



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATO SIGISFRIED SIGISMUND SCHINDLER FILHO

AS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS NA AMÉRICA LATINA
ATRAVÉS DE UM OLHAR AGNÓSTICO DE PROCESSO:
UMA ANÁLISE DA OPERATIVIDADE REAL DO SISTEMA
ADVERSARIAL NA REALIDADE MARGINAL

SALVADOR

2019

RENATO SIGISFRIED SIGISMUND SCHINDLER FILHO

**AS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS NA AMÉRICA LATINA
ATRAVÉS DE UM OLHAR AGNÓSTICO DE PROCESSO:
UMA ANÁLISE DA OPERATIVIDADE REAL DO SISTEMA
ADVERSARIAL NA REALIDADE MARGINAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Junior

SALVADOR

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

S336

Schindler Filho, Renato Sigisfried Sigismund

As reformas processuais penais na América Latina através de um olhar agnóstico de processo: uma análise da operatividade real do sistema adversarial na realidade marginal / por Renato Sigisfried Sigismund Schindler Filho. – 2019.

122 f.

Orientador: Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Junior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1. Processo penal. 2. Reforma legislativa – América Latina. I. Ramalho Junior, Elmir Duclerc. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345.05



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATO SIGISFRIED SIGISMUND SCHINDLER FILHO

**AS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS NA AMÉRICA LATINA
ATRAVÉS DE UM OLHAR AGNÓSTICO DE PROCESSO:
UMA ANÁLISE DA OPERATIVIDADE REAL DO SISTEMA
ADVERSARIAL NA REALIDADE MARGINAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Defendida e aprovada em 30 de maio de 2019

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Junior - Orientador
Doutor em Direito Penal pela Universidade Estácio de Sá
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Universidade Federal da Bahia

Profª Pós-Drª Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro
Pós-Doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona-ES
Universidade de Barcelona

AGRADECIMENTOS

Nas palavras de Jorge, o nosso Jorge, o Amado, “Na vida só vale o amor e a amizade”. E só isso resta, e só isso basta, não com tanta fortuna, tampouco com animosidade, só precisamos do amor, do amor e da amizade. E o caminho assim fica mais firme, mais seguro.

Tenho muito a agradecer a um grande amor e a muitas amizades, mas as palavras me fogem, pois o sentido de gratidão é tão profundo que a linguagem sozinha não dá conta. Está lá, mas não sei dizer, está lá em um lugar desconhecido. E nessa constante ausência de algo, perdoem a imprecisão das palavras, pois ao menos nelas reside um profundo carinho.

Assim, fica um grande agradecimento:

À Mariana, minha esposa, amiga, companheira, por ser a luz em meu caminho, por todo o apoio nas quedas, por todos os sorrisos presenteados, por toda a dedicação, por todo o amor, por toda a paixão. Sem ela, eu não seria “metade”, quanto mais um “todo”. Obrigado, anjo!

Aos meus pais e à minha irmã por tudo, por muito, muito mesmo. Nas dificuldades, na memória, no exemplo, no apoio. Muito obrigado!

Ao Professor Elmir Ducler, por toda a dedicação na orientação, por todos os ensinamentos, por todo o tempo disponibilizado, e principalmente, pela paciência nos esclarecimentos. É nos ombros dos grandes que nos apoiamos. Muito obrigado mestre.

Ao Professor Sebastian Borges e à Professora Fernanda Ravazzano, pela disposição em participar da minha banca e fazer parte desse momento tão importante na minha trajetória.

Enfim, o fim de uma fase...

[...] os modelos dominantes em política criminal penetram em toda parte, como o hábito de beber Coca-Cola. Mas é certo também que, ao lado desta, as pessoas ainda continuarão, em muitas realidades, a mastigar folhas de coca, a beber vinho, a saborear o chá, a fumar tabaco. Mas, fiquem atentos, cada vez em menor número.

Massimo Pavarini

SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. **As Reformas Processuais Penais na América Latina através de um olhar agnóstico de processo**: uma análise da operatividade real do sistema adversarial na realidade marginal. 122 f. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

A presente dissertação objetiva analisar o movimento de reforma do processo penal na América Latina, através do qual tem sido aplicado o sistema adversarial de processo, com a finalidade de projetar eventuais impactos do modelo na realidade marginal brasileira. Este estudo funda-se em uma perspectiva agnóstica de processo fincada no ‘descolonialismo’, submetendo o movimento de reforma a um olhar crítico pela perspectiva ‘marginal’, por assim dizer – marginalidade em relação ao núcleo do poder central. Com a finalidade de conferir densidade ao conteúdo relativo ao sistema adversarial e diferenciá-lo dos outros sistemas, realizou-se uma perquirição do estado da arte acerca dos sistemas processuais penais - do prisma histórico às críticas contemporâneas, bem como os tipos ideais. Após essa delimitação, procedeu-se uma reflexão em face da abordagem abstrata de sistemas, relacionando a temática às instâncias de controle, de modo a demonstrar o fenômeno da cooptação do discurso jurídico. Findada essa parte preambular, iniciou-se um exame do movimento de reforma em si, procedendo-se a abordagem em duas vertentes: a primeira voltada ao estudo do procedimento chileno, utilizado como modelo para a reforma de outros países da região; e a segunda, por sua vez, direcionado à verificação das vulnerabilidades do sistema, projetando-se possíveis impactos na realidade brasileira. Conclusão: o sistema adversarial, na forma em que vem sendo aplicado na América Latina, pode implementar tanto pontos positivos no procedimento, quanto perplexidades graves, propondo-se, com base nessa constatação, a: a) criação de um sistema processual penal próprio, pensado para as necessidades específicas do país, distanciando-se da abordagem abstrata, e voltado para o reforço do devido processo legal, sistema este que, nesta dissertação, optou-se por chamar “sistema processual garantidor”; b) o desenvolvimento de uma teoria própria do processo penal, que retire a legitimação da intervenção penal, com a finalidade de evitar a cooptação do discurso jurídico por parte das instâncias de controle. Em suma, propõe-se um modelo processual de proteção máxima composto por um sistema processual garantidor, assentado em uma base teórica crítica.

PALAVRAS-CHAVE: Pensamento Descolonial. Teoria Agnóstica do Processo. Sistemas processuais penais. Sistema Adversarial. Operatividade Real. Sistema Processual Garantidor. Teoria Crítica. Modelo Processual de Contenção Máxima.

SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. Criminal Procedural Reform in Latin America through an agnostic view of legal process: an analyses of the real functionality of the adversarial system in the marginal reality. 122 f. 2019. Master's degree thesis in Law – Law School of the Federal University of Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

This thesis aims at analyzing the criminal procedure reform movement in Latin America, through which the procedure-adversarial system has been applied to project the model's eventual impacts on Brazil's marginal reality. This study is based on an agnostic perspective of the legal process set on "decolonization", submitting the reform movement to a critical view through the "marginal" perspective, so to speak – marginality in relation to the core of the central power. In order to grant density to the content related to the adversarial system and differentiate it from the other systems, a careful research of the penal procedural systems' state of art was conducted – from the historical point of view to the contemporary critiques, as well as the ideal types. After this delimitation, a reflection in face of the abstract approach of systems was made, relating the theme to the instances of control, in order to demonstrate the co-optation phenomena of the legal discourse. Finished this preliminarily part, an exam of the reform movement itself was initiated, realizing the approach into two lines: the first one oriented to the study of the Chilean legal procedure, used as model for reform in other countries in the region; and the second one directed to the assessment of the vulnerabilities of the system, projecting possible impacts on the Brazilian reality. Conclusion: the adversarial system, in the way it has been applied in Latin America, may implement positive points in the legal procedure as much as grave perplexities, proposing, based on this finding, the: a) creation of a criminal procedural system designed for the specific needs of the country, withdrawing from the abstract approach, and aimed at the reinforcement of due legal procedure, a system which, in this thesis, is called "guarantor procedural system"; b) the development of a theory of the criminal procedure that removes the legitimization of the criminal intervention, for the purpose of avoiding the co-optation of legal discourse by the instances of control. In conclusion, what is proposed is a maximum contention procedural model composed by a guarantor procedural system, anchored on a critical theoretical basis.

KEYWORDS: *Decolonization thinking. Agnostic Theory of Legal Procedure. Criminal Procedural Systems. Adversarial System. Real functionality. Guarantor Procedural System. Critical Theory. Maximum Contention Procedural Model.*

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Legislação de Reforma na América Latina	57
Tabela 2	<i>Boletim estadístico III Trimestre.</i>	89
Tabela 3	Juízos orais com sentença no período de 1º de janeiro a 30 de setembro de 2018.	91
Tabela 4	<i>Número de causas ingresadas y terminadas en juzgados con competencia penal, por grupo de delito, según tipo de juzgado, 2017.</i>	94
Tabela 5	População reclusa (Chile).	99
Tabela 6	População reclusa (Chile/Brasil).	100
Tabela 7	<i>Actividad jurisdiccional en los Juzgados Letrados de Montevideo con competencia em matéria Penal (NCPP). Año 2017.</i>	102
Tabela 8	<i>Expedientes em trámite em Juzgados Letrados de Montevideo con competencia em matéria Penal (NCPP), según estado del expediente. Año 2017.</i>	103

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Causas submetidas à análise da Justiça Estadunidense.	71
Gráfico 2	Causas submetidas à análise da Justiça Estadunidense – Justiça Federal.	72
Gráfico 3	Causas submetidas à análise da Justiça Estadunidense – casos graves.	72
Gráfico 4	Percentual de sentenças de mérito (Absolvição/Condenação).	90
Gráfico 5	Percentual discriminado de saídas judiciais.	91
Gráfico 6	Sentenças condenatórias por procedimento.	92
Gráfico 7	Sentenças de mérito (condenatória e absolutória) por procedimento.	93
Gráfico 8	Formas de términos de delitos asociados a causa-imputado terminadas no período.	94
Gráfico 9	<i>Total de causas ingresadas y terminadas en juzgados con competencia penal: juzgados de garantía, letras y garantía y oral en lo penal, 2017.</i>	95
Gráfico 10	Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016.	97
Gráfico 11	Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2016.	98
Gráfico 12	Tipo de sistema penal	106

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CEJA	<i>Centro de Estudios de Justicia de las Américas</i>
IBADPP	Instituto Baiano de Direito Processual Penal
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
PACE	<i>Police and Criminal Evidence Act</i>
SNEJ	<i>Sistema Nacional de Estadísticas Judiciales</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DO ALICERCE TEÓRICO DA PESQUISA	14
3	CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS	20
3.1	DO INQUISITIVO AO PÓS-ACUSATÓRIO	21
3.2	DELIMITAÇÃO DE SENTIDO DO SISTEMA ADVERSARIAL	35
3.3	DA CRÍTICA À ABORDAGEM ABSTRATA DOS SISTEMAS: OS SISTEMAS A SERVIÇO DO DOMÍNIO	43
3.4	PROPOSIÇÃO PARCIAL QUANTO AOS SISTEMAS: SISTEMA PROCESSUAL GARANTIDOR	53
4	DO PROCESSO DE REFORMA NA AMÉRICA LATINA: DA ANÁLISE PROCEDIMENTAL À OPERATIVIDADE REAL	57
4.1	UMA VISÃO GERAL DO PROCEDIMENTO PENAL CHILENO	59
4.2	DA DEFORMAÇÃO DAS GARANTIAS ILUSTRADAS: DE UM SISTEMA DE PROTEÇÃO A UM SISTEMA DE CONTROLE	65
4.3	DA OPERATIVIDADE REAL DO SISTEMA ADVERSARIAL NA AMÉRICA LATINA	85
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSIÇÃO	110
	REFERÊNCIAS	116

1 INTRODUÇÃO

A suspeita que inspirou a presente investigação científica nasceu no curso realizado pelo “*Centro de Estudios de Justicia de las Américas*” (CEJA), em convênio com o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), cuja primeira fase ocorreu na cidade de Salvador, e a segunda, em Santiago, que teve como finalidade demonstrar o desenvolvimento das reformas processuais penais tocadas na América Latina, iniciadas no período das redemocratizações.

Foi possível verificar no curso supracitado, que existe uma tendência a se aplicar o sistema adversarial em toda a América Latina como mecanismo de oposição a um modelo de justiça nitidamente inquisitivo que fundamentava os regimes autoritários anteriores. Em razão dessa tendência, mostrou-se necessária a investigação no que tange às assertivas que giram em torno do sistema adversarial. Como, no Brasil, ainda se vive sob a égide de um código de processo com base inquisitiva, que, em seu nascedouro, foi inspirado no código fascista italiano, surgiu a necessidade de se desenvolver uma pesquisa científica para verificar os possíveis impactos desse sistema na realidade brasileira e a necessidade de adaptação crítica dos institutos.

A presente pesquisa não faz uma apologia ao sistema adversarial, tampouco realiza uma crítica destrutiva, mas se trata de uma investigação que tem o desiderato de testar a suficiência dos institutos a ele atinente, no que tange à finalidade de controle do poder punitivo, por meio de uma perspectiva de processo descolonial. Nessa linha, a pesquisa se propõe a verificar se as promessas de aplicação do sistema são exequíveis na realidade brasileira, ou se seria possível, caso ocorresse uma adaptação acrítica, o reforço de tudo aquilo que se deseja evitar, a exemplo do reforço do controle, da ressignificação do inquisitivo, etc.

Com a finalidade de se obter um resultado preciso da análise do sistema, optou-se metodologicamente por voltar o exame aos institutos/elementos que foram estudados no curso referenciado, densificando a investigação naqueles que, em tese, poderiam gerar problemas de adaptação, em especial os institutos de conformidade.

Pautada nesse intuito, a pesquisa se desenvolveu da seguinte forma: consolidação do marco teórico que funcionou como pilar da análise realizada; análise dos sistemas processuais penais, com o clareamento de seus elementos e de suas diferenças, com a finalidade de delimitar o sentido do sistema adversarial - objeto da pesquisa; verificação panorâmica do processo de reforma na América Latina, focando no procedimento penal chileno, que tem sido

utilizado em grande medida como modelo para outros países; análise dos juízos abreviados do procedimento penal argentino e uruguaio; paralelos com o sistema processual norte-americano; análise de dados de órgãos oficiais; análise crítica dos institutos e alertas possíveis; e, por fim, as considerações finais com a proposição/hipótese do trabalho.

Como “termômetro” da análise, foram utilizadas as informações provenientes da doutrina especializada, bem como de dados obtidos através das seguintes fontes oficiais: *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*; Ministério Público do Chile; Defensoria Pública do Chile; Poder Judicial Uruguaio; Sistema Nacional de Estatísticas da Argentina; Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América; e o Departamento Penitenciário do Brasil.

Faz-se necessário, de logo, esclarecer que o presente trabalho não se pretende neutro do ponto de vista político/ideológico, a despeito das exigências acadêmicas de neutralidade científica, já que o debate sobre o controle social através de sistema penal e seus efeitos possui natureza política. Em outras palavras, o fenômeno do controle social possui essência política, conformado por ideologias, quase sempre segregadoras, não havendo como se trabalhar com o tema sem esses aspectos.

No fundo de toda neutralidade, reside o *status quo*, já que a melhor forma de se fazer política, ou de se implementar determinada ideologia, é não fazer política, tampouco implementar uma ideologia de inclusão.

2 DO ALICERCE TEÓRICO DA PESQUISA

Como ponto de partida do trabalho, optou-se por delimitar o padrão crítico que funcionará como “fio condutor” da pesquisa, qual seja o de uma ótica agnóstica do processo. Entretanto, é necessário contextualizar a perspectiva processual adotada neste estudo no campo relacional saber/poder, já que o conhecimento se desenvolve, modela-se, sofrendo influxos do exercício do poder que, em linhas gerais, delimita os campos possíveis de seu desenvolvimento.

É no pensamento descolonial que se assenta a ótica de processo levada a cabo na presente pesquisa, cuja corrente, gestada enquanto movimento mais organizado na década de 90 do século passado¹, propõe uma reestruturação crítica das ciências sociais na América Latina, por onde é inserido o contexto histórico/político/social da região, até então omitido nas teorizações importadas do núcleo do poder central – Europa e Estados Unidos.

Embora a luta descolonial tenha cinco séculos, enquanto movimento epistêmico organizado, os Estudos Descoloniais nasceram a partir do movimento pós-colonial da Ásia e da África da metade do século XX. Esse movimento, cabe acrescentar, entende a relação colonial como antagônica, na medida em que a presença do colonizador impede o colonizado de ser totalmente ele mesmo. O colonizado é o outro dessa relação e tem sua voz bloqueada.

(...) não obstante os Estudos Descoloniais como pensamento organizado tenham surgido a partir do Pós-Colonialismo e se influenciem mutuamente até hoje, suas tradições são seculares e distintas. Os Estudos Pós-Coloniais se referem, primordialmente, aos acontecimentos ocorridos nos séculos XIX e XX, enquanto que os Estudos Descoloniais remetem a questões nascidas desde o século XV².

Dessa forma, são inseridos conceitos, bem como reestruturadas formas de pensamento, levando em consideração o contexto da região, de modo que seja desenvolvido um arcabouço teórico que parta do olhar dos “marginais” – marginalidade esta considerada em razão do núcleo de poder central já referenciado.

Nessa linha, é possível citar como exemplo de novos conceitos: o eurocentrismo – entendido como uma perspectiva cognitiva de um mundo eurocentrado, como um modo de produzir conhecimento adequado às necessidades europeias; a colonialidade – entendida como normalização de padrões culturais/políticos/econômicos que são impostos a outros povos; dentre outros.

¹ BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.** n.11, pp.89-117, 2013.

² SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 144.

O colonialismo, enquanto método formal de subjugação dos povos marginais no pós Segunda Guerra, deu lugar à colonialidade, que garante de forma difusa a subserviência das colônias contemporâneas. Alterou-se a forma de domínio, mas não o pilar imperialista. A colonialidade “manteve as relações desiguais de poder que atravessaram o colonialismo em marcha na periferia, especialmente no que concerne às etnias e às culturas nativas e aos povos cativos trazidos pela exploração escravista” (...)³.

A imposição do padrão de pensamento, sempre naturalizado no centro do poder mundial, apaga a identidade dos outros povos, anulando suas perspectivas, em uma situação que não deixa outra opção senão aquela de imitação, de reprodução, em um eterno anseio de ser aceito pelos fabricantes do saber, pelos melhoradores da humanidade. Os outros não são sujeitos da história, mas sim objetos, sempre dependentes da superioridade europeia – atualmente, também dos Estados Unidos da América – que é reforçada justamente por um processo de glorificação dos países do poder central e pela anulação do arcabouço produzido pelos povos marginais. A civilidade é do centro; a barbaridade é da margem.

Assim, a perspectiva descolonial viabiliza uma inversão de polaridade do pensamento, uma ruptura epistemológica que permite a inserção dos povos historicamente silenciados no ambiente de produção do saber, destacando o lugar de fala destes, ressignificando antigas fontes e criando outras tantas.

Esse movimento do pensamento refletiu em diversas áreas do saber, dentre elas no campo filosófico, sensivelmente através dos escritos de Enrique Dussel⁴, que, após diversas obras⁵, sistematizou sua construção teórica no livro “Filosofia da Libertação na América Latina”. É possível considerar que a mencionada obra exerce uma função central no movimento, não somente pela maestria do próprio autor, como também pelo lugar nuclear da própria matéria abordada, qual seja a filosófica.

Na obra supracitada, o autor elucida que a razão filosófica deve partir de bases históricas/ideológicas daquilo que se pretende reflexionar, respeitando a realidade específica que envolve os indivíduos⁶. O mencionado autor sustenta que a própria noção de centralidade adota por consequência natural a ideia de periferia, de marginalidade, maneira pela qual, toda

³ Ibid., pp. 186.

⁴ DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina**. Trad. Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, 1982.

⁵ "Hipótesis para una historia de la Iglesia en América Latina" (1967); "Cultura latinoamericana e historia de la Iglesia"(1968); "Método para una filosofía de la liberación" (1974), entre outras obras.

⁶ Op. cit., pp. 8-9.

produção criada ou aderida no ou pelo centro ganha maior sentido do que aquela mais distante, daquela marginal⁷. Assim, é no centro que ocorre a naturalização das ontologias que são irradiadas sistematicamente, passando por cima das peculiaridades dos espaços periféricos.

Essa naturalização ontológica do pensar passa a representar uma pré-estrutura de racionalidade que irradia efeitos por todo o sistema, protegida por um manto de neutralidade, atingindo as realidades marginais. A manifestação do pensar ontológico, portanto, representa uma ideologia de dominação dos marginais, dos periféricos, em favor do poder central.

É nessa matriz de pensamento libertária que se assenta, ainda que de forma não declarada ou inconsciente, o desenvolvimento dos mais diversos campos do saber em que se inserem as perspectivas dos povos subjugados na produção do conhecimento.

No patamar do discurso jurídico penal, ao teorizar sobre o realismo marginal, é possível citar o trabalho desenvolvido por Eugênio Raúl Zaffaroni⁸, inserindo a realidade da América Latina na perspectiva do pensamento penal. Dessa forma, parte-se de um arcabouço vinculado à operatividade do sistema penal, com a finalidade de desenvolver um discurso jurídico penal que se desconecte do sistema discursivo planetário – naturalizado como universal no polo de poder central –, abraçando a condição de marginalidade da região. Nessa linha, o pensamento se desenvolve a partir do reconhecimento da operatividade das estruturas de punição na realidade marginal latino-americana, reconfigurando o discurso jurídico.

É pressuposto de desenvolvimento do realismo marginal o reconhecimento de que a programação normativa parte de uma “realidade” que é absolutamente “irreal”, que não existe de fato, que vive em um mundo em que o conjunto de órgãos de controle atuam de forma completamente invertida.

A verificação desta contradição requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas, na América Latina, essa verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade. (...) Cálculos provenientes de fontes confiáveis estabeleceram que, em nossa região morrem, anualmente, cerca de duzentas mil crianças durante o primeiro ano de vida, em consequência de carências alimentares ou sanitárias básicas (...) Os múltiplos

⁷ Ibid., loc. Cit.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

poderes que sustentam esta realidade letal apoiam-se, em boa medida, no exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais⁹.

A ótica idealista do discurso jurídico penal, aqui tida como antagônica ao realismo, durante boa parte da história ocidental, concedeu legitimidade à sanção penal, alcançando seu apogeu nas teses de ressocialização. Ocorre que o distanciamento da realidade, em razão do encastelamento da teoria em um patamar ideal, fez com que se acobertasse a real operatividade do sistema punitivo, legitimando indiretamente a barbárie instaurada nas realidades marginais.

Conceber as funções reais do sistema de forma clara, sem as omissões levadas a cabo pelas funções declaradas da pena, desmantelando a pretensão de neutralidade, possibilita ao jurista construir um discurso jurídico apto a conter no maior nível possível o poder punitivo. Do contrário, a técnica jurídica reverte-se em artifício de dominação, de submissão dos relegados à marginalidade em uma sociedade de mercado e de consumo.

Assim, seria necessário o abandono das teses legitimantes da intervenção, colocando o poder punitivo em permanente suspeita. Nessa linha de intelecção, Zaffaroni¹⁰ desenvolveu a teoria agnóstica da pena, retirando sua justificativa racional, transportando a análise para o campo da manifestação de poder que deve ser contida pelo Direito. Trata-se, portanto, de uma análise que não tenta omitir finalidades obscuras, pelo contrário, reconhece que o planejamento do normativo baseia-se em uma realidade que não existe, deformada pelas funções declaradas do sistema.

Pautar a análise da “pena” – fenômeno mais preciso da manifestação do poder – por uma visão realista, retirando-se a busca impossível da legitimação do ilegítimo (denominada “esquizofrenia secular” por Salo de Carvalho¹¹), permite realizar uma análise menos equivocada do sistema penal, e, por consequência, reelaborar a técnica jurídica no sentido de conter a estrutura do poder.

A ótica agnóstica da pena transborda o âmbito do Direito Penal, passando a replicar seus efeitos críticos sobre o processo penal, uma vez que os discursos que orientaram a intervenção processual foram aqueles que, historicamente, justificaram as penas. Em outras palavras, todo o aparato punitivo, pautado por discursos jurídicos penais e processuais penais que se pretendiam neutros, eram justificados pela crença nas finalidades das penas. Uma vez

⁹ Ibid., pp. 12.

¹⁰ Op. cit.

¹¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 267.

retirada a justificativa racional da pena, abalou-se a legitimidade da intervenção como um todo.

A crítica desenvolvida por Zaffaroni¹² reposiciona o discurso jurídico em uma ótica de contenção, transferindo o fenômeno ‘pena’ para o campo da manifestação do poder político. O poder de punir, que outrora estava legitimado, queda-se órfão; a pena, que era instrumentalizada, passa a ser contida; e o jurídico passa a se opor à efetivação da punição.

Nessa linha de pensar, percebe-se que a crítica agnóstica promove um movimento que extrapola o âmbito material, já que reposiciona o discurso jurídico, atingindo, por conseguinte, todos os discursos que giram em torno da intervenção punitiva. Em outras palavras, a irracionalidade da intervenção penal deve ser contida por todo o discurso jurídico, seja material, seja processual; daí a necessidade de desenvolvimento de uma teoria agnóstica do processo penal. Processo como contenção¹³.

Dessa forma, além de se desenvolver uma tecnologia no âmbito material, é necessário levar a ótica de suspeita para dentro do processo, com o fito de inverter a polaridade do discurso e criar mais uma trincheira de contenção à irracionalidade do poder punitivo, um ‘dique’ de contenção processual.

Nessa linha, Ramalho Júnior¹⁴ – encabeçando um projeto de pesquisa na Universidade Federal da Bahia, ao qual o autor da presente pesquisa faz parte – sustenta a necessidade de se desenvolver a Teoria Agnóstica do Processo, passando a significar os conceitos operativos (ação, jurisdição e processo) com base nesta ótica de suspeita do poder punitivo.

Nessa perspectiva, a pena criminal resta tão legitimada quanto a guerra e, nesse sentido, talvez represente o maior dos paradoxos do próprio fenômeno jurídico da atualidade. Uma teoria agnóstica do processo penal, portanto, é aquela que não pretende ignorar ou ocultar ideologicamente este paradoxo, mas, antes, precisa reconhecê-lo na sua irracionalidade, procurando dar-lhe um tratamento minimamente racional, conforme uma lógica de redução de danos¹⁵.

¹² Op. cit.

¹³ Em tópico posterior, resgata-se o raciocínio de vinculação da perspectiva agnóstica a todo o discurso jurídico que se coloca ao redor da intervenção, bem como se demonstra a base constitucional da perspectiva.

¹⁴ RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Por uma Teoria do Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

¹⁵ Ibid. pp. 20.

É através da ótica agnóstica de processo, fincada em um realismo marginal, que se pretende lançar análise sobre o processo de reforma levado a cabo na América Latina, que vem aplicando o sistema adversarial em substituição aos modelos inquisitivos anteriores.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS

As considerações sobre os sistemas processuais a seguir delineadas se fazem necessárias em razão da análise que a presente pesquisa se propõe a desenvolver sobre as reformas processuais na América Latina. Dessa forma, é necessário densificar, na medida do possível, os conceitos/características dos sistemas com o fito de nortear a análise crítica desenvolvida.

Assim, no presente tópico, delimita-se ou clareia-se o sentido dos sistemas processuais penais, uma vez que não existe um consenso doutrinário em relação a todos os seus elementos e reflexos. As expressões acusatório e inquisitório não são tratadas de forma unívoca, bem como, em muitas ocasiões, é utilizado o conceito acusatório de forma inadequada, seja colocando em suas bases características que não são centrais, seja dando a impressão da existência de “o sistema acusatório” e não sistemas acusatórios.

Como ejemplo de esa variedad de procesos encuadrables dentro del modelo acusatorio, suele hacerse hincapié en la radical diferencia entre, por un lado, el proceso acusatorio en Grecia e Roma, y, por otro, el acusatorio o adversary system que se estableció en los países del common law, en los que no enraizó el modelo inquisitivo^{16, 17}

O tema de sistemas é comumente abordado de forma maniqueísta, em que se verifica o acúmulo de todo o mal no modelo inquisitivo, e todo o bem no modelo acusatório, passando a impressão de que basta adotarmos um sistema mais acusatório possível para alcançarmos um ideal quase que utópico de justiça, encastelando a análise em um patamar abstrato, distanciando o discurso processual da operatividade real do sistema de justiça criminal.

Além disso, a ótica maniqueísta destoa da realidade histórica em que se verifica a mistura dos sistemas processuais, bem como menospreza a clara constatação de que características de ambos os sistemas processuais foram adotadas quase que de forma universalmente válidas na Idade Moderna, podendo citar a título de exemplo a acusação pública em substituição da privada, com matriz histórica do processo inquisitivo e o

¹⁶ WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 16.

¹⁷ Tradução livre: “Como exemplo dessa variedade de processos enquadráveis dentro do modelo acusatório, enfatiza-se a diferença radical entre, por um lado, o processo acusatório na Grécia e Roma, e, por outro, o acusatório do sistema adversarial que se estabeleceu nos países de *common law*, nos quais o modelo inquisitivo não se enraizou.”

contraditório de ascendência acusatória. Nessa linha, é possível verificar que o modelo inquisitivo introduziu regras de prova mais precisas daquelas utilizadas nos sistemas feudais, já que, ao menos, entre os séculos IX e XII, o regramento probatório não era pautado na investigação dos fatos, tampouco em um sistema dedutivo racional, mas em grande medida em duelos e nas ordálias¹⁸. Assim, é possível dizer que a introdução de regras probatórias “*basadas en cierta racionalidade, como el valor de la confesión o el valor de los testimonios sobre los hechos, suponía un avance hacia la racionalidad y en contra las reglas supranaturales*”^{19 20}. No mesmo sentido, Kai Ambos²¹ discorre.

Assim, tem razão Lorena Bachmaier Winter²² ao sustentar que o debate sobre o modelo de processo penal deve ser realizado “*primordialmente desde el enfoque de los derechos fundamentales (...) anclar el análisis del proceso penal en la defensa del acusatório quizás no contribuya a identificar con precisión cada uno de los problemas que afectan a las garantías del proceso*”²³(..).”.

3.1 DO INQUISITIVO AO PÓS-ACUSATÓRIO

É possível abordar o tema ‘sistemas processuais’ de diversas formas, focando em diferentes elementos, sendo que, em cada especialização de análise, podem ser desprezadas algumas características, e realçadas outras. Assim, é possível analisar sob a ótica da gestão da prova, dos modelos de regimes políticos que acolhem ou não os sistemas, da maior ou menor

¹⁸ Provas a que se submetia o acusado com a finalidade de viabilizar a intervenção divina ou invocar o juízo de Deus.

¹⁹ Ibid., pp.17-19.

²⁰ Tradução livre: “baseadas em certa racionalidade, como o valor da confissão ou o valor dos testemunhos sobre os fatos, foi um avanço em direção a racionalidade e contra as regras sobrenaturais.”

