

Veja-se o exemplo da *plea bargaining*. Um dos mais notáveis apologistas da barganha estadunidense, Frank Easterbrook toma a justiça criminal como um “sistema de mercado”⁵⁹⁵ que deve alocar recursos escassos – é evidente a inspiração do autor nas premissas da escola

⁵⁹² LOPES JR., Aury. Adoção do *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Conjur, 2019.

⁵⁹³ WAGNER, Peter; RABUY, Bernadette. Following the Money of Mass Incarceration. Prison Policy Initiative, 2017.

⁵⁹⁴ VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 79-80

⁵⁹⁵ EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. **Journal of Legal Studies**, vol. XII, University of Chicago, 1983. p. 289

“law and economics” (item 1.4.) –, e a *plea bargaining* como um contrato similar ao de compra e venda, no qual o acusado, “ao admitir a sua culpabilidade, venderia seus direitos ao promotor, recebendo em troca concessões consideradas mais benéficas do que o exercício desses direitos sacrificados”⁵⁹⁶. E prossegue o autor salientando as vantagens do “compromisso” entre acusação e defesa:

Os acusados podem usar ou trocar os seus direitos, de acordo com seu melhor interesse. Assim, a negociação ajuda os réus. Forçá-los a utilizar seus direitos no julgamento significa obriga-los a correr o risco de condenação ou absolvição; pessoas avessas ao risco costumam favorecer punições certas, mas menores, a correr o risco de ser punidos mais severas. Os acusados ainda têm o processo terminado mais rapidamente, e os solventes economizam os custos do processo. O compromisso também beneficia os promotores e a sociedade como um todo. Em comprando direitos processuais em troca de sentenças mais baixas, promotores compram o mais valioso *commodity*, o tempo. Com mais tempo, eles podem processar mais criminosos. (...) A proporção de processos (e condenações) por crimes seria extremamente baixa se os compromissos fossem proibidos.⁵⁹⁷

Conclui, assim, o autor que “a *plea bargaining* não é só defensável, mas desejável se o sistema quiser maximizar a dissuasão de um dado comprometimento de recursos”⁵⁹⁸. Não há como, diante do já exposto, filiar-se a posição sustentada por Easterbrook. Em primeiro lugar, sua tese, compartilhada por inúmeros de seus seguidores, padece de um vício encetativo: ao confundir o processo penal com um sistema de mercado, o autor parece não ter em consideração a função primeira do processo, qual seja a de limitar a potestade punitiva do Estado; tomando-o como um “método de alocação de recursos escassos”, se olvida do significado de devido processo legal no marco de um estado de direito para sair em defesa das resoluções *privadas* do conflito – por meio de um contrato de compra e venda entre acusação e defesa, o réu estaria autorizado a vender os seus direitos constitucionais ao promotor, em troca, no mais das vezes, de um ilusório benefício. Tal estado de coisas faz mais lembrar um processo penal pré-moderno, no qual imperava a vingança privada, do que remete a imperativa jurisdicionalidade estrita do castigo, cognitivamente legitimado pelo material probatório produzido em contraditório.

John Langbein⁵⁹⁹, em ácida crítica ao enunciado de Easterbrook, assinala ter se “criado um glorioso mercado persa em lugar do que desenharam os constituintes”. Prossegue,

⁵⁹⁶ EASTERBROOK, Frank H. *Plea Bargaining as Compromise*, **Yale Law Journal**, v. 101, 1992. p. 1975

⁵⁹⁷ Idem, *ibidem*

⁵⁹⁸ EASTERBROOK, Frank H. *Criminal procedure as a market system*. **Journal of Legal Studies**, vol. XII, University of Chicago, 1983. p. 309

⁵⁹⁹ LANGBEIN, John. *Sobre el mito de las constituciones escritas*. **Revista Nueva Doctrina Penal**. op. cit., p. 50

observando que o “artigo de Easterbrook deixa de lado uma questão vital, que é na verdade o propósito que os constituintes atribuíram ao julgamento pelo júri: É possível entender que este direito poderia ser vendido no mercado persa como qualquer outra mercadoria?”. Creio, como Langbein, que não há como aceitar a venda de direitos, mormente os constitucionais; ainda mais quando se está diante de um cenário negocial essencialmente coercitivo.

Ademais, com muita razão, Gabriel Ignacio Anitua sustentará que as “vantagens mútuas” não passam de quimera, visto que “as únicas vantagens estariam a favor da pretensão punitiva do Estado e daqueles que trabalham profissionalmente com os conflitos criminais, que terão menos trabalho”⁶⁰⁰. De fato, a pretensão punitiva se beneficia tremendamente, alcançando “seu objetivo em maior número, a menor custo [os custos processuais, vez que o impacto orçamentário pode ser avassalador], mais rapidamente e sem ter que debater, nem internamente e nem em público, sobre a finalidade última da tarefa que realiza”⁶⁰¹.

Seguindo nessa trilha, é de se anuir a observação de Langbein sobre a prática da *plea bargaining* nos Estados Unidos – anotação perfeitamente cabível à expansão dos espaços negociais em solo tupiniquim –, de que “a barganha derrotou a Constituição e o *Bill of Rights* pois os profissionais do direito – em especial os juízes, fiscais e advogados de defesa – preferiram a conveniência de realizar transações ao rigor de levar a cabo os juízos penais”⁶⁰².

Nessa senda, há de se notar que a barganha opera, em realidade, uma desvirtuação das funções dos atores jurídico-penais. Com acerto, salienta Vinícius Vasconcellos que o mecanismo negocial promove uma “indevida subordinação da justiça aos interesses pessoais dos atores do campo jurídico-penal”, especialmente “daqueles que detêm o poder na determinação da concretização do poder punitivo estatal”⁶⁰³. Tudo isso, via de regra, em detrimento do exercício dos direitos do acusado, visto ser consubstancial à lógica da barganha

⁶⁰⁰ ANITUA, Gabriel I. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense as reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. op. cit., p. 366

⁶⁰¹ Idem, p. 374

⁶⁰² LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas. **Revista Nueva Doctrina Penal**. op. cit., p. 51. Destaca-se o trecho, *ipsis litteris*: “La desaparición del juicio penal por jurados nos ofrece una lección muy instructiva sobre el mito de las constituciones escritas. Éstas requieren la adhesión y el apoyo tanto del orden social como del político, y tanto del sistema legal como de los profesionales del derecho. El *plea bargaining* ha derrotado a la Constitución y al *Bill of Rights* porque los profesionales del derecho –especialmente los jueces, los fiscales y los abogados defensores– han preferido la conveniencia de realizar transacciones al rigor de llevar a cabo los juicios”.

⁶⁰³ VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 157-159

a renúncia a um processo devido e legal e à defesa – entre outros, também há vulneração à presunção de inocência, ao contraditório, à paridade de armas, à prova, ao direito contra a autoincriminação, à imparcialidade do julgador, todas violações não comportadas por um modelo acusatório de processo penal, mas inerentes ao desempenho do mecanismo negocial.

A conveniência dos personagens do processo penal em realizar a barganha, ao invés de seguir o necessário caminho do processo, de um julgamento justo e em contraditório, é notável na prática jurídica. Quase todos findam, de uma forma ou doutra, “beneficiados” com o uso de tal mecanismo.

O juiz minora consideravelmente o seu volume de trabalho, aumenta seus índices de condenações criminais, e ainda alivia a carga psíquica inerente a atividade jurisdicional – de decidir sobre um fato histórico que não tem conhecimento (não pode saber de antemão e nem ir atrás de saber), mas deve se ter, pela atividade probatória das partes, para resolver o caso penal –, na medida em que reserva-se a ele o papel de mero homologador de um acordo já pronto. Afinal de contas, se o acusado é detentor da Verdade real, não há razão para desconfiar da sua confissão, visto o seu reconhecimento de culpabilidade como um ato de revelação do verdadeiro em sua inteireza e de maneira inquestionável. Já está a se observar a imersão psíquica do juiz em terreno do *evidente*⁶⁰⁴.

Ademais, em um processo penal como o brasileiro, no qual o juiz-inquisidor esteve (e está) umbilicalmente ligado ao acusador, privilegiando, no mais das vezes, a *hipótese acusatória*, o funcionamento da maquinaria negocial só faz intensificar a desigualdade entre as partes, tornando ainda mais gravosa a situação do réu. É de bom grado não se olvidar também que a transposição de categorias do processo civil ao processo penal – confusão do Ministério Público com o credor civil, condições da ação, pretensão punitiva ao invés de acusatória – acaba por fazer prevalecer a asserção acusatória, em detrimento da tese defensiva.

⁶⁰⁴ É bom recordar, com Rui Cunha Martins, que “diz-se *evidente* o que dispensa a prova. Simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um *desamor do contraditório*”. MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. op. cit., p. 2

Insisto no ponto. É bem sabido que numa configuração inquisitória do processo penal – e não se duvida que o sistema processual brasileiro seja inquisitório –, juízes e promotores são (historicamente) como parceiros de cama. O casamento é de longa data. E nem por culpa deles, tomados individualmente; é quase uma imposição sistêmica – do sistema inquisitório – a existência de um conluio (perverso) entre esses dois atores. Veja: se a finalidade de um sistema processual penal inquisitório é a concretização do poder punitivo (ver item 2.2.), e o processo é tão-só um instrumento para se chegar ao castigo (castigo este já tido como certo desde antes), julgador e acusador, ambos incumbidos nesse sistema de tarefas preventivas, visarão a imposição da pena com o mínimo de constrangimento. E talvez seja precisamente essa a palavra de ordem para a detecção do sistema: *constrangimento*.