²¹ AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, L.B.(Org.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 58-9.

²² Op. cit., pp. 15.

²³ Tradução livre: “primordialmente, desde o enfoque dos direitos fundamentais (...) fincar a análise do processo penal na defesa do acusatório talvez não contribua a identificar com precisão cada um dos problemas que afetam as garantias do processo” (...)

concentração do poder, da proteção dos interesses envolvidos (vítima/ofensor ou acusação/defesa), da centralidade da verdade.

Como opção metodológica, por se mostrar o meio mais abrangente e que permite uma visão “panorâmica” do fenômeno, mas sem qualquer intenção de esgotar a análise, optou-se por dar centralidade às seguintes abordagens: a) análise da relação dos sistemas com o exercício do poder em determinados períodos históricos; b) sistemas processuais penais e verdade; c) a delimitação das origens históricas dos sistemas processuais penais. Ademais, ao fim do subtópico será realizada análise sobre alguns pontos de vistas contemporâneos sobre os sistemas.

O poder modela os saberes; existe, portanto, uma relação de implicação recíproca entre o saber e o poder, não existindo um sem o outro. A atividade do conhecimento não se relaciona, portanto, isoladamente com o indivíduo, mas sim com o poder-saber, “os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento”²⁴. Não é possível, portanto, desvincular o conhecimento das relações de poder desenvolvidas em determinados momentos históricos.

Os sistemas processuais refletem, em grande medida, a forma de organização política de determinado Estado, em dado período, podendo ser verificado um pêndulo histórico que oscila entre modelos inquisitivos em regimes autoritários e modelos acusatórios em regimes mais libertários.

Sobre essa relação, ainda que sem utilizar a expressão de sistemas, mas vinculando o modelo de justiça ao poder, esclareceu Michel Foucault:

La acumulación de la riqueza y el poder de las armas y la constitución del Poder Judicial en manos de unos pocos es un único proceso que se fortaleció en la Alta Edad Media y alcanzó su madurez con la formación de la primera gran monarquía medieval, el na segunda mitad del siglo XII (...) Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitía la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de esta transformación^{25, 26}

O sistema inquisitivo aparece, historicamente, como aporte fundante do exercício do poder monárquico, a justiça passou a ser a justiça do rei, aparato utilizado para consolidar o

²⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. 41ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 30.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Buenos Aires: Gedisa, 2014. p. 78.

²⁶ Tradução livre: “A acumulação de riqueza, o poder das armas e a constituição do poder judicial em mãos de poucos é um único processo que se fortaleceu na alta idade média e alcançou sua maturidade com a formação da primeira grande monarquia medieval, na segunda metade do século XII (...) As monarquias ocidentais se fundaram sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação destes mecanismos de confiscção. Aqui é o fundo político desta transformação”.

poder das casas reais, assim, “*el modelo inquisitorial no es algo inventado para perseguir brujas sino un complejo mecanismo politico-legal – organizacional y cultural al servicio de la concentración del poder en el marco de las monarquias*”^{27 28}. No mesmo sentido, Winter²⁹, ao sustentar que o modelo de processo inquisitivo representava um mecanismo útil para a consolidação de governos centralizados.

Destarte, debater sobre sistemas processuais não é uma questão de melhor ou pior técnica processual – o que tornaria a análise superficial –, mas sim um debate sobre o modelo de sistema político adotado ou que se pretende adotar, em determinado contexto histórico/social/cultural; não sendo possível desconectar o discurso processual de suas funções políticas. E, reforçando a ideia de que existe uma relação muito clara entre os modelos de sistemas processuais e as formas políticas adotadas, é possível verificar historicamente algumas oscilações (descritas a seguir).

Na antiguidade, delimitando-se a análise à Grécia – mais especificamente a Atenas em seu período democrático – e à Roma republicana, imperavam elementos que, mais tarde, seriam incorporados pela matriz acusatória. No império romano, nasceram os primeiros traços do sistema inquisitivo e, com a sua queda e a ascensão das primeiras jurisdições bárbaras, adotou-se um sistema com características acusatórias, que, posteriormente, desenvolveu-se em formas mais aprofundadas de *disputatio* e contraditório, e que, ao chegar na Inglaterra, aprimorou-se no que ficou conhecido como “sistema adversarial”³⁰. Quando a inquisição voltou a florescer no século XIII, expandiu-se por toda a Europa – de forma mais intensa no século XVI. Na Revolução Francesa, em razão da forte crítica iluminista, resgataram-se os pilares da tradição acusatória³¹. Mais tarde, com a edição do Código de Napoleão, adotou-se o sistema misto – que englobava uma fase inquisitória e outra acusatória, sendo que a segunda

²⁷ BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y pública. En la implementación de la nueva justiça penal adversarial**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012b. p. 218.

²⁸ Tradução livre: “o modelo inquisitorial não é algo inventado para perseguir bruxas, mas um complexo mecanismo político-legal-organizacional e cultural a serviço da concentração de poder no marco das monarquias”.

²⁹ WINTER, 2008, op. cit., pp.16-7.

³⁰ A consolidação do sistema adversarial somente ocorre no século XVIII, conforme aprofundado em tópico seguinte.

³¹ É possível citar as seguintes disposições normativas que resgataram um modelo acusatório no âmbito temporal da revolução: Decretos de agosto de 1789; Decreto de 08.10.1789; Lei 16-29.08.1790; Lei 16-29.09.1791; Decretos 18.08.1792 e 20-22.10.1792. Essas disposições normativas, dentre outros pontos, definiram a publicidade dos juízos, o direito de defesa, a eleição dos juízes, a retirada das provas legais, a inserção da oralidade etc.

fase era absolutamente esvaziada e reduzida –, que, *a posteriori*, fincou raízes fortes na Itália, alcançando de forma clara e densa as legislações até o Código Rocco³².

O Brasil, por sua vez, não foge dessa ótica de vinculação, já que o atual código de processo foi editado na década de 40, no período do Estado Novo, sob o manto da Constituição de 1937, conhecida como ‘Polaca’ por ter inspirações fascistas, da mesma forma que a carta política polonesa de 1935. O modelo de processo adotado no código brasileiro configura quase que uma cópia do código *rocco* italiano [considerado, este último, uma deformação do código napoleônico (*Code d’Instruction Criminelle*³³, 1808), que, por seu turno, resgatou elementos autoritários da ordenação de 1670], possuindo, por consequência lógica, traços inquisitoriais fortes.

Dessa maneira, é possível verificar que, em períodos autoritários, existe uma preferência inquisitória para a base do processo penal como forma de instrumentalização do poder.

As características que são identificadas atualmente como próprias do sistema inquisitivo – *stricto sensu*³⁴ – foram desenvolvidas com a finalidade de instrumentalização do domínio instaurado pelas casas reais, com a usurpação do conflito de interesses e a inserção da verdade como elemento central do sistema. Foi o próprio modelo inquisitivo que incluiu a “verdade” como elemento central no processo penal. Não porque, anteriormente, as sociedades não fossem civilizadas, mas sim por serem diversas as formas de legitimação das decisões.

Destarte, em uma sociedade umbilicalmente conectada a uma visão de mundo voltada à “providência divina”, por exemplo, o fato de um juiz fundamentar exaustivamente a decisão no conceito de verdade não geraria efeito maior, não traria confiança na comunidade na qual estava inserido. Além disso, o centro da análise era voltado aos interesses em conflito, sendo pouco relevante a busca por uma verdade, seja ela qual for. Desta forma, eram mais críveis, e por isso mais legítimas, as decisões fincadas na resolução do conflito de interesses, do

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 518-21

³³ Tradução livre: “Código de instrução criminal.”

³⁴ Vide diferenciação realizada no final do tópico entre sistema *stricto sensu* e *lato sensu*.

consenso comunitário³⁵. Não se trata de grau de civilidade de determinada sociedade, mas no parâmetro de legitimidade da intervenção vinculada ao contexto histórico/social/cultural.

O modelo de processo pré-inquisitivo (romano-germânico) possuía natureza adversativa, voltada aos interesses em conflito, não tendo a verdade qualquer papel central. Essa forma de processo era marcada pelo confronto dos sujeitos, pautada no conflito de interesses; e o julgador, por sua vez, possuía a função de conciliar os interesses ou determinar qual deles deveria prevalecer, sem, no entanto, vinculação a uma ótica de fixação da verdade através da decisão.

A inserção da verdade no processo não foi algo realizado de forma virtuosa, mas um mecanismo de instrumentalização do poder. Constituiu-se uma forma de atingir o regime feudal, desestabilizando suas relações de poder marcadas pela vassalagem e pela servidão. Dessa forma, a verdade foi utilizada como meio de confisco do conflito e dos interesses subjacentes, voltada à apropriação da justiça - mais especificamente no âmbito punitivo apropriação da punição pelo monarca. Enraíza-se a ótica de infração, de lesão aos interesses do Estado – confundido com a pessoa do soberano –, de proteção geral, de proteção ao sistema, esvaziando-se o conflito, afastando-se os interesses envolvidos. Verdade como sequestro do poder. *“El delito, en la tradición inquisitorial es siempre desobediência al rey, al soberano, al orden, al sistema de normas (...)”*^{36 37}.

Bem da verdade que o poder de punir, exercido por quem quer que seja, consolida-se através da apropriação do conflito, submetendo a um modelo de abordagem eminentemente punitiva, degradando as partes envolvidas. Somente quando submetido o conflito a um modelo de abordagem diferenciado³⁸ ele é resolvido, mas aí não se está diante de poder político de punir. Nas palavras de Zaffaroni³⁹, “a característica diferenciada do poder punitivo é o confisco do conflito (...)”. Assim, não é que antes da inserção da verdade pelo processo

³⁵ BINDER, Alberto M. **O Descumprimento das Formas Processuais**: elementos para uma crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b. p. 45.

³⁶ BINDER, 2012b, pp. 219.

³⁷ Tradução livre: “o delito, na tradição inquisitorial é sempre desobediência ao rei, ao soberano, a ordem, ao sistema de normas.”

³⁸ A doutrina costuma trabalhar com cinco modelos de atuação nos conflitos, quais sejam: a) reparador; b) conciliador; c) corretivo; d) terapêutico; e) punitivo. Nesse sentido, vide livro “Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal”, da lavra de Elmir Duclerc Ramalho Junior, especificamente na parte na qual se faz uma crítica ao garantismo (RAMALHO JUNIOR, 2016).

³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 30.

inquisitivo não existisse poder de punir, somente fora trocado de “mãos”. A história do poder de punir quase que se confunde com a história das relações humanas, aparecendo de forma clara desde a antiguidade, alcançando “picos” em alguns momentos históricos e retrações em outros. Nessa linha, apenas para exemplificar o fenômeno, com a queda do império romano e a generalização do feudalismo, o poder punitivo foi retraído, sendo exercido em algumas situações pelos senhores, tendo ocorrido sua resignificação/ampliação/sistematização no século XII⁴⁰ pelas razões já delineadas no presente trabalho.

Pois bem, com a inserção da verdade na justiça, apareceram os inconvenientes de como alcançá-la no processo, o que deu lugar, de um lado, à consolidação da figura do “inquisidor”, pessoa responsável pela indagação da verdade; e, de outro, à objetificação do imputado, que teria o completo conhecimento da verdade. Essas duas constatações, que representam dois lados da mesma moeda, deram espaço à legalização da tortura e ao acatamento da confissão como a “rainha” das provas.

O sujeito de conhecimento (inquisidor) questiona o objeto de conhecimento (o inquirido) com o fito de extrair a verdade. Parte-se de uma presunção de conhecimento de uma verdade real por parte do objeto, que deve ser extraída por parte do sujeito.

Na configuração do inquisitivo, o sujeito, que antes era árbitro entre partes, passa a ser investigador; toda a providência lhe pertence, já que exerce o poder em nome do soberano – como já delineado, a ofensa do crime passa a ser vista como ofensa à coroa. “Deus já não decide entre dois iguais como partes, mas sim está sequestrado pelo (...) *dominus*”⁴¹.

A busca pela verdade por parte do sujeito cognoscente não encontrava barreiras, justificando atuações violentas contra o objeto de conhecimento. A justificativa residia na presunção de bondade, de virtude, do inquisidor; um verdadeiro monopólio do bem e da capacidade de imputar o mal. Assim, todo aquele que se opunha ao bem, era considerado mal; se opor ao inquisidor era se opor ao rei, era se opor a Deus, à bondade, à virtude. Justificado, portanto, qualquer violência contra o objeto que resiste, pois se assim o faz, é porque é mal.

Neste esquema, o sequestro de Deus garante a legitimidade do conhecimento inquisitorial do *dominus*, pois, como se supõe que seu saber (poder) sempre se dirige ao bem, todo poder que se exerce na procura desse saber não deve ser obstaculizado, uma vez que o mau significa, justamente, obstaculizar o bom. Deste modo, o uso da violência fica autorizado – e inclusive se impõe – contra qualquer obstáculo

⁴⁰ Ibid., pp. 38.

⁴¹ Ibid., loc. cit.

(*objectus*) que se lhe oponha. (...) Todo obstáculo ao saber inquisitorial do *dominus* é inimigo do bem e aliado do mal⁴².

A construção do saber inquisitivo é violenta, dominante, hierarquizada – entre o sujeito cognoscente e o objeto –, voltada à busca pelo poder. A interrogação é sempre voltada ao domínio do objeto, daí porque o saber desenvolvido é direcionado. Um saber “para” e “pelo” poder. Nessa linha, não interessam respostas que contrariem a constituição do poder, elas não são processadas pelo sujeito cognoscente, seja por serem menosprezadas já que disfuncionais a seu objetivo, seja porque ele está condicionado a não identificá-las.

A crítica ao modelo inquisitivo levado a cabo pelo movimento iluminista, além de atingir sua utilização política, foi voltada aos institutos que foram utilizados para conformar o problema da extração/inserção da verdade – a tortura, por exemplo –, mas não na centralidade da verdade em si. Pretendeu-se retornar às formas anteriores ao modelo inquisitivo (modelo adversativo), entretanto, não se resgatou a centralidade dos interesses, mantendo o local nuclear da verdade no processo. Dessa forma, ocorreu a mistura dos sistemas processuais que serviu de maneira mais funcional à consolidação do Estado moderno. Escondeu-se assim uma ressignificação do inquisitivo, já que se esvaíram os interesses particulares, englobando-os na ótica do interesse ‘geral’. “O acusatório formal é o novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias.”⁴³

Apesar de não ter existido um questionamento mais direto no que tange à centralidade da verdade no processo, o que permitiu a manutenção dos velhos problemas de busca da verdade e das velhas soluções, foi no próprio período iluminista que surgiu uma nova ótica de análise, voltada à contenção do poder punitivo. Assim, a verdade passou a ser trabalhada não mais como fenômeno unicamente de indagação, mas como limite à punição. Estabeleceram-se filtros, que, em muitos casos, impediam sua extração.

Sustenta Ferrajoli⁴⁴ que a única justificativa aceitável das decisões penais seria sua vinculação à verdade de seus os pressupostos fáticos e jurídicos. Verdade como correspondência mais próxima aos fatos submetidos à análise e às normas incidentes no caso. “Somente se se refere à verdade como correspondência, os critérios da coerência e da

⁴² Ibid. pp. 41.

⁴³ BINDER, 2003b, op. cit., pp. 51.

⁴⁴ FERRAJOLI, 2014, op. cit.

aceitabilidade justificada podem em realidade impedir a prevaricação punitiva contra o particular”⁴⁵.

A verdade, que outrora fora utilizada para confiscar o conflito e os interesses dos envolvidos, é convertida em critério de racionalidade da intervenção, sujeitando sua busca a filtros de contenção pautados na ótica de obstrução do poder monárquico absoluto, o que representa, ainda que remotamente, a base ilustrada do sistema de garantias. É possível considerar, portanto, que a inserção da verdade no processo penal teve caráter ambivalente, já que inicialmente fora utilizada para a simples imposição de poder e posteriormente foi convertida em filtro de contenção. Em síntese, houve uma alteração da visão política da verdade.

Apesar da importância dos debates filosóficos quanto à verdade na contemporaneidade, não representa o objeto do presente trabalho científico o seu enfrentamento, sendo suficiente demonstrar a diferença de relação que os sujeitos processuais - mais especificamente o juiz - devem ter com a verdade nos sistemas processuais com base inquisitiva e acusatória. Essa delimitação pragmática decorre da necessidade de se clarear o princípio da exigência da verdade dos acusadores, que pode ser tangenciado por um debate sobre o conteúdo da verdade em si.

O toque de diferença se concentra em duas questões, quais sejam: a relação que o magistrado desenvolve com a verdade no processo e a forma de sua indagação. Quanto ao primeiro ponto, é possível considerar que, no sistema inquisitivo, existe a busca da verdade por parte do órgão jurisdicional, que vai ao encontro dos elementos de convicção; diferentemente do que ocorre no sistema acusatório, em que existe uma exigência direcionada ao órgão acusatório de provar sua versão – carga integral da prova –, com a finalidade de superar o controle da verdade que se extrai dos *standards* probatórios e do princípio *in dubio pro reo*. Quanto ao segundo ponto, no modelo acusatório, a satisfação da indagação quanto à verdade decorre do diálogo, o debate sobre a controvérsia converte-se em mecanismo de indagação; já, no inquisitório, a indagação é unilateral, confiando-se na perspicácia de uma pessoa, em um exercício de clarividência quase que ‘divina’. Em síntese, em ambos os sistemas, o órgão jurisdicional se relaciona com a verdade, sendo que, em um – o inquisitório –, ele busca e, em outro – o acusatório –, ele exige da acusação.

Quanto a uma possível origem histórica – possível já que as características dos sistemas remontam à Antiguidade –, é viável densificar alguns marcos históricos.

⁴⁵ Ibid., pp. 69-70.

Ao dissertar sobre a origem do sistema inquisitivo, Winter⁴⁶ estabelece como marco o trabalho dos juristas da universidade de Bolonha, bem como a atividade dos intelectuais da escola de Paris, em uma onda de recuperação do direito justiniano, sob influência da Igreja, entre o século XII e XIII, focando a análise na utilização do aparato inquisitivo como mecanismo de consolidação do poder monárquico. Alberto Binder⁴⁷, em sentido muito próximo, aborda o mesmo período histórico – século XII –, também trabalhando o aparato processual inquisitivo sob uma ótica de vinculação com o poder monárquico que então se consolidava. Jacinto Coutinho⁴⁸, da mesma forma que os autores retro mencionados, trabalha com a vinculação do sistema com o poder político, estabelecendo como marco originário do sistema inquisitório o ano de 1215, em face do IV concílio de Latrão, esclarecendo que algumas medidas já tinham sido estabelecidas por Inocêncio III em 1199. Assim, é possível sintetizar de forma segura a origem histórica do sistema inquisitório *stricto sensu*, entre século XII e XIII, pautado na vinculação política da base processual.

Quanto ao sistema acusatório, estabelece-se como origem remota – da sistematização mais sólida do modelo acusatório – a ação de Henrique II, por volta de 1166, que, por razões políticas – por exemplo, o abarrotamento da justiça real – estabeleceu o *trial by jury*⁴⁹, em que o julgamento era pautado em um grande debate através da disputa entre as partes litigantes (acusação e defesa), em locais públicos, com regras processuais gerais, que levavam a um sistema comum – *Common Law*⁵⁰ –, com regras materiais locais expressas mais pelos costumes do que pelas leis⁵¹.

Mas o júri em matéria judiciária não aparece senão com Henrique II (...) a acusação pública em matéria criminal já não é entregue a um funcionário, uma espécie de Ministério Público, mas à comunidade local; um júri, mais tarde chamado de *Grand Jury* deve denunciar os crimes mais graves (...) tornou-se júri de acusação; os jurados deviam decidir segundo o que sabiam e segundo o que se dizia; não deviam ocupar-se com as provas. Esta tarefa era transferida para o segundo júri, chamado *Petty Jury* (...) No início era perante eles que tinham lugar os julgamentos de deus;

⁴⁶ WINTER, 2008, op. cit. pp. 16.

⁴⁷ BINDER, 2012b, op. cit., pp. 218.

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set, 2009. p. 105.

⁴⁹ Tradução livre: julgamento por júri.

⁵⁰ A expressão *common law* é aplicada desde o século XIII se referindo ao direito comum da Inglaterra, em contraponto aos costumes locais. Maiores aprofundamentos vide o livro de John Gilissen (1979) mais especificamente p. 207 e seguintes.

⁵¹ *Ibid.*, pp.107-9

mas quando no século XIII os ordálios desapareceram progressivamente, o jurí devia decidir se o acusado era culpado ou não (*guilty or innocent*)⁵².

Como já mencionado no tópico, Ferrajoli⁵³ retroage no tempo e marca os traços acusatórios de processo desde a Antiguidade, demonstrando a oscilação de suas características por razões políticas.

Seja como for, os marcos não são contraditórios, uma vez que representam análises que se complementam, já que os modelos processuais do pré-medieval possuíam características que, posteriormente, foram sistematizadas em aportes processuais mais sólidos. Em outras palavras, da mesma forma que muitas das características do modelo inquisitório estavam presentes desde a Roma imperial e a sistematização delas – de forma densa e clara – deu-se entre os séculos XII e XIII; a consolidação sistêmica do modelo acusatório somente se deu através da atuação de Henrique II – e, posteriormente, de forma mais densa, através do trabalho dos autores ilustrados –, apesar de muitas de suas características já estarem presentes desde a Roma República e a Grécia – mais precisamente o processo penal ateniense em seu período democrático.

Kai Ambos⁵⁴ parece adotar uma concepção didática diferenciando o sistema inquisitivo *lato sensu* e *stricto sensu*, quando afirma que “*Con el papa Inocencio III (1161-1216) logra implantarse en el Derecho canónico del siglo XIII el proceso inquisitivo stricto sensu.*”⁵⁵ Assim, com o fito de realizar uma possível sintetização, aproveitando a forma de estruturação do mencionado autor, poder-se-ia estabelecer, para fins didáticos, como sistema inquisitivo *stricto sensu* aquele que apareceu em 1215, e *lato sensu* os modelos anteriores; bem como acusatório *stricto sensu* aquele que surgiu através da intervenção de Henrique II, e *lato* os modelos anteriores⁵⁶.

⁵² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 214.

⁵³ FERRAJOLI, 2014. Op. cit.

⁵⁴ AMBOS, 2008, op. Cit., pp. 55.

⁵⁵ Tradução livre: “Com o papa Inocência III (1161-1216), implanta-se no Direito Canônico do século XIII o processo inquisitivo *stricto sensu*.”

⁵⁶ Sem embargo dos mencionados períodos, é possível verificar outros marcos de consolidação do sistema acusatório, tanto no patamar legal, como no patamar institucional. Assim, quanto ao primeiro (legal) é possível mencionar a Constituição da Paulskirche de 1849 que reclama a instauração de um processo com base acusatória, e quanto ao segundo (institucional) a regulamentação processual penal da Prússia de 1846 e sua lei reguladora que criou *la fiscalia* – dentre outros marcos, evidentemente. Ibid., pp. 65.

Faz-se necessário esclarecer ainda que, apesar de se trabalhar comumente com um desenvolvimento linear dos sistemas, como se um modelo sucedesse o outro na história, essas diferentes bases de processo conviveram em muitos períodos históricos, o que gerava pontos de contato e de influência recíproca e que desembocavam em uma maior mistura dos sistemas processuais.

La tortura no fuera aplicada exclusivamente ao proceso inquisitivo, sino que también fuera utilizada en el proceso acusatorio, como por ejemplo, en el proceso basado en la reforma jurídica de Worms (...) Finalmente en este contexto hemos de recordar el debate surgido en los Estados Unidos de Norteamérica – donde como es sabido rige un proceso adversarial acusatorio – acerca de la conveniencia de autorizar interrogatorio mas duros en los procesos penales por terrorismo^{57, 58}.

É oportuno ainda esclarecer que as distinções entre os sistemas acusatórios e os inquisitórios podem ser abordadas tanto no plano histórico quanto no teórico. Não existe uma conexão imprescindível entre as características históricas e teóricas, admitindo, em alguns pontos, variações entre elas. Para exemplificar, tanto no campo teórico como no histórico, são características dos sistemas acusatórios a separação entre juiz e acusação, a paridade entre as partes, a publicidade e a oralidade. Não sendo possível dizer de outras características que, apesar de pertencerem ao campo histórico, não são essenciais no campo teórico; assim, é possível exemplificar com a discricionariedade da ação, a elegibilidade do juiz, dentre outros.

Da mesma forma, são características essenciais do sistema inquisitório a iniciativa do juiz no campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa, a escritura, por outro lado, não são institutos que nasceram exclusivamente na tradição desse modelo processual a obrigatoriedade, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos órgãos de jurisdição, dentre outros⁵⁹.

Embora, de fato dessa reconstrução possa resultar um esclarecimento dos nexos funcionais que ligam os diversos elementos de qualquer modelo teórico, na experiência prática estes nunca aparecem em estado puro, mas sempre misturados a outros não logicamente e nem axiologicamente necessários. Isso depende de contingentes e espontâneas dinâmicas histórico-políticas, ou de explícitas escolhas legislativas precárias, ou ainda do fato de que muitos princípios relativos a uma ou outra tradição acabaram se afirmando como universalmente válidos na Idade

⁵⁷ Ibid., pp.62.

⁵⁸ Tradução livre: “A tortura não foi aplicada exclusivamente ao processo inquisitivo, mas também foi utilizada no processo acusatório, como por exemplo, no processo baseado na reforma de Worms (...) Finalmente nesse contexto temos que recordar o debate que surgiu nos Estados Unidos da América – onde se sabe vige um processo adversarial acusatório – a respeito da conveniência de autorizar interrogatório mais duros nos processos penais por terrorismo.”

⁵⁹ FERRAJOLI, 2014, op. cit., pp. 518.

Moderna, surgindo, portanto, ao menos no papel, em todos os ordenamentos processuais evoluídos: pense-se, por exemplo, no caráter público da acusação em lugar do caráter privado, de origem inquisitória, ou no livre convencimento do juiz, no contraditório e nos direitos de defesa, de ascendência acusatória⁶⁰.

Contemporaneamente, Gloeckner⁶¹ tem trabalhado com a expressão “pós-acusatório” para designar o período pós-constituição de 1988, fase na qual teria passado a existir uma aparente concretização do acusatório, em razão da fé na força normativa dos preceitos constitucionais, o que teria tornado descartável o debate sobre os sistemas processuais. Como se a Constituição tivesse sepultado, de fato, os resquícios do inquisitivo, instaurando um processo penal de índole acusatória. Essa percepção obscurece a análise, pois passa uma falsa impressão de que já não existe autoritarismo nas instâncias do processo penal, tornando obsoletas as críticas sobre as formas punitivas brasileiras.

No pós-acusatório, parte-se de uma crença de que a Constituição teria força para vedar qualquer inclinação autoritária, garantindo a existência de um processo penal democrático. A previsão abstrata do sistema constitucional de garantias bastaria para transformar, por mera ortopedia, um processo autoritário em democrático. “A crença na transição para um sistema acusatório permitiu que as práticas punitivas se estabilizassem como que “por encanto”⁶².

As reformas processuais penais realizadas no Brasil após a redemocratização tentaram repaginar as estruturas do processo penal, com intuito, ao menos declarado, de fazer sua adequação aos preceitos constitucionais, entretanto, acabaram por reformular preceitos autoritários antigos. Em verdade, através dessas reformas, encobriram-se os traços autoritários, permitindo a sobrevida de um modelo processual penal inquisitivo. Alterações de “fachada” em um processo penal poluído pela estrutura inquisitiva.

Esse fenômeno de alteração na legislação processual apenas como “fachada” também ocorreu na Itália, nas reformas realizadas no pós-queda do fascismo, tendo sido cunhada por Ennio Amodio⁶³ a expressão “garantismo inquisitivo” para expressar tal fenômeno no processo penal italiano - expressão esclarecida no Brasil por Gloeckner⁶⁴.

⁶⁰ Ibid., pp. 519.

⁶¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 52.

⁶² Ibid., pp. 175.

⁶³ AMODIO, Ennio. **Motivazione della sentenza penale**. Milano: Giuffrè - Enciclopedia del Diritto, 1977. P. 181-3.

⁶⁴ GLOECKNER, 2018. op. cit., pp. 189.

A abordagem tradicional dos sistemas é bastante útil no desenvolvimento do pensamento processual penal, entretanto não dá conta de explicar a complexidade das relações contemporâneas. A busca pela intensificação de características de um sistema pode direcionar para a realização de riscos do sistema oposto, por mais paradoxal que possa aparentar.

Esse fenômeno é facilmente verificável quando se desloca a análise, por exemplo, da separação de poderes e da gestão da prova - fartamente utilizada por parte da doutrina tradicional para diferenciar os sistemas - para a concentração de poder.

Em seu livro, nominado “*La Reforma Del Proceso Penal*”, Bernd Shünemann⁶⁵ sustenta que, atualmente, tem ocorrido o acúmulo de poder na figura do Ministério Público, na fase prévia ao juízo, em razão da ampliação da aplicação do princípio da oportunidade, da ampla gama de suspensões condicionais, bem como pela proliferação de meios modernos de investigação fortemente implementados pelas *leyes de lucha*. O autor utiliza a expressão aglomeração quântica de poder para explicar tal fenômeno, sustentando que tal situação só poderia ser observada em um estado policial.

A lógica da aglomeração quântica de poder, quando aplicada ao tema ‘sistemas processuais’, viabiliza uma análise que foge da abordagem clássica. Essa aglomeração acaba por desestabilizar a relação processual, resignificando o inquisitivo. Assim, determinado sistema processual, apesar de possuir todos os elementos clássicos do acusatório, como por exemplo, a separação das funções de acusar e julgar, bem como a gestão da prova afastada do órgão jurisdicional, poderia resignificar a inquisição através da aglomeração quântica de poder, já que em linhas gerais, determinado sujeito processual passaria subjugar os demais, impondo sua pretensão⁶⁶.

A título de exemplo, no procedimento penal italiano, previsto no Código de Processo penal italiano de 1930 (*codice rocco*), o Ministério Público poderia, dentre outros poderes, determinar medidas restritivas de forma unilateral, o que, por evidente, pode se adequar na construção da aglomeração quântica a desestabilizar a relação processual. Como será delineado em tópico próprio, a ampliação desmedida dos poderes ministeriais no sistema adversarial viabiliza algo de efeito similar.

Nessa mesma linha de distanciamento das características clássicas, o ativismo judicial é seguramente um fenômeno que tende a tornar cada vez mais difícil a delimitação das

⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal**. Madrid: Dykinson, 2005. p. 30

⁶⁶ A aglomeração quântica de poder será resgatada em linhas posteriores para analisar a operatividade real do sistema adversarial.

funções dos sujeitos processuais, criando um feixe de poderes incontroláveis, uma vez que seu exercício não é delimitado na lei⁶⁷ ⁶⁸.

Nota-se que a ordenação clássica dos sistemas facilita o desenvolvimento da teoria processual, reduzindo a complexidade, mas não deve ser tomada como um fim, já que diversos elementos contemporâneos subvertem alguns de seus pilares. Até os mais básicos dos elementos, como a separação de função de julgar e acusar, não constituem termômetro infalível para delimitar a diferença entre acusatório e inquisitório. Nesse sentido, basta verificar que nas ordenações criminais de 1670 – *Ordenance Criminelle* –, de indubitável caráter autoritário, existia previsão de que o trâmite processual seria iniciado por órgão diferente do julgador.

Ainda em uma abordagem contemporânea de sistemas, é possível verificar um fenômeno que tem intensificado o caráter autoritário do processo penal brasileiro, qual seja o transplante de elementos isolados, sem a base principiológica e as regras garantidoras respectivas, de sistemas processuais diversos e a inserção destes em um sistema de base inquisitiva. É o que vem ocorrendo, em grande medida, com o transplante de elementos do sistema adversarial estadunidense para o processo penal brasileiro. Em outras palavras, existe a manutenção da base inquisitiva do processo brasileiro, com a atração de elementos de outro sistema voltados exclusivamente à ampliação do poder persecutório, sem a devida atração dos elementos protetores correspondentes.

Como exemplos de transplante de elementos de sistema diverso, a inserção em escala da delação premiada, o acordo de não persecução, os institutos de conformidade no projeto anticrime apresentado pelo governo federal, tudo isso em uma base de processo inquisitivo. Esse fenômeno gera um super-sistema inquisitório – expressão cunhada por Jacinto Coutinho⁶⁹ e utilizada por Antônio Vieira⁷⁰ na sistematização aqui apresentada, uma vez que gera o recrudescimento do sistema que já possui uma base autoritária.

Apenas para focar em um dos exemplos, importou-se o instituto da delação, mas não as regras precisas de *discovery*, o que inviabiliza o pleno conhecimento pelas partes dos

⁶⁷ GLOECKNER, 2018. op. cit., pp. 50.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1993.

⁶⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Limite Penal: Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos. **Consultor Jurídico**. 15 Dez. 2017.

⁷⁰ VIEIRA, Antonio. Diálogos Digitais: A importação deformada do modelo estadunidense de justiça criminal. **Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. 6 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=whT-oMkZifQ>> Acesso em: 15 mar. 2019.

elementos produzidos. Essas regras representam mandamentos de controle epistêmico que obrigam a demonstração de todos os elementos produzidos/colhidos/descobertos, viabilizando, dessa forma, a plena análise pelas partes⁷¹. Trata-se de regra aplicável tanto à acusação quanto à defesa, sendo que, no caso desta, existem alguns privilégios tais como o *privilege against self incrimination*⁷² que geram a atenuação das obrigações de *discovery*⁷³.

3.2 DELIMITAÇÃO DE SENTIDO DO SISTEMA ADVERSARIAL

Pelo desenvolvimento do trabalho até o presente ponto, ficaram delimitadas algumas das diferenças mais centrais dos sistemas processuais acusatório/inquisitório, sendo possível precisar os distanciamentos desses, levando em consideração o modelo político organizacional dos Estados, a relação com a verdade, bem como a origem histórica.

Assim demonstrado, é necessário aprofundar um pouco mais a análise no que tange aos sistemas, com o fito de verificar as características do sistema adversarial, visto que este é comumente trabalhado como sinônimo de sistema acusatório, sem maiores explicações por parte da doutrina especializada. Quando muito, a explicação alcança somente a constatação de que ambos os sistemas representam oposição ao modelo inquisitório. É necessário, portanto, testar a assertiva de que se tratam do mesmo sistema, e, em caso de resposta negativa, delimitar as diferenças.

Conforme já esclarecido anteriormente, os modelos de processo pautados em uma base acusatória, desde aqueles modelos da Grécia e de Roma República, já eram adversativos, desprovidos, em período pré-inquisitivo, de vínculo com a verdade, com foco no conflito entre ofendido e ofensor; resta agora delimitar o que precisamente alterou-se com o desenvolvimento do sistema adversarial na Inglaterra.

A forma adversarial de processo foi densamente inspirada pelo pensamento ilustrado, sensivelmente nas obras de John Locke⁷⁴, tendo sido desenvolvida através da atuação direta

⁷¹ De forma invertida, a regra visa inviabilizar a sonegação de informação. No modelo estadunidense, existe previsão de responsabilização pela sonegação de informação.

⁷² Tradução livre: “privilégio em face da autoincriminação.”

⁷³ VIEIRA, 2019. op. cit.

⁷⁴ VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: WINTER, Lorena (Org.) **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 181.

de advogados litigantes entre os anos 1730 e 1770, anteriormente às obras dos filósofos franceses, constituindo a base de diversas declarações de direitos humanos, como por exemplo, a Declaração Francesa de Direitos dos Homens, tendo sido acolhido integralmente pela Assembleia Constituinte Francesa – apesar de a maioria dos dispositivos adversariais terem sido afastados por Napoleão posteriormente.

Desenvolveu-se um processo pautado em garantias – enquadradas dentro da ótica do *due process* –, reconhecendo-se diversos direitos, como a presunção de inocência, o direito de guardar silêncio, dentre outros. Pela primeira vez, desenvolveu-se um modelo processual pautado na linguagem dos direitos, colocando o imputado em nível de igualdade em relação ao Estado soberano – o que representa uma diferença clara em relação aos sistemas processuais anteriores de base acusatória, que colocavam o imputado no mesmo nível da vítima⁷⁵.

A atuação dos advogados teve uma função vanguardista, alterando-se densamente o processo penal até então praticado, estabelecendo claramente a carga probatória da acusação, dividindo o processo em duas partes equilibradas – argumentação acusatória de um lado e do outro a defensiva –, presunção de inocência, dentre outros pontos. Assim, é possível sustentar que o sistema adversarial não coincide com os modelos anteriores acusatórios “*pues se trata de um processo radicalmente nuevo, que se desarrolló em Inglaterra a lo largo del siglo XVIII. (...)*”^{76, 77}

Trata-se de um sistema processual umbilicalmente ligado às concepções de liberdade de mercado, sujeito de direito, liberdade de contratar, já que produzido no íterim do desenvolvimento da economia capitalista inglesa. Como sustentado por Robert A. Kagan⁷⁸, em seu texto “*Adversarial Legalism – The American Way of Law*”, o modelo adversarial acaba por se desenvolver no meio da tensão entre a programação de igualdade proveniente da ilustração inglesa e um sistema político fragmentado que não possuía força suficiente para demandar tamanha transformação social.

⁷⁵ Ibid., loc. cit.

⁷⁶ Ibid., loc. cit.

⁷⁷ Tradução livre: “pois se trata de um processo radicalmente novo, que se desenvolveu na Inglaterra durante o século XVIII.”

⁷⁸ KAGAN, Robert A. **Adversarial legalism: The American Way of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

Como esclarecido por Richard Vogler⁷⁹, é possível verificar três fases de desenvolvimento do sistema adversarial, quais sejam: a primeira, que se refere à sua gênese ilustrada nos primeiros anos do século XVIII, através da qual se derroga na Inglaterra o modelo inquisitivo tradicional, inserindo todas as garantias já mencionadas; a segunda fase, onde houve a relativização de algumas garantias ilustradas, derogando-se, por exemplo, a norma que impedia a declaração do imputado, em um período que não estava garantido plenamente a assistência por advogado, mitigando o direito ao silêncio, abrindo caminho à tortura para obter confissões; e a terceira, que superou a etapa anterior através da decisão do Tribunal presidido pelo juiz Warren, na década de 60, que definiu um bloco de direitos processuais que deveriam ser respeitados no *pre-trial*⁸⁰, no caso dos Estados Unidos da América, e através da promulgação do *Police and Criminal Evidence Act (PACE)*, de 1984, no caso da Inglaterra, resgatando-se, dessa forma, as garantias ilustradas e criando novos direitos incidentes na fase prévia ao juízo oral, viabilizando o direito à assistência por advogado em todos os casos.

Como já salientado no presente tópico, o sistema adversarial, no patamar jurídico, nivela o imputado ao soberano – uma das claras distinções com os sistemas acusatórios da Alta Idade Média⁸¹ –, entretanto, não se desconhecia o fato de que o Estado possuía mais poderes de intervir na vida dos indivíduos, do que estes possuíam para resistir as investidas, daí porque foram edificadas diversas restrições estruturais ao exercício do poder de punir.

Assim, com o passar do tempo, consolidou-se a garantia de um juízo público, imparcial e oral, rechaçando procedimentos secretos perante órgãos administrativos, garantindo-se direitos básicos que mitigassem a ingerência do Estado no âmbito decisório do indivíduo, tais como o direito ao silêncio, o direito à assistência por advogado, regras claras referente à carga probatória, a presunção de inocência etc. Ademais, em razão da necessidade do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito, como sujeito ativo do processo e não como mero objeto, reconheceu-se a possibilidade de sua ingerência ativa através da inclusão dos institutos das declarações voluntárias de culpabilidade (*guilty pleas*) e da negociação das penas (*plea bargains*). Se esses direitos, na prática, logram êxito em equilibrar a balança, é um ponto que será analisado em tópicos posteriores.

⁷⁹ VOGLER, 2008, op. cit., pp. 182-3.

⁸⁰ Tradução Livre: Fase prévia ao juízo oral.

⁸¹ É possível ainda demonstrar como diferença o fato de que no sistema acusatório em período inicial, não existia uma fase de busca de provas e de preparação da acusação, já que as provas basicamente consistiam em juramentos decisórios e nas ordálias (WINTER, 2008, p. 29).

O mencionado sistema processual é fincado na garantia do juízo oral, que viabiliza a existência, bem como a eficácia da imparcialidade, da publicidade e da contrariedade. Ademais, a averiguação/construção dos elementos de convicção são densamente controlados por um princípio denominado pela doutrina processual estadunidense de *adversary principle*, através do qual se consolida o direito à confrontação de todos os elementos que possuam caráter determinante para o resultado do processo, mesmo em fase de investigação: “(...) *todos aquellos elementos de la instrucción que tienen (tendrán) carácter determinante para el resultado final del proceso, deben ser obtenidos a través de la oposición o contradicción (...)*”^{82 83}.

Traçadas essas considerações no que tange ao sistema adversarial, é necessário relacioná-lo ao modelo político e à verdade, da mesma forma que fora realizado inicialmente com a dicotomia acusatório/inquisitório.

No modelo adversarial, a averiguação da verdade se dá pela contraposição das manifestações das partes, através de um método de comparação das perspectivas apresentadas, rechaçando de forma clara o modelo inquisitivo que atribuía a um indivíduo a capacidade de buscar a verdade de forma ilimitada.

Como já demonstrado no tópico, os sistemas processuais se vinculam umbilicalmente ao modelo de organização política do Estado e às correntes de pensamento de determinado período histórico – relação do poder com o saber –, assim, é possível perceber que o sistema adversarial sofreu com pêndulos históricos que ora o fizeram florescer – ilustração –, ora o fizeram quase que desaparecer – ascensão do fascismo.

No final do século XIX até a primeira metade do século XX, ocorreu a ressignificação do processo inquisitivo sustentado pela crítica criminológica positivista de claro traço defensivista. Nessa linha, Raffaele Garofalo⁸⁴ sustentava que: “*la teoria dominante y el derecho judicial que se configuró como una derivación de ella parecen existir com el propósito de proteger al delincuente de la sociedad antes que a la sociedad del delincuente*”.⁸⁵

⁸² SCHÜNEMANN, 2005, op. cit., pp. 66.

⁸³ Tradução livre: “Todos aqueles elementos da instrução que tenham, ou venham a ter, caráter determinante para o resultado final do processo, devem ser obtidos através da oposição ou contradição.”

⁸⁴ GAROFALO, Raffaele. **Criminology**. Montclair: Patterson Smith, 1968. p. 338.

⁸⁵ Tradução livre: “a teoria dominante e o direito judicial que foi configurado como derivação dela, parecem existir com o propósito de proteger o delinquente da sociedade antes que a sociedade do delinquente.”

Sustentava-se que se deveria estabelecer uma fase anterior ao juízo, secreta, dirigida à verificação da verdade, já que o enfrentamento adversarial representaria uma benesse aos imputados, um óbice à busca da verdade. Em lugar da contraposição dos argumentos, a verdade deveria ser buscada por um juiz que tivesse conhecimentos biológicos, psicopatológicos, com a finalidade de “classificar” o imputado antropológicamente. Desses conceitos, valeu-se o totalitarismo que quase devastou Europa na primeira metade do século XX.

La española dictatorial – tras la guerra civil de 1936 –, así como la Francia entre 1940 y 1941 y Latinoamérica, tampoco se quedaron muy atrás en la implantación de sistemas totalitarios y la utilización de instrumentos repressivos (...) Para entonces, la adversalidad estaba extinguida totalmente em los ordenamientos jurídicos de la Europa continental y em la mayoría de las regiones del mundo, a excepción de Gran Bretaña, los Estados Unidos de América y los países miembros de la Commonwealth británica^{86, 87}

Os soviéticos, em 1929, derrogaram todos os regramentos adversarias estabelecidos pelo czar Nicolau II, resgatando elementos inquisitivos que funcionalizaram a perseguição stalinista; e, no mesmo sentido, a Alemanha nazista e a Itália fascista.

Com o fim da Segunda Guerra, bem como com a paulatina queda dos regimes autoritários, foi possível verificar crescente reconfiguração dos códigos processuais penais ao modelo adversarial de processo, com variações que normalmente estão ligadas à permanência ou não de regimes autoritários, o que não afasta a superveniência de contrarreformas em alguns períodos.

É possível dizer que o modelo adversarial de processo teve duas ondas de expansão: a primeira decorreu da ilustração europeia propagada através do domínio ideológico Inglês; e a segunda, no pós-guerra, propagada pelo imperialismo norte-americano. Entre ambas as expansões, como já demonstrado, ocorreram contrações decorrentes, dentre outros elementos, da ascensão de regimes tirânicos, que foram baseados doutrinariamente, em grande medida, pelas críticas criminológicas positivistas.

Entretanto, é necessário esclarecer que o reconhecimento do fato de que a expansão foi/é decorrente, pelo menos em parte, de um movimento de domínio ideológico, não leva

⁸⁶ VOGLER, 2008, op. cit., pp. 188.

⁸⁷ Tradução livre: “A Espanha ditatorial – após a guerra civil de 1936 -, assim como a França entre 1940 e 1941 e a Latino América, tampouco ficaram atrás na implantação de sistemas totalitários e a utilização de instrumentos repressivos (...) Para então, a adversalidad estava extinta totalmente nos ordenamientos jurídicos da Europa continental e na maioria das regiões do mundo, com exceção da Grã-Bretanha, os Estados Unidos da América e os países membros da comunidade britânica.”

necessariamente à conclusão de que as reformas que propõem a aplicação de um modelo adversarial do processo sejam malélicas. Muito pelo contrário, existe uma tendência no ínterim pós-ditaduras de resgate dos princípios ilustrados que representam a base do sistema de garantias. Como já demonstrado no presente trabalho, o sistema adversarial se opõe nitidamente ao modelo inquisitório de processo e foi produzido no âmago dos processos revolucionários liberais, em uma clara ótica de contenção de poder punitivo e reforço dos direitos dos imputados.

Por fim, sem qualquer intenção de esgotar a análise, resta verificar as diferenças entre o sistema adversarial e o acusatório, bem como esclarecer a não coincidência do adversarial com o “processo de partes”. Essa delimitação é importante, como já salientado anteriormente, uma vez que boa parte da doutrina tende a tratar o assunto de forma genérica, ora abordando como sistemas similares, ora como distintos, além de, muitas vezes, se trabalhar com a expressão “processo de partes” para se referir ao sistema adversarial.

A aproximação dos sistemas é umbilical, já que ambos são antagônicos ao sistema inquisitivo, talvez daí surja a confusão doutrinária. Ambos representam uma racionalidade que conforma a produção do conhecimento de forma dialógica e contraditória, ou seja, o conhecimento é trazido à luz dos autos processuais pela atuação das partes, em contraposição ao inquisitivo que concede a função de desvelar o conhecimento ao inquisidor. Destarte, com base nos elementos colhidos na presente pesquisa, é possível sintetizar algumas diferenças, discorridas em seguida.

O sistema adversarial finca suas raízes na filosofia política liberal, sendo intrinsecamente ligado às abstrações de sujeito de direito, de liberdade de contratar e de autonomia da vontade, o que repercute diretamente na conformação de seus institutos. O sistema acusatório, por sua vez, não se vincula a essas premissas, já que se desenvolveu muito antes do surgimento da filosofia política liberal. Assim, o sistema acusatório não é necessariamente liberal, não é imperiosamente pautado nas abstrações suprarreferenciadas.

Comparativamente ao acusatório da Alta Idade Média – que a bem da verdade ainda não estava devidamente sistematizado – o sistema adversarial nivela no campo do discurso jurídico o soberano e o imputado, de forma diferente do que ocorria naquele, em que o imputado era colocado no mesmo nível do ofendido.

Ademais, o adversarial foi o primeiro sistema desenvolvido totalmente na linguagem do direito, pautado na abstração do sujeito de direito, o que levou à consolidação, de forma paulatina, da presunção de inocência, da garantia a uma defesa técnica, do direito ao silêncio,

dentre outros. Já o acusatório da Alta Idade Média não era pautado na linguagem dos direitos, sendo fortemente influenciado pelas jurisdições bárbaras e pelas ordálias.

Ainda quando comparado com o acusatório instituído na Inglaterra, em 1166, o adversarial permanece com as diferenças suprarreferenciadas, apesar de poder ser vislumbrada uma clara evolução do acusatório no período, através da criação da instituição do Júri, com uma maior sistematização do processo.

Através das assertivas verificadas na pesquisa, é possível alcançar duas conclusões: a) que o sistema adversarial seria um sistema distinto do sistema acusatório; e b) que o adversarial seria uma espécie de acusatório, com características peculiares, podendo ser vislumbradas outras formas de acusatório não vinculadas ao mesmo arcabouço filosófico.

A primeira opção decorre da justificativa de que, durante o século XVIII e períodos seguintes, o sistema adversarial ganhou tantas conformações, tantas peculiaridades, e desenvolveu-se de forma tão própria, que teria ganhado autonomia em face do acusatório, que vinha se desenvolvendo desde 1166. A segunda se justifica pela conclusão de que o sistema adversarial sofreu um paulatino desenvolvimento histórico, partindo de uma base de sistema acusatório até chegar na conformação ocorrida no século XVIII, dessa forma, o adversarial seria uma espécie de acusatório.

Aproxima-se da primeira opção Richard Vogler⁸⁸, professor da *University of Sussex*, em seu texto “*el sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en europa continental*”⁸⁹ e da segunda opção, ainda que de forma não tão declarada como o primeiro, Stephen C. Thaman⁹⁰, professor da *Saint Louis University*, em seu texto “*Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos*”⁹¹ ao trabalhar com a expressão sistema acusatório de juízo adversarial⁹².

Sob o ponto de vista dos elementos levantados na pesquisa, ambas as assertivas são igualmente aceitáveis, o que não pode se dizer do tratamento indiscriminado, que descreve os sistemas como expressões idênticas.

⁸⁸ VOGLER, 2008, op. cit.

⁸⁹ Tradução livre: “o sistema acusatório no processo penal na Inglaterra e na Europa continental.”

⁹⁰ THAMAN, **Aspectos Adversariales, Acusatorios y inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos**. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

⁹¹ Tradução livre: “Aspectos adversariales, acusatórios e inquisitivos no processo penal dos Estados Unidos.”

⁹² Ibid. pp.175.

Em uma perspectiva evolucionista, fortemente questionada por Vogler⁹³, vislumbrada sob o ponto de vista histórico, seria mais correto trabalhar o adversarial como possível espécie de acusatório.

Como será demonstrado detidamente em subtópico posterior de proposição no que tange aos sistemas, o processo penal se relaciona com o conhecimento, existindo um padrão de racionalidade que orienta sua busca, um princípio reitor do sistema. A adoção de determinado padrão de racionalidade perpassa por uma decisão política que define qual ou quais sujeitos devem trazer o conhecimento aos autos, no princípio dispositivo as partes, no inquisitivo o juiz.

Como já adiantado em linhas anteriores, tanto o modelo acusatório, quanto o adversarial estão fincados no princípio do dispositivo, sendo que o acusatório aparece historicamente de forma sistematizada muito antes – em 1166 – da consolidação do adversarial a partir do século XVIII.

Nessa linha de intelecção, delimitando como parâmetro de análise o princípio reitor do sistema, bem como o desenvolvimento histórico, é possível concluir que o adversarial seria uma espécie de acusatório, pautado em todas as abstrações consolidadas a partir do século XVIII - já referenciadas- , podendo existir outras manifestações do acusatório.

No mesmo reducionismo de tratamento, muitos autores tratam sistema adversarial como sinônimo de processo de partes, o que não se justifica sob o ponto de vista dos elementos desenvolvidos historicamente. A diferença é muito clara e é verificada pela simples constatação de que o processo pré-inquisitivo já era de partes.

O fato de o sistema adversarial ter se desenvolvido em uma base de processo de partes, da mesma forma que o acusatório da Alta Idade Média e aquele sistematizado em 1166, não significa que seu conceito se esgota nesse elemento. O sistema adversarial, como demonstrado, encerra diversos outros fundamentos.

E a confusão de que o sistema adversarial seria somente processo de partes leva a conclusões equivocadas no que tange ao papel dos sujeitos processuais e a proteção do sistema de garantias. Exemplo disso é a conclusão de que ao órgão jurisdicional não seria dado a intervir para assegurar a efetividade do sistema de garantias. Como já salientado, foi no ínterim do sistema adversarial que foram consolidadas diversas das garantias que atualmente foram sistematizadas, sendo absolutamente incoerente conceber um órgão jurisdicional passivo à violação do sistema de proteção do imputado.

⁹³ VOGLER, 2008, op cit., pp.180.

As garantias foram desenvolvidas no período da consolidação do sistema justamente com intuito de tentar reduzir o desequilíbrio claro entre o poder persecutório e o imputado. Concluir pela inviabilidade de intervenção jurisdicional com a finalidade de fazer valer o sistema de garantias, seria negar a filosofia política que informou a construção do sistema. O sistema adversarial é muito mais que um processo de partes.

Sob o ponto de vista da construção liberal do século XVIII, a antiga divisão do processo em partes, com o recolhimento do órgão jurisdicional, deve ser compreendida como garantia em face do poder, evitando que a construção do conhecimento do fato passado (delito) seja conduzida de forma unilateral, viabilizando a sua construção de forma dialógica. Em suma, o fato do adversarial ter se desenvolvido com base em processo de partes, não leva à conclusão, ou ao menos não deveria levar, de limitação do órgão jurisdicional no que tange à proteção do sistema de garantias.

3.3 DA CRÍTICA À ABORDAGEM ABSTRATA DOS SISTEMAS: OS SISTEMAS A SERVIÇO DO DOMÍNIO

A técnica penal, bem como a processual penal, sempre esteve a serviço do poder, como mecanismo de sua consolidação e controle das massas desprivilegiadas, seja na modernidade com o ideário totalizante de domínio do mundo pela teoria, seja na pós-modernidade com a finalidade de manutenção da sociedade de consumo.

A manifestação do pensar moderno no campo da intervenção penal produziu, em verdade, o oposto do que o discurso oficial de busca pelos ideais civilizatórios pregava, já que, ao invés de reduzir a barbárie, fomentou-a. Criou-se, assim, uma nova tecnologia da punição que cobria com verniz de civilidade o bárbaro. Talvez, esse seja um dos maiores paradoxos da modernidade, qual seja: o excesso do que se entendia como civilidade, gerando a barbárie.

A racionalidade que pretendia domar o mundo na pós-modernidade é substituída pelo reconhecimento da complexidade das relações, os planos de alcance de um final perfeito são solenemente abandonados. A pós-modernidade livrou-se de seus deveres emancipatórios. A superação das óticas absolutas e totalizantes, entretanto, não fez com que a modernidade acabasse, mas sim que se modificasse.

Na pós-modernidade, o critério de pureza passa a ser o consumo, sendo todo aquele que se encontra inapto à atividade considerado consumidor falho. Nota-se que não houve a superação da busca pela pureza, mas sim o deslocamento do que seria disfuncional. Se, na modernidade, atacavam-se os estranhos; na pós-modernidade, são evitados os consumidores falhos. Se, anteriormente, no campo econômico, buscava-se o conserto do estranho para a sua reinserção na linha de produção; na pós-modernidade, busca-se a correção do consumidor falho para a sua reinserção na cadeia de consumo⁹⁴.

Na sociedade de consumo, a possibilidade de individualização, entendida como processo de autoafirmação do ser humano, está umbilicalmente ligada à possibilidade de mobilidade e permanência no mercado de consumo. Aqueles que não se enquadram são o refugio, devem ser esterilizados, reformados e, quando não passíveis de conserto, extirpados. Nessa linha, existe uma tendência pós-moderna de criminalizar os problemas sociais decorrentes dessa sociedade de consumo.

Uma vez que o critério de pureza é a aptidão de participar do jogo consumista, os deixados fora como um “problema”, como “sujeira” que precisa ser removida, são consumidores falhos – pessoas incapazes de responder aos atrativos do mercado consumidor porque lhes faltam os recursos requeridos, pessoas incapazes de ser indivíduos livres, conforme o senso de liberdade definido em função do poder de escolha do consumidor. São eles os novos impuros (...)⁹⁵.

O estado de bem-estar social que, em outrora, era tido como um seguro coletivo em razão do impacto da economia capitalista, passa a ser visto como um favor muito caro àqueles que não conseguiram se colocar no mercado, ao refugio que é o “outro”, tudo sob o pálio da meritocracia. Nessa linha, o Estado providência foi substituído pelo Estado penitência, ao invés de se pagar pelo custo social, prende-se; ao invés de se viabilizar a emancipação do indivíduo, criminaliza-se.

A concentração das riquezas forjou uma realidade de segregação em que os contingentes marginalizados devem ser domesticados, disciplinados para viabilizar a produção e o consumo, dependendo cada vez mais de tecnologias penais e processuais penais de controle das massas. Daí, a razão da miríade de discursos, teses, dissertações legitimantes do sistema penal, desde as mais claras até as mais elegantes. O pensamento penal/processual,

⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; Rev. Téc. Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1998. p. 24.

⁹⁵ Ibid., loc. cit.

ao longo da história, sempre esteve a serviço do poder; até mesmo a criminologia que durante décadas se colocou como baluarte da crítica, refletia tecnologias segregatórias.

(...) o sistema punitivo ocidental se legitimou a partir do discurso científico da criminologia. O papel da criminologia tradicional, ao longo da história do direito penal Moderno, foi justificar as práticas punitivas sob a perspectiva do falso humanismo representado pelo discurso ressocializador. A criminologia etiológica incorporou-se, subliminar e invisivelmente, como discurso orientador das fases legislativas, judicial e executiva, fixando a noção da pena clínica e correccional⁹⁶.

O discurso jurídico penal moderno possuía uma base eminentemente contratualista, em que o delito era visto como violação ao “pacto social, que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do Direito”⁹⁷. É na base de pensamento da liberdade individual que se possibilita a edificação das teorias que enxergam a individualização das responsabilidades como marco de dissuasão da violação ao contrato social.

Na esteira do pensamento de John Locke, o cidadão cederia seu poder de punir “a fim de ele ser unicamente exercido por aquelas pessoas, que para isso forem por eles escolhidas, e de ser dirigido somente por aquelas regras, que a sociedade ou os autorizados por eles para esse fim estabelecerem.”⁹⁸. Nesse cenário que se projeta a pena como defesa contra o crime, pautado no livre agir, e que é posicionado o Direito Penal como fonte central da política criminal.

Com as modificações ocorridas no plano econômico, promovidas através do *New Deal*, encabeçado por Franklin Delano Roosevelt⁹⁹, que surgiram como resposta à crise de 1929 (Grande Depressão)¹⁰⁰, adotou-se uma nova forma de posicionamento do Estado perante as relações privadas. O *New Deal* representou um conjunto de políticas intervencionistas que tiveram como finalidade a recuperação e reforma da economia norte-americana. Essas

⁹⁶ CARVALHO, 2015, op. cit., pp. 246.

⁹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2011. p. 31.

⁹⁸ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. **Clube do Livro Liberal**. Vozes, 2018. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/tratado2_09dosfins.html> Acesso em: 05 out. 2018.

⁹⁹ Presidente do Estados Unidos da América entre 1933 e 1945.

¹⁰⁰ Estrutura do bem estar social se consolidou de forma mais coesa através do New Deal, entretanto já era trabalhada pelos liberais desde o final do século XIX como resposta às doutrinas socialistas.

políticas foram adotadas quase que concomitantemente por Roosevelt, nos Estados Unidos da América, e por Hjalmar Schacht, na Alemanha.¹⁰¹

Essa mudança na forma de enfrentar a relação do Estado com o mundo privado fica nítida quando analisada a jurisprudência da Suprema Corte Americana. Se, em 1905, a Corte teria jugado inconstitucional a lei que estabeleceu limite de horas para o trabalho em padarias por lesão à livre contratação (caso *Lonchner vs. NY*), 32 anos depois (no caso *West Coast Hotel CO. vs. Parrish*) a Corte julgou pela constitucionalidade da lei do estado de Washington que estabelecia um salário mínimo¹⁰².

É possível verificar uma perfeita compatibilidade das posturas governamentais levadas a cabo no período com as teorias voltadas à compreensão do fenômeno da criminalidade, uma vez que ambas passam pela concepção de relação do Estado para com a sociedade e a reponsabilidade individual. Se, no campo econômico, afastava-se, em certo grau, o pilar liberal clássico de não intervenção na economia; no campo criminológico, as teorias – resguardadas as peculiaridades de cada uma delas e até suas oposições – passaram a se desenvolver de forma distante da ótica contratualista individualista, pautada na decisão individual, passando-se a reconhecer que a compreensão do delito envolve múltiplos fatores. Nesse sentido, é possível citar “Robert Merton, Sutherland (...) e de maneira geral, toda a discussão importante no campo da criminologia até os anos de 1970”¹⁰³.

Com a eleição de Margaret Thatcher como primeira-ministra do Reino Unido em 1979 e de Ronald Reagan como presidente dos Estados Unidos da América em 1981, foi implementada uma forte alteração na política econômica e na relação do Estado com os indivíduos, pautada basicamente na crítica liberal voltada ao peso estatal construído no período da década de 30.

Assim, da mesma maneira que a crise do liberalismo clássico e a ascensão do estado de bem-estar social refletiram nas teorias afetas ao sistema punitivo, essa nova alteração, representada pela chegada do estado neoliberal, realizou uma alteração de percepção proporcionalmente equivalente. Resgatou-se a ideia de crime como fruto de uma decisão individual livre. O sistema político “procurou controlar e orientar o sistema penal criando

¹⁰¹ Economista alemão, presidente do Banco Central e Ministro da Economia do III Reich entre 1934 e 1937.