Ora, como dito em outro lugar (item 2.1.), se tal modalidade de verdade (Verdade real) pertence ao estatuto epistêmico da *evidência* e se já é *presumido* desde logo no modelo inquisitório o réu ser culpado, os meios para se chegar a ratificação dela (*verdade evidente*) devem ser os mais eficientes possíveis. O processo deve ter, acima de tudo, um fim rápido – a pretensão dessa matriz processual será, portanto, a de “comprimir a distância entre o expectável e o realizável”, restando o próprio processo como mera “excrescência daquilo que se tem por óbvio e, por conseguinte, parcialmente dispensável”⁶⁰⁵.

O problema maior, ao menos desde a ótica de um método de arbitramento racional de castigos no marco do estado democrático de direito, é que *processo, prova, contraditório* acabam por ceder lugar, nas soluções negociadas, à tentação devoradora da *evidência* – não conseguindo cumprir seus papéis (ideais) de constritores à sua aparição. Observe-se: se a evidência é “simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo”, correspondendo “a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade” e instaurando, de certa forma, “um *desamor ao contraditório*”⁶⁰⁶, é necessário não permitir a sua intromissão num terreno processual de um estado democrático de direito, mormente se está a se tratar de conferir responsabilidade penal a um sujeito.

A filtragem às aparições da evidência se dará de maneira mais apropriada – ainda que seja impossível e sequer desejável fazer desaparecer a evidência (ver 2.2.) – com o desempenho

⁶⁰⁵ Idem, p. 10-11

⁶⁰⁶ Idem, p. 2

de operadores quais o processo, a prova, o contraditório: são eles três, entrelaçados (processo-prova-contraditório), os responsáveis de trabalhar com os enunciados sobre fatos pretéritos (base empírica do processo) de maneira *não alucinatória*⁶⁰⁷.

Ou seja, se a verdade da evidência dispensa elementos externos de verificação – daí sua autorreferencialidade – e convalida qualquer discurso concordante com a sua pulsão – daí a justificação autocentrada –, convém que se obste a sua aparição, *heterorreferenciando* e *descentrando* as informações com as quais se trabalha. A *prova* produzida em *contraditório* num devido *processo* penal é o meio através do qual poder-se-á trabalhar adequadamente a veracidade de enunciados sobre o fato histórico criminalmente relevante, justo por se demandar mais do que “indicadores de mera plausibilidade” para a condenação de um acusado *presumido* inocente.

A confissão-delação não se adequa aos mecanismos de filtragem da evidência. Ainda mais: eles são a própria *aparição da evidência* em terreno processual. Não é mera coincidência o descarte (“desamor”) ao *contraditório*, à atividade *probatória* e a renúncia ao *processo*, todos promovidos e demandados pela barganha – até intrínsecos a esse modelo de resolução penal. Tampouco é mera casualidade que *celeridade* e *transparência*, caras justificativas à legitimação da barganha, descambem para táticas incriminatórias de coação para o reconhecimento de culpa – a dispensabilidade de um devido processo quando se tem a *convicção ex ante* de o acusado ser culpado.

O pertencimento da barganha ao modelo inquisitivo de processo penal aqui se dá. Ao aderir psiquicamente à *hipótese acusatória* desde antes mesmo da instauração do processo, *presumindo a culpabilidade* do réu, o julgador perverte a função de constrangimento desses operadores – prova, processo, contraditório –, deixando terreno livre (e desguarnecido) para insinuações de toda ordem da evidência. A *adesão* mesma do julgador a uma das hipóteses já é a evidência a palpitar. E é particularmente perigosa quando essa *crença* à versão acusatória

⁶⁰⁷ A respeito do caráter alucinatório da evidência, Rui Cunha Martins destaca: “Correto será, então, referir que (cita Fernando Gil) ‘a evidência representa uma alucinação, mas não no sentido de um percepto do irreal *em vez* da percepção do existente: antes significa a transposição *da* percepção para outra coisa que não ela mesma. É uma operação alucinatória que, com a força irrecusável do real, converte em verdade a percepção e a significação’. Trata-se, muito precisamente, de um exercício de *ostensão*”. E mais adiante: “É possível afirmar que, enquanto manifestação de ostensividade, a *alucinação* impõe, basicamente, um *processo de intensificação da matéria sensível*: o sensível converte-se em conceito e, uma vez feito conceito, converte-se, por seu turno, em realidade”. Idem, p. 12-13.

fá-lo *pré-ocupar a região de culpabilidade*, precisamente a zona contrária ao qual lhe era suposto ocupar (presunção de inocência).

Não é de se duvidar, outrossim, que a adesão prévia fira de morte a condição imperativa de imparcialidade do juiz. É que, cedendo à tentação da evidência, o julgador finda por deslocar-se do centro – pressuposto ocupar – para um dos flancos (amiudadamente o da acusação); e nesse problemático deslocar-se, consubstancial aos regimes inquisitoriais, passa a ocupar o lugar de *parte* (portanto, não mais *im-parcial*), erradicando do processo a sua característica dialeticidade. Enfim, ao *aderir* a uma versão da barganha, o julgador torna dispensável o próprio processo – mero jogo de cena, simples ritual.

Por isso afirmo ser a verdade da barganha, assim como a sua congênere Verdade real, uma expressão do regime epistêmico da evidência. Não há nela qualquer preocupação em constranger o *evidente*, por meio da observância de métodos de aferição da verdade (epistemologia) dos enunciados sobre os fatos⁶⁰⁸. De todo o oposto: na barganha, é como a própria verdade a falar, já que autorreferencial e autocentrada; nela, a coincidência *daquele que fez com aquele que diz que fez* já é condição de suficiência para uma condenação criminal, visto que, antes de requintes dos excessivos procedimentos probatórios, mais vale a *crença* na Verdade externada por seu próprio detentor – o confitente.

E se a função do juiz resta pervertido pelo desempenho negocial, ao menos desde suas tarefas em um modelo acusatório de processo, há de se admitir, igualmente, que a defesa acaba cabalmente deteriorada. Primeiramente, pois o conceito mesmo de barganha já comprova a incompatibilidade das negociações com posturas de resistência à acusação, com a exigência de

⁶⁰⁸ Aduz Geraldo Prado, a respeito da construção da verdade no processo penal em um estado de direito, que “[A] verdade perseguida no curso do processo penal como meta de ultrapassagem de um estado de incerteza para o de certeza não tem uma <<natureza ontológica>>, tampouco encontra-se acessível para, como em um passe de mágica, conduzir os sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passado, para perceber os fatos como na realidade ocorreram. (...) Em um processo penal regulado pela presunção de inocência o fato – em realidade, o enunciado sobre o fato – deve ser definido pelo acusador e é este que tem interesse em demonstrar a sua existência. (...) Como sublinhou Alberto Binder, no texto citado, a tarefa de construção da verdade no processo penal, sob o estado de direito, está ordenada por meio de requisitos de verificação dos fatos da causa, conforme *standards* probatórios (<<regras orientadoras fortes>>) que tenham a capacidade de limitar a discricionariedade...”. PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. op. cit., p. 35-39

conformidade por parte do acusado; é, portanto, da essência de tais acordos a renúncia à defesa⁶⁰⁹.

Em cenário de coerções de vária ordem – ameaças constantes de sanções mais gravosas, seja por meio das intimidações do acusador, seja mesmo pelo funcionamento da barganha, intrinsecamente coercivo –, mormente se está a discutir a inserção do mecanismo negocial no Brasil, a liberdade para renunciar ao exercício da defesa é bem mais ilusória do que real. Ora, basta ter em mente o severo risco de “represálias” de juiz e acusador, não raro em conluio, com a imposição de castigos muito mais graves ao réu caso eleja negar o acordo e, pasmem(!), tenha a audácia de exercer o seu direito ao julgamento. Quadro configurador de uma só opção a defesa: aceitar o prêmio sem reclamar, renunciando à defesa e ao julgamento e aceitando autoincriminar-se (violação ao *nemo tenetur*), já que não pode se dar ao luxo de resistir à atividade persecutória e correr o risco de receber penas maiores⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ Alberto Bovino elabora acerca da incompatibilidade da barganha com o exercício do direito de defesa, nos seguintes termos: “Por último, el ‘juicio abreviado’ elimina todo contenido posible del derecho de defensa, circunstancia que, en sí misma, permite cuestionar fundadamente la “certeza” a la que puede arribar el tribunal para dictar condena...”. E mais adiante: “El Estado está obligado a garantizar el derecho de defensa en juicio. Ello no significa que el imputado no tenga derecho a confesar, si así lo desea. Pero la confesión del imputado, por su contenido autoincriminatorio, no es, ni podría ser, un acto defensivo. De allí la prohibición de toda confesión forzosa y la irrenunciabilidad de la defensa técnica. La defensa implica un mínimo de resistencia ante la imputación, y no colaboración con ella. De allí que se denomine al derecho a ser oído, base esencial del derecho a defenderse, como ‘principio de contradicción’. El derecho de defensa del imputado comprende diversas facultades de intervención en el procedimiento penal ‘para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe’. En síntesis, defenderse significa, sencillamente, presentar algún grado de resistencia a la actividad persecutoria. En consecuencia, la admisión lisa y llana de la culpabilidad por el hecho descrito en la acusación, de su calificación legal y del monto de la pena merecida, esto es, la “conformidad” requerida por el art. 431 bis, inc. 2, del CPP Nación, no puede ser considerada una medida defensiva. El objeto de esa manifestación del imputado consiste en aceptar íntegramente la pretensión del acusador, esto es, precisamente, en lo opuesto a lo que significa defenderse. La conformidad no puede ser considerada un acto de defensa del imputado por su contenido no contradictorio. Tampoco puede ser considerada como una expresión del derecho de defensa porque se trata de un acto exigido legalmente, de manera obligatoria, como requisito de admisibilidad de un procedimiento que no sólo elimina toda posibilidad de defenderse en el juicio, sino que, además, elimina toda posibilidad efectiva de ejercer ese derecho en el procedimiento que reemplaza al juicio. El ‘juicio abreviado’, además, afecta dos de las facultades más importantes del derecho de defensa: el control de la prueba de cargo y la producción de prueba de descargo. En efecto, la vía abreviada no admite la realización de ninguna actividad probatoria. En consecuencia, el tribunal valorará los elementos de convicción recolectados en la etapa preliminar, obtenidos con escaso, cuando no inexistente, control de la defensa”. BOVINO, Alberto. **Procedimiento abreviado y juicio por jurado**. Versión ampliada de la conferencia pronunciada en el “Seminario sobre juicio por jurados”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el 20 de agosto de 1998.