¹⁰² ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo) liberal. In: ABRAMOVAY, P.V.; BATISTA, V.M.(Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 17.

¹⁰³ Ibid. pp. 18.

novas incriminações, aumentando as penas, etc. O próprio discurso jurídico voltou a acreditar nas velhas ideais (dissuasão etc.) ou lhe agregar novos argumentos¹⁰⁴.”

A análise comparada da evolução da penalidade nos países avançados durante a década passada evidencia, de um lado, um estreito laço entre a escalada do neoliberalismo como projeto ideológico e prática de governo que determina a submissão ao livre mercado e a celebração da responsabilidade individual em todos os domínios e, de outro, o desenvolvimento de políticas de segurança ativas e punitivas, centradas na delinquência de rua e nas categorias situadas nas fissuras e nas margens da nova ordem econômica e moral que se estabelece sob o império conjunto do capital financeiro e do assalariamento flexível¹⁰⁵.

O Estado foi recolhido dos deveres emancipatórios, deixando a cabo dos indivíduos a consolidação mínima dos direitos fundamentais, e foi maximizado no vetor final da punição. É possível concluir, de forma segura, que a adoção da ideologia neoliberal edificou uma racionalidade duplamente excludente, já que retira do Estado a obrigação positiva de viabilizar minimamente a emancipação do indivíduo e lida com a exclusão gerada por este modelo de forma repressiva. Assim, resgatou-se a racionalidade penal moderna, repaginando suas estruturas com ares de novidade, de sofisticação, mas pautadas de forma central nas crenças nas finalidades das penas e nas abstrações liberais da autonomia de agir. Envernizou-se mais uma vez o sistema punitivo.

Nessa linha de resgate das crenças na punição, levada a cabo pelos novos valores neoliberais, ampliou-se, sobremaneira, o encarceramento das massas marginalizadas, relegando-as à própria sorte no campo de emancipação social, política, educacional etc. E nesse ambiente de vetor máximo de punição, o processo penal garantidor passa a ser visto como um empecilho à efetivação do controle, a teoria processual passa a ser revisitada, sob a bandeira de modernização, com intuito de dar vazão à demanda punitiva.

Como esclarecido por Vera Malaguti Batista¹⁰⁶ ocorreu no Brasil um “embaçamento” da discussão sobre a questão criminal, gerado por basicamente dois fatores: o aumento do controle de força sobre os indivíduos que se encontram fora do mercado de trabalho, como necessidade do capital neoliberal; e a infestação por uma cultura norte-americana policial e prisional. A soma desses fatores gerou o que a mencionada autora chama de “adesão subjetiva

¹⁰⁴ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, n.68, 2004. p. 48.

¹⁰⁵ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 3ª Ed., 2007. p. 25.

¹⁰⁶ BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, P.V.; BATISTA, V.M. (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 31.

à barbárie”, propiciando a ampliação do Estado policial. Nessa linha de intelecção, criou-se um senso comum científico, que percorre desde a direita fascista à esquerda punitiva, sob o jugo do dogma da pena, incorporando o ideário de que a punição dará conta da conflitividade social.

E como diria Pavarini, para cada colarinho-branco algemado no espetáculo das polícias (à la FBI ou SWAT), milhares de jovens pobres jogados nas horrendas prisões brasileiras. O importante é a fé na purificação pelo castigo, o grande ordenador social dos dias de hoje¹⁰⁷.

As comunidades brasileiras desassistidas, de forma próxima aos guetos americanos, passam a cumprir objetivos contraditórios: por um lado, a subordinação ao grupo dominante, mas, por outro, escudo protetor. Essas cidades negras que se escondem em cidades brancas, mantidas e contidas pela força, sofrem de forma mais drástica o impacto do ciclo neoliberal¹⁰⁸, e são transformadas em território “de medo e dissolução, em consequência da desindustrialização e das políticas de Estado de redução da assistência social e da retração urbana”¹⁰⁹.

Sobre o processo de grande encarceramento levado a cabo no mundo, De Giorgi¹¹⁰ sustenta que, em razão das escolhas econômicas neoliberais, existiria um governo da população excedente, em que o crescimento da multidão politicamente excluída tornaria inviável uma ordem social inclusiva.

Até certo ponto, Melossi¹¹¹ percorre essa linha de pensamento, entretanto de forma menos economicista, sustentando que existe uma imposição ideológica voltada preferencialmente à exclusão, uma vez que a resposta ofertada pela criminalização da pobreza é simbolicamente coerente com a fixação de novas virtudes neoliberais, tratando-se, dessa forma, de um novo puritanismo cultural que orienta a produção de cruzadas morais.

Sustenta Massimo Pavarini¹¹² que a governança criminal é um dos aspectos mais marcantes da ordem social em seu conjunto, representando a expressão mais preciosa da

¹⁰⁷ Ibid. loc. cit.

¹⁰⁸ Ibid. pp.32.

¹⁰⁹ WACQUANT, **As duas faces do gueto**. São Paulo: Bontempo, 2008, pp.77.

¹¹⁰ DE GIORGI, Alessandro. **Zero tolleranza. Strategie e pratique della società di controllo**. Roma: Derive Approdi, 2000. p. 307.

¹¹¹ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. S. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006, pp.307-8.

¹¹² PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera

cultura, existindo uma imposição cultural dos países hegemônicos no ponto de controle penal, tendente à universalização de seus valores. Nessa linha, o aumento da criminalidade, as práticas de exclusão do mercado, a redução do estado social seriam formas através das quais difunde-se universalmente uma nova filosofia moral, uma nova forma de olhar sobre o lícito e o ilícito, o que merece inclusão e o que merece exclusão, o bem e o mal.

Em suma, os modelos dominantes em política criminal penetram em toda parte, como o hábito de beber Coca-Cola. Mas é certo também que, ao lado desta, as pessoas ainda continuarão, em muitas realidades, a mastigar folhas de coca, a beber vinho, a saborear o chá, a fumar tabaco. Mas, fiquem atentos, cada vez em menor número¹¹³.

Seja como for, o fenômeno do encarceramento em massa é uma realidade sólida no mundo e que atinge os países em desenvolvimento de forma mais densa, quando comparados com os países desenvolvidos, com exceção do Estados Unidos da América, que, por razões muito próprias, apresentam um aumento significativo na população carcerária¹¹⁴.

E, nessa linha, a teoria processual passa a refletir essa lógica de legitimação da intervenção, concedendo pretensão rigor racional à barbárie imposta pelo sistema penal.

A instrumentária processual, da mesma forma que o direito penal e a própria criminologia, durante diversos períodos históricos, foi alterada, desenvolvida, manuseada com a intenção clara de instrumentalizar o controle das massas marginalizadas.

Como exemplo desse fenômeno, é possível mencionar o processo de estatização e oficialização do processo penal levado a cabo na Baixa Idade Média. Com as transformações sociais do período, pautadas na alteração de bases familiares, relações locais, por estruturas estatais e urbanas centrais, com crescimento populacional e aumento da criminalidade em massa; ocorreu a alteração do processo penal, pautada na demanda por uma intervenção eficientista.

Malaguti (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 311-12.

¹¹³ Ibid. pp.302.

¹¹⁴ Apenas para ilustrar teses explicativas do encarceramento em massa nos Estados Unidos e sua vinculação a características locais, é possível mencionar o trabalho de J. Simon (2007) o qual sustenta que o processo de encarceramento americano passa por uma escolha política radical favorável a governar não pelo pânico social, mas através dele, já que a narrativa em prol da segurança teria colocado em destaque uma nova forma de governança. Vera Malaguti Batista (2015, p. 34), por sua vez, sustenta que a ascensão do estado penal norte-americano se deu em detrimento do *welfare system*, com base em cinco dimensões, quais sejam: expansão vertical através do hiper-encarceramento; ampliação de medidas de controle despenalizadoras (expansão horizontal), que apesar de ser despenalizadoras, ampliam o controle estatal; crescimento do orçamento prisional e a redução dos gastos sociais; crescimento da indústria carcerária privada; concentração da população carcerária nos afro-americanos, o que a autora chama de “ação afirmativa carcerária”. Os elementos locais que influenciam no fenômeno de encarceramento na norte-américa, acabam, em certa medida, por atingir as realidades marginais em decorrência do imperialismo.

As antigas formas de processo não davam mais conta, já que construídas para operar em uma realidade reduzida. A luta em face da criminalidade em massa abalou as estruturas do antigo processo - pautado no protagonismo do ofendido e em sua faculdade de reivindicar seu direito lesionado -, que se tornou, em razão da ótica eficientista, obsoleto.

Assim, em razão dessa urgência de controle das massas o processo penal passou a sofrer uma densa alteração em seus pilares, caracterizada pela urgência interventiva. O processo penal acusatório da antiguidade que viveu até a Alta Idade Média, em razão das alterações político-sociais do período supramencionadas, foi paulatinamente substituído pelo processo penal inquisitório.

Las antiguas formas de persecución penal estaban concebidas para ámbito reducidos limitados y abarcables. El viejo proceso quedó obsoleto y se tornó ineficiente. A partir del siglo XIII y XIV, como consecuencia de las luchas por la tierra y las guerras de religión, se hace patente la necesidad de combatir de manera contundente los delitos violentos y habituales (“gente nociva del campo”, novici terrae) de manera más eficaz, convirtiéndose la lucha contra la delincuencia en una prioridad. Así, gracias a la sencillez y eficacia del nuevo proceso implantado en las ciudades, caracterizado por su celeridad y urgencia (tribunal ad hoc), comenzó a modificarse también el objetivo y la finalidad del proceso penal¹¹⁵.¹¹⁶

Um pouco mais tarde - de forma mais inicial no século XV -, as massas marginalizadas foram elevadas significativamente em razão do processo de acumulação primitiva. Esse processo se desenvolveu pela a acumulação de grande quantidade de recursos nas mãos de um pequeno grupo de pessoas, decorrente, dentre outros fatores, do distanciamento dos camponeses do ambiente de produção. A apropriação primitiva “não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ela aparece como “primitiva” porque constitui a pré-história do capital”¹¹⁷.

¹¹⁵ AMBOS, 2008, op. cit., pp. 57.

¹¹⁶ Tradução livre:” As antigas formas de persecução penal estavam concebidas para um âmbito reduzido. O velho processo se quedou obsoleto e se tornou ineficiente. A partir do século XIII e XIV, como consequência das lutas pela terra e pelas guerras de religião, se fez patente a necessidade de combater de maneira contundente os delitos violentos e habituais (gente nociva do campo) de maneira mais eficaz, convertendo-se a luta contra a delinquência em uma prioridade. Assim, graças a sensibilidade e eficácia do novo processo implantado nas cidades, caracterizado por sua celeridade e urgência (tribunal ad hoc), começou a se modificar também o objeto e a finalidade do processo penal.”

¹¹⁷ MARX, Karl. **O capital** - Crítica da economia política. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Bontempo, 2013. Disponível em: <<https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmps7j7bv.pdf>> Acesso em: 5 out. 2018. p. 961.

De forma clara, Thomas Morus¹¹⁸, pelos idos de 1516, identificava o processo expropriatório, sustentando que, nos locais onde nascia a melhor lã, “(...) os nobres (...) rodearam toda a terra com cercas (...). E assim (...) tem que abandonar a terra aqueles pobres desgraçados (...), que outra coisa lhes resta fazer senão roubar, e ser enforcados.”

O deslocamento do trabalhador do ambiente de produção, através da apropriação privada das terras comuns dos camponeses, fez com que fossem criadas massas de pessoas desprovidas de bens – futuro proletariado industrial – que eram obrigadas a vender sua força de trabalho aos senhores de terras ou migrar para as cidades com intuito de buscar melhores condições de vida. A ampliação dessa massa se desenvolvia pela desproporção entre a capacidade de absorção de um modelo econômico que se desenhava e o proletariado que se formava em razão da grande expropriação supramencionada. Existiu, portanto, uma dupla punição do proletário, que de início foi convertido de camponês a vagabundo, e, posteriormente, perseguido sob a pecha de criminosos voluntários.

Nesse íterim de explosão das massas e de migração para os centros urbanos, justificou-se a legislação sanguinária reproduzida em boa parte da Europa durante o século XVI, “o açoite, o desterro e a execução capital foram os principais instrumentos da política social inglesa até a metade do século (...)”¹¹⁹.

É possível verificar uma clara utilização do processo como instrumento de controle das massas que não se encaixavam no ambiente de produção, ficando nítida a insuficiência prática, em uma ótica eficientista, da construção teórica acusatório anterior.

No Brasil, da mesma forma, existiu uma relação de implicação recíproca entre os discursos jurídicos sobre direito penal e processual penal e controle social. Apenas a título de exemplo, basta verificar o produto legislativo do período pré-abolição e pós-abolição da escravatura, seja no âmbito processual, seja no âmbito material.

A lei criminal surge no Brasil em um período de efervescência, com forte pressão abolicionista e revoltas populares por todo o território, em uma nítida preocupação de salvaguardar o interesse privado consubstanciado no escravismo, através da criação de aparatos materiais e processuais que permitissem, dentre outras funções, a criminalização dos levantes populares e das revoltas escravizadas.

Nesse período surgem: o Código Criminal do Império (1830), inspirado no Código Penal Frances de viés liberal; o Código de Processo Penal (1832), que, em razão do influxo

¹¹⁸ MORUS, Thomas. **Utopia**. São Paulo: Edipro, 2014. p. 42-3.

¹¹⁹ MELOSSI, Dario. **Cárcere e Fábrica**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2010. p. 36.

ilustrado, adotava elementos de matriz acusatória; a reforma do Código de Processo (1841), que conduziu uma contrarreforma inquisitiva, com, por exemplo, a atração para o poder policial de atribuição da judicatura, que somente foi afastada na reforma de 1871 pela Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871; e o Código Penal (1890).

Como salientado, o Código de Processo penal (1832), em razão do forte influxo iluminista, adotou um modelo de processo com clara base acusatória, estabelecendo: a separação das funções de acusar e de julgar, definindo a existência de Júri Popular que era subdividido em Júri de Acusação (controle de acusação) e Júri de Veredicto (julgamento) (artigo 46, 2), o que garantia a ingerência popular na administração da justiça; a publicidade do processo penal (Artigo 59); dentre outros pontos. Apesar de todo o influxo ilustrado, para demonstrar a clara função seletiva do sistema de punição, não se admitiam, por exemplo, denúncias do escravizado contra o senhor, conforme dicção do artigo 75, §2. Mantendo-se o controle intenso no pós-abolição, em razão da super-exploração dos libertos nos campos e a repressão penal contra a vadiagem. Isso tudo em um período histórico de forte influxo iluminista, a bem da verdade, o iluminismo brasileiro viveu de “mãos dadas” com o escravismo.

Nota-se que a justiça criminal propriamente brasileira, com seu aparato processual de 1832, aparece com nítida função de instrumentalizar o controle social e operar a manutenção do regime econômico escravista. A própria ressignificação do inquisitivo levado a cabo pela reforma de 1841 reforça essa constatação, já que viabilizou o realce autoritário através do processo.

Outro exemplo de manipulação dos elementos dos sistemas com a finalidade de controle é a utilização discursiva da oralidade¹²⁰ - característica tida como elementar, tanto no sistema acusatório clássico quanto no adversarial - por parte do discurso autoritário brasileiro para fundamentar a ressignificação de um processo tido como instrumento de dominação. Nesse sentido, Francisco Campos¹²¹ sustentava que oralidade simplificaria o desenvolvimento do processo racionalizando sua estrutura, colocando o magistrado em uma posição de maior facilidade no que concerne à análise probatória. Evidentemente, na concepção autoritária de processo, o toque de diferença seria justamente a dotação de poderes amplos ao magistrado para que ele pudesse proteger a sociedade em face dos criminosos. Dessa forma, a oralidade,

¹²⁰ Em tópico posterior, será abordada a característica da oralidade.

¹²¹ CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. **eBooksLibris** Brasil, 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2019. p. 286.

em si considerada, poderia operacionalizar um processo tido como democrático, bem como um processo de traço autoritário¹²².

Com já salientado, a técnica processual, mesmo aquela pautada em um patamar acusatório de processo, encontra-se a serviço do controle. Da mesma forma que os camponeses desprovidos de terra eram controlados através da instrumentária processual na Idade Média, que os escravizados eram controlados no Brasil pré-abolição e os libertos no pós-abolição; atualmente, são aqueles indivíduos excluídos da sociedade de consumo. Existe uma conexão clara entre o produto da tecnologia processual com a necessidade de controle dos excluídos, o que afasta a possibilidade de se trabalhar os conceitos operativos da teoria de forma desconexa da realidade.

Dito tudo isso para demonstrar que a abordagem abstrata do processo, e mais especificamente de sistemas processuais penais, é facilmente cooptada pelas agências de controle, amordaçando o discurso jurídico processual em um campo de mera legitimação da barbárie. E aqui não parece importar de qual sistema se está falando, seus elementos são facilmente cooptados. Em uma sociedade excludente, em que a grande maioria das pessoas estão afastadas dos mecanismos mínimos de autodeterminação no campo social, cultural, econômico e humanístico, o processo penal, seja de que matriz for, será chamado para a função de controle.

A mencionada crítica realista não atinge somente o sistema adversarial, mas toda a abordagem abstrata do tema ‘sistemas’, que menospreza a relação de implicação, de conformidade de controle e processo, como se os pilares do segundo tivessem sido desenvolvidos em um mundo irreal, desvinculado das estruturas de poder.

3.4 PROPOSIÇÃO PARCIAL QUANTO AOS SISTEMAS: SISTEMA PROCESSUAL GARANTIDOR

Com base no que foi analisado até o presente ponto da pesquisa sobre sistemas processuais penais, em um ambiente de sugestão de caminhos possíveis, e sem qualquer pretensão de esgotar o debate sobre o tema, propõe-se o desenvolvimento do que se optou por chamar de “sistema processual garantidor”.

¹²² GLOECKNER, 2008, op. cit., pp.135

A proposição surge do questionamento voltado à suficiência das dicotomias acusatório/inquisitório ou adversarial/inquisitório. Essas dicotomias são suficientes para explicar o fenômeno processual penal contemporâneo? Elas são suficientes para dar conta da implementação efetiva dos sistemas de garantias?

Nessa linha de indagação, parte-se da constatação de que os elementos dos tipos ideais dos sistemas, analisados de forma dissociada do sistema de garantias, podem gerar perplexidades práticas, com enfraquecimento dos direitos fundamentais.

Apenas como exemplo, para ilustrar a ponderação – ponto que será analisado detidamente em tópico posterior¹²³ –, em uma ótica de aplicação de um modelo de acusatório extremo, seria inviabilizada o controle material sobre a pretensão acusatória na fase intermediária, restando ao órgão jurisdicional somente o controle formal. Em outras palavras, a acusação, desde que formalmente delineada na forma da lei, obrigaria a abertura do juízo. Nessa linha, questiona-se: sob o ponto de vista de proteção aos direitos fundamentais do imputado, o que reforçaria mais o sistema de garantias: a existência somente do controle formal ou a implementação de duplo controle (formal e material)? A resposta à pergunta é quase que intuitiva, o duplo controle reforça a proteção.

Em vista disso, é necessário delimitar o princípio reitor que orienta a conformação do sistema proposto. Partindo da constatação de que o processo penal se relaciona com o conhecimento, uma vez que, em seu trâmite, rememora-se fato pretérito (delito), é pressuposto fundante de qualquer sistema processual penal a decisão política sobre qual ou quais dos sujeitos processuais estariam incumbidos da tarefa de trazer o conhecimento à luz¹²⁴. Esse é o ponto chave de análise sistêmica: no princípio inquisitório, essa função é incumbida a apenas um sujeito processual, ao juiz, que exerce uma atividade de busca do conhecimento hierarquizada; já, no princípio dispositivo, essa função é concedida às partes, acusação e defesa, viabilizando uma busca do conhecimento dialógica e contraditória¹²⁵.

¹²³ Mais especificamente no tópico “UMA VISÃO GERAL DO SISTEMA CHILENO”, na parte de análise da fase intermediária.

¹²⁴ No ponto, partindo da constatação de relação do processo com o conhecimento, alguns autores do quilate de Jacinto Coutinho (2014), apenas como exemplo, abordam o processo como instrumento. Instrumento do conhecimento, é verdade, e não instrumento de um pretense direito material. Mas permanecem aceitando uma visão finalística de processo. Essa percepção do fenômeno não é adotada no presente trabalho, já que se sustenta a necessidade de completo rompimento com a ótica instrumental, delimitando processo como garantia. A produção/busca do conhecimento não precisa de instrumento, mas de garantia em face da prevaricação do poder. Vide ponto posterior da pesquisa.

¹²⁵ COUTINHO, 2014, op. cit.

Com essa delimitação de sentido, fica fácil averiguar qual dos princípios é funcional em uma democracia constitucional como a brasileira. O inquisitório viabiliza ou facilita a consolidação de regimes autoritários, uma vez que orienta a relação unilateral e hierarquizada com o conhecimento, já o princípio dispositivo, em razão da abordagem dialógica e contraditória, e o consequente distanciamento do órgão jurisdicional, tende a se compatibilizar com regimes não autoritários.

Eis, portanto, o princípio reitor do sistema garantidor aqui proposto: o princípio do dispositivo. A chave inicial do sistema. Daí em diante, o sistema processual garantidor seria composto por elementos voltados ao reforço do sistema de garantias, pensado especificamente para cada região, viabilizando, nessa linha, a incorporação de elementos da realidade. Com base nessa proposta, seria evitado o engessamento dos tipos ideais dos sistemas, bem como viabilizado o foco completo nos direitos fundamentais.

A eleição dos elementos do sistema processual garantidor possuiria plasticidade suficiente para a adequação às necessidades de cada povo, possuindo um único norte: a efetivação dos direitos fundamentais.

Com isso, é oportuno salientar que não se sustenta a necessidade de completo rompimento com a produção teórica secular dos tipos ideais de sistemas, mas uma alteração de foco que viabilize o reforço ao devido processo legal.

Essa reconfiguração de olhar sobre os sistemas permite uma melhor compreensão/abordagem de fenômenos contemporâneos, tais como a aglomeração quântica de poder e o ativismo judicial, sem, no entanto, deixar de aproveitar as construções teóricas anteriores.

Assim, para sintetizar, os elementos, bem como a interpretação da extensão destes, não seriam aceitáveis simplesmente por constituírem elementos ou interpretações historicamente vinculadas ao acusatório ou ao adversarial, mas seriam testados no campo da operatividade real no que tange ao reforço do sistema de garantias.

Na contemporaneidade, é necessário o distanciamento das dicotomias e o foco nos direitos fundamentais, sob pena de chancela de paradoxos insuperáveis. Destarte, no sistema processual garantidor, só se aceita elementos e só se interpreta no sentido de reforço do devido processo legal¹²⁶.

Por fim, é necessário admitir que o sistema processual garantidor não estaria blindado de forma absoluta à cooptação do discurso jurídico, trabalhada em tópico imediatamente

¹²⁶ Considerações sobre a dicção constitucional do devido processo legal em tópicos posteriores.

anterior, apesar de estar em melhor situação quando comparado aos tipos ideais, em razão de sua abertura à operatividade real. Daí a necessidade do desenvolvimento de uma teoria processual penal crítica que funcionaria como ambiente de base para o sistema, mas esse ponto será abordado mais adiante na pesquisa. Por enquanto, fica delimitada a proposta parcial do sistema processual garantidor.

As questões a serem trabalhadas posteriormente em um âmbito de problematização e proposta se referem à operatividade sistêmica dos institutos do modelo adversarial nas realidades marginais. Uma análise realista, portanto, e não meramente abstrata.

Feitas as delimitações quanto aos sistemas processuais, a presente pesquisa segue no sentido de analisar através de lentes agnósticas as reformas processuais realizadas na América Latina.

4 DO PROCESSO DE REFORMA NA AMÉRICA LATINA: DA ANÁLISE PROCEDIMENTAL À OPERATIVIDADE REAL

Como rapidamente demonstrado em capítulo introdutório, existe uma tendência de implementação do sistema adversarial na América Latina, sensivelmente após as reaberturas democráticas, como mecanismo de oposição a um modelo de justiça nitidamente inquisitorial que fundamentava os regimes autoritários precedentes. Esse movimento de reforma ganhou força em meados da década da 90 do século passado, quando diversos países começaram a superar em sua história institucional um período de ditaduras.

Nesse sentido, segue tabela sintética com dados referentes às legislações de reforma nos países¹²⁷:

Tabela 1 - Legislação de Reforma na América Latina.

País	Referência normativa, sanção e vigência
Argentina ¹²⁸	Lei: 27.482 Sanção: 06/12/2018 Promulgação: 02/01/2019 *Em processo de implementação. Lei: 11.922 – Código de Processo da Província de Buenos Aires;
Uruguai	Lei: 19.293 e modificações Sanção: 2014 Vigência: 01/11/2017
Bolívia	Lei: 1970 Sanção: 1999 Vigência: 2000
Chile	Lei: 19.696 Sanção: 2000 Vigência: 2000 a 2005
Colômbia	Lei: 906 Sanção: 2004 Vigência: 2005 a 2008
Costa Rica	Lei: 7594 Sanção: 10/04/1996 Vigência: 1998
Equador	Lei: RO 180 Sanção: 2014

¹²⁷ Na confecção da presente tabela foram utilizados, como base, os dados disponibilizados por Leonel Gonzáles (2018, p.503-4) na obra coletiva *La Justicia Penal Adversarial Em América Latina: Hacia A La Gestion Del Conflicto Y La Fortaleza De A Ley*. Atualizaram-se, na presente pesquisa, alguns dados no que tange aos dispositivos normativos e datas, especialmente as informações das reformas na Argentina, no Uruguai e na Venezuela.

¹²⁸ Como será demonstrado, na Argentina, é permitido que cada província desenvolva sua legislação processual penal, daí a razão da existência de legislações das províncias e federal, o que torna o sistema complexo. Exemplificou-se com o Código de Processo Penal da província de Buenos Aires, já que é a que tem maior índice de população.

	Vigência: 2014 * A alteração legislativa implementada em 2014 alterou poucos pontos do modelo adversarial instaurado desde 2009.
El Salvador	Decreto: 733 Sanção: 2008 Vigência: 2011
Guatemala	Decreto: 51-92 Sanção: 1992 Vigência: 1994
Honduras	Decreto: 9-99-e Sanção: 1999 Vigência: 2002
México	Reforma Constitucional (18/06/2008) *Determinou a aplicação do modelo acusatório em todos os estados em um prazo máximo de 8 anos. <i>Código Nacional de Procedimentos Penales</i> Sanção: 2014 Vigência: 2016
Nicarágua	Lei: 406 Sanção: 2001 Vigência: 2002 a 2004
Panamá	Lei: 63 Sanção: 2008 Vigência: 2011 a 2016
Paraguai	Lei: 1286 Sanção: 1998 Vigência: 2000
Peru	Decreto Supremo: 005-2003 Sanção: 2004 Vigência: 2006
República Dominicana	Lei: 76-02 Sanção: 2002 Vigência: 2004
Venezuela	Decreto: 9.042 Sanção: 2012 Vigência: 2013

De tudo quanto já escrito, é possível concluir pela absoluta incompatibilidade do sistema inquisitivo com o regime democrático. Não se nega que o sistema adversarial, no patamar abstrato, opõe-se de forma direta ao pilar inquisitivo de processo, estabelecendo uma série de garantias que, no campo do discurso jurídico, são posicionadas na direção da contenção do poder. A questão que se pretende testar é se essas abstrações operam na contemporaneidade no mesmo sentido de suas finalidades abstratas, ou se fomentam no âmbito do real tudo aquilo que se pretende evitar, gerando verdadeiros paradoxos.

Por essas razões, se o sistema adversarial tem sido apresentado na América Latina como opção de superação dos modelos inquisitórios, que seja fartamente testado, com a finalidade de verificar a operatividade do sistema na realidade marginal.

Com a finalidade de verticalizar a análise sobre o sistema adversarial, bem como sobre seu impacto na América Latina, será analisado, nos subtópicos a seguir: a reforma processual

do Chile, já que seu procedimento penal tem sido utilizado, em grande medida, como modelo para a reforma em outros países da região; as transformações/deformações do modelo adversarial, desde sua gênese ilustrada até a atualidade; a operatividade real do sistema na América Latina, com projeções de impacto na realidade brasileira.

4.1 UMA VISÃO GERAL DO PROCEDIMENTO PENAL CHILENO

No presente subtópico será realizado uma abordagem geral sobre o modelo de processo chileno, sem a intenção de esgotar a matéria, sensivelmente por não ser esse o objetivo central do trabalho. Assim, a exposição a seguir tem a finalidade de demonstrar panoramicamente a base do processo, bem como uma visão geral do procedimento.

O sistema processual chileno, antes dos processos de reforma, era um dos modelos inquisitivos mais ortodoxos da América Latina, com a concentração das funções de acusar e julgar na mesma figura, possuía um procedimento que comportava uma fase sigilosa e uma segunda fase aberta, que, na prática, somente servia para cancelar os elementos produzidos na primeira, inexistia Defensoria Pública, dentre outras características.

Com o fim do regime de Augusto Pinochet e a reabertura democrática do Chile, as forças políticas progressistas se uniram com a finalidade de tentar reformar a justiça criminal chilena, tentando adequá-la a um ideal democrático.

No campo normativo, é possível mencionar as seguintes alterações levadas a cabo no processo de reforma: Reforma Constitucional (1997); Lei Orgânica do Ministério Público - Lei 19.640 (1999); Novo Código de Processo Penal - Lei 19.696 (2000); reforma substancial no Código Orgânico dos Tribunais; lei de criação da Defensoria Pública - Lei 19.718 (2001); normas adequatórias dos sistema legal chileno (2002). Todas essas alterações legislativas foram precedidas desde 1995 por um amplo debate no campo universitário.

É possível dizer que a alteração da justiça criminal do Chile abarcou alterações legislativas, mudanças orgânico-estruturais, uma profunda modificação na formação dos operadores, câmbio de paradigma cultural, tudo coordenado através de uma política de Estado coesa – coesão política tanto entre os partidos, bem como entre os poderes.

O processo de reforma foi baseado em 4 pontos básicos, quais sejam, a adoção de um sistema adversarial; o amplo reconhecimento dos direitos dos imputados, bem como das vítimas; e a tentativa de racionalização da persecução penal.

Nessa linha, adotou-se o modelo processual com elementos básicos bem definidos em fases. Assim, é possível mencionar de forma clara as seguintes etapas: prévia à formalização; formalização da investigação; controle da acusação – também chamada de fase intermediária; julgamento oral; e fase de impugnação.

Na tentativa de efficientização da persecução, adotaram-se saídas antecedentes à formalização da investigação; ou seja, no patamar da investigação prévia, pode o promotor: a) não iniciar a investigação, quando, por exemplo, não vislumbrar a ocorrência de crime; b) desestimar o caso com base no princípio da oportunidade, quando, por exemplo, verifique que não ocorreu afetação ao bem jurídico tutelado; c) remeter o caso para o arquivo provisório, quando não existirem elementos para prosseguir.