⁶¹⁰ Cumpre salientar, igualmente no tocante ao exercício da defesa, um enorme paradoxo, apenas a reforçar a perversidade da maquinaria negocial: o acusado que efetivamente infringiu a lei penal poderá ter “mais cartas na manga”, e ao final gozar de mais benefícios, do que aquele que não cometeu crime qualquer; os últimos terão de escolher entre reconhecer a culpabilidade quando são inocentes ou enfrentar a volúpia do aparato punitivo, correndo perigo de penas excessivamente altas.

Ademais, Vinícius Vasconcellos chama a atenção para a “corrupção da relação entre o réu e seu advogado diante das negociações e das supostas vantagens de eventual acordo para reconhecimento de culpabilidade”⁶¹¹. Há na barganha, de fato, a completa distorção da função do defensor técnico, em que este acaba por aconselhar seu cliente ao aceite do acordo, seja por interesses pessoais escusos e desonestidade, seja pelo temor de uma condenação mais gravosa por uma recomendação equivocada. Assim, a posição mesma do defensor acaba por agravar a pressão sobre o réu para a realização do negócio penal; longe, portanto, de representar o pleno exercício do direito de defesa, a barganha é precisamente a sua renúncia, tanto através da mandatória conformidade do acusado com a imputação como também por meio da absoluta desvirtuação da atuação do defensor técnico.

Outrossim, o acusador público resta beneficiado (talvez o mais favorecido) pela adoção da barganha. Por um lado, há uma sensível redução no volume de trabalho do promotor, visto que as soluções negociadas permitem-lhe desincumbir do pesado ônus probatório que a ele compete, através da exigência sistêmica de confissões. Inegável que a “verdade dos fatos” expressa pelo próprio confitente, por meio do reconhecimento de sua culpabilidade, isenta o acusador do dever de comprovação legal da responsabilidade penal do imputado; a barganha faz recair sobre o réu, coercitivamente induzido, o peso de “comprovar” a sua própria responsabilidade (confissão como *probatio probatissima*).

Além do mais, em um cenário de desmedida expansão do direito penal, a barganha surge para a acusação pública como a saída ideal: permite uma concentração dos esforços nos casos penais “mais relevantes”, ao passo que propicia a manutenção das estatísticas de condenações criminais em níveis altos. A receita, portanto, é simples: 1) coage-se o réu-investigado; 2) com medo de ir ao julgamento e enfrentar uma sanção mais dura (e uma guerra burocrática), ele acaba se dobrando à vontade punitiva; 3) finda por assentir a confissão, renunciando à defesa e ao processo; 4) e desse modo, obtém-se, simultaneamente, uma resposta penal dura e célere, a acalmar (provisoriamente) os populismos punitivos midiaticamente estimulados.

De todo modo, a vulneração ao princípio acusatório – tomado a partir da distribuição das tarefas processuais – pela atuação do promotor nas soluções de barganha aqui resta cristalina, ante a acumulação das funções acusatórias e decisórias nas suas mãos. Ora, conforme já exposto

⁶¹¹ VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. op. cit., p. 180

(item 2.2.), se a mera separação das funções de acusar e julgar não garante, por si só, uma configuração acusatória de processo penal, a concentração dessas funções processuais em um só personagem implicará, necessariamente, em um modelo inquisitivo. E é precisamente este o quadro ocasionado pela imposição da barganha: o acusador público finda por concentrar duas tarefas processuais inconciliáveis, quais sejam a de acusar e a de decidir.

Bem vistas as coisas, há de se convir que a barganha representa uma indevida intromissão do promotor em terreno decisório, rompendo por absoluto uma estrutura acusatória de processo (tripartição de funções processuais em jurisdição, ação e defesa). Assim sendo, as soluções negociais comprometem tanto as funções da defesa, pois demandam a sua renúncia à defesa e ao processo mediante a conformidade do réu; as tarefas do julgador, pela intrínseca vulneração da barganha à presunção de inocência e à imparcialidade, o que resta por matar a função jurisdicional no estado de direito; e as do acusador público, que acaba concentrando em suas mãos as tarefas processuais acusatórias e decisórias (<<aglomeração quântica>>), não à toa sendo ele considerado um “juiz às portas do tribunal”⁶¹².

A respeito da compatibilidade das práticas negociais com uma estrutura inquisitória de processo, John Langbein⁶¹³ salienta as semelhanças entre as tarefas desempenhadas pelo moderno promotor e pelo inquisidor medieval, dando especial ênfase à acumulação de funções acusatórias e decisórias em ambos os casos:

O plea bargaining concentra efetivo controle do processo penal nas mãos de um único agente público. Nosso formal direito ao julgamento prevê uma divisão de tarefas. (...) O plea bargaining faz desaparecer estas fases acusatórias, de determinação e sancionatórias do processo nas mãos do promotor. Estudantes de história das regras sobre a tortura devem se lembrar de que a maior falácia psicológica do processo inquisitorial europeu daquela época era a que concentrava no magistrado inquisidor as funções de acusar, investigar, torturar e condenar. O inquisidor que possuísse aqueles poderes necessitava daquilo que um historiador contemporâneo chamou de “capacidade sobre-humana [a fim de] ... se manter livre, em sua função decisória, das influências predispostas em sua própria investigação e atividade investigadora”.
A versão dominante do *plea bargaining* americano faz exigências semelhantes: requer que o promotor usurpe as funções de determinação e de sentenciamento, com isso se tornando juiz de sua própria causa. Eu não posso enfatizar tão fortemente o quanto pode ser perigosa essa concentração dos poderes processuais.⁶¹⁴

⁶¹² DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997. p. 484

⁶¹³ LANGBEIN, John. Tortura e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. op. cit., p. 145-146

⁶¹⁴ LANGBEIN, John. Tortura e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. op. cit., p. 145-146

Os pontos de toque entre as figuras do acusador público e do inquisidor medieval são significativos; e os paralelos entre a atual barganha e técnicas punitivas pré-modernas são assustadores, mormente se o *desejo* é compatibilizar processo penal com os mandamentos do estado de direito, no qual a aferição de responsabilidade criminal de um sujeito só estará legitimada – cognitiva e eticamente – através de provas produzidas em contraditório, capazes (ou não) de desconstituir o estado inicial de inocência. A ausência na barganha de quaisquer dispositivos de fiscalização epistêmica e ética – é de sua natureza desmontar os mecanismos de constrangimento da evidência (processo-prova-contraditório) – abre vasto flanco para o exercício descontrolado do poder punitivo⁶¹⁵.

Com uma concentração de poderes processuais de tal monta, a acarretar uma ainda maior disparidade entre os atores processuais⁶¹⁶ e (historicamente) provocador de coerções para a extração da confissão do acusado-objeto, não pode haver dúvidas se estar frente a uma configuração inquisitória de processo. O princípio acusatório, tomado a partir das lentes firmadas no item 2.2., ou seja, desde uma compreensão de que o centro irradiador dos sistemas é a divisão/concentração de tarefas, competindo no marco do sistema acusatório funções dissemelhantes à tríade juiz-acusador-defesa, não pode subsistir defronte ao modelo negocial. De modo contrário, será o princípio inquisitivo, consistente na acumulação de poderes e na supressão de tarefas defensivas, que acabará por ser prestigiado no consenso penal, pois que este inegavelmente mina qualquer possibilidade de resistência defensiva e privilegia a concentração de tarefas nas mãos das autoridades estatais, com a *finalidade* (inquisitiva) de uma realização *minimamente constrangida* do direito penal material.

⁶¹⁵ A respeito da legitimidade do exercício do poder punitivo, desde o esquema epistemológico garantista, Luigi Ferrajoli salienta: “O segundo elemento da epistemologia garantista, associado ao primeiro como sua condição de efetividade, mas freqüentemente descuidado, é o *cognitivismo processual* na determinação concreta do desvio punível. Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas “motivações”, quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. Tal requisito vem assegurado pelo que chamarei de *princípio de estrita jurisdicionariedade*, que, por sua vez, exige duas condições: a *verificabilidade* ou *refutabilidade* das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua *comprovação empírica*, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação. (...) Para que estes mesmos princípios sejam satisfeitos é necessário, além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter “constitutivo” e tenham caráter “recognitivo” das normas e “cognitivo” dos fatos por elas regulados. (...) uma justiça penal não arbitrária deve ser em certa medida “com verdade”, quer dizer, baseada sobre juízos penais pre- dominantemente cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos como tais a verificação empírica. Esta concepção cognitiva da jurisdição, junto à convencionalista e empírica da legislação da qual é complementar, se dirige a assegurar outros dois resultados ético-políticos da cultura penal da ilustração”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. op. cit., p. 32-33

⁶¹⁶ Diogo Malan destaca que a barganha “sevicia mortalmente o núcleo essencial da garantia da paridade de armas, ao hipertrofiar os poderes do acusador; este último, na prática, substitui juiz e jurados, concentrando os poderes de *formular a acusação, julgar a causa e fixar a pena*”. MALAN, Diogo. Sobre a condenação sem julgamento prevista no PLS 156/09. **Boletim IBCCRIM**, nº 207, São Paulo, fev. 2010.

Nada obstante, o mito da barganha⁶¹⁷ como elemento pertencente ao arco acusatório, não raro proveniente de uma acepção equivocada do princípio dispositivo como regente do sistema acusatório⁶¹⁸, ilude respeitável parcela da doutrina a acatar o consenso como um passo necessário para a consolidação de um processo penal democrático, ou mesmo como efeito de uma inflexão acusatória⁶¹⁹. Eis a razão pela qual observem “na importação de mecanismos consensuais do modelo estadunidense pelas reformas processuais penais da latino américa”⁶²⁰ uma chance de ouro de, enfim, conseguir despir a inquisitorialidade dos processos penais do sistema da *civil law*, revestindo-os de uma roupagem acusatória e democrática.

Não é mera coincidência que justo num contexto de transição democrática, com inarredáveis consequências no âmbito da política criminal – vide as reformas acusatórias dos processos penais da América Latina –, tenha se importado os mecanismos negociados; afinal de contas, considerado os Estados Unidos da América como paradigma da transformação, nada mais natural do que adotar também um importante componente de seu sistema de justiça criminal⁶²¹.

⁶¹⁷ A mitologia por detrás dos argumentos de legitimação dos acordos penais é descortinada por Rubens Casara, nos seguintes termos: “O caráter mitológico do consenso penal aparece com clareza quando se verifica que não há propriamente composição entre as partes na formulação de um acordo, pois o poder de coerção do Estado-Administração desequilibra a relação processual e compromete a livre manifestação de vontade do réu. Excluída, diante da estrutura do consenso penal, a possibilidade do verdadeiro acordo de vontades, o que assume relevância no ‘consenso’ para a imposição imediata de pena é a renúncia aos mecanismos de cognição. (...) O procedimento abreviado direcionado à formação do ‘consenso’, ao desconstruir garantias forjadas ao longo de vários anos, e que servem à legitimação/democratização da atividade estatal, revela o seu calcanhar de aquiles”. CASARA, Rubens. **Mitologia processual penal**. op. cit., p. 193-194

⁶¹⁸ Convém recordar, na esteira do firmado por PRADO, que “pensamos que, por princípio dispositivo, há de se entender aquele que permita a dispor sobre o objeto do processo em tramitação, não sendo caracteristicamente acusatório ou inquisitório”, não sendo “impensável um procedimento inquisitorial, iniciado para apurar o cometimento, por alguém, de uma infração penal, que não se conclua por deliberação exclusiva do juiz-inquisidor, motivado por questões de política criminal”. (PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. op. cit., p. 188)

⁶¹⁹ Parece se posicionar nesse sentido Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a quem se respeita profundamente – sem embargo de, no ponto específico, se discordar do nobre processualista. Em recente artigo publicado na Revista do IBCCRIM, Coutinho destaca que falar do *plea bargaining* “é falar de um instituto (na falta de palavra melhor) tipicamente do *sistema acusatório*, mormente daquele norte-americano”, concluindo que “ter *plea bargaining* é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório” (COUTINHO, J. N. de M. *Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado*. **Boletim IBCCRIM**, ano 27, nº 317, abril/2019. p. 3-4). Não obstante se concordar com a assertiva de que a introdução da barganha no sistema brasileiro viria a potencializar a estrutura inquisitória do processo penal pátrio, não há como admitir sua afirmação de que a barganha está inclusa no círculo acusatório; de todo o contrário, os acordos penais surgem justamente como um subterfúgio punitivo frente às garantias (demasiadas) do processo acusatório.

⁶²⁰ A referência é ao título do artigo de Gabriel Anitua: _____. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Sistemas processuais penais**. op. cit., p. 357.

⁶²¹ Nessa esteira, Gabriel Anitua, com enfoque crítico à inserção dos acordos em Latino-américa, destaca que “estes tipos de mecanismos ‘simplificadores’ têm sido adotados por todos os Estados que, em meio a processos políticos de ‘transição à democracia’, quiseram construir justamente ‘Estados de Direito’”. Idem, p. 359.

Desde essa perspectiva, contudo, chega-se a afirmar ser o *plea bargaining* um verdadeiro Cavalo de Troia do sistema acusatório, a pegar de surpresa os incautos inquisidores dos sistemas do *civil law* quando a tropa acusatória saísse de seu bojo oco. Nesse sentido, propondo uma distinção teórica entre “adaptações transformativas” e “não transformativas”, e afirmando ser a *plea bargaining* um fator (transformativo) para uma potencial revolução cultural em Europa continental e latino América, Máximo Langer assinala:

*Pero otras importaciones pueden ser, potencialmente, transformativas, en el sentido que pueden contribuir a poner en crisis el modelo de la investigación oficial y a introducir el modelo de la disputa en su lugar -u otras transformaciones de similar tenor-. La importación de mecanismos de negociación entre acusador y acusado puede tener este efecto. En otras palabras, los mecanismos como el procedimiento abreviado son verdaderos caballos de Troya que, al ingresar a los países de la tradición continental-europea y latinoamericana, llevan en su vientre el modelo cultural de proceso penal propio de la tradición anglosajona - lo que he llamado antes el modelo de la disputa-. En otras palabras, la introducción de estos mecanismos de negociación puede significar o contribuir a una verdadera revolución cultural sobre el modo en que pensamos y percibimos el proceso penal.*⁶²²

O catedrático da Universidade da Califórnia (UCLA) e referência internacional em direito processual penal comparado, com reconhecida inspiração na tipologia formulada por Mirjan Damaška⁶²³, oferece dois *tipos ideais descritivos* para o cotejo entre os processos penais anglo-americano e europeu continental-latino-americano, em substituição à dicotomia acusatório-inquisitivo. São eles denominados de *modelo de disputa* e *modelo de investigação oficial*, o primeiro sendo um modelo que enxerga “o processo penal como uma disputa entre duas partes desenvolvida ante um terceiro – juiz ou árbitro – que se encontra em posição relativamente passiva”⁶²⁴, enquanto para o segundo “o processo penal é uma investigação realizada por um ou mais oficiais estatais, com o objetivo de estabelecer a verdade real dos fatos”⁶²⁵.

Desde esse prisma, Máximo Langer perceberá os mecanismos de negociação como “perfeitamente ajustados a lógica ou dinâmica do modelo de disputa”, uma vez que “se o processo penal é uma disputa entre duas partes, é natural que elas possam negociar sobre aquela,

⁶²² LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B.; BOVINO, Alberto (comps.). **El procedimiento abreviado**. op. cit., p. 124

⁶²³ DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. Yale University Press, 1986. 247p.

⁶²⁴ LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B.; BOVINO, Alberto (comps.). **El procedimiento abreviado**. op. cit., p. 115.

⁶²⁵ Idem, p. 117.

pondo-se total ou parcialmente de acordo sobre o objeto da controvérsia ou mesmo sobre se há alguma”. Ainda mais, o professor argentino afirmará ser a compatibilidade entre a barganha e o modelo de disputa uma das razões pela qual o *plea bargaining* foi tão bem aceito entre os operadores do sistema jurídico norte-americano, justo por haver “poucos mecanismos e institutos mais característicos do modelo adversarial estadunidense e mais especificamente do modelo de disputa”⁶²⁶.

Compreendo a problemática, como se pode depreender do já exposto, de maneira bem distinta à Máximo Langer. Inicialmente, trabalho com as categorias acusatório e inquisitório, examinando essa dicotomia ao nível prescritivo (normativo, político) e não desde tipos ideais descritivos. A diferença de perspectiva analítica, ou seja, uma dissemelhante assimilação de acusatório e inquisitivo – como modelos históricos, tipos ideais, mecanismos que cumprem funções, finalidades contrapostas, princípios normativos e modelos normativos –, conformará avaliações díspares sobre a inserção dos mecanismos negociais num ou noutro modelo, como é reconhecido pelo próprio Langer:

los mecanismos de negociación como el procedimiento abreviado pueden ser considerados “acusatorios” como categoría histórica – apartado II. 1 –, en tanto elementos característicos de un proceso penal concreto que ha sido considerado “acusatorio” en este sentido conceptual: el proceso penal estadounidense. También, pueden ser considerados acusatorios porque es posible definir el contenido del tipo ideal acusatorio – en el sentido descripto en el apartado II. 2-, de modo tal que este contenga como uno de sus elementos naturales los mecanismos de negociación -como analizare en detalle en el próximo capítulo-.

*Por otro lado, estos mismos mecanismos pueden ser considerados “inquisitivos” porque constituyen un mecanismo para obtener admisiones de culpabilidad de modo coercitivo -lo inquisitivo como mecanismo que cumple cierta función en el sistema procesal-. Y/o porque no se ajustan al modelo normativo establecido por la Constitución Nacional que establece que los juicios deben ser orales y públicos, etc. -lo acusatorio como modelo normativo-. Y/o porque no se ajustan a ciertas definiciones de lo acusatorio como tipo puro o ideal que sólo lo conciben como una disputa formal entre acusador y acusado y, por lo tanto, no disponible por ellos. Y/o porque reunifican en el papel del fiscal la función requirente y la decisoria, violando una de las definiciones de lo acusatorio como principio normativo -apartado II. 5-.*⁶²⁷

Assim sendo, a identificação do processo penal estadunidense como pertencente ao sistema acusatório – ou ao modelo de disputa –, apesar de historicamente fundada, não encontra correspondência no real funcionamento do sistema de justiça criminal daquele país. Não há

⁶²⁶ Idem, p. 121.