Além disso, existe a possibilidade de saídas alternativas após a formalização, tais como suspensão condicional (Art. 237 do Código de Processo Penal Chileno) e acordo reparatório (Art. 241) – ambos com intervenção do juiz de garantias –, bem como é possível que a fiscalia requeira, ao final das investigações, o sobrestamento temporal ou definitivo do caso (Art. 248), sendo que, no caso do segundo, a decisão do juiz de garantias que decreta o sobrestamento faz coisa julgada conforme dicção do Art. 251 do Código de Processo Chileno (2000).

No campo procedimental, é possível verificar basicamente¹²⁹ três modelos: um juízo mais amplo, que poderia ser comparado em razão da amplitude com o procedimento comum ordinário do processo penal brasileiro, comumente utilizado para os casos mais graves, julgado pelo Tribunal Oral Penal; o juízo simplificado; e o juízo abreviado, esses últimos julgados pelo juiz de garantias. No segundo, é admissível o processamento de delitos leves com pena de multa ou de prisão de até 60 (sessenta) dias e de alguns delitos simples (baixa e média gravidade) em que o fiscal solicita a imposição de uma pena não superior a 540 dias; já, no terceiro, admite-se o processamento dos casos em que o promotor requeira a imposição de uma pena não superior a cinco anos e o imputado tenha reconhecido os fatos que lhes foram atribuídos, não podendo o juiz impor pena superior ao quanto solicitado.

Tanto no juízo abreviado como no simplificado, apesar de constituírem procedimentos mais simples, tratam-se de juízos orais, perante o juiz de garantias, que deve proferir sentença com base nos elementos de prova, podendo, inclusive, absolver o imputado; em outras palavras, o Ministério Público não se encontra desprovido da carga probatória.

¹²⁹ Dito basicamente, uma vez que é possível vislumbrar, por exemplo, o procedimento monitorio que é uma variante do simplificado, para os casos punidos exclusivamente com pena de multa

O sistema processual chileno é fincado de forma central na oralidade, em nítida oposição ao modelo inquisitório pautado na característica da escritura. Falar em oralidade no processo não se limita a meras posturas em audiência, mas sim em aplicação de um modelo de justiça criminal republicano e democrático, que se opõe de forma clara ao modelo de processo marcado pelo sistema inquisitivo. Nesse modelo de justiça, propõe-se, dentre outras coisas, o rompimento com a escritura, com a burocratização, a aproximação do órgão jurisdicional da prova que passa ser produzida em audiência pública, a inviabilidade de delegações de atividades pelos operadores de justiça, a efetividade da prestação jurisdicional, uma administração de justiça que supera o modelo de petição em direção ao modelo de litígio, o controle democrático da atividade jurisdicional etc.

Quando falamos de “oralidade”, não estamos falando simplesmente sobre as atuações dos papéis cênicos em um espaço mais ou menos majestoso. Se trata de conseguir passar de um modelo administrativo de justiça baseado na diligência, na petição (que é o modelo de petição administrativa), a uma administração da justiça baseada no litígio¹³⁰.

A oralidade funciona como o núcleo, o centro do sistema de garantias, entendido como o conjunto de princípios que possui como finalidade a proteção do indivíduo em face do abuso do poder. É possível afirmar que a oralidade representa uma metodologia que: “(a) reúne todos os atores envolvidos no caso; (b) permite a produção de informação; (c) admite o controle da contraparte; (d) gera informação de alta qualidade; e, com efeito, (e) possibilita tomar decisões de alta qualidade.”¹³¹

Da mesma forma que falar em oralidade não é somente falar sobre gestos em audiência, falar em escritura não é somente salientar a forma de acesso ao juízo, mas sim em um modelo que remonta uma tramitação burocratizada, que permite eternas delegações de funções, o distanciamento do órgão jurisdicional do controle popular etc.

[...] o julgamento escrito acaba por não ser um verdadeiro julgamento, porque não existe mediação e não existe uma verdadeira e profunda controvérsia (...) Não existe uma verdadeira controvérsia, já que se trata de um procedimento sequencial, em linha reta, que impede o verdadeiro diálogo que permite a contradição. O julgamento

¹³⁰ BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y pública**. En la implementación de la nueva justicia penal adversarial. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012b. p. 180.

¹³¹ GONZÁLES, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Chile: CEJA, 2017. p. 24.

escrito é uma falsificação do verdadeiro julgamento que surgiu da desconfiança e da rotina¹³².

Ninguém pode sofrer a imposição de uma pena sem prévio juízo; mas não qualquer juízo, e sim aquele imparcial, que permita a publicidade e a contrariedade. Nesse sentido, analisando historicamente o fenômeno da justiça criminal, fica nítido que a oralidade assegura essas condições¹³³.

Com o fito de viabilizar a oralidade e rechaçar a escritura, o sistema processual chileno é pautado em audiências orais, que constituem um método de apuração de informação e tomada de decisões. Não é qualquer audiência que pode ser considerada oral, uma vez que a mera verbalização perante um juiz de direito não implementa a garantia do juízo oral. Para que se esteja diante de uma audiência oral, é necessário que os atores envolvidos estejam presentes, que seja favorecida a produção de informação, bem como exista um ambiente que permita o controle da contraparte, propiciando informação de alta qualidade e tomadas de decisão seguras. A audiência sem essas características se constitui em um embuste, em outras palavras, em uma falsa audiência.

É possível ocorrer audiências de: controle de detenção; formalização de investigação; medidas cautelares; saídas alternativas; controle da acusação; julgamento oral; dentre outras que as partes entendam como necessárias. Além disso, as audiências possuem um caráter multifuncional, sendo possível que seja promovida com diversas finalidades; dessa forma, é viável que, em uma mesma audiência, debata-se o controle da detenção, a formalização da investigação, bem como medidas cautelares.

Na etapa prévia à formalização – etapa preliminar –, buscam-se elementos mínimos de informação para viabilizar a análise do ministério público no que tange à formalização ou não da investigação. É nessa etapa que se realizada a audiência de controle da detenção.

¹³² BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad. Fernando Zani; Rev. e Apres. Fauzi HassanChoukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a, pp.80-1.

¹³³ Percebe-se que o elemento 'oralidade', da mesma forma que outros elementos dos sistemas, pode ser utilizado para fundamentar conclusões distintas sobre processo, conforme demonstrado em tópico anterior. Nesse sentido Francisco Campos (2002) utilizava a oralidade com a clara finalidade de dar efetividade ao processo como instrumento de dominação, enquanto que contemporaneamente a doutrina de traço garantista, como por exemplo aquela encabeçada por Binder (2003), utiliza o elemento como centro do sistema de garantias. A característica da oralidade, ao menos em períodos remotos que remontam o medievo, não aparece no processo por influxos ilustrados, não por um consciente desenvolvimento dos elementos do processo, mas pelo fato de que as partes não sabiam ler e escrever (WINTER, 2008, p.19), não possuindo, portanto, uma característica inata de um elemento democrático, o que não afasta, contudo, a conclusão de que seu desenvolvimento histórico se deu de forma mais clara no sistema acusatório, bem como que seu exercício viabilizou garantias sensíveis no processo penal como a imparcialidade, a publicidade e a contrariedade.

Encerrada a etapa preliminar, inicia-se, se for o caso (já que, por exemplo, o promotor pode desestimar o caso como já demonstrado anteriormente), a formalização da investigação. Dessa maneira, é designada uma audiência com a finalidade do promotor comunicar formalmente ao imputado, na presença de seu defensor e do juiz de garantias, os fatos pelos quais se inicia a investigação – Art. 229 e seguintes do Código de Processo Chileno.

Formalizada a investigação, é possível audiência de medida cautelar. Nessa audiência, debate-se a existência de pressupostos materiais e processuais. Os pressupostos materiais (Art. 140, ‘a’ e ‘b’) relacionam-se com o relato do fato delitivo e a possível intervenção do imputado, assim, é possível sintetizar a abordagem linear na seguinte ordem: fato, delito e participação do imputado; já os pressupostos processuais (Art. 140, ‘c’) vinculam-se à cautelaridade da medida. É oportuno salientar que, em razão das contrarreformas¹³⁴, realizadas em 2008, foram inseridas hipóteses que não se vinculam à cautelaridade, mas sim à defesa social, aos antecedentes, dentre outros.

Entre a formalização da investigação e o julgamento do Tribunal Penal Oral, existe a fase intermediária, também chamada de fase de controle da acusação. Nesta etapa se procede a preparação para o julgamento oral, bem como o controle da pretensão ministerial. A importância da fase intermediária se vincula à ideia de que o processo deve se desenvolver de forma responsável, em razão do potencial lesivo que a própria instância processual pode gerar na vida do imputado. Assim, o processo edificado em uma ordem de garantias deve permitir um controle jurisdicional da passagem para a fase de juízo. Em síntese, é na *“etapa intermedia se decide si existe o no suficiente fundamento para pasar a la etapa de juzgamiento”*^{135 136}.

É possível identificar dois filtros de análise no que tange a este momento processual, quais sejam: o controle formal e o controle substancial da pretensão acusatória. Ambos possuem variação nos sistemas processuais, em razão da intensidade do sistema acusatório/inquisitório, entretanto, é possível identificar que: o primeiro viabiliza, como o nome denota, um controle dos vícios formais da acusação, visando evitar o desenvolvimento

¹³⁴ Refere-se como contrarreforma, pois a alteração legislativa busca resgatar características do antigo regime processual, caminhando na contramão das reformas realizadas. É possível mencionar a alteração legislativa levado a cabo pela lei 20253 de 2008;

¹³⁵ CANCHES, Omar Dueñas. Importancia de la aplicacion de la etapa intermedia en el proceso penal. **Instituto de Ciencia Procesal Penal**. Disponível em: <www.incipp.org.pe> Acesso em: 12 dez. 2017. p. 8.

¹³⁶ Tradução livre: “etapa intermediária se decide se existe ou não suficiente fundamento para passar à etapa de julgamento.”

maculado do processo, uma vez que se conecta umbilicalmente com o grau de precisão das decisões judiciais, repercutindo, por exemplo, no exercício do direito de defesa. Já o segundo se relaciona com uma análise substancial, referindo-se a matérias de fundo para a admissão da acusação; em outras palavras, os atos conclusivos da acusação no que tange à investigação podem apontar para diversas alternativas – por exemplo, a imputação formal através de denúncia –, assim, é necessário que existam fundamentos que denotem que os fatos serão provados em juízo.

A fase intermediária, portanto, existe para permitir um amplo debate sobre as questões formais e substanciais, evitando assim a remessa de um caso inapto a juízo e, por consequência lógica, todas as consequências nefastas de responder uma ação penal. O controle exercido nessa fase, como já adiantado, pode variar de acordo com o grau de intensidade do sistema acusatório, assim, nas palavras de Binder:

Si es acusatorio en un sentido extremo, la acusación obligará a la apertura a juicio y la decisión judicial se limitará al control formal que asegure el desarrollo normal del juicio. Si el sistema es acusatorio, pero de un modo mitigado, el juez podrá admitir o desechar la acusación cuando ésta no tenga suficiente fundamento. Si es acusatorio en un sentido restringido, el juez podrá, incluso, obligar al fiscal a presentar una acusación cuando considere que existen razones para que la persona imputada sea acusada y el fiscal no lo hubiera hecho. Aún más: si el sistema es acusatorio en un sentido mas amplio —es decir, si incorpora activamente a la víctima—, el juez podrá decidir si ella acusará en lugar del fiscal, o admitirá la acusación de la víctima aun cuando el fiscal no hubiere acusado. Todas estas son variantes que permiten estructurar el proceso de diferente modo^{137, 138}.

A primeira hipótese colide com a própria lógica que fundamenta a necessidade da fase intermediária, uma vez que se admitiria o processamento da demanda, que, apesar de preencher os requisitos formais, não estaria apta ao processamento no sentido substancial. Se uma das finalidades dessa fase é justamente evitar que o imputado sofra desnecessariamente os efeitos nefastos do processo, não teria lógica admitir o desenvolvimento do caso. De

¹³⁷ BINDER, 2003a, op. cit., pp. 192.

¹³⁸ Tradução livre: “Se é acusatório em sentido extremo, a acusação obrigará a abertura do juízo e a decisão judicial se limitará ao controle formal que assegure o desenvolvimento normal do juízo. Se o sistema é acusatório, mas de um modo mitigado, o juiz poderá admitir ou rejeitar a acusação quando está não tenha suficiente fundamento. Se é acusatório em sentido restrito, o juiz poderá, inclusive, obrigar o promotor a apresentar uma acusação quando considere que existam razões para que a pessoa imputada seja acusada e este assim não tenha procedido. Ainda mais: se o sistema é acusatório em sentido mais amplo – é dizer, se incorpora ativamente a vítima -, o juiz poderá decidir se ela acusará no lugar do fiscal, ou admitirá a acusação da vítima ainda quando o fiscal não tenha acusado. Todas estas são variáveis que permitem estruturar o processo de diferente modo.”

qualquer sorte, é possível encontrar as mencionadas variações nos diversos sistemas processuais.

É possível identificar outras características da fase intermediária, por exemplo, a análise da prova (Art. 272), englobando a discussão sobre sua legalidade, bem como as convenções probatórias (Art. 275); o julgamento de possíveis exceções apresentadas (Art. 271); dentre outras possibilidades. Mas, apesar de existirem outras finalidades, é central a função de controle da acusação, pelas razões já expostas.

Finda a fase intermediária, passa-se à fase de julgamento oral pelo Tribunal (Art. 328 e seguintes). Nessa audiência, o Tribunal expõe o auto de abertura do julgamento oral, acusação e defesa apresentam suas alegações de abertura, sendo possibilitada a manifestação do acusado se assim o mesmo desejar, em ato contínuo, iniciam-se a apresentação e o controle das provas, seguidos das alegações de encerramento da acusação e da defesa, sendo permitida a manifestação do imputado¹³⁹, e, por fim, o Tribunal dita o veredito e, no prazo máximo de 5 dias, realiza a leitura da sentença¹⁴⁰.

Após o julgamento pelo Tribunal Oral Penal, abre-se a possibilidade das vias recursais (Art. 352 e seguintes), sendo possível o manejo de recurso por nulidade, em que é viável arguir de forma central: (a) a violação de direitos e garantias previstas na Constituição ou em tratados internacionais devidamente ratificados; (b) a aplicação equivocada do direito que tenha influenciado no dispositivo da sentença. No primeiro caso, o recurso é conhecido pela Corte Suprema; já no segundo caso, pela Corte de Apelação, salvo quando existirem entendimentos conflitantes nas diversas cortes de apelação situação na qual o recurso será conhecido pela Suprema Corte. O julgamento dos recursos segue a lógica de audiências, viabilizando sempre a oralidade.

4.2 DA DEFORMAÇÃO DAS GARANTIAS ILUSTRADAS: DE UM SISTEMA DE PROTEÇÃO A UM SISTEMA DE CONTROLE

Voltando a análise especificamente para o sistema adversarial, no campo do real e na contemporaneidade, verifica-se que alguns de seus institutos operam com nítida função de dar

¹³⁹ O acusado pode requerer que seja ouvido a qualquer momento da audiência, conforme dicção do Artigo 326 do código de processo chileno.

¹⁴⁰ O que se posterga é a redação da sentença e a determinação da pena.

vazão ao encarceramento mediante a alteração da base processual, relativizando garantias criadas pelo próprio movimento ilustrado. Talvez, uma deformação intensificada pelo neoliberalismo das garantias ilustradas.

Mas como um sistema gestado no período da ilustração, voltado à contenção do poder punitivo, tornou-se, no campo da operatividade real, um mecanismo de eficientização do controle social? O que aconteceu entre o século XVIII e a contemporaneidade que justifique tal mudança? O que aconteceu para justificar a alteração do sistema a tal ponto de passar de um modelo de julgamento por jurado, cercado de garantias, para um modelo, que, na prática, gera condenações sem julgamento?

Ao analisar o fenômeno, John H. Langbein¹⁴¹ sugere que a deformação do processo, a alteração de suas bases, com a aplicação quase que irrestrita dos institutos de barganha, surge como resposta à inviabilidade prática da instituição do júri.

Nessa linha de intelecção, faz-se uma digressão histórica, demonstrando que a instituição do Júri, ainda no século XVIII, era despida de maiores garantias, constituindo um procedimento sumário. Apenas como exemplo: as regras de exclusão de prova ainda não estavam bem delineadas; o juízo adversarial não tinha se desenvolvido de forma mais perfectibilizada; o direito de representação por advogado não se aplicava a todos os casos até o final do século XIX; a assistência de advogado para imputados pobres não era exigida até metade do século XX.

Analisando o procedimento das demandas criminais graves no *Old BayLey*¹⁴², em 1730, verificou-se que existia o processamento cotidiano de 12 a 20 júris, sem a participação dos advogados nos julgamentos. No período de sua constitucionalização nos Estados Unidos da América, em 1790, o Júri ainda mantinha um processamento célere.

Sustenta-se que, com o passar do tempo, a instituição do júri agregou tantos regramentos e garantias que tem tornado o julgamento impraticável no cotidiano. Dessa forma, os institutos de conformidade ter-se-iam desenvolvido como solução prática à inoperatividade do julgamento adversarial por parte do Tribunal do Júri. Salienta-se que outros países sofreram a mesma pressão por garantias, mas suas reformas não levaram à incidência de um juízo adversarial, o que teria preservado a instância do julgamento, como

¹⁴¹ LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 139-149.

¹⁴² Corte Criminal Central na Inglaterra.

exemplo da Alemanha. Indica-se, nesse sentido, a necessidade de pesquisa para verificar a razão de esses países continentais não terem sucumbido à barganha¹⁴³.

Existiria, na linha de intelecção do autor, um limite intrínseco de tolerância ao nível de complexidade do sistema e das garantias que um povo poderia tolerar. Na hipótese desses limites serem excedidos, e o sistema de justiça criminal colocado em perigo, o sistema responderia com a criação de subterfúgios.

Na visão do autor, as garantias construídas ao redor do Tribunal do Júri, com a finalidade de trazer maiores proteções ao imputado, tornaram a instituição inoperante, inviabilizando, no campo prático, a implementação delas. Assim, o sistema teria focado na indução da confissão como forma de afastar o nível de garantias então exigido.

No caso dos Estados Unidos, sacrificaram-se garantias pilares do sistema adversarial com julgamento por júri, quais sejam: participação leiga nas decisões penais; presunção de inocência; exame cruzado; proibição de autoincriminação etc.

De forma sintética, coloca-se a transformação do Júri como causa do desenvolvimento da barganha, esclarecendo, entretanto, que não se afirma que seja causa única, mas deixa claro a sua centralidade.

Trata-se de uma perspectiva que encontra resposta da falência de um modelo garantidor, nas próprias garantias, que vislumbra que a falência da implementação procedimental, gerou outro tipo de procedimento. Em outras palavras, a análise se restringe às instâncias processual/procedimental, não albergando relações com as instâncias reais de poder. E não que o autor tenha menosprezado ou que tenha entendido como inexistente a influência, como bem reconhecido “Ao isolar a transformação do júri como a causa originária do *plea bargaining*, nós não queremos dizer que este desenvolvimento processual é a causa única de uma prática tão complexa.”¹⁴⁴

Assim, com a finalidade de ampliar o espectro de análise, é necessário relacionar o surgimento/ampliação/restricção de garantias com as instâncias reais de poder.

O processo através do qual foram consolidadas as garantias liberais, bem como aquele que gerou a deformação dessas é claramente examinável sob o ponto de vista histórico e se vincula à luta pelo poder. A manifestação ilustrada de contenção do poder de punir foi funcional ao enfraquecimento do clero e da nobreza, viabilizando a acomodação da nova

¹⁴³ Apesar de sugerir a pesquisa, parece apontar como razão a não adoção do sistema adversarial pautado em suas garantias agregadas com o passar histórico, já que ressalta esse elemento no texto.

¹⁴⁴ Ibid., pp. 140.

classe em ascensão, qual seja a burguesia. Nessa linha de intelecção, atacou-se a manifestação mais clara do poder político, qual seja, o poder de punir, fadigando o poder estabelecido, permitindo a reestratificação social.

Após as revoluções burguesas e a consolidação da nova classe no espectro do poder, as garantias, outrora defendidas, foram relativizadas, reinterpretadas, suavizadas, já que a patuleia precisava ser controlada, e nada melhor que um sistema de punição para controlar os miseráveis. Os estranhos, os impuros, os inimigos, os miseráveis não podem ter direitos, o processo passa a ser visto como obstáculo ao controle, impedimento à defesa da sociedade etc. As promessas de igualdade de direitos são solenemente abandonadas, já que se mostram incompatíveis com uma sociedade verticalizada e excludente.

Confirmando essa perspectiva, basta verificar o produto doutrinário do século XVIII e aquele gestado no século XIX, este último fartamente utilizado pelos regimes autoritários da primeira metade do século XX, como já demonstrado no presente trabalho.

(...) a mudança mais importante para o autoritarismo pela via do direito penal de autor ocorreu no século XIX, quando as classes de industriais e comerciantes já haviam alcançado a hegemonia social em relação à nobreza e ao clero e, por conseguinte, já não necessitavam do discurso de contenção do poder punitivo elaborado pelos juristas e filósofos, ou seja, o discurso penal liberal proveniente do iluminismo. Quem levou a cabo esta volta ao inquisitório foi o positivismo criminológico (...)¹⁴⁵.

Essa deformação é intensificada na atualidade em razão da perspectiva de valores neoliberais, como exigência de controle das massas marginalizadas decorrentes de um regime excludente, conforme já explicitado; tratando-se, assim, da retração dos deveres emancipatórios e da gestão da exclusão através do encarceramento.

Sob o ponto de vista global, a realidade de densa concentração de riqueza, de exclusão da esmagadora maioria da população do globo de elementos mínimos de sobrevivência, de miséria, de permanência do flagelo da fome, de genocídio difuso instaurado nas realidades marginais pelo capitalismo financeiro, exige, como ferramenta funcional ao sistema posto, um controle intenso das massas marginalizadas. Essa exigência de controle atinge o processo deformando seus pilares garantidores. A relação do poder com o saber já delineada no presente trabalho.

Assim, a extinção/relativização de garantias decorre de uma exigência de controle de uma sociedade excludente. Como já salientado em tópico anterior, independente do modelo

¹⁴⁵ ZAFFARONI, 2017, op. cit., pp. 91.

processual adotado, as bases do sistema são torcidas com a finalidade de dar vazão ao controle social. Evidentemente que, em sociedades menos desiguais, a necessidade de controle se reduz ou, ao menos, a forma de controle se torna mais branda.

A ampliação contemporânea da barganha no processo penal se insere nesse contexto, decorrendo dessa necessidade de controle. Não se trata de posição antagônica ao posicionamento de Langbein¹⁴⁶, mas sim complementar, visando ampliar o panorama de análise, tampouco se trata de uma visão definitiva no que tange ao fenômeno da barganha, já que, como salientado por Langbein “a história do *plea bargaining* ainda está sendo escrita (...)”.¹⁴⁷

Ademais, propõe o supracitado autor a adoção de um modelo simplificado não adversarial, tomando como parâmetro o modelo alemão, que, dentre vários benefícios: impede a barganha em casos graves; exige como pressuposto da condenação prova suficiente mesmo em caso de confissão, o que equivaleria ao princípio probatório para além da dúvida razoável; exige que a confissão seja realizada durante o julgamento; dentre outros.

Esse modelo seria o meio termo “entre o impossível sistema diário do julgamento adversarial pelo tribunal do júri e o vergonhoso sistema sem julgamento do *plea bargaining*.”¹⁴⁸

No entendimento de Langbein¹⁴⁹, deve existir equilíbrio entre garantia e efetividade processual, sustentando a existência de excessos “do processo adversarial e das regras probatórias”; o que sugere que, em sua compreensão, a eficiência processual diz respeito ao controle, não à garantia.

Ocorre que, como será demonstrado detidamente a seguir, processo é garantia, dirige-se à garantia, encerra garantia. A eficácia processual é garantidora, o discurso jurídico processual está (ou, ao menos, deveria estar) brandido em face do sistema de punição, não é instrumental a ele. E, mais uma vez, o processo é visto de forma instrumental – o velho influxo de uma teoria geral.

Talvez, essa compreensão dicotômica entre efetividade processual e garantia sirva à realidade norte-americana, talvez à sociedade Alemã, não se sabe, porém, é questionável sua

¹⁴⁶ LANGBEIN, 2017, op. cit.

¹⁴⁷ Ibid., pp.140.

¹⁴⁸ Ibid., pp. 149.

¹⁴⁹ Ibid., loc. cit.

serventia para a América Latina. Como já esclarecido no presente trabalho, o marco de análise é agnóstico, fincado no descolonialismo, razão pela qual as considerações aqui delineadas, projetadas, sugeridas, não possuem pretensão de universalidade, mas sim de adequação à realidade marginal da América Latina.

A distância que separa nossos jardins devastados dos jardins floridos da Europa é incomensurável: afinal, nós convivemos diariamente como um sistema penal predador de direitos humanos. Eles não conhecem nada remotamente semelhante a isso¹⁵⁰.

No caso do Brasil, a Constituição Federal (1988), através da dicção do devido processo legal, determina que processo é garantia, o que afasta qualquer desejo saudosista de retorno à ótica instrumental. Assim, não há que se falar em dicotomia efetividade processual e garantia. A efetividade processual é justamente a de garantia.

Quanto aos benefícios do modelo alemão mencionados por Langbein, em contraponto ao adversarial norte-americano, o sistema adversarial que vem sendo aplicado em alguns países da América Latina já corrigiu – ao menos no patamar legislativo – as vulnerabilidades, definindo, por exemplo: juízo na barganha – nominado como juízo abreviado; a necessidade de prova diversa da confissão para pautar o decreto condenatório; a impossibilidade de barganha em casos graves, como ocorre no procedimento chileno¹⁵¹; etc.

A concepção de redução de garantias com foco na manutenção da eficiência do sistema de justiça criminal fragiliza a legitimidade do estado de direito e viabiliza a ampliação do impacto da irracionalidade punitiva em face dos vulneráveis. Como será trabalhado na hipótese do trabalho, se a preocupação é com a efetividade da justiça criminal, que se reduza o espectro de criminalização.

Feitas essas ponderações sobre a causa dos institutos de conformidade e seu reflexo na relativização de garantias, denota-se que a barganha tem funcionado como “fio condutor” do desmonte dos pilares garantidores do processo penal, vislumbrados desde a ilustração.

A barganha que aparece no processo como garantia, em razão do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito, como sujeito ativo do processo e não como mero objeto, garantindo-se sua ingerência na sanção penal através do (*guilty pleas*) e da negociação das

¹⁵⁰ KHALED, Salah H. Garantismo à La Carte: integral, desnatado, ou semi-desnatado? **Justificando**. 26 set. 2015. Disponível em: < <http://justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>> Acesso em 01 out 2015.

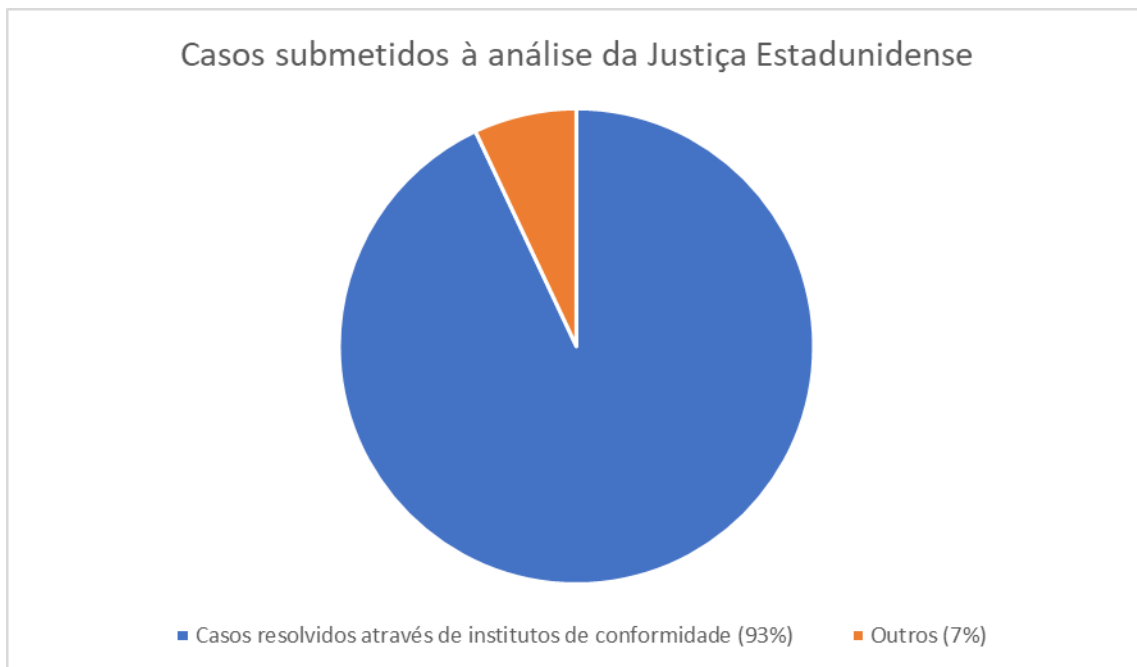
¹⁵¹ A bem da verdade o procedimento uruguaio manteve a anomalia de permitir barganha em casos com penas bem exasperadas.

penas (*plea bargains*), converte-se, na contemporaneidade, em mecanismo de efficientização do sistema.

Não se trata de negar a inspiração garantidora de sua criação, mas sim desvelar sua operatividade real no sistema de controle. A título de exemplo, é possível mencionar dados da justiça criminal estadunidense, em que 93% dos casos são resolvidos através de mecanismos de conformidade, em suas diversas variáveis¹⁵², alcançando o importe de 96% dos casos na Justiça Federal no ano de 2004¹⁵³. Em casos graves o percentual alcança o importe de 99%¹⁵⁴.

Seguem os dados supracitados em gráficos:

Gráfico 1 – Casos submetidos à análise da Justiça Estadunidense.