⁶²⁷ Idem, p. 111-112

como, a não ser por apego às origens históricas do processo judicial no âmbito do *common law*, se concordar com a assertiva da pertença àquele modelo. Indo ainda mais além, creio que atualmente o sistema estadunidense não pode sequer ser caracterizado como acusatório, na medida em que as regras do *adversarial system* e as garantias processuais do julgamento por jurados são observadas em menos de 10% dos casos criminais nos Estados Unidos⁶²⁸. Isto é dizer que a cada dez casos, nove são resolvidos pela *plea bargaining* (admissão de culpa ou *nolo contendere*) e apenas um se dá em conformidade com as premissas de um sistema processual acusatório⁶²⁹.

A partir de tal panorama, não compreendo ser possível, desde o marco teórico com o qual trabalho (ver 2.1. e 2.2. para entender as bases sobre as quais assento a dicotomia), detectar quaisquer traços acusatórios – a não ser pelo recurso a modelos históricos e pela confusão terminológica-conceitual do princípio dispositivo como o regente do sistema – nos mecanismos negociais hoje prevalecentes no arbitramento de responsabilidade criminal nos Estados Unidos da América (e espalhados já no mundo inteiro). Todo pelo contrário: insisto ter sido a *plea bargaining* uma manifestação – e permanência – inquisitória em local que, à época do seu aparecimento, estava a se consolidar como adversarial; são fenômenos mutuamente implicados, sem embargo de serem contrapostos: é que a barganha surge propriamente como um revide do poder punitivo às reformas processuais do século XIX (“due process revolution”).

Nessa senda, entendo a criação da *plea bargaining* como uma tentativa de contornar as recém-criadas normas de exclusão probatória e a progressiva sofisticação do julgamento pelo júri (standards probatórios, melhorias na defesa do acusado, critérios de escolha dos jurados...), de modo a se configurar como um subterfúgio punitivo frente ao novo processo adversarial.

Por isso tranquilamente dizer que barganha e modelo acusatório, na preciosa lição de Geraldo Prado, são “duas coisas que não comungam a mesma identidade, tampouco precisam

⁶²⁸ ALSCHULER, Albert. The prosecutor’s role in plea bargaining. **University of Chicago Law Review**, vol. 36, 1968, p. 50

⁶²⁹ Acerca da majoritária resolução dos casos penais pela *plea bargaining*, Alberto Bovino salienta que “El sistema estadounidense establece el derecho del imputado a ser condenado sólo en un juicio oral, público, contradictorio y continuo, ante un jurado imparcial. Sin embargo, la etapa de juicio ha dejado de ser la fase central en el procedimiento y ha pasado a ocupar un lugar simbólico como método de atribución de responsabilidad penal. Ello pues cerca del 90 % de las condenas son impuestas sin realizar el juicio, por renuncia del imputado a ejercer ese derecho”. BOVINO, Alberto. **Procedimiento abreviado y juicio por jurado**. op. cit., p. 4.

do mesmo ‘ar’ para viver”⁶³⁰. Mais do que isso: uma permissão a negociações desse tipo não é sequer compaginável com um processo penal acusatório, visto que suas motivações (da barganha) estão radicadas em uma política processual penal que possibilite a realização do poder punitivo de maneira mais “eficiente”, o que é dizer desrespeitar as garantias processuais do acusado, driblando-as e elegendo um atalho menos tortuoso – a confissão como a externalidade do verdadeiro⁶³¹ – do que o longo e custoso caminho do processo penal⁶³².

Diante de todo o exposto, portanto, não posso compreender a barganha – em qualquer uma de suas modalidades, seja nos Estados Unidos ou nos mais diversos países que a adotaram, entre eles o Brasil – como sendo elemento proveniente, quiçá genuína decorrência, do sistema acusatório de processo penal. E tampouco poderei concordar, desde o local que *traço a linha*, com a tese de que a *plea bargaining*, como autêntica expressão do modelo de partes, poderá servir como *cavalo de Troia* do sistema acusatório, ginete este que trará em seu ventre uma transformação cultural nos países que a recepcionam.

De outro modo, creio que a defesa da inserção dos mecanismos de negociação em zona acusatória padece de uma dupla vertigem. Primeiro, o recurso a tipos ideais descritivos e aos modelos históricos – usualmente perspectivas analíticas que identificam a barganha como elemento do sistema acusatório – não parece-me adequado para o exame de novas configurações processuais, visto serem indicadores frágeis, ao menos contemporaneamente, de contração de poderes processuais⁶³³. Tenho como mais adequada à investigação do estágio atual

⁶³⁰ PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – A transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Decisão Judicial**: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012. p. 52

⁶³¹ Daí o caráter evidente da verdade negocial – pela dispensa de mecanismos exteriores de verificação/teste da percepção originária do sensível, que se converte em real sem constrangimento.

⁶³² Nesse tocante, a semelhança com as regras sobre a tortura é cristalina. Convém recordar com John Langbein que se às reformas probatórias do medievo – com a adoção de critérios objetivos do tarifamento visava-se eliminar “a discricionariedade humana da determinação da culpa ou inocência” (LANGBEIN, Tortura e plea bargaining. op. cit., p. 134) – o poder punitivo respondeu com a regulamentação da tortura como expediente ideal para a superação, com a confissão, de um nível probatório exigido (mas demasiadamente alto), às reformas processuais do século XIX – com a efetiva criação do *adversarial system*, sofisticação do júri, as *exclusionary rules*, direito do acusado à representação – os órgãos de repressão penal responderam, igualmente, com pressões para a renúncia às garantias processuais e a obtenção da confissão do acusado pela via da *plea bargaining*.

⁶³³ Explico melhor: a análise dos sistemas processuais penais a partir de um “ideal puro acusatório” (passividade do julgador, processo em contraditório, separação nas funções de julgar e acusar, oralidade, publicidade...) e outro “ideal puro inquisitivo” (reunião das funções de acusar e julgar em uma pessoa, atividade probatória do julgador, sigilo e escritura...), com características diametralmente opostas, acaba por inviabilizar a detecção, por exemplo, das distorções inquisitivas em um sistema identificado, desde estas perspectivas tipológicas ou filiações históricas, como sendo acusatório. É este o caso da barganha, quando quer por motivos conceituais – aproximação maior ao ideal acusatório –, quer por seu nascedouro em um país historicamente filiado ao *common law*, resulta na inserção

de acusatório-inquisitivo, e ao consequente enquadramento dos processos penais contemporâneos em um desses sistemas, a percepção das *funções e finalidades* destinadas a cada um dos modelos, perspectiva esta que permitirá enfocar os atores processuais (juiz, acusação e defesa) e a forma pela qual as tarefas são distribuídas entre eles.

Nada obstante, em boa medida decorrente dessa demarcação teórica pouco adequada, os defensores da barganha (como expressão da acusatoriedade) acabam se apegando mais em fundamentos ilusórios – negociação como exercício da defesa, voluntariedade, igualdade negocial, inteligência –, quando não propositadamente ideológicos, do que no efetivo funcionamento dos sistemas de justiça criminal – seletiva e com partes “naturalmente” desiguais. Confirme já fora demonstrado, na descrição do modelo estadunidense como acusatório (e na inserção da *plea bargaining* na sua estrutura), acaba por se olvidar por detrás da pertença histórica dos Estados Unidos ao modelo de disputa entre partes a real *performance inquisitiva* do seu sistema processual, mormente com o desempenho hodierno da maquinaria negocial⁶³⁴.

Nessa esteira, o pressuposto da adversarialidade das soluções negociadas cai por terra quando confrontado com o fato de que a renúncia ao exercício da defesa e a concentração das tarefas (incompatíveis com o modelo acusatório) de acusar e julgar nas mãos do promotor – ambas inerentes ao negócio penal – sepultam qualquer possibilidade de real adversidade. Em verdade, a barganha opera desvirtuando, desde o âmago da democraticidade, o vero processo de partes – aí reside o seu maior perigo, justo na sua instalação no *limiar*. A tarefa de descortinar a barganha passa, assim, pela exposição da sua efetiva *performance*: e não há de se pôr em dúvida que ela opera investindo o acusador de poderes decisórios e tornando objeto o acusado (não mais sujeito ativo do processo), e faz competir ao primeiro coagir o segundo para obter uma confissão (alucinada como Verdade).

desta em terreno acusatório. Tais perspectivas, a meu ver, não conseguem detectar um enorme problema no âmbito dos processos penais contemporâneos, qual seja, <<a concentração de poderes processuais nas mãos das autoridades de prevenção>>, desequilíbrio que acaba por corroer o ideal acusatório.

⁶³⁴ A perspectiva analítica do *processo (penal) como um dispositivo* aqui tem absoluta prestabilidade, exatamente por permitir a captura do não-dito sobre o funcionamento real – desempenho inquisitivo – de um sistema tido por acusatório, como o é o estadunidense.

O contraditório⁶³⁵, princípio elementar do sistema acusatório – pois que é a dialética entre a pretensão acusatória (e não punitiva) e a resistência defensiva fundamental para a conformação de uma decisão judicial assentada em provas –, resta absolutamente desprezado⁶³⁶, diante da excessiva concentração de poderes nas mãos do acusador em prejuízo de quaisquer posições defensivas. Culmina tal cenário de amplo desequilíbrio entre as partes na impossibilidade do confronto real entre acusação e defesa; em última instância, em nome da *simplificação*, finda-se por demitir ao processo a sua função primordial (e fundamento de legitimação) num estado de direito, qual seja a de limitador das práticas punitivas estatais.

Um último alerta, em linha com o assinalado: tenhamos todos muito cuidado com as respostas simples (para não dizer simplistas), como são as propostas de simplificação do processo penal, para dar conta de fenômenos complexos, multiformes e pluridimensionais – o arbitramento de responsabilidade penal em conformidade com as regras de um estado de direito. Afinal, como recorda Alberto Binder⁶³⁷, “um dos usos do termo simplificação processual, em dados contextos concretos da discussão de política criminal pode esconder uma visão profundamente autoritária do processo penal”.

⁶³⁵ A respeito do contraditório, Luigi Ferrajoli assevera: “Ainda mais importante do que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, isto é, a possibilidade da refutação ou da contraprova. Com efeito, se a verificação de uma hipótese é impossível, dado que sua verdade não pode ser demonstrada, senão apenas confirmada, é, ao contrário, possível sua refutação por *modus tollens*, segundo o esquema (f). (...) para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis”. E mais adiante, o autor destaca: “O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o *direito de defesa*, expresso aqui com o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei, no parágrafo 10.8, como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A *defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. op. cit., p. 121; p. 490.

⁶³⁶ Rubens Casara salienta, acerca do desrespeito do consenso penal ao esquema de garantias preconizado pelo moderno estado de direito: “Nas soluções de consenso, as partes constroem a resposta estatal ao delito, o seu objeto de desejo, ao arrepio de garantias que, historicamente, serviram para legitimar a atuação do Estado. Na disciplina do consenso penal, mais do que nos outros procedimentos, há espaço para decisionismos, cognitivismos éticos, perversões e arbitrariedades... Note-se que, sob certo aspecto, o processo, nas soluções de consenso, deixa de ser ‘um procedimento em contraditório’. Não há qualquer tentativa de verificação fática da imputação em juízo: inexistente a legitimação cognitivista da jurisdição. Diante desse quadro, a fundamentação da pena distancia-se do fato imputado (e também do preceito secundário do tipo penal) para assentar-se na vontade/bondade das partes”. CASARA, Rubens. **Mitologia processual penal**. op. cit., p. 190

⁶³⁷ BINDER, Alberto. Límites y posibilidades de la simplificación del proceso. In: _____. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 1993. p. 67

CONCLUSÃO

A monografia que ora se finda almejou esclarecer a problemática inserção dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro contemporâneo, examinando a temática a partir de dois eixos: um primeiro, ao qual denomino de dimensão cultural, buscou-se dissecar as origens históricas de duas distintas famílias do Direito – quais sejam, *common law* e *civil law* – e, posteriormente à demonstração de suas dissemelhanças (e eventuais pontos de toque), demonstrar de que modo a trajetória da cultura jurídica do *common law* possibilitou o surgimento – e paulatina aceitação, inclusive com a chancela da Corte constitucional estadunidense – de soluções negociadas em seu processo penal, bem como as razões pelas quais os espaços de consenso têm se expandido por todo o globo, transformando-se a justiça penal negociada em paradigma de um processo penal eficiente – eficiência, lembre-se, como medida impositiva do neoliberalismo.

Convém notar que a adesão à Lei escrita – com influência marcante dos textos romanos de Justiniano no renascimento dos estudos do Direito em Bolonha pelos glosadores – acabou por moldar o direito continental enquanto uma família de direitos. A lei como fonte primeira do direito é uma inegável *permanência* do direito romano, a despeito das peculiaridades – e da diferenciação – de cada um dos ordenamentos jurídicos pertencentes ao *civil law*. Também é de se perceber que, no desenvolvimento da família de direitos romano-germânica, exerceu ampla influência o pensamento contratualista de Hobbes, que somado às contribuições de Rousseau e Montesquieu serviria de pano de fundo teórico para a Revolução Francesa; deveras, a ruptura com os fundamentos teológicos da ordem social (e, por inerência, do direito) conduziram à necessidade de uma nova justificação racional-científica do poder político: os distintos contratualismos sociais, de Hobbes e Locke, cumpriam esse papel de substituir a fonte divina do poder, cada qual, contudo, tendo marcada influência sobre a modelagem de diferentes culturas jurídicas – respectivamente, com impacto nos países do *civil law* e do *common law*.

O fenômeno da recepção do direito romano em Portugal e o posterior desenvolvimento do direito comum português (com ênfase nas Ordenações lusas) e expansão ultramarina daquele país forjaram o contexto do “iluminismo jurídico luso-brasileiro”. A ascendência do direito brasileiro em Portugal, e as bases deste último assentadas no direito romano, demonstram a filiação histórica do Brasil na tradição jurídica da família romano-germânica. Nada obstante, é

de se ter em mente que, longe de um continuísmo histórico, a narrativa da pertença do direito nacional ao sistema do *civil law* deve levar em conta as particularidades da realidade social brasileira – veja-se, por exemplo, o impacto da escravidão na modelagem das subjetividades dos brasileiros, com especial destaque para a relação dúbia, de permanente vigília, com a Lei-suposta-contrato social. O escravismo colonial e as suas formas de reprodução contemporâneas – o neoliberalismo não cessa de produzir excluídos – não podem ser alijados do exame da formação (e das transformações) da cultura jurídica brasileira, mormente se, como é o caso do Brasil, está diante de um país subdesenvolvido, onde a modernidade não cumpriu suas promessas. O aparato ideológico, que visa ocultar um estado de coisas no qual o excepcional devém normalidade, deve ser descortinado para que se possa compreender a fundo os fundamentos (e incongruências) do constitucionalismo brasileiro e o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal no país.

De outro modo, apesar de não meramente dicotômico, desenvolveu-se a família do *common law*. Esta teve início no período anglo-saxônico, logo após a expulsão dos romanos da Inglaterra, e tomou corpo a partir da invasão dos Normandos na ilha britânica, no longínquo ano de 1066. Tal acontecimento teve substancial relevo na formação da tradição jurídica do *common law*, na medida em que a competência e destreza políticas de Guilherme II, o chefe dos normandos, permitiu uma unificação precoce do território inglês; o resultado da centralização do poder político foi a estruturação do direito inglês. Distintamente do ocorrido no Continente, o marco inicial do *common law* radica no desenvolvimento das jurisdições reais, voltado muito mais ao processo do que ao direito material – as normas materiais seriam delineadas pelos costumes locais, imemoriais. Desde essa partida distinta, portanto, foi se dando forma a uma percepção do Direito em absoluto diversa do percebido na Europa continental. No *common law* são os precedentes judiciais firmados a partir dos costumes, e não a lei, que são tidos como a fonte primeira do direito. O direito é eminentemente jurisprudencial.

É de se ter em mente também, acerca do desenvolvimento da cultura jurídica inglesa, que num caldo político de embate entre pretensões monárquicas (por poderes absolutos) e o Parlamento burguês – tensão esta que culminaria na Revolução Inglesa –, foram gestadas as teorias do contrato social, primeiro de Thomas Hobbes e depois de John Locke. O segundo terá impacto profundo na modelagem da percepção que os ingleses, e norte-americanos, terão do

Direito e do seu sistema legal – e também na crença deles no funcionamento de seu sistema de justiça criminal, o que impactará profundamente na aceitação dos mecanismos negociais.

Geraldo Prado tem toda a razão ao advertir que “a ficção do contrato social produzirá no âmbito do Iluminismo a ideologia que dará sustentação a padrões de comportamento, em face das funções da lei, que por influência do liberalismo econômico e do utilitarismo repercutirão na subjetividade de ingleses e norte-americanos”⁶³⁸. De fato, a adesão ao contratualismo lockeano por parte Inglaterra e Estados Unidos servirá de modo a fomentar no ideário popular “a confiança no caráter tutelar do sistema legal e em suas instituições, na impessoalidade na aplicação do direito e na capacidade de cada indivíduo, parte ativa na manutenção do contrato social, de aferir se seus próprios interesses estão melhor resguardados pela lei”⁶³⁹. Tal visão das coisas – e do papel do direito como decorrência do contrato social – possibilitará a criação do modelo negocial no processo penal, ante uma maior aceitação à disposição dos direitos individuais.

Assim é que, já em início do século XIX, nos Estados Unidos da América, aparecerá a *plea bargaining*, método alternativo de resolução do conflito na seara penal através da conformidade do acusado, pela negociação do reconhecimento de culpabilidade. Apesar de uma inicial resistência, inclusive com um desestímulo dos tribunais à essa prática judiciária, acabou ela por prevalecer, da virada do século XX em diante, como a principal forma de arbitrar responsabilidades penais nos Estados Unidos. Uma miríade de fatores se destacaram para tal predomínio, que atualmente chega a inacreditáveis noventa por cento de todos os casos criminais: entre eles estão, para além da conformidade com a tradição jurídica do *common law*, a complexidade do sistema de garantias imposto pela reforma do *adversarial system* (regras sobre jurados, defesa técnica, standards probatórios), o exponencial aumento do trabalho das Cortes inferiores resultante no congelamento do sistema de justiça criminal e a figura do *public prosecutor* com discricionariedade quase ilimitada; todas razões da maior importância para o surgimento do *plea bargaining*.

Tendo sido detectadas algumas das permanências e das rupturas da cultura jurídica norte-americana com sua ancestral inglesa, desde o interior do grande grupo do *common law*, bem

⁶³⁸ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. op. cit., p. 157

⁶³⁹ Idem, ibidem

como demonstradas as condições para a frutificação – e desenvolvimento – da *plea bargaining* nos Estados Unidos da América, a tese procurou desvendar as razões da recente expansão dos espaços negociais mundo afora. A hipótese trabalhada é a de que a *globalização neoliberal* teve impactos profundos, pelo *desejo de eficiência*, na remodelagem dos mais diversos âmbitos da vida, entre eles em reformas no sistema de justiça criminal de diversos países. A inspiração para tais reformas foi dada pelo modelo estadunidense (hegemonia jurídica dos EUA), com especial ênfase no instituto da *plea bargaining*, já método predominante na resolução dos casos penais nos Estados Unidos e exportado para inúmeros locais ao redor do globo.