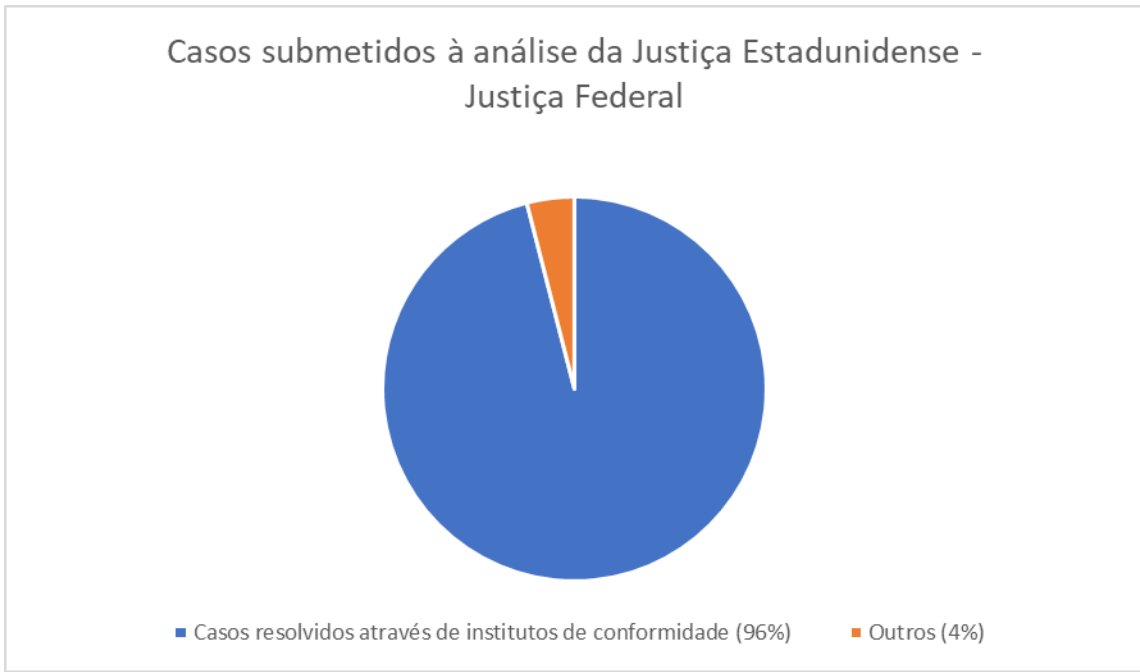
Fonte: Gráfico próprio com dados já referenciados.

¹⁵² THAMAN, Stephen C. Aspectos Adversariales, Acusatorios y inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 170.

¹⁵³ Dados estatísticos elaborados pelo *Bureau of Justice Statistics (US Department of Justice)*. Disponível em: <<https://www.bjs.gov/>> Acesso em: 20 jan. 2019.

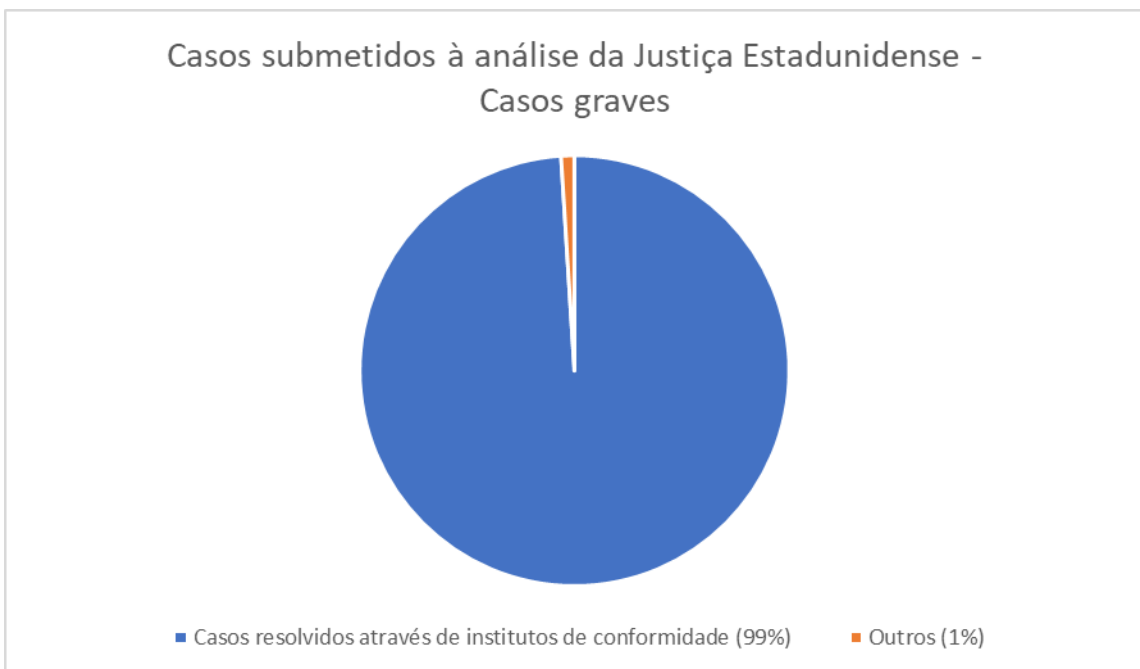
¹⁵⁴ LANGBEIN, 2017, op. cit., pp. 138.

Gráfico 2 – Casos submetidos à análise da Justiça Estadunidense – Justiça Federal.



Fonte: Gráfico próprio com dados já referenciados.

Gráfico 3 – Casos submetidos à análise da Justiça Estadunidense – casos graves.



Fonte: Gráfico próprio com dados já referenciados.

A mesma tendência segue a Espanha, que apresenta percentual entre 60 a 70% de casos¹⁵⁵. Nesses casos, não existem, sequer, esforços adversariais de relação com a verdade, nesse sentido:

Es em el plea bargaining donde se aprecia de manera evidente el poder discrecional absoluto que ejerce el fiscal respecto del ejercicio de la acción penal (...) los casos penales es resuelto sin un juicio, y consiguientemente sin que se realice ningún esfuerzo ni adversarial ni inquisitivo por averiguar la verdad. (...) a través del plea bargaining há reaparecido em el sistema adversarial norte americano, la práctica más característica de los procesos de inquisición, la de forzar la confesión del acusado. Así, el gran acusador raramente se ve obligado a presentar la prueba que funda la acusación em un juicio acusatorio y adversarial ante el jurado, lo cual era considerado como la garantía más importante del sistema norteamericano^{156, 157}

A barganha tornou a instância do Tribunal do Júri nos Estados Unidos da América, e suas garantias afetas, quase que em uma figura mitológica, afastando a inspiração garantidora do processo. Na prática, condenações sem julgamento.

Tudo isso ao arrepio da Constituição (1787)¹⁵⁸, uma vez que a sexta emenda estabelece que *“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury”*¹⁵⁹. Não em alguns casos, mas em todos os casos.

Quando são constatados esses números, é necessário delimitar a compreensão de processo, com a finalidade de analisar a eficácia do sistema. Se processo é entendido como instrumento que deve atentar para a viabilização do controle social, não são encontrados maiores problemas nos institutos de conformidade, já que estes concedem vazão ao controle das massas. Entretanto, se processo é entendido como garantia, esses institutos passam a representar um verdadeiro empecilho, já que geram a dilapidação do sistema de proteção do indivíduo.

¹⁵⁵ WINTER, 2008, op. cit., pp. 42.

¹⁵⁶ THAMAN, 2008, op. cit., pp.170.

¹⁵⁷ Tradução livre: “É na barganha onde se aprecia de maneira evidente o poder discricionário absoluto que exerce o promotor no exercício da ação penal (...) os casos penais são resolvidos sem juízo e conseqüentemente sem que se realize nenhum esforço nem adversarial, nem inquisitivo para averiguar a verdade (...) através da barganha reapareceu no sistema adversarial norte americano, a prática mais característica do processo da inquisição, a de forçar a confissão do acusado. Assim, o acusador raramente se vê obrigado a apresentar a prova que funda a acusação em juízo acusatório e adversarial ante o jurado, o qual era considerado como garantia mais importante do sistema norte-americano.”

¹⁵⁸ EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América**, 1787. Washington. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments> Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁵⁹ Tradução livre: “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial.”

E essa concepção de processo, ao menos sob o ponto de vista histórico, sempre esteve conectada com os fins do próprio direito penal, bem como com a qualificação jurídica dada pelo ordenamento jurídico.

Sejam as teorias retribucionistas que trabalham a sanção como fim em si, e supõe uma lógica entre crime/castigo, sejam as teorias utilitaristas que enxergam a sanção como meio para se alcançar determinado fim, desde as mais tradicionais voltadas à prevenção (geral positiva, geral negativa, especial positiva e especial negativa), até as mais rebuscadas na contemporaneidade, como a ressignificação do utilitarismo levado a cabo pela teoria garantista, concederam, em certa medida, legitimidade à intervenção penal.

E o discurso jurídico processual, sob a pecha de instrumental em relação ao direito material – talvez um dos piores influxos de uma teoria geral do processo – sempre seguiu em uma ótica de operacionalização do que se entendia como fins do Direito Penal, que se vinculavam aos fins das penas, oscilando entre opostos repressores e garantidores, a depender da teoria do momento.

Entretanto, com o desenvolvimento da teoria agnóstica da pena¹⁶⁰, um dos marcos teóricos do presente trabalho, retirou-se a justificativa racional da sanção penal, transportando a análise para o campo da manifestação do poder, que deve ser contido pelo discurso jurídico. A pena, como manifestação de poder, passa a ser analisada com olhos críticos, e por assim dizer, agnósticos, desvelando suas incongruências e destruindo a noção de um *jus puniendi*, reconhecendo-se a existência de um *potentia puniendi* que precisa ser contido¹⁶¹.

Dessa forma, estariam completamente desconstruídas as teses legitimantes da pena, trabalhando-a como mera manifestação de poder dentro do campo político, e não como instituto legitimado dentro do discurso jurídico, que, por sua vez, passaria a representar um óbice à irracionalidade do poder.

O discurso jurídico penal, em uma perspectiva agnóstica, passou a ser reconfigurado com uma finalidade de contenção da irracionalidade do poder de punir. A intervenção, que outrora estava legitimada, queda-se órfã; a sanção, que era instrumentalizada passa a ser contida; e o jurídico passa a se opor à efetivação do poder político de punir.

Denota-se, nessa linha de intelecção, que a perspectiva agnóstica promove uma crítica que transborda o âmbito material, já que reposiciona o discurso jurídico, atingindo, por consequência, todos os discursos que giram ao redor da intervenção punitiva. Em outras

¹⁶⁰ ZAFFARONI, 2014, op. cit.

¹⁶¹ RAMALHO JUNIOR, 2015, op. cit., pp. 20.

palavras, a irracionalidade da intervenção penal deve ser contida por todo o discurso jurídico, seja material, seja processual, daí a necessidade de desenvolvimento de uma teoria agnóstica do processo penal, já referenciada neste trabalho. Processo como contenção, processo como garantia.

Ademais, é necessário esclarecer que, na ordem jurídica brasileira, não se trata de faculdade de preenchimento do conteúdo jurídico de processo, uma vez que este já está claramente estabelecido na Constituição Federal¹⁶², nesse sentido a dicção do artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Pelo tratamento constitucional, verifica-se uma clara adoção de uma ótica de processo como limite à efetivação do poder punitivo, uma vez que para ser alterada a situação de liberdade do indivíduo se faz necessário que a sentença penal condenatória seja precedida de um obstáculo, qual seja, o processo. Processo, portanto, como garantia em face do poder de punir.

Em conjunto com o conteúdo do devido processo legal, o próprio estabelecimento constitucional do estado de inocência adota uma concepção de desconfiança do poder de punir, de desconfiança em face da pretensão punitiva, já que determina a inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Existe uma ordem constitucional de desconfiança direcionada à pretensão punitiva, que reforça a constatação de processo como garantia. A perspectiva agnóstica de processo, portanto, possui previsão constitucional na regra do estado de inocência.

A noção de instrumentalidade do processo parte do pressuposto de que existe uma distinção entre direito material e processual, em que o segundo funcionaria como instrumento de efetivação do primeiro. Essa forma de vislumbrar o fenômeno se encontra enraizada na escola processual paulista¹⁶³.

A transposição dessa ótica para o processo penal, via a famigerada teoria geral do processo, é de equívoco solar, já que presume a existência de um direito material de punir – *jus puniendi* –, regurgitado por grande parte da doutrina de forma acrítica, presumindo a existência de um Direito do Estado de punir, o que subverte a noção protetora da ordem jurídica. O que o Estado possui é poder de punir, direito quem possui é o sujeito submetido à

¹⁶² E aqui não se despreza a diferença entre texto e norma jurídica, tampouco se adota uma concepção de possibilidade de se dizer a verdade total sobre o objeto, mas somente se esclarece que a Constituição da República é clara no sentido de definir processo como garantia. Ademais, a interpretação possui limites, dentre os quais a própria determinação do texto.

¹⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

égide persecutória, daí, já se percebe a absoluta impertinência do transplante da instrumentalidade ao processo penal.

Poder de punir representa a manifestação mais densa do poder político, que é contido, controlado, em máxima medida, pela ordem jurídica. Não existe direito de punir, mas sim poder.

A noção de instrumentalidade possui, em seu centro, uma noção de funcionalidade, de finalidade, o processo seria instrumental a algo, configurando uma “carta coringa” no jogo processual, já que essa funcionalidade passa a ser preenchida pelas instâncias de poder de forma descontrolada, sem marcos sólidos, o que permite a manipulação arbitrária do processo. Raciocinar o processo “como uma mediatriz entre determinadas finalidades, sejam elas metafísicas (...) ou econômicas (...), será conceder-lhe uma instrumentalidade, sempre ingovernável ou incontrolável”¹⁶⁴. Alguém tem que dizer a finalidade, eis a questão.

A instrumentalidade funciona como um vírus no processo penal, uma vez que permite a transposição de discursos autoritários para dentro da instância processual. E assim ocorre, uma vez que ela presume uma função/finalidade ao processo, que pode mudar de acordo com a teoria da “moda” jurídica. Nesse sentido, é possível mencionar, a título de exemplo, a transposição para as instâncias processuais dos discursos de defesa social, que fazem com que o processo seja visto como instrumento de efetivação do controle, da defesa da sociedade.

O impacto da ótica instrumental, permeada da doutrina da defesa social, fragiliza o sistema de garantias afeto ao processo, uma vez que essas passam a ser vistas como *benesses* aos criminosos, que devem ser abandonadas, relativizadas.

Em síntese, a concepção constitucional de processo como garantia, fulmina, de forma reflexa, a noção de instrumentalidade. Se o processo é garantia, ele não é instrumento a coisa alguma, muito menos a um imaginário direito de punir. Processo é a garantia em si, que comporta em seu bojo, de forma sistematizada, outra série de garantias.

E, entendido processo como garantia, verifica-se, nos institutos de conformidade, uma clara vulneração do sistema de proteção dos imputados. Como já sustentado nesta pesquisa, foi o próprio sistema adversarial que, em sua origem, desenvolveu um processo pautado em garantias – enquadradas dentro da ótica do *due process* –, reconhecendo-se diversos direitos como, por exemplo, a presunção de inocência, o direito de guardar silêncio, dentre outros.

¹⁶⁴ GLOECKNER, 2018, op. cit., pp. 165.

Pela primeira vez, desenvolve-se um modelo processual pautado na linguagem dos direitos, colocando o imputado em nível de igualdade em relação ao Estado soberano¹⁶⁵.

Apesar desse nivelamento no campo abstrato, não se desconhecia o fato de o Estado possuir maiores poderes de intervir na vida dos indivíduos, do que estes possuíam para resistir às investidas, daí porque foram estabelecidas garantias em face do exercício do poder de punir. Nessa linha, estabeleceram-se as garantias de um juízo público, imparcial, e oral, rechaçando procedimentos secretos perante órgãos administrativos, garantindo-se direitos básicos que mitigavam a ingerência do Estado no âmbito decisório do indivíduo.

Obviamente, el Estado es más poderoso que cualquier individuo. Por ello, para que el acusado puede expresar sus argumentaciones y ejercer su derecho de defensa, es preciso que los órganos del Estado se vean sometidos a ciertas restricciones estructurales, que limiten el ejercicio de su poder^{166 167}.

Essas garantias ilustradas representam a base do sistema de garantias contemporaneamente sistematizado, que giram ao redor da garantia do fato¹⁶⁸, definindo restrições. Assim, sobre essa pedra angular “*todas las demás garantías se ordenan en três dimensiones integradas funcionalmente*”^{169 170} são essas: os requisitos de verificabilidade, as condições de verificação e as regras de comprovação.

Os primeiros – os requisitos – dizem respeito a filtros de contenção no que tange à qualificação jurídica dos fatos, são garantias desse pilar, por exemplo, o princípio da legalidade, da lesividade, da proporcionalidade, da culpabilidade (teoria do delito); as segundas são exigências que dizem respeito ao modo de verificação do fato, à maneira que se constrói a verdade ao redor dos fatos, em outras palavras, condições sob as quais deve ser julgado os fatos, são garantias desse pilar o princípio da imparcialidade, da contradição, da publicidade (teoria do juízo); e as últimas, por sua vez, dizem respeito a filtros em relação à

¹⁶⁵ VOGLER, 2008, op. cit., pp. 181.

¹⁶⁶ Ibid., pp.184.

¹⁶⁷ Tradução livre: “Obviamente, o Estado é mais poderoso que qualquer indivíduo. Por isso, para que o acusado possa expressar seus argumentos e exercer seu direito de defesa, é preciso que os órgãos do Estado se vejam submetidos a certas restrições estruturais, que limitem o exercício de seu poder.”

¹⁶⁸ Direito penal do fato, como contraposição ao direito penal do autor, que representa um pilar garantidor com repercussão processual, já que o sistema de garantias como um todo gira ao redor do fato. Garantia do fato, portanto. Verdade vinculada ao fato, e não a uma aproximação metafísica.

¹⁶⁹ BINDER, 2012b, op. cit., pp.225.

¹⁷⁰ Tradução livre:” todas as demais garantias se ordenam em três dimensões integradas funcionalmente.”

extração de informação dos relatos das partes sobre o fato, são limites à busca da verdade, são elas as regras de prova (teoria da prova)^{171 172}.

A questão é que os institutos de conformidade, no campo prático, estão afastando as garantias consolidadas pelo próprio sistema adversarial, já que, se se constata que em média, 96% dos casos na justiça federal norte americana estão sendo resolvidos através de institutos de conformidade, se está constatando que em 96% dos casos estão sendo afastadas as garantias que tenderiam a tensionar o poder de punir. Ou não é uma garantia do próprio sistema adversarial o julgamento por um Tribunal Penal Oral? Cercado por todas as garantias supramencionadas?

Nas palavras de Winter¹⁷³, “*los juicios orales se han convertido em términos proporcionales en una realidad anecdótica*”¹⁷⁴. Na mesma linha, Eugênio Raul Zaffaroni, ao sustentar que o juízo se tornou extraordinário, com a supressão de garantias, transformando o acusatório em uma ficção, já que a decisão estaria nas mãos do acusador. Nessa linha, considera este autor que: “A *Bargaining* ou negociação é pouco menos do que uma extorsão contra as minorias e todos os segmentos de recursos”¹⁷⁵.

Na contemporaneidade, os institutos de conformidade vêm operando como “vírus” a dilapidar as próprias garantias ilustradas, “pasteurizando” o processo penal, transformando-o em mero instrumento de controle.

As garantias afetas ao sistema de punição possuem densidade histórica máxima, uma vez que se conectam com a própria luta pela consolidação/legitimação do estado de direito. Não se trata somente de discutir o âmbito de validade das normas estatais, mas, de forma central, a própria legitimidade do Estado. Em outras palavras, o estado de direito se legitima historicamente a partir das garantias ilustradas, daí porque o sistema de garantias é intangível. O Estado não pode vulnerar o sistema de garantias, sem que seja vulnerada sua própria legitimidade.

Esses princípios nascem e se nutrem de um acúmulo de memória que constitui uma força social de envergadura. O “garantismo”, como doutrina, afunda suas raízes

¹⁷¹ Ibid., pp. 225-9.

¹⁷² BINDER, 2003b, op. cit., pp.57.

¹⁷³ WINTER, 2008, op. cit., pp. 42.

¹⁷⁴ Tradução livre: “Os juízos orais se converteram, em termos proporcionais, em uma realidade anecdótica.”

¹⁷⁵ ZAFFARONI, 2017, op. cit., pp. 62.

nesse solo e se liga não só ao pensamento do iluminismo, como a correntes mais profundas e antigas, vinculadas ao humanismo. (...) A partir do processo de constitucionalização que se desenvolver desde do século XIX, esses princípios são considerados como o núcleo de um Estado de Direito e por isso foram consagrados em todos os pactos internacionais de direitos humanos¹⁷⁶.

Nessa linha de intelecção, não é possível admitir o rompimento das garantias ilustradas, contemporaneamente sistematizadas por meio do garantismo¹⁷⁷, através do argumento de controle, de eficiência, sob pena de abalar os pilares do próprio estado direito.

Ainda sob o argumento e requerimento do imputado, de ser julgado em forma distinta, essas garantias fundamentais não cedem, já que não se trata de uma conduta paternalista do Estado, mas sim de garantir os pilares que sustentam a sua legitimidade. Nesse sentido, Binder¹⁷⁸ exemplifica, ao tratar do imputado, que: “ele não poderia pretender ser torturado para provar sua inocência ou castigado sem um mínimo de formalidades (este é o problema da constitucionalidade do procedimento abreviado)”. E como reconhecido por esse autor, este é exatamente o problema com o procedimento abreviado, uma vez que afasta garantias básicas, intangíveis.

Nos Estados Unidos da América, em razão da ampla aplicação dos institutos de barganha, inclusive para delitos com sanções bastante graves, como a prisão perpétua, o órgão acusador exerce uma pressão muito forte em relação ao imputado, com a finalidade de levar ao reconhecimento da responsabilidade, ainda que seja inocente. Em conjunto com a previsão draconiana de sanções, existe ainda o problema, dificilmente controlável, do excesso de acusação – *overcharging* – que viabiliza uma pressão desmedida direcionada ao imputado.

Sem as garantias para tencionar o poder de punir, os imputados passam a ser apenas objeto de indagação, e não mais sujeitos de direito – garantia de sujeito de direito desenvolvida pelos próprios advogados litigantes que lutaram pela consolidação do sistema adversarial –, sofrendo pressão desmedida, que acaba por ressignificar o inquisitivo.

Apenas para ilustrar o caráter draconiano das sanções, a Suprema Corte entendeu pela não vulneração da proibição do *ne bis in idem* a condenação à prisão perpétua em caso de roubo com reincidência: no caso *Lockyer v. Andrade*, tratava-se de roubo de vídeo de valor de \$150,00; no caso *Ewing v. California*, tratava-se de roubo de tacos de golfe no valor de \$1.200,00. Em relação aos institutos de barganha e a pressão exercida pelos órgãos de

¹⁷⁶ BINDER, 2003b, op. cit., p.42.

¹⁷⁷ FERRAJOLI, 2014, op. cit., pp. 9.

¹⁷⁸ BINDER, 2003b, op. cit., pp.38.

acusação, segue a Suprema Corte: No caso *North Carolina v. Alford*, estabeleceu-se que a *guilty plea* (admissão de culpa) realizada por uma pessoa que quer evitar uma pena de morte, não vulnera o devido processo legal; no caso *Bordenkircher v. Hayes*, em que se debatia uma fraude de \$80,00, decidiu-se que submeter o imputado à alternativa de ou reconhecer sua culpa e aceitar uma pena de 5 (cinco) anos de prisão, ou optar pelo juízo e ser submetido a um requerimento de prisão perpétua, não violava do devido processo legal¹⁷⁹.

Ainda é oportuno salientar que as regras de determinação das penas (*sentencing guidelines*) limitam a margem de atuação dos órgãos jurisdicionais, ao estabelecerem que somente a acusação pode autorizar a aplicação de pena aquém do mínimo estabelecido, se demonstrar que o réu colaborou com a produção de provas para condenação de outros acusados¹⁸⁰. Trata-se de um sistema direcionado à condenação, que facilita a responsabilização de chefes de organizações criminosas, entretanto, viabiliza a condenação de muitos inocentes¹⁸¹.

O sistema acaba por desincumbir o órgão ministerial da carga probatória, já que utiliza da ameaça abstrata com a finalidade de viabilizar a conformidade, evitando o julgamento por um juízo oral, perante o júri – garantia central do sistema adversarial, como já salientado.

O *plea bargaining* aparece quando o promotor induz um acusado de um crime a confessar a sua culpa e renuncia o seu direito de ser julgado em troca de uma sanção penal mais branda (...) Em troca da obtenção do abatimento para o acusado, o promotor é dispensado da necessidade de prova da culpa do acusado¹⁸².

Ocorre que a carga integral da prova é exigência da força normativa da norma constitucional do estado de inocência. Se o sujeito é inocente conforme dicção constitucional, a acusação necessita provar integralmente a responsabilidade criminal em todos os seus aspectos.

Resgata-se, nesse aspecto, o pilar inquisitório do imputado como objeto de indagação, de onde deve ser extraída a confissão, a conformidade, a qual, além de gerar desincumbência do órgão acusatório, viabiliza a burla das garantias constituídas ao redor do juízo. E a

¹⁷⁹ THAMAN, 2008, op. cit., pp.170.

¹⁸⁰ Uniter States Sentencing Guidelines: Section 5K.1.1. Disponível em: <<https://www.ussc.gov/guidelines>> Acesso em: 03 fev. 2019.

¹⁸¹ THAMAN, 2000, op. cit., pp.999-1001.

¹⁸² LANGBEIN, 2017, op. cit., pp.137.

confissão volta a ser – se é que deixou de ser em algum momento – a rainha das provas “*confessio est regina probationum*”.

Nesse aspecto, é perfeitamente sustentável que o medievo não acabou, mas está enraizado nas práticas processuais contemporâneas, voltando o sistema à relativização das garantias através da extração da informação do objeto de indagação.

Langbein¹⁸³ sustenta, de forma precisa, a relação entre o sistema judicial de tortura e o *plea bargaining*. O ponto de partida que desenvolve parte da consideração que ambos os sistemas apareceram em contraponto, ou em substituição, ao modelo de julgamento que derrubaram. Tanto o regramento probatório desenvolvido na Europa no período medieval, quanto as regras do júri anglo-americano, foram desenvolvidos com a finalidade de contenção da discricionariedade judicial. Ocorre que esses regramentos não se quedaram operáveis na prática, pelo que cada sistema se viu incapacitado de entregar o “nível irreal de garantias com as quais se comprometeu, e cada um deles, então, concentrou-se em induzir o acusado a apresentar uma confissão que seria uma forma de renúncia àquelas garantias”¹⁸⁴.

Da mesma forma que os europeus, no medievo, tentaram criar garantias para limitar a tortura, os americanos tentaram criar garantias ao redor da barganha. Uma delas é a voluntariedade da confissão. Os europeus exigiam a declaração de voluntariedade, entretanto, no caso de retratação, o sujeito poderia ser submetido novamente à tortura – quem em sã consciência retratar-se-ia? –; na contemporaneidade, os americanos exigem que o tribunal questione ao imputado se a confissão foi dada de forma voluntária.

A questão é que tanto a barganha quanto a tortura são meios coercitivos. Na tortura, ameaçava-se a integridade física, psicológica; enquanto que na barganha, intimidava-se com o sistema draconiano de sanções. Atualmente, é seguramente mais refinado, porém, igualmente coercitivo. E, se o meio é coercitivo, é intransponivelmente involuntário.

O custo ou risco de exercer as garantias ao redor do juízo, tanto no medievo com a tortura, quanto atualmente através da barganha, é muito alto, fazendo com que se subverta no campo prático o sistema de garantias.

Para ter certeza, nossos meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar (...). Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam estas máquinas, nós fizemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se beneficia de seu direito e é posteriormente

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid., pp.140.

condenado. Esse diferencial da sentença é o que torna o *plea bargaining* coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie. O *plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitivo¹⁸⁵.

Em um sistema de repressão máxima, como exigência de uma sociedade excludente já mencionada no presente trabalho, o caráter consensual, a natureza de garantia dos institutos de barganha, vislumbrado pelos ilustrados, deixa de existir, convertendo o sistema adversarial em um *slogan* político que leva à condenação em massa, através de confissões de culpa no “atacado”.

Existe um claro desequilíbrio entre as partes no que tange ao acesso/produção à/de informação, em razão da oficialização da investigação e do processo, o que mitiga o equilíbrio entre as partes, seja na fase prévia ao juízo, seja durante a tramitação processual.

Explica-se: no processo acusatório pré-inquisitivo, a prova limitava-se, em grande parte, aos duelos, às ordálias, e, em uma reduzida quantidade de casos, eram utilizados elementos limitados, como, por exemplo, documental, testemunhal e confissão; ficando à sorte dos envolvidos (ofendido e ofensor) a sua produção. Nesse modelo, fica nítido o respeito à igualdade entre as partes, ambos particulares, não existindo praticamente a fase de investigação prévia. Entretanto, com a oficialização do processo levado a cabo pelo inquisitivo, rompe-se o equilíbrio, uma vez que o Estado com todo o seu aparato passa a investigar as infrações e acusar os suspeitos, criando-se uma fase prévia vinculada à obtenção de informações – informações evidentemente para condenar. Essa falta de igualdade na fase prévia ao juízo é o que Langbein¹⁸⁶ denomina como “*truth deficit*” do sistema adversarial.

A partir del momento en que en el ámbito continental europeo la acusación es encomendada a um órgano público, y el Estado pone a su disposición sofisticados medios de investigación del hecho delictivo, el prévio equilibrio entre parte acusada y acusadora desaparece^{187, 188}.

Com a mistura dos sistemas processuais, já mencionada em tópico próprio no presente trabalho, a fase de investigação prévia oficializada se consolidou nos modelos processuais do

¹⁸⁵ Ibid., pp.141.

¹⁸⁶ LANGBEIN, 2005, op. cit., pp. 331-2.

¹⁸⁷ WINTER, 2008), op. cit., pp.30.

¹⁸⁸ Tradução livre: “A partir do momento em que no âmbito continental europeu a acusação foi encomendada a um órgão público, e o Estado coloca a sua disposição sofisticados meios de investigação do fato delitivo, o prévio equilíbrio entre parte acusada e acusadora desaparece.”

ocidente, alcançando os dias atuais. Assim, permanece o desequilíbrio na investigação dos fatos, que repercute nas faculdades processuais das partes, seja pelo fato de a busca de informações por parte dos aparelhos estatais comumente serem voltadas para a confirmação da pretensão punitiva, seja pelo fato da absoluta inaptidão do imputado de fazer frente ao aparelho estatal no que tange à investigação.

Soma-se à unilateralidade da produção de informações por parte das agências estatais o regime draconiano de sanções que viabiliza “ameaças” por parte da acusação, o que elimina, no campo prático, o direito de defesa; como sustentado, o réu deixa de ser sujeito de direito.

Atualmente, em razão do desenvolvimento de novos métodos de investigação e de novos testes técnicos, a fase prévia ganha bastante relevância, gerando impactos na abertura do juízo e na própria possibilidade de condenação. Ainda que sua eficácia probatória esteja condicionada à inserção em um juízo oral, o acesso à sua produção foi unilateral, não possuindo a defesa mecanismos igualmente eficazes de contraditar as informações, o que agrava sobremaneira a desigualdade.

Como já salientado, foi com base nessa discrepância que foram edificadas garantias no período da ilustração, com intuito de equilibrar, na medida do possível, a balança entre soberano e imputado. Ocorre que, com os procedimentos abreviados, essas garantias são afastadas, em um movimento eficientista voltado ao controle das massas.

Daí, a razão da patente incompatibilidade dos institutos de conformidade no campo da operatividade com a Constituição Federal (1988), que, como já sustentado, determina que processo é garantia.

Se enxerga-se como inexecutável o sistema de punição, com as garantias secularmente construídas, que se reduza seu espectro de incidência com uma política séria de descriminalização de condutas, combinada com políticas voltadas à emancipação dos indivíduos, e não o contrário, mantendo a política ilógica de incremento punitivo, torcendo os pilares do processo penal para dar vazão ao controle.

Um processo garantidor, visto sob uma ótica eficientista, não concede vazão ao controle das massas desprivilegiadas, maximizadas de forma drástica pela ascensão dos valores neoliberais; daí, a pasteurização das garantias. Nessa linha de eficiência, requerem-se institutos, ou conformam-se institutos antigos, em uma linha de montagem de um processo penal *fast food*.

O movimento de informalização do processo e de superação de garantias processuais mais básicas, justificado no discurso oficial pela rápida “solução” do conflito, voltada a uma perspectiva de eficiência da justiça criminal, “*no llevarían más que a un proceso penal*

destinado a la rápida y barata condenación de pobres, perfectamente compatible con un modelo economicista incompatible con la dignidad de la persona^{189, 190}.

Por fim, o sistema adversarial gera a concentração de poder na figura acusador, conferindo amplas possibilidades de disposição do caso penal, possibilidades essas que, somadas aos poderes/técnicas investigatórios e ao caráter coercitivo dos institutos de conformidade, afastam, no campo prático, as garantias construídas ao redor do juízo oral.

Essa concentração de poder nas “mãos” do Ministério Público, chamada por Shünemann¹⁹¹ de “aglomeração quântica” – como rapidamente anunciado em tópico anterior –, gera a desestabilização da relação processual, ressignificando o inquisitivo, uma vez que o acusador passa a exercer pressão desmedida, impondo sua pretensão.

A construção do conhecimento que se dá no processo em face de fato passado (delito) deixa de ser dialógica – como teria que ser ao menos no campo das ideais no sistema adversarial – e passa a ser unilateral, reavivando a racionalidade inquisitiva na construção do saber processual. Se, no medievo, existia a concentração de poder na figura do juiz; na contemporaneidade, existe uma concentração na figura do órgão de acusação. Se, no medievo, ameaçava-se com tortura; na contemporaneidade, atemoriza-se por meio da barganha e do caráter draconiano das sanções abstratamente previstas.

O axioma *nullum iudicium sine accusatione* do sistema de garantias, projetado por Ferrajoli, exige, além da distinção entre o sujeito que realiza a acusação e aquele que julga, a delimitação do órgão acusador como parte, em posição de paridade com a defesa, estabelecendo, por consequência lógica, a ausência de qualquer poder em relação ao imputado¹⁹². Ocorre que a concentração do poder suprarreferenciada viabiliza o desequilíbrio da relação processual, concedendo amplos poderes a uma das partes, viabilizando, por conseguinte, a indevida ingerência da acusação em relação ao imputado.

Como alerta Langbein¹⁹³, tratando especificamente da barganha, o instituto torna tênue a distinção entre a função de acusar e a de sancionar, já que concentra amplos poderes nas mãos do órgão acusador. Esclarece esse autor que os órgãos de acusação, atualmente, possuem acesso a vastos recursos do Estado para buscar elementos incriminatórios, o que se

¹⁸⁹ ZAFFARONI, 2007, op. cit., pp.46.

¹⁹⁰ Tradução livre: “não levaria a mais do que um processo destinado a rápida e barata condenação dos pobres, perfeitamente compatível com um modelo economicista, incompatível com a dignidade da pessoa humana.”

¹⁹¹ SHÜNEMANN, 2005, op. cit., pp. 30.

¹⁹² FERRAJOLI, 2014, op. cit., pp. 522.

¹⁹³ LANGBEIN, 2017, op. cit., pp.145-6.

justifica, em grande medida, em razão da garantia de existir um julgamento posterior que tenha autonomia suficiente de contrapor a pretensão e evitar a condenação de um inocente. Ocorre que a barganha mitiga a autonomia desse julgamento.

Além da mitigação do direito ao julgamento, a defesa é posta em posição de absoluta desvantagem, já que não é viabilizado o acesso aos mesmos recursos da acusação para contrapor a versão dos fatos, o que esvazia, no campo da operatividade, o *adversary principal*. Oportuno salientar que o desequilíbrio entre acusação e defesa se tornou estrutural com a consolidação da oficialização do processo, o que é agravado, na contemporaneidade, pela necessidade de controle das massas, que, por sua vez, conduz à ampliação dos investimentos no aparato punitivo e à dilapidação dos direitos de defesa.

Em outras palavras, a defesa fica prejudicada na produção/controla das informações produzidas na fase prévia ao juízo, o que fulmina a possibilidade de ingerência de forma autônoma nas possibilidades processuais, dentre elas, a barganha.

Em síntese, a concentração de poder contemporânea “nas mãos” do órgão de acusação, ressignifica o inquisitivo e afasta os pilares garantidores do próprio sistema adversarial, quer no âmbito de relação dos sujeitos processuais com a verdade, quer no deslocamento do juízo oral.

4.3 DA OPERATIVIDADE REAL DO SISTEMA ADVERSARIAL NA AMÉRICA LATINA

O processo de reforma na América Latina, como já demonstrado no presente trabalho, vem sendo desenvolvido desde a década de 1990, de forma gradativa, através de diversas alterações legislativas.

Focando a análise no *sistema* que vem sendo aplicado na região, verifica-se que muitas das vulnerabilidades do modelo adversarial norte-americano foram corrigidas – ao menos no patamar legislativo e do discurso jurídico afeto. Exemplo disso é a sujeição da conformidade a juízo, viabilizando o controle jurisdicional, com a possibilidade de absolvição do imputado, como será demonstrado adiante.

No campo da operatividade real dos institutos, contudo, continua-se a verificar anomalias que violam o sistema de garantias. No sentido de ilustrar a afirmação, será tomado como referência o procedimento penal chileno, já que vem sendo utilizado, em grande medida, como aporte para o processo de reforma.

O procedimento abreviado está previsto no Código de Processo Chileno entre os artigos 406 e 415, possuindo, como já salientado, limitações muito mais precisas do que o processo norte-americano.

Admite-se o juízo abreviado para os fatos em relação aos quais o fiscal requeira pena privativa de liberdade não superior a 5 (cinco) anos, em regra (Art. 406)¹⁹⁴. O acusado deve ter conhecimento dos fatos que pautaram a acusação e dos elementos da investigação que a fundamentaram, manifestando expressamente seu aceite à conformidade e ao procedimento.

O procedimento abreviado pode ser requerido desde a formalização da investigação à audiência de preparação do juízo – fase intermediária – (Art. 407). Caso o juiz de garantias não admita o procedimento abreviado, são consideradas como não apresentadas as acusações e as alterações nas imputações, passando o feito a tramitar conforme o procedimento ordinário estabelecido no livro segundo do código de processo (Art. 407, inciso V).

Antes de decidir sobre o processamento do juízo abreviado, o juiz de garantias deve ouvir o imputado, a fim de garantir: que a conformidade foi realizada de forma livre e voluntária; que o imputado conhecia seus direitos, dentre eles, o de ser submetido a um juízo oral; que entende as condições/consequências do acordo; que o imputado não sofreu coações por parte da acusação ou de terceiros (Art. 409).

O juiz de garantias aceitará o juízo abreviado quando os antecedentes da investigação viabilizarem a abertura do procedimento, as penas se adequarem ao quanto definido no Art. 406, verificar que o imputado aceitou a conformidade conhecendo seus direitos, de forma livre e voluntária (Art. 410). Caso o juiz de garantias entenda por não aceitar a solicitação do procedimento abreviado, será considerado como não realizada a aceitação dos fatos e da investigação antecedente por parte do imputado, bem como as modificações da acusação efetuadas para viabilizar o procedimento abreviado, determinando que todos os registros sobre as discussões, postulações, resoluções do procedimento sejam eliminados (Art. 410, II).

O Art. 410 estabelece uma espécie de juízo de admissibilidade do procedimento abreviado, com o fito de viabilizar o controle por parte do órgão jurisdicional da adequação do procedimento.

A previsão de eliminação do registro se vincula à necessidade de garantir que o juízo oral que se suceda não seja contaminado pelas declarações realizadas no procedimento abreviado.

¹⁹⁴ Em regra, já que é possível a aplicação de juízo abreviado em casos onde se requeira pena privativa não superior a 10 anos, em grau mínimo e se esteja diante de ilícitos tipificados nos §1 a §4 do título IX do livro II do Código Penal Chileno, e no artigo 456 bis A do mesmo código, com exceção dos artigos 448, I e 448 quinto do mesmo diploma normativo.

Uma vez admitido o procedimento e concluído o debate entre as partes, o juiz ditará a sentença, que, em caso de condenação, não poderá impor uma pena superior ou mais desfavorável àquela requerida pela acusação. Não é possível a condenação com base somente na aceitação dos fatos por parte do acusado, assim como em nenhum caso do procedimento abreviado será impedida a concessão de penas substitutivas previstas na lei (Art. 412, I e II).

A sentença nesse procedimento deverá conter: a) a menção do Tribunal, a data de sua prolação e a identificação dos intervenientes; b) enunciação dos fatos que foram objeto da acusação e da aceitação, assim como as menções da defesa; c) exposição clara de todos os fatos que foram provados, valorados na forma prevista no Art. 297¹⁹⁵; d) as razões que foram utilizadas para qualificar o fato e suas circunstâncias, bem como para pautar a decisão; e) a resolução do caso, condenando ou absolvendo, sendo que, no caso de condenação, deverá fixar a pena e se pronunciar sobre a aplicação de penas substitutivas, caso a lei preveja alguma para o caso; f) o pronunciamento sobre as custas; g) a assinatura do juiz (Art. 413).

Dessa sentença, caberá recurso de apelação através do qual a Corte somente poderá se manifestar sobre a ocorrência dos requisitos estabelecidos no Art. 406 do código de processo (Art. 414).

Como se verifica do tratamento legal do código de processo, existem diversos dispositivos vinculados ao regramento do procedimento abreviado, que, ao menos no campo de sua previsão abstrata, limitam, ou tentam limitar, o exercício do poder de punir, bem como eventuais pressões desmedidas por parte do órgão de acusação.

Nesse sentido, confere-se: a previsão da realização da conformidade em um procedimento submetido a juízo, sob o controle do juiz de garantias; a possibilidade de absolvição do réu em juízo, caso não sejam verificados elementos mínimos de prova a sustentar a conformidade, não sendo possível fundamentar o decreto condenatório somente no aceite do imputado; a necessidade de verificação por parte do juiz de garantias no que tange à manifestação livre do imputado; dentre outros.

A possibilidade de absolvição decorre logicamente da submissão do procedimento a juízo, e da existência de *standards* probatórios para a imposição da pena. Em outras palavras, se existe condenação, mesmo em procedimento abreviado, deve existir prova a sustentar o decreto.

Ademais, para afastar qualquer dúvida, a dicção legal do código é clara quando no Art. 412 preconiza que “*Terminado el debate, el juez dictará sentencia. En caso de ser*

¹⁹⁵ O Artigo 297 do Código de Processo Chileno estabelece regras de valoração das provas.

*condenatoria*¹⁹⁶ (...)”, no Art. 413, “e” estabelece “*La resolución que condenare o absolvere al acusado*¹⁹⁷ (...)”. Nesse sentido ainda, o inciso II do Art. 412 estabelece que “*La sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado*”¹⁹⁸, ora, se a condenação não pode ser pautada apenas na aceitação, caso não existam outros elementos, a absolvição se impõe.

Nota-se que existe um maior controle no procedimento abreviado chileno (regras mais claras, limitações precisas de quantidade de pena em determinado patamar, possibilidade de absolvição), quando comparado às conformidades utilizadas no procedimento norte-americano. Assim, no procedimento chileno, o juiz de garantias possui efetiva atividade jurisdicional, não se limitando a aprovar ou não o acordo.

Entretanto, a disposição do código de processo não deixa claro os *standards* probatórios que devem ser avaliados pelo juiz de garantias, o que dificulta a possibilidade de absolvição. Existe clareza no que tange à admissibilidade do procedimento (Art. 410), todavia, o código não estabelece o que mais precisa ser provado no trâmite procedimental, estabelecendo somente que a condenação não pode ser realizada somente com base no aceite do acusado (Art. 412, II).

Quais seriam os novos elementos para fundar a condenação, visto que o que fora produzido na fase investigativa já foi considerado na admissão do procedimento, e o aceite não pode ser utilizado exclusivamente para fundar o decreto condenatório, não existindo fase instrutória no procedimento? Por outro lado, qual seria a hipótese de absolvição?

Ao tentar interpretar o procedimento, concedendo maior amplitude possível aos direitos fundamentais do imputado, é possível considerar que seriam nos debates orais que deveria ser produzida a prova, sem o que não existiriam elementos para a condenação.

O código de processo chileno não prevê fase instrutória, ainda que reduzida, somente estabelecendo que, aberto o procedimento, são realizados os debates orais (artigo 411). Em outras palavras, os elementos de investigação considerados para a abertura do júízo, somente constituiriam prova na medida que inseridos nos debates do júízo oral. Ocorre que essa construção não é suficiente, já que o desenvolvimento da fase oral tende a não ser protegido suficientemente pelo controle horizontal, já que pautada na conformidade prévia. Ademais, a

¹⁹⁶ Tradução livre: “Terminado o debate, o juiz ditará a sentença. Em caso de ser condenatória (...)”

¹⁹⁷ Tradução livre: “A resolução que condenar ou absolver o acusado (...)”

¹⁹⁸ Tradução livre: “A sentença condenatória não poderá ser emitida exclusivamente com base na aceitação dos fatos por parte do imputado.”

literalidade do código não é clara, definindo que o fiscal deve realizar uma exposição resumida da acusação, das ações e diligências da fase de investigação. Um debate que, em verdade, não é um debate.

Em razão desse hiato legislativo, a possibilidade de absolvição se queda bastante reduzida, fazendo com que se diminua o juízo a uma mera chancela da conformidade outrora realizada, sendo exigível somente os requisitos de admissibilidade do Art. 410 e a mera reprodução em juízo dos elementos colhidos em fase investigativa para a condenação. Não se acredita, no campo prático, que o juiz de garantias, após considerar os antecedentes informados pela fiscalia e o aceite do imputado, na hipótese de admitido o juízo, venha em juízo a absolver com base em dúvida razoável.

Parece que se tentou resolver alguns dos problemas da barganha norte-americana na importação do modelo, no entanto, acabou por cobrir com o verniz do juízo o que fora produzido entre as partes – em relação absolutamente desequilibrada–, conforme fartamente demonstrado.

Os dados sobre os términos de casos penais no Chile confirmam a perspectiva aqui delineada. Nesse sentido, seguem os dados do boletim estatístico do terceiro trimestre, período de 1º de janeiro a 30 de setembro de 2018:

Tabela 2 - Boletim estadístico III Trimestre.

TIPO DE TÉRMINOS ⁽¹⁾	IMPUTADOS ⁽²⁾				Total
	Imputado conocido (IC)	% Conocido	Imputado Desconocido (ID)	% Desconocido	
SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	154.989	26,51%	0	0,00%	154.989
SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	17.680	3,02%	0	0,00%	17.680
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	35.457	6,06%	5.198	1,00%	40.655
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	6.491	1,11%	0	0,00%	6.491
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	68.734	11,76%	0	0,00%	68.734
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO 240	34.537	5,91%	3	0,00%	34.540
ACUERDO REPARATORIO	27.559	4,71%	0	0,00%	27.559
FACULTAD PARA NO INVESTIGAR	45.673	7,81%	62.330	12,00%	108.003
SUBTOTAL POR SALIDA JUDICIAL	391.120	66,90%	67.531	13,01%	458.651
ARCHIVO PROVISIONAL	115.065	19,68%	420.504	80,98%	535.569
DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	35.824	6,13%	6.742	1,30%	42.566
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	39.678	6,79%	22.687	4,37%	62.365
INCOMPETENCIA	2.946	0,50%	1.800	0,35%	4.746
SUBTOTAL POR SALIDA NO JUDICIAL	193.513	33,10%	451.733	86,99%	645.246
ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	1.310	0,22%	864	0,17%	2.174
AGRUPACIÓN A OTRO CASO	29.456	5,04%	36.283	6,99%	65.739
OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	1.092	0,19%	330	0,06%	1.422
OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	1.621	0,28%	1	0,00%	1.622
SUBTOTAL POR OTROS TÉRMINOS	33.479	5,73%	37.478	7,22%	70.957
TOTAL NACIONAL	618.112	105,73%	556.742	107,22%	1.174.854

Fonte: Ministério Público do Chile¹⁹⁹.

¹⁹⁹ CHILE. Ministério Público do Chile. Estadísticas. 2018b. Disponível em:

Verifica-se que no período foram encerrados 1.174.854 (um milhão, cento e setenta e quatro mil e oitocentos e cinquenta e quatro) casos. Desses, 458.651 (quatrocentos e cinquenta e oito mil e seiscentos e cinquenta e um) casos foram encerrados judicialmente, sendo proferida sentença condenatória em 154.989 (cento e cinquenta e quatro mil e novecentos e oitenta e nove) casos e sentença de absolvição em 17.680 (dezessete mil e seiscentos e oitenta) casos.

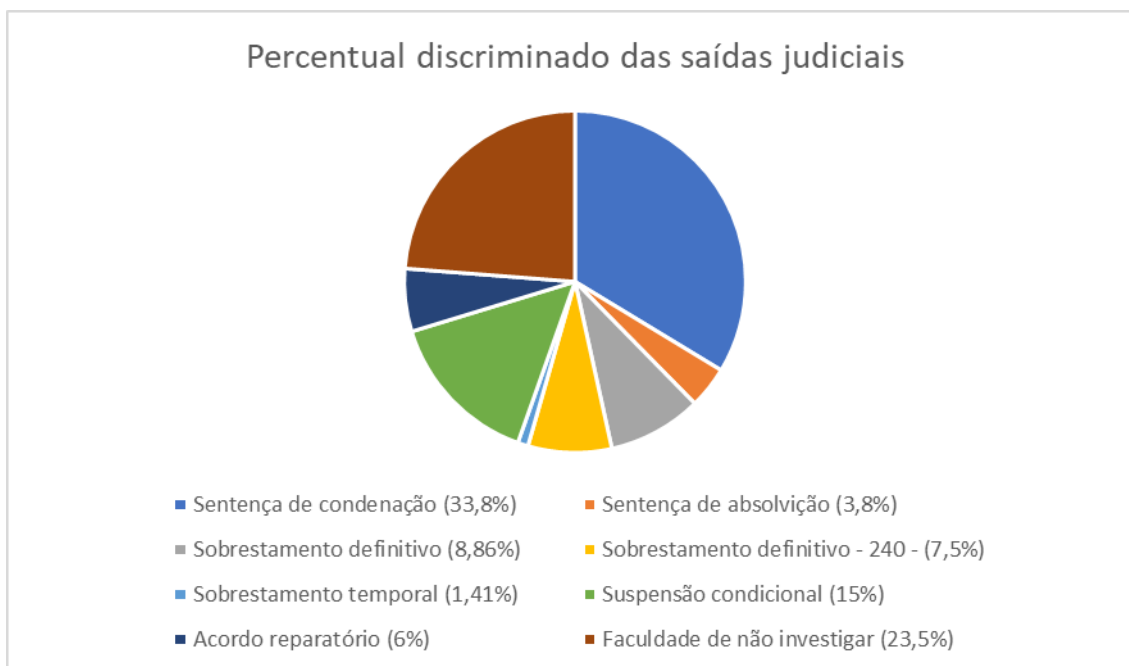
Delimitando a análise no universo de sentenças de mérito (condenação ou absolvição), verificamos os seguintes percentuais: 89,76% sentenças condenatórias; 10,24% sentenças de absolvição. Seguem os dados em gráfico:

Gráfico 4 – Percentual de sentenças de mérito (Absolvição/Condenação).



Fonte: Gráfico próprio com dados já referenciados.

Analisando os percentuais em um universo de casos com saídas judiciais – não somente através de sentenças condenatórias ou absolutórias -, os percentuais ficam da seguinte maneira: 33,792% foram resolvidos através de sentenças condenatórias e 3,854% através de sentenças de absolvição. Ou seja, as condenações superaram as absolvições em quase 09 (nove) vezes. A seguir, os percentuais de todas as saídas judiciais da tabela (2), em gráfico:

Gráfico 5 – Percentual discriminado das saídas judiciais

Fonte: Gráfico próprio com dados já referenciados.

Do universo de casos findados judicialmente através de sentença definitiva, somente 7.095 (sete mil e noventa e cinco) casos foram sentenciados através de juízo oral no procedimento ordinário.

Tabela 3 - Juízos orais com sentença no período de 1º de janeiro a 30 de setembro de 2018.

REGIÓN	JUICIOS ORALES ⁽¹⁾		CONDENATORIA		ABSOLUTORIA	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
I	538	7,58%	450	83,64%	88	16,36%
II	424	5,98%	312	73,58%	112	26,42%
III	117	1,65%	98	83,76%	19	16,24%
IV	306	4,31%	213	69,61%	93	30,39%
V	1.136	16,01%	838	73,77%	298	26,23%
VI	390	5,50%	275	70,51%	115	29,49%
VII	372	5,24%	289	77,69%	83	22,31%
VIII	440	6,20%	303	68,86%	137	31,14%
IX	232	3,27%	169	72,84%	63	27,16%
X	187	2,64%	140	74,87%	47	25,13%
XI	58	0,82%	43	74,14%	15	25,86%
XII	95	1,34%	85	89,47%	10	10,53%
XIV	139	1,96%	109	78,42%	30	21,58%
XV	204	2,88%	156	76,47%	48	23,53%
XVI	147	2,07%	87	59,18%	60	40,82%
RM CENTRO NORTE	885	12,47%	632	71,41%	253	28,59%
RM ORIENTE	563	7,94%	385	68,38%	178	31,62%
RM OCCIDENTE	461	6,50%	343	74,40%	118	25,60%
RM SUR	401	5,65%	290	72,32%	111	27,68%
TOTAL NACIONAL	7.095	100,00%	5.217	73,53%	1.878	26,47%

⁽¹⁾ Casos con a lo menos un juicio oral.

Nota : Corresponde a los juicios orales con sentencias (con procedimiento de término ordinario) realizadas en el año en curso.

Fuente: Información obtenida del SAF.

Fonte: Ministério Público do Chile²⁰⁰.

²⁰⁰ Ibid., pp. 40.

Cotejando os dados de ambas as tabelas (2 e 3), é possível concluir que, no período analisado, foram proferidas 154.989 sentenças condenatórias, sendo que, destas, somente 5.217 foram proferidas em juízo oral no procedimento ordinário. Em percentuais, das sentenças condenatórias, apenas 3,366% foram proferidas em juízo oral em procedimento ordinário. Assim, é possível concluir que 96,634% dos casos de sentenças condenatórias foram proferidos em juízos mais simplificados (simplificado/abreviado). Seguem os dados em gráfico:

Gráfico 6 – Sentenças condenatórias por procedimento.



Fonte: Gráfico próprio com dados já referenciados.

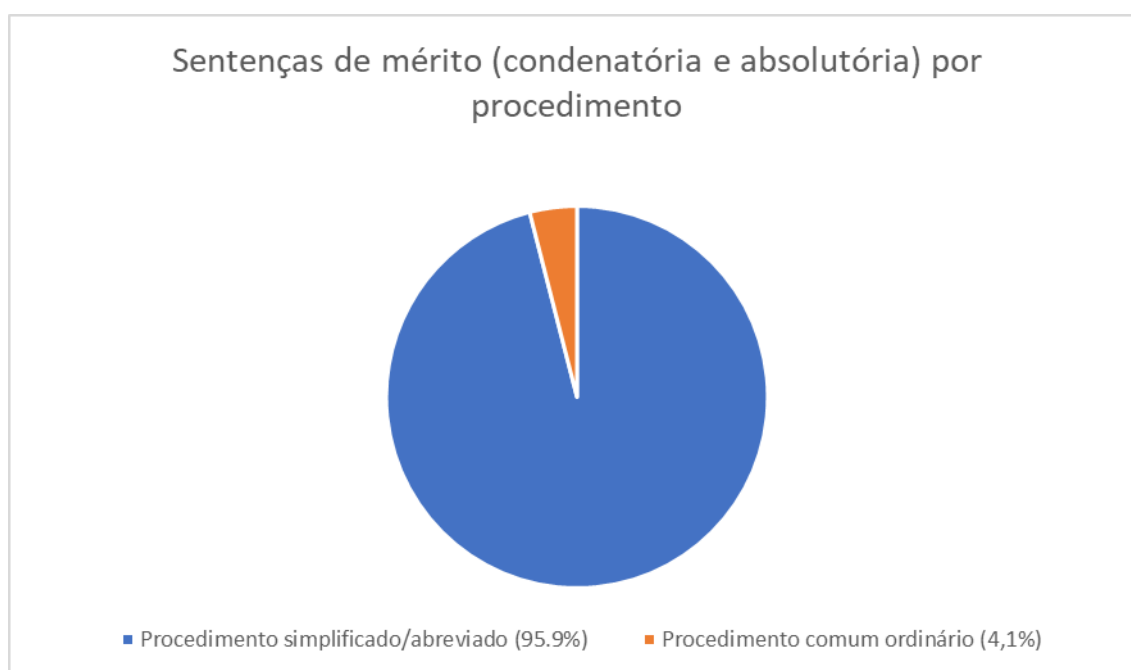
Apesar dos dados do Ministério Público chileno não diferenciarem os casos sentenciados no procedimento abreviado e simplificado, é possível presumir que, ainda que exista desproporção entre eles, não superaria a desproporção quando comparados com os casos submetidos ao julgamento oral no procedimento ordinário.

No ponto, é oportuno ainda resgatar a análise no que tange à possibilidade/dificuldade prática de absolvição no procedimento abreviado, já que os dados reforçam a percepção de que o procedimento é voltado à condenação. Nessa linha de intelecção, os dados suprarreferenciados denotam que a maioria das sentenças definitivas são condenatórias, bem como que essas são proferidas, em sua maioria, em juízos mais simplificados. Assim, é

possível considerar, que, no campo prático, a possibilidade de absolvição em procedimento abreviado se demonstra quase como uma ficção.

Ademais, ocorre o mesmo fenômeno da realidade norte-americana no Chile, já que a maioria dos casos não são submetidos ao Tribunal Penal Oral no procedimento ordinário. Como verificado na tabela (3), apenas 7.095 (sete mil e noventa e cinco) casos foram resolvidos (sentença condenatória ou absolutória) em juízo oral no procedimento ordinário, dentro de um universo de 172.669 (cento e setenta e dois mil e seiscentos e sessenta e nove) sentenças condenatórias/absolutórias.

Gráfico 7 – Sentenças de mérito (condenatória e absolutória) por procedimento.



Fonte: Gráfico próprio com dados já referenciados.

Verifica-se, portanto, uma completa subversão do sistema de garantias, tanto no sistema adversarial norte-americano, quanto no chileno, reconfigurando-se o processo em um mero procedimento de chancela da pretensão punitiva exercida pelas agências de controle. As garantias que tenderiam a tensionar o poder de punir são solenemente afastadas no campo da operatividade real do sistema.

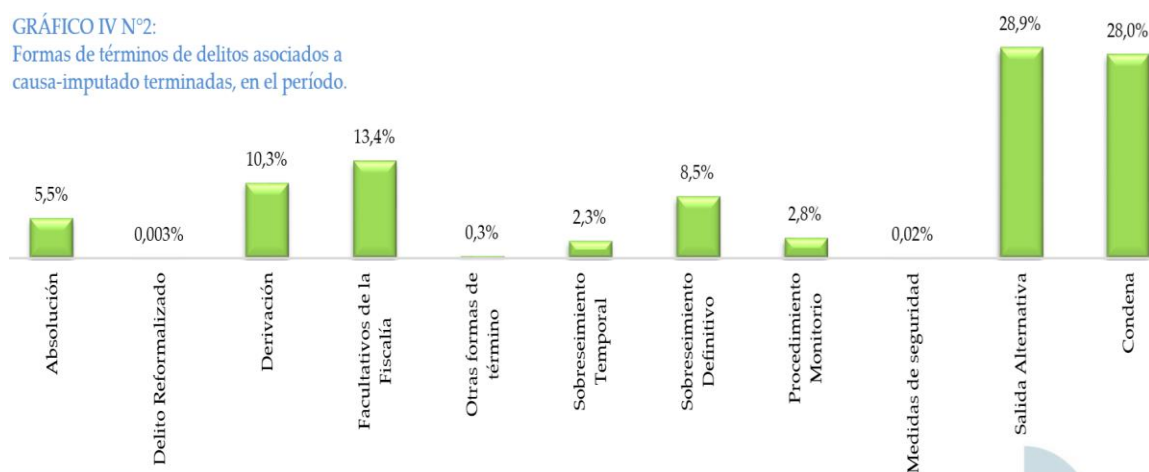
Analisando os dados fornecidos pela Defensoria Pública do Chile²⁰¹, do período de janeiro a agosto de 2018, é possível verificar os seguintes percentuais de términos de demandas no período²⁰²:

²⁰¹ CHILE. Defensoría Penal Pública del Chile. Estadísticas. 2018a. Disponível em:

Gráfico 8 - Formas de términos de delitos asociados a causa-imputado terminadas no período.

GRÁFICO IV N°2:

Formas de términos de delitos asociados a causa-imputado terminadas, en el período.



Fonte: Defensoría Pública (CHILE, 2018a).

Percebe-se que permanece a tendência de condenação na grande maioria dos casos (28%), ficando atrás somente das saídas alternativas (28,9%), sendo alcançada a absolvição somente em 5,5% dos casos, dados que se aproximam bastante daqueles fornecidos pela fiscalia em período próximo.

Conforme dados obtidos através da análise estatística do Instituto Nacional de Estadísticas do Chile²⁰³ – informe anual do ano de 2017 –, confirma-se a excepcionalidade do julgamento pelos Juízo Oral Penal:

Tabela 4 - Número de causas ingresadas y terminadas en juzgados con competencia penal, por grupo de delito, según tipo de juzgado, 2017.

GRUPO DE DELITO	Total		Juzgados de Garantía		Juzgados de Letras y Garantía		Juzgados de Juicio Oral en lo Penal		Total nacional de cifras confidenciales ¹	
	Causas ingresadas	Causas terminadas	Causas ingresadas	Causas terminadas	Causas ingresadas	Causas terminadas	Causas ingresadas	Causas terminadas	Causas ingresadas	Causas terminadas
TOTAL	638.403	710.686	561.511	632.171	55.694	59.252	21.186	19.248	12	15

Fonte: Instituto Nacional de Estadísticas do Chile.

<<http://www.dpp.cl/repositorio/177/486>> Acesso em: 28 jan. 2019.

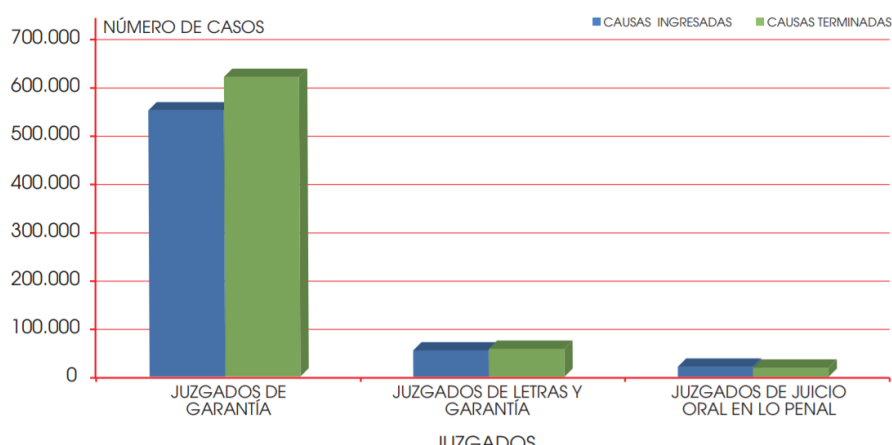
²⁰² CHILE, 2018a, op. cit., pp.87.

²⁰³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS DEL CHILE. Estadísticas. 2018. Disponível em: <<http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia>> Acesso em: 25 dez. 2018. p. 22.

Em um universo de causas terminadas de 710.686 (setecentos e dez mil e seiscentos e oitenta e seis), somente 19.248 foram encerradas através do Juízo Oral Penal, ou seja, apenas 2,70% dos casos. Em um universo de causas ingressadas de 638.403, apenas 21.186 se referem ao Juízo Penal Oral, em percentual, apenas 3,31%.

Segue projeção em gráfico:

Gráfico 9 - Total de causas ingresadas y terminadas en juzgados con competencia penal: juzgados de garantía, letras y garantía y oral en lo penal, 2017.



Fonte: Instituto Nacional De Estadísticas Del Chile²⁰⁴.

Ademais, as audiências multifuncionais viabilizam a aceleração do procedimento a tal nível, que restringem, em certa medida, o direito à defesa. Como já salientado, a obtenção da informação por parte do órgão acusador é mais ampla e mais direcionada do que por parte da defesa, que necessita de mais tempo para se estruturar, ainda que minimamente, já que o desequilíbrio é estrutural desde a oficialização da persecução. E o acesso à informação, bem como sua própria produção, condiciona as possibilidades de atuação das partes no processo penal. Evidentemente que o defensor pode, ou melhor deve, alertar o juiz de garantias sobre a necessidade de prazo, de diligências, de desmembramento da audiência, entretanto, o foco na perspectiva eficientista de informalizar/acelerar ao máximo o procedimento gera uma praxe automatizada.

Diferentemente da crítica voltada à barganha, que atinge tanto o aspecto teórico quanto o prático, o problema das audiências multifuncionais somente se restringe ao patamar prático, talvez solucionado se o foco do sistema fosse direcionado à garantia e não à eficiência. Como

²⁰⁴ Ibid., pp.23.

já salientado, o foco na garantia é exigência da dicção constitucional do devido processo legal.

A grande questão é que esse movimento de informalização do processo está relacionado à necessidade contemporânea de dar vazão ao controle social através do sistema penal, o que dificulta a conversão da perspectiva eficientista para a garantidora. Analisar os institutos processuais que vêm sendo aplicados na América Latina sem relacioná-los a esse movimento pode gerar graves equívocos, que impactam de forma negativa na realidade marginal.

Apenas para exemplificar o problema sob o ponto de vista da realidade do Brasil, seguem dados do sistema carcerário para viabilizar a projeção de um possível impacto negativo.

Conforme dados disponibilizados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), atualizado até junho de 2016²⁰⁵, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos e da China. A população carcerária alcançava nesse período o número de 726.712, contando com 368.049 vagas, taxa de ocupação 197,4%, com um déficit de vagas no importe de 358.663.

No estado da Bahia, o caos segue a mesma lógica, com 6.831 vagas, 15.294 pessoas estavam detidas até junho de 2016, com taxa de ocupação 223,9% e déficit de vagas de 8.463.

Da década de 1990 até 2016, a população carcerária brasileira cresceu 707%, saindo de 90.000 para 726.712. Chama a atenção ainda o fato de que, do total de custodiados, 40% não possuía condenação, estando detidos de forma cautelar. Na Bahia, os presos sem condenação representavam 58% dos encarcerados.

Apenas 7% da população carcerária brasileira, 51.235 pessoas, encontrava-se em estabelecimentos sem superlotação.

No que tange à faixa etária, 55% é composta por jovens de 18 a 29 anos (sendo 30% de idade entre 18 a 24 e 25% de 25 a 29). Existe, portanto, uma sobrerrepresentação dessa faixa etária no sistema prisional, já que, quando levada em consideração a população brasileira, verifica-se um percentual de 18%, enquanto na população carcerária representa 55% – dados obtidos em 2015. Na Bahia os jovens de idade entre 18 a 29 anos representavam 61% da população carcerária (sendo 38% de idade entre 18 e 24 e 23% de 25 a 29).

²⁰⁵ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOFEN Atualização - Jun. 2016. Org. Thandara Santos; Col. Marlene Inês da Rosa [et. al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf> Acesso em: 01 out. 2018.

Quanto aos tipos penais, é possível dizer que existia uma predominância de condenações com base em tráfico, roubo e furto e homicídios (tráfico 28%, roubo e furto 37% e homicídios 11%). Entretanto, quando se analisa comparativamente os dados entre homens e mulheres, no que tange ao tráfico, verifica-se que, entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros, enquanto entre as mulheres 62%.

Ainda quanto aos dados, não se pode menosprezar a questão etnoracial do processo de encarceramento brasileiro, já que existe uma sobrerrepresentação da população negra na população carcerária, visto que 64% da população carcerária era negra, enquanto este grupo representava 53% da população brasileira. Na Bahia, 89% são negras.

Os mencionados dados do INFOPEN demonstram de forma clara o aumento significativo da população carcerária desde a década de 1990, período histórico que, por coincidência ou não, ocorreu a ascensão do pensamento neoliberal no Brasil. Nesse sentido, o Gráfico 10²⁰⁶, retirado do relatório do INFOPEN²⁰⁷, demonstra a evolução da quantidade de pessoas privadas de liberdade:

Gráfico 10 - Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016.



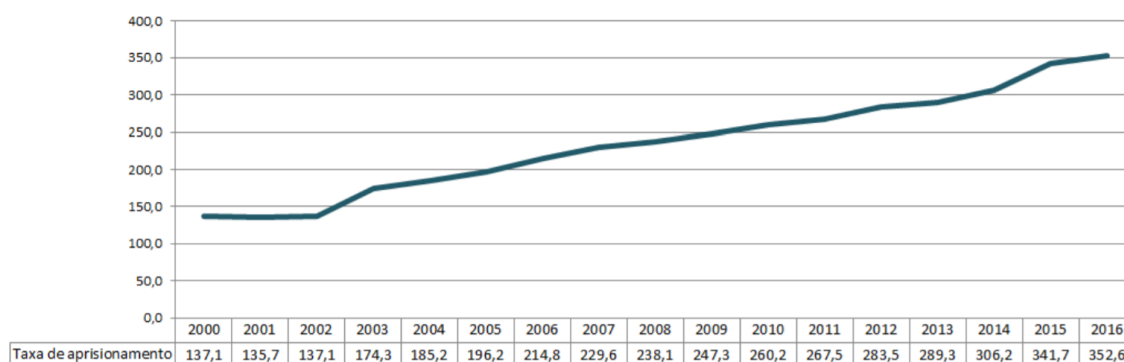
Fonte: INFOPEN (2017).

Analisando sob o método de aprisionamento por 100 mil habitantes, entre 2000 e 2016, verificou-se um aumento de 157% na taxa de aprisionamento²⁰⁸:

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid., loc. cit., pp. 9.

²⁰⁸ Ibid., loc. cit., pp.12.

Gráfico 11 - Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2016.

Fonte: INFOPEN (2017).

Levando em consideração esses dados, é possível considerar que a informalização desmedida do procedimento, pautada na eficiência da persecução – preocupação dos efficientistas –, a incidência da barganha, combinado com audiências multifuncionais, geraria na realidade brasileira um procedimento penal que intensificaria/aceleraria o processo de criminalização, impactando sensivelmente na composição do cárcere, em um sistema violador dos direitos humanos, já declarado inconstitucional – estado de coisas – pela Suprema Corte do país²⁰⁹. Ademais, não é possível brandir o argumento de que o procedimento abreviado seria exceção, ou que seria apenas uma forma de gerir a conflitividade, já que a história da operatividade real da barganha no sistema adversarial demonstra o contrário.

Quando são analisados os dados referentes à população reclusa chilena, fica nítida a insuficiência das bases dos sistemas processuais no que tange ao grande encarceramento levado a cabo na realidade marginal. Comparando os dados dos índices de encarceramento *versus* 100 mil habitantes, verifica-se que, em 2004, no Chile, existiam 238 pessoas presas por 100 mil, enquanto, no Brasil, existiam 183 por 100 mil; já em 2007, no Chile, existiam 293 pessoas presas por 100 mil, enquanto que, no Brasil, 220²¹⁰. No ponto, é necessário esclarecer que os dados trabalhados por Gabriel Anitua (2015) apresentam uma pequena variação com aqueles consolidados no INFOPEN, o que não possui o potencial de alterar a projeção comparativa entre o Chile e o Brasil. Adequando os dados da análise comparativa aos dados do INFOPEN, seria verificada a seguinte situação: em 2004, no Chile, existiam 238 pessoas

²⁰⁹ Vide a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) número 347.

²¹⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. América Latina como instituição de sequestro. In: ABRAMOVAY, P.V.; BATISTA, V.M. (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p.77.

presas por 100 mil; no Brasil, existiam 185,2 por 100 mil; em 2007, no Chile, existiam 293 pessoas presas por 100 mil, enquanto que no Brasil 229,6.

Nessa linha, é possível auferir que o Chile, mesmo tendo adotado no ano de 2000 o sistema adversarial, manteve os índices de encarceramento em níveis altos, aumentando de forma acentuada a proporção de pessoas presas por 100.000 habitantes entre 2004 e 2007, o que demonstra a ampliação do controle penal sobre os marginalizados, enquanto que o Brasil ainda segue com o sistema de matriz nitidamente inquisitória. Salienta-se que os dados obtidos no que tange à situação carcerária chilena são anteriores ao processo de contrarreformas levado a cabo no ano de 2008.

Poderia ser levantado o argumento de se tratar de um período de estabilização, de que é necessário esperar alterar as praxes, entretanto, essa justificativa não encontra lastro na história da operatividade do sistema adversarial.

Não é possível delimitar unicamente a causa da ampliação do sistema carcerário a um ou outro sistema processual, já que as causas do encarceramento são mais amplas. Entretanto, é um termômetro possível. Se um sistema é “vendido” como mais garantidor, sob o manto do *slogan* do processo penal democrático, como oposição a um processo inquisitivo, deveria conter em maior grau a intervenção punitiva, impactando no sistema prisional, já que no final do processo se encontra o cárcere.

Seria possível, ainda, ser utilizado o argumento de que, apesar de ter existido um aumento posterior à implementação do sistema adversarial no ano 2000 no Chile, antes da reforma seria pior. Entretanto, analisando retrospectivamente os dados, verifica-se que ocorreu a evolução gradativa da população reclusa, conforme índice de encarceramento a cada 100 mil habitantes entre os anos de 1992-2007²¹¹:

Tabela 5 - População reclusa (Chile).

		Total da população reclusa					
Ano	1992	1995	1998	2001	2004	2007	
Chile	155	155	181	225	238	293	

Fonte: Anítua (2015).

²¹¹ Ibid., loc. cit.

Projetando os dados do Brasil no mesmo período²¹²:

Tabela 6 - População reclusa (Chile/Brasil).

	Total da população reclusa					
Ano	1992	1995	1998	2001	2004	2007
Chile	155	155	181	225	238	293
Brasil	74	92	102	133	183	220
			(em 1997)			

Fonte: Anitua (2015).

Por fim, seria possível argumentar que, nesse período que teve intensificação dos números do cárcere, sob a égide do sistema adversarial, teria sido pior com o inquisitivo do modelo anterior, entretanto, analisando os dados da evolução da população carcerária, antes e depois da reforma, não são verificados elementos para sustentar tal assertiva. Muito pelo contrário, entre 1992 e 1995, ocorreu a estabilização da população carcerária, voltando a crescer até 1998, mantendo o padrão de crescimento após a reforma que implantou o sistema adversarial. Ademais, trata-se de um questionamento com resposta absoluta impossível, já que para alcançá-la só reescrevendo a história e testando o outro sistema naquele momento específico. De qualquer sorte, a operatividade contemporânea do sistema adversarial demonstra sua aptidão ao cárcere.

Focando a análise somente sobre o ponto de vista econômico, para o Brasil superar o déficit de vagas no sistema carcerário, levando em consideração os dados do INFOPEN de 2016, seria necessário construir em média 1 (uma) penitenciária por dia durante um ano, sem que novas prisões fossem realizadas no período. Em uma estimativa aproximada, seria necessário o investimento de R\$12,9 bilhões, sem contar com os custos de manutenção e pessoal²¹³.

Ainda com base nos dados do INFOPEN, no que tange ao déficit (déficit em 2016 = 358.663 vagas), cotejando com o valor média de custeio de um custodiado no Brasil

²¹² Como já demonstrado no trabalho, os dados trabalhados por Gabriel Anitua (2015, p.77) apresentam uma pequena variação daqueles do INFOPEN, mas que não interferem na projeção realizada;

²¹³ MACHADO, Leandro; MORI, Letícia. Brasil teria que construir quase um presídio por dia durante um ano para abrigar presos atuais. 8 dez. 2017. **BBC Brasil em São Paulo**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42274201>> Acesso em: 10 jan. 2019.

(R\$2.400,00)²¹⁴, seria adicionado ao custo mensal da estrutura a importância de R\$860.791.200,00 (oitocentos e sessenta milhões, setecentos e noventa e um mil e duzentos reais). Ressalta-se que essa projeção é com base no déficit em 2016, que, seguramente, aumentou em razão da evolução absurda da taxa de encarceramento, conforme gráficos já demonstrados.

E é nesse contexto que seriam inseridos os institutos de conformidade, que, em conjunto com a informalização geral do procedimento, gerariam o aumento exponencial do déficit de vagas. Condenações *fast-food* desembocaria, por consequência lógica, no cárcere e impactaria o orçamento afeto. Verifica-se, portanto, que mesmo sob o ponto de vista economicista o sistema demonstra sérias perplexidades.

Atualmente, no Brasil, no âmbito de reforma, existe, de forma central²¹⁵, o trâmite do projeto de lei 8.045, que visa à reforma integral da legislação processual com a edição de um novo código de processo penal e, mais recentemente, o projeto “anticrime” apresentado por parte do governo federal. Em ambos, existe o tratamento de institutos de conformidade: no primeiro, conforme dicção do Art. 283, existe a regulação da conformidade com limitação à sua aplicabilidade aos casos cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos; no segundo caso, existe regulação no Art. 395-A, na qual não se condiciona o cabimento a qualquer limite de pena, bem como no artigo 28-A, através do qual se instituiria o acordo de não persecução penal, como limitação à pena máxima não superior a 4 (quatro) anos.

No ponto, é necessário esclarecer que o projeto de lei 8.045 teve tramitação bastante discutida na comunidade jurídica, representando uma tentativa macro de reforma, já que viabilizaria, com sua adoção, uma nova estrutura de processo que, dentre outros pontos, estabeleceria expressamente o sistema acusatório. Diferentemente do pacote “anticrime” que foi forjado por uma pauta de recrudescimento, levado a cabo pelo Ministério da Justiça, sem uma orientação sistêmica em sua construção, afetando de forma desorganizada tanto a legislação processual quanto a material.

Seja como for, existe o tratamento dos institutos de conformidade nas propostas, o que demonstra a adesão ao movimento de incorporação de elementos sistêmicos de outra matriz. Esse movimento, especificamente no ponto das conformidades, seguramente irá gerar efeitos nefastos na realidade brasileira, como aqueles projetados em linhas anteriores.

²¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. 10 nov. 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custam-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>> Acesso em: 12 fev. 2018.

²¹⁵ De forma central, já que existem/existiram outras propostas de reforma.

No Uruguai, que passou por recente reforma processual, com entrada em vigor a partir de 1 de novembro de 2017 – Lei 19.293²¹⁶ e modificações²¹⁷ –, aplicando o sistema adversarial, afastando o antigo modelo inquisitivo do código de 1980²¹⁸, já existe uma ampla aplicação dos institutos de conformidade. No anuário estatístico de 2017²¹⁹ já se verificou, nos Juízos de Montevideo, uma quantidade grande de casos submetidos ao processamento abreviado:

Tabela 7 - Actividad jurisdiccional en los Juzgados Letrados de Montevideo com competencia em matéria Penal (NCPP). Año 2017.

Turno	Asuntos Iniciados	Sentencias Definitivas	Expedientes en trámite
30	32	7	30
31	33	9	30
32	28	7	26
33	28	5	28
34	66	40	64
35	47	22	44
36	63	47	57
37	46	21	40
38	31	9	27
39	33	7	27
40	35	8	32
41	34	8	30
42	63	42	58
43	62	39	58
44	56	29	51
45	57	28	50
Total	714	328	652

Fonte: Departamento de Estadística - Poder Judicial - URUGUAI.

Após a entrada em vigor do novo código de processo penal, foram iniciadas 714 demandas penais, dentre as quais 328 foram objeto de sentenças definitivas²²⁰, restando em processamento 652. Desses casos, seguem os dados referentes ao estado do expediente²²¹:

²¹⁶ URUGUAI. **Código Del Proceso Penal**. 2014. Montevideú. Asociación de Magistrados de Uruguay Disponível em: <<http://amu.org.uy/ley-no-19-293/>> Acesso em: 03 jan. 2019.

²¹⁷ Leis 19.436/2016, 19.474/2016, 19.510/2017, 19.511/2017, 19.544/2017, 19.549/2017, 19.587/2017 y 19.653/2018 (Ibid.).

²¹⁸ Instituído pelo Decreto Lei 15.032.

²¹⁹ URUGUAI. **Anuário Estadístico**. Poder Judicial Uruguay. Disponível em: <<http://poderjudicial.gub.uy/anuario-estadistico>> Acesso em: 08 dez. 2018.

²²⁰ No anuário não se diferencia se o provimento foi condenatório ou de absolvição.

²²¹ Ibid., pp.67.

Tabela 8 - Expedientes em trámite em Juzgados Letrados de Montevideo com competência em matéria Penal (NCPP), según estado del expediente. Año 2017.

Turno	Etapa del expediente						
	Preliminar	Formalización	Juicio	Proceso Abreviado	Acuerdo Reparatorio	Suspensión Condicional del Proceso	Ejecución
30	17	5	1	2	0	5	0
31	11	9	0	5	0	4	1
32	12	6	1	7	0	0	0
33	13	5	0	4	0	6	0
34	16	38	0	10	0	0	0
35	15	20	1	6	0	1	1
36	18	29	0	10	0	0	0
37	15	18	0	7	0	0	0
38	14	10	0	3	0	0	0
39	15	9	0	3	0	0	0
40	18	11	0	2	0	0	1
41	15	12	0	3	0	0	0
42	16	41	0	1	0	0	0
43	15	42	0	1	0	0	0
44	15	26	0	8	0	0	2
45	11	30	0	8	0	0	1
Total	236	311	3	80	0	16	6

Fonte: Departamento de Estadística - Poder Judicial - URUGUAI.

O novo código entrou em vigor em 01 de novembro de 2017 e no anuário de 2017 já aparece com um grande percentual de casos submetidos a processamento abreviado. Existiam em trâmite 652 demandas, dentre as quais a maioria delas (236) ainda estavam em fase preliminar, insuscetíveis, nesse momento, de submissão a processamento abreviado, bem como outra grande quantidade de casos ainda estavam em fase de formalização (311 casos). Em um espaço curto de tempo (01 de novembro de 2017 a 31 de dezembro de 2017), foram submetidos 80 casos a processamento abreviado, e somente 3 a juízo. Comparativamente, o processamento abreviado no período superou em 26,6 vezes o juízo.

Admite-se juízo abreviado no Uruguai nos casos cuja tipificação por parte do Ministério Público dê lugar à aplicação de uma pena mínima não superior a seis anos de prisão, ou a uma pena de outra natureza. Para o processamento da demanda através deste procedimento, é necessário que o imputado conheça os fatos imputados e os antecedentes da investigação, expressando a conformidade com o procedimento. A existência de vários imputados não impede a abertura do procedimento para um ou alguns, bem como o procedimento abreviado para um não pode ser utilizado como prova para outro (Art. 272 do Código de Processo). O juízo abreviado poderá ser proposto pelo Ministério Público desde a formalização da investigação até a o fim do prazo de dedução da acusação (Art. 273.1).

Em audiência, o juiz analisará o cumprimento dos requisitos do Art. 272, bem como se o imputado prestou a conformidade consciente de seus direitos, livre e voluntariamente. Caso entenda que o acordo não cumpre com os requisitos legais, declara sua inadmissibilidade –

juízo de admissibilidade do procedimento. Nesse caso, a pena requerida no juízo abreviado não vincula o Ministério Público, e a conformidade é tida como não realizada (Art. 273.3).

Na mesma audiência a que trata o Art. 273.3, o juiz sentencia o caso, não podendo, em caso de ser condenatória, superar o *quantum* requerido pelo Ministério Público. Nota-se que não existe previsão clara de absolvição, entretanto, o código uruguaio, ainda que de forma reflexa, admite sua possibilidade, já que estabelece como uma das hipóteses ser a sentença condenatória. Nesse sentido, a dicção do Art. 273.4 “(...) *el juez dictará sentencia, (...) la que en caso de ser condenatoria*²²² (...). Ademais, a possibilidade de absolvição deve ser considerada como decorrência lógica do juízo, pois é a outra face da condenação, mas, como salientado, o código não é claro.

Nesse ponto, existe a mesma problemática no que toca ao procedimento abreviado no código chileno, já que não existe claridade no que tange aos *standards* probatórios, bem como não existe dilação probatória entre a admissibilidade e a prolação da sentença. O que direciona a sentença para o aceite do acordo realizado, conforme considerações realizadas no que tange ao procedimento chileno.

Ademais, o código reforça a fragilidade das exigências probatórias para condenação em juízo abreviado, uma vez que estabelece que os *standards* exigidos no juízo ordinário não são exigidos na barganha. No juízo ordinário, o código exige prova que resulte racionalmente à certeza do delito e à responsabilidade do imputado, determinando a absolvição em caso de dúvida – Art. 142.1 e 142.2 –, excluindo tal exigência do procedimento abreviado – Art. 142.3.

Em algumas situações, existe limitação mínima do *quantum* de pena que o Ministério Público pode solicitar, utilizando-se como limite a pena mínima do tipo, como, por exemplo, os casos de abuso sexual, atentado violento ao pudor, homicídio com dolo direito (Art. 273.6).

Como se verifica da dicção do código, o cabimento do juízo abreviado é bastante amplo, já que o legislador utilizou como parâmetro a pena mínima, levando em consideração a tipificação do Ministério Público. Assim, com base nesses parâmetros, é permitido o processamento de uma quantidade muito grande de casos penais, o que se reflete nos dados demonstrados.

²²² Tradução livre: “o juiz ditará sentença (...) a que em caso de ser condenatória”

Em entrevista recente, mais especificamente em 08 de janeiro de 2019, o presidente da Associação dos Magistrados do Uruguai, Alberto Reyes²²³, ao tratar sobre a reforma, reconheceu que um de seus problemas é a amplitude de cabimento do juízo abreviado, em razão do parâmetro utilizado da pena mínima. Sustentou que o juízo abreviado seria somente uma ferramenta no sistema, mas que o centro deveria ser o juízo oral. No mesmo sentido, alertando sobre a amplitude de cabimento do juízo abreviado no Uruguai, Leonel Gonzales²²⁴, bem como Santiago Pereira²²⁵ ao esclarecer que o parâmetro de pena estabelecido “*permite una amplia aplicación del instituto considerado el tipo de delito, quedando muy pocas figuras penales fuera de su posible aplicación.*”²²⁶

É possível ainda aplicar o regramento do juízo abreviado estabelecido na legislação processual nova aos casos anteriores em trâmite, desde que presentes os requisitos exigidos pelas normas do código novo – Art. 402.2.

Nota-se, portanto, que o Uruguai, da mesma forma que o Chile, segue aplicando amplamente o juízo abreviado, de forma central, afastando as garantias afetas ao procedimento ordinário. No caso do Uruguai com uma agravante, o parâmetro de limitação ao processamento do juízo abreviado, como já esclarecido, é o limite mínimo de 6 (seis)anos, o que permite que crimes graves sejam processados em tal procedimento.

Na Argentina, é permitido que cada província desenvolva sua legislação processual penal, daí a razão da existência de legislações das províncias e federal, o que torna o sistema complexo. A província de Buenos Aires, por exemplo, realizou reforma no processo penal através da lei 11.922²²⁷, vigente a partir de 1998. Dessa forma, existe um sistema afeto a todo

²²³ REYES, Alberto. Implementación de nuevo CPP es “altamente positiva”, pero juicio abreviado se aplicó “de una manera demasiado amplia”. **Asociación de Magistrados de Uruguay**. 8 jan. 2019.

Disponível em: <<http://amu.org.uy/implementacion-de-nuevo-cpp-es-altamente-positiva-pero-juicio-abreviado-se-aplico-de-una-manera-demasiado-amplia-dice-presidente-de-asociacion-de-magistrados>> Acesso em: 09 jan. 2019.

²²⁴ OBSERVATÓRIO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA. Disponível em:

<<https://www.facebook.com/observatoriomi/videos/vb.1234814656589545/354985135253707/?type=2&theater>> Acesso em: 01 fev. 2019.

²²⁵ PEREIRA, Santiago. Realidades Nacionales: Uruguay. In: FUCHS, Marie-Christine; FANDINO, Marco; POSTIGO, Leonel Gozalez (Org). **La Justicia Penal Adversarial em América Latina Hacia La Gestión del Conflicto y la Fortaleza de la Ley**. Santiago: CEJA, 2018. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5621>> Acesso em: 05 jan. 2019. p. 464.

²²⁶ Tradução livre: “permite uma ampla aplicação do instituto considerado o tipo de delito, ficando muito poucas figuras penais fora de sua possível aplicação.”

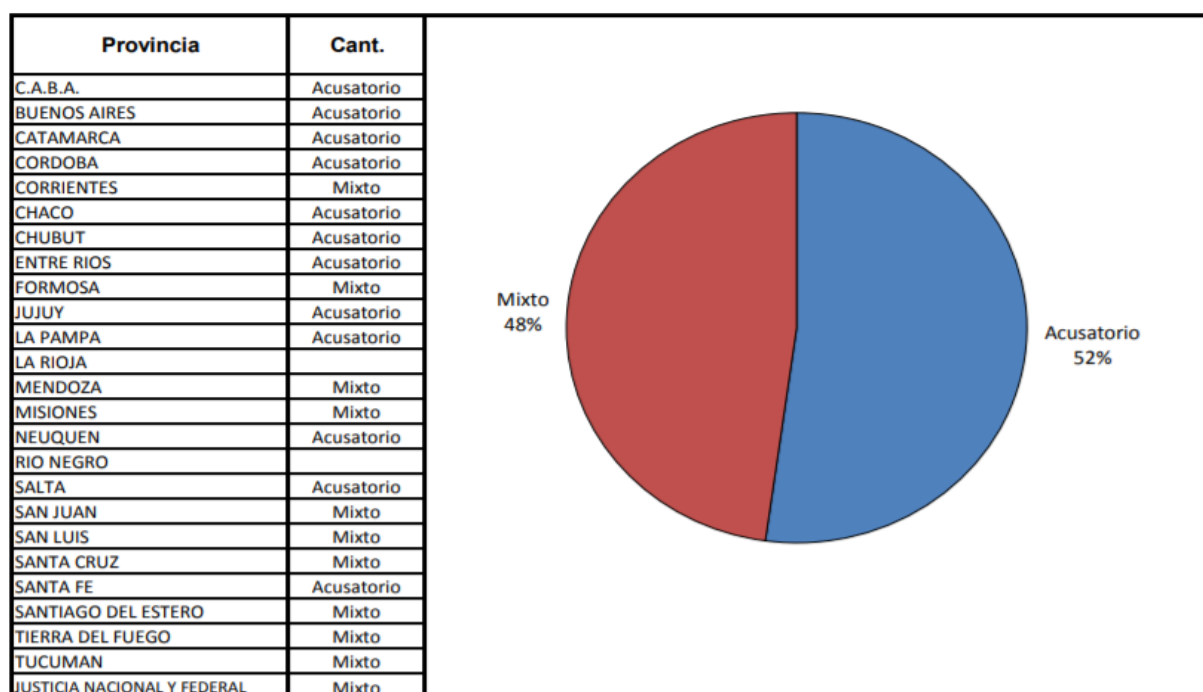
²²⁷ ARGENTINA. **Código Procesal Penal**. Ley 11.922. 1998. Buenos Aires. Disponível em: <<http://server1.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11922.html>> Acesso em: 16 fev. 2019.

o território vinculado ao Poder Judicial da Nação, bem como um sistema provincial vinculado ao Poder Judicial específico das províncias.

A partir da década de 1990, várias províncias começaram a reformar seus códigos de processo, como, por exemplo: Chaco, em 1998; Catamarca em 2003; Chubut, em 2006; La Pampa em 2006; Santa Fe em 2007; Entre Rios em 2009 e em 2014; Santiago del Estero, em 2009; Jujuy em 2009; Salta em 2011; Neuquén em 2011; Rio Negro em 2014²²⁸.

No gráfico infra-anexado, retirado do *Sistema Nacional de Estadísticas Judiciales* (SNEJ), anuário de 2016, verificam-se os seguintes dados sobre os sistemas processuais²²⁹:

Gráfico 12 - Tipo de sistema penal.



Fonte: SNEJ (2016).

Nota-se que a autonomia das províncias, em editar suas legislações processuais penais, faz com que se conviva em um mesmo território com modelos processuais distintos.

Em paralelo às legislações das províncias, recentemente, fora promulgado o novo código de processo penal nacional, através da lei 27.482²³⁰, publicada em 07 de janeiro de 2019, que modificou a lei 27.063.

²²⁸ AHUMADA, 2018, op. cit., pp.13.

²²⁹ ARGENTINA. **Sistema Nacional De Estadísticas Judiciales