Desde esse novo paradigma efficientista, a barganha permitirá “resolver” problemas que atingiam diversos sistemas de justiça criminal: o congestionamento e sobrecarga do Judiciário serão reduzidos significativamente com a introdução de um mecanismo simplificador, os gastos também serão atenuados. Menos tempo dispendido, menores custos, satisfação ao imaginário coletivo punitivista. A barganha aparece não apenas como ferramenta capaz de cumprir tais objetivos, como é também ela mesma a imagem da *lógica de mercado* aplicada ao processo penal, justo por perceber nos direitos individuais a possibilidade de serem dispostos/vendidos como qualquer mercadoria: eis os motivos de sua popularização mundo afora, inclusive sendo transplantado para culturas jurídicas absolutamente distintas da norte-americana, e não inseridos na tradição do *common law*.

O deslinde do primeiro eixo, já em crítica à tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal contemporâneo – expansão medida tanto pela intensificação do uso nos Estados Unidos como pela importação do mecanismo por demais jurisdições, ressaltando-se seu transplante até mesmo para ambientes de tradição jurídica do *civil law* –, endossa a lição de Rui Cunha Martins⁶⁴⁰ de residir na dimensão da processualidade a oportunidade de romper com o existente. É através do reforço mesmo ao *processo* que se poderá contrastar, diferir, defraudar expectativas, cindir com um estado de coisas capazes de sacrificar princípios fundamentais do estado de direito.

A transição do primeiro para o segundo eixo se deu pela menção ao *processo* (penal) como o potencial rompedor de alguns dos mandamentos do neoliberalismo. A articulação entre

⁶⁴⁰ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. op. cit., p. 97-100

os dois eixos, ademais, tornou-se possível pela introdução da categoria analítica do *dispositivo*. Como no pensamento de Michel Foucault – com o qual não se pode (nem se pretende) comparar a qualidade da exposição teórica, mas apenas pelo recurso similar –, a introdução de tal categoria se deu de maneira estratégica, justamente na dobra entre uma dimensão histórico-cultural, de fundo notavelmente político, como é a circulação de ideias e institutos entre culturas jurídicas distintas, e uma segunda dimensão político-normativa, com especial enfoque nos sistemas processuais penais.

Convém registrar que a requisição a essa ferramenta estratégica permitiu, no primeiro plano, decifrar a irrefreável proliferação de dispositivos do capitalismo contemporâneo (Agamben), sendo o neoliberalismo efetivamente a nova razão do mundo, possibilitando daí antever que os novos regimes de vida – pautados como são todos os âmbitos do viver pela lógica da eficiência – também devem reconfigurações no processo penal, notadamente com a expansão global, a partir da modelar *plea bargaining*, das soluções de consenso penal. Por sua vez, no segundo plano (o eixo político-normativo-epistêmico) o recurso ao dispositivo foucaultiano será, entendo eu, medida necessária para uma melhor compreensão da complexa fenomenologia processual penal, vez tal categoria permitir trazer à vista, além do discursivo, também o não-linguístico; o dito e o não-dito sobre o desempenho de um dado processo. A prestabilidade do uso dessa categoria daí arranca.

No segundo eixo, como é de se notar, trabalha-se, desde uma dimensão normativo-política, com a incompatibilidade das soluções negociadas com um modelo acusatório de processo pena, cuidando nesse eixo de se expor o caráter (usualmente) falacioso do argumentatório que visualiza na barganha a modo ideal para uma metamorfose do processo penal, no sentido de conversão democrática do dispositivo processual. Está em jogo, nessa dimensão, a articulação de noções aparentemente desconectadas, mas quero crer que justificada a sua comunicação, tais como sistema, processo, sistema processual, princípio/núcleo reitor, rizoma, limite, fronteira, verdade, celeridade, eficiência, prova, presunção, convicção; todos esses elementos, e tantos outros, a formar uma teia, uma base de sustentação teórica ao propósito de se fazer jus ao exame da labiríntica temática dos mecanismos negociais, mormente quando postos à frente de acusatório e inquisitivo.

Compreendo a requisição a tal arsenal teórico-conceitual, enredados todas essas categorias na *reseau* (rede) do dispositivo processual, ter sido abordagem adequada ao intento de decodificar a inquisitorialidade das práticas punitivas negociadas. Jogar luz sobre o não-dito da performance inquisitiva da maquinaria negocial, que desempenha de maneira assaz perversa em tempos de feroz neoliberalismo, cumprindo habilmente os desejos do sistema inquisitório, foi o objetivo – espero que cumprido – da tese ora chegada ao fim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

AJUFE, Associação dos Juízes Federais do Brasil. *Nota Técnica 03/2019 da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) referente às propostas legislativas apresentadas pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro*. AJUFE, 2019, p. 26. Disponível em: http://ajufe.org.br/images/pdf/Nota_TAcnica_0319_AJUFE_-_PL_anticrime_com_Plean_Bargaining.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*. Aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007.

ALSCHULER, Albert. *The Supreme Court, the Defense Attorney, and the Guilty Plea*, 47 University of Colorado Law Review 1. 1975.

ALSCHULER, Albert. *Plea bargaining and its history*. Law and Society Review, v. 13, 1979.

ALVES, J. C. M.. *Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais*. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, 1993. p. 187. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67220>. Acesso em: 12 set. 2019.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014.

AMARAL, A. J.; GLOECKNER, R. *Direito de ação no processo penal: polêmicas e horizontes possíveis*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 13, n. 3, 2018.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Democraticidade e regimes de historicidade no processo penal*. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, A. C. Ferigato; JAPIASSÚ, C. E. Adriano. *Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. 2ª ed. revista e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo. *A delação nos sistemas punitivos contemporâneos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 128, p. 65-89, Fev/2017.

ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra, 2006.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BABEUF, Gracchus. *Manifesto dos Iguais*. Fonte: Mundo do Socialismo. 2006. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/babeuf/1796/mes/manifesto.htm> . Acesso em: 12 set. 2019.

BACHELARD, Gaston. *A Epistemologia*. 2ª ed. Coleção O saber da Filosofia – Vol. 1. São Paulo: Edições 70, 2006.

BADARÓ, Gustavo. *Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan-abr. 2018.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *O Direito em busca de sua identidade em Simone Goyard-Fabre*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 6(2):228-230, julho-setembro 2014.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271- 289, 2º semestre de 2002.

BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

BERTALLANFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977.

BOLZE, S.; BUENO, R.; CREPALDI, M.; GOMES, L. *As origens do pensamento sistêmico: das partes para o todo*. Revista Pensando Famílias, 18(2), dez. 2014.

BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

BRASIL, *Lei de 16 de Dezembro de 1830 – Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira Queirós. *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*, Revista Custos Legis, v. 4, 2012.

CANÁRIO, Pedro. *Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar*. Conjur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 22 out. 2019.

CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo: e outros ensaios*. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CASARA, R.; MELCHIOR, A. P. *Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil*. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (ORGS.). *Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CDN. U.S. Reports: *Shelton v. United States*, 356 U.S. 26, 1958. Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep356/usrep356026/usrep356026.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?* In: _____. Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. *Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado*. Revista de Estudos Criminais, n. 22, ano VI, p. 75-84, São Paulo, abr-jun 2006.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale University Press, 1986.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad.: Mariana Echalar. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Col. Justiça e Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia 2*. Vol. 1. Trad. Ana Lúcia de Oliveira, Aurélio Guerra Neto e Celia Pinto Costa. São Paulo: Editora 34, 2011.

DELEUZE, Gilles. *¿Que és un dispositivo?* In: Michel Foucault, filósofo. Barcelona: Gedisa, 1990.

DERVAN, Lucian. *Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization*. Journal of Law, Economics and Policy, Vol. 7, No. 4, 2011.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997

DPU. *Nota Técnica da Defensoria Pública da União em face do pacote de sugestões legislativas apresentadas em 04 de fevereiro de 2019 pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública*. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-defensoria-publica-uniao.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

EASTERBROOK, Frank H. *Criminal procedure as a market system*. Journal of Legal Studies, vol. XII, University of Chicago, 1983

FEELEY, Malcolm M. *Plea Bargaining and the Structure of the Criminal Process*, 7 Just. Sys. J. 338, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FEYERABAND, Paul. *Contra o método*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 42ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Sobre a história da sexualidade*. In: Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

FRIEDMAN, Lawrence M; PERCIVAL, Robert. *The Roots of Justice: Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910* (Studies in Legal History). University of North Carolina Press, 1981.

GARAPON, Antonie; Papadopoulos, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. 1ª Ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A contribuição portuguesa para a construção da sociedade brasileira*. Revista de História das Ideias do Instituto de História e Teoria das Ideias. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. Vol. 19, 1998.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *Violência e medo na fundação do Estado-Nação*. Civitas – Revista de Ciências Sociais. Ano 1, nº 2, dezembro de 2001.

DOTTI, René Ariel. *O Processo Penal Constitucional – Alguns aspectos de relevo*. Gazeta, 2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e->

direito/colunistas/rene-ariel-dotti/o-processo-penal-constitucional---alguns-aspectos-de-relevo-dp37vc8cc3yr3v4vgz1oxdkgv/. Acesso em: 19 out. 2019.

GHISALBERTI, Alessandro. *Guilherme de Ockham*. Trad. Luís A. De Boni. Porto Alegre: EIPUCRS, 1997.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GLOECKNER, Ricardo (Org.). *Sistemas Processuais Penais*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GLOECKNER, Ricardo. *Processo penal pós-acusatório?* Resignificações do autoritarismo no processo penal. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378 - 408, jan - fev. 2015.

GLOECKNER, Ricardo. *Metástases do sistema inquisitório*. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). *Sistemas processuais penais*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. Yale University Press, 1993.

HEISENBERG, Werner. *Física e filosofia*. 4ª ed. Trad. Jorge Leal Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

HEUMANN, Milton. *Plea bargaining: the experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

HESPANHA, António Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

HILL, Christopher. *A Revolução Inglesa de 1640*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1983.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 45-6. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acesso em: 22 out. 2019.

HUME, David. *Historia de Inglaterra: desde la invasion de Julio César hasta el fin del reinado de Jacobo II (Año de J. C. 1689) – Tomo I*. Barcelona: Imprenta de Francisco Oliva, 1842.

KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Editora Contexto, 2007.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KHALED JR., Salah. *A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340 - 355, jan - fev. 2015.

KHALED JR., Salah. *Windscheid & Muther: a polêmica sobre a actio e a invenção da ideia de autonomia do direito processual. Sistema Penal & Violência*. Revista eletrônica da faculdade de direito da PUC-RS. Porto Alegre, vol. 2, nº 1, p. 97-109, jan-jun 2010.

KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre*. Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1970.

KUNZ, Armino Antonio. *História da Igreja: a Idade Nova (1303-1648)*. Taubaté: Instituto Teológico SCJ, 1978.

LANGER, Maximo. *Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal*. Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. DELICTAE, p. 19-115, Vol. 2, Nº3, Jul.-Dez. 2017.

LANGER, Máximo. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona*. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J., y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001.

LANGBEIN, John. *Understanding the Short History of Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series. 544, 1979.

LANGBEIN, John. *Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados*. Trad. Alberto Bovino e Christian Courtis. Revista Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996.

LEMOES JR., Arthur Pinto de. *Colaboração (delação) Premiada: passo a passo*. Artigo publicado no Jornal Carta Forense. 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/colaboracao-delacao-premiada-passo-a-passo/16399>. Acesso em: 19 out. 2019.

LIMA, Roberto Kant De. *Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público*. In: Revista de Sociologia e Política, nº 13, 1999.

LIMONGI, Maria Isabel. *O volume I da História da Inglaterra e o debate constitucional inglês: Hume contra a ideia de lei fundamental*. Cadernos de História e Filosofia Alemã, Vol. 20, Nr. 2, 2015.

LYNCH, Gerrard. *Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos*. Revista Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, 1998.

LOC. U.S. *Reports: North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 1970. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep400025/>. Acesso em: 22 out. 2019.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Editora Vozes. Distribuição pelo Clube do Livro Liberal.

LOPES JR., Aury. *Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?* In: GLOECKNER, Ricardo (org.) *Sistemas processuais penais*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LOPES JR., Aury. *Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?* Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 22 out. 2019.

LOSANO, Mario. *Os Grandes Sistemas Jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUTERO, Martinho. *Do Cativo Babilônico da Igreja*. Trad. Martin N. Dreher. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MACEDO, Fausto. *90% dos juízes apoiam plea bargain de Moro*. Estadão, 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-de-moro/>. Acesso em: 22 out. 2019.

MARCELLINO JR., J. C. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATTEI, Ugo. *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 10: Iss. 1, Article 14.

MENDES, Armindo. *O Direito dos Estados Unidos da América e a construção do constitucionalismo norteamericano*. In: *Ensayos sobre Derecho Comparado y Constitución*. Coord. BARNEY, Oscar; LOPES, Teresa da Cunha; PEGORARO, Lucio. Ed. CIJUS/Facultad de Derecho, CAEC “Derecho, Estado y Sociedad Democrática”, 2012.

MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: a true history*. Oregon: Hart Publishing, 2005.

MPF, Ministério Público Federal. *Parecer do Ministério Público Federal no HABEAS CORPUS Nº 5029050-46.2014.404.0000*. Conjur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

MPF. *Nota Técnica Conjunta da Procuradoria Geral da República/Secretaria de Relações Institucionais*, nº 105/2019. p. 6-7. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT1052019SRI.pdf>

MPRR. *Nota Pública do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União*. 2019, online. Disponível em: <https://www.mpro.mp.br/documents/296926/0/Nota+Pública+Plea+Bargain.pdf/77e39efa-406c-4376-aae2-35dbfb20e753>. Acesso em: 22 out. 2019.

YAROCHEWSKY, Leonardo I. *Direito à defesa técnica*. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217468,41046-Direito+a+defesa+tecnica> . Acesso em: 14 out. 2019.

MORIN, Edgar. *Introduccion al pensamiento complejo*. Disponível em: http://grupal.reletran.org/wp-content/uploads/2013/09/MorinEdgar_Introduccion-al-pensamiento-complejo.pdf. Acesso em: 22 out. 2019.

NECKEL, K. J.; BOY, R. V. *A Inglaterra como construção e manutenção historiográfica na História Eclesiástica de Beda e na Crônica Anglo-Saxônica*. Anais do XVII Encontro Estadual de História da ANPUH-SC, 2018.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Coleção Pensamento Criminológico nº04. 2ª Ed. Brasil: Editora Revan, 2007.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Formação Jurídica e História das Faculdades de Direito em Portugal e no Brasil*. In: *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 2, p. 106-136, 2o sem. 2018.

NEDER, Gizlene. *Cultura, Poder e Violência*. Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental. , v.12, 2009.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Os filhos da lei*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol.16, n. 45, 2001. p. 114. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092001000100006>. Acesso em: 23 out. 2019.

NEVES, Clarissa E.; NEVES, Fabrício M. *O que há de complexo no mundo complexo?* Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. Sociologias, ano 8, nº 15, Porto Alegre, Jan/Jun 2006.

NUNES, A. J. A. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 98, 1 jan. 2003.

NUNES, A. J. A. *A inevitabilidade da globalização é um mito; a tese de que não há alternativa é um embuste*. Disponível em: <https://www.resistencia.cc/avela-nunes-a-inevitabilidade-da-globalizacao-neoliberal-e-um-mito-a-tese-de-que-nao-ha-alternativa-e-um-embuste/> . Acesso em: 23 out. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Tese de mestrado em ciências criminais: Coimbra, 2013.

OYEZ. "*Brady v. United States*". 1970. Oyez. Disponível em: www.oyez.org/cases/1969/270. Acesso em: 23 out. 2019.

OYEZ. "*Santobello v. New York*". 1971. Oyez. Disponível em: www.oyez.org/cases/1971/70-98. Acesso em: 23 out. 2019.

PAULA, Renato Tavares de. *A justiça criminal negocial nos crimes de média gravidade no Brasil*. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo. Boletim IBCCRIM, Ano 26, Nº 312, Janeiro/2019.

PAULO NETTO, José. *Introdução ao estudo do método de Marx*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

PASTRANA, Ángel Tinoco. *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*. Tese doutoral apresentada ao departamento de direito penal e processual da Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla.

PLUCKNETT, Theodore F. Thomas. *A Concise History of the Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRIGOGINE, Ilya. *As leis do caos*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

PRUDENTE, E. A. DE J. *O negro na ordem jurídica brasileira*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 83, 1 jan. 1988.

RAKOFF, Jed S., *Why Innocent People Plead Guilty*. The New York Review of Books, 2014. Disponível em: <http://www.floridayoujudge.com/wp-content/uploads/2016/07/Why-innocent-People-Plead-Guilty-J-Rakoff.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento – política e filosofia*. Trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

ROSS, Stephen F. *Bordenkircher v. Hayes: Ignoring Prosecutorial Abuses in Plea Bargaining*, 66 Calif. L. Rev. 875 (1978). Disponível: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2367&context=californialawreview>. Acesso em: 22 out. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Volume 1: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*. Vol. 1. 1ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2017.

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

SILVA, Danni Sales. *Justiça Penal Negociada*. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de pós-graduação em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 2016.

SOUZA, Jessé. *A classe média no espelho: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018. 288p.; e ainda SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

SOUZA, Jesé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Editora Leya, 2017.

STONE, Lawrence. *Causas da Revolução Inglesa: 1529-1642*. Bauru: Edusc, 2000.

STUNTZ, William J. *Bordenkircher v. Hayes: The Rise of Plea Bargaining and the Decline of the Rule of Law (November 2005)*. Harvard Public Law Working Paper No. 120, p. 13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=854284. Acesso em: 22 out. 2019.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *Novo CP: instituto da barganha vai permitir acordo com processo em curso para réu que confessar crime*. Jus, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3133811/novo-cp-instituto-da-barganha-vai-permitir-acordo-com-processo-em-curso-para-reu-que-confessar-crime>. Acesso em: 22 out. 2019.

SUPREME. U. S. Reports: *Parker v. North Carolina*, 397 U.S. 790 (1970). Pp. 790-816. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/790/>. Acesso em: 22 out. 2019.

TURNER, Jenia. *Plea bargaining across borders*. New York: Aspen, 2009.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VASCONCELLOS, Vinícius. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

VASCONCELOS, Frederico. *Juízes criminais apoiam proposta de Moro sobre acordo penal*. Folha de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2019/01/06/juizes-criminais-apoiam-proposta-de-moro-sobre-acordo-penal/>. Acesso em: 22 out. 2019.

VOGLER, Richard. *Justiça consensual e processo penal*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coord.). *Processo penal e Estado de direito*. Campinas: Edicamp, 2002.

WAGNER, Peter; RABUY, Bernadette. *Following the Money of Mass Incarceration*. Prison Policy Initiative, 2017. Dados disponíveis em: <https://www.prisonpolicy.org/reports/money.html>. Acesso em: 22 out. 2019.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. revista. Trad: A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WORRALL, John L.; NUGENT-BORAKOVE, M. (Editors). *The changing role of the American prosecutor*. Albany: State University of New York Press, 2008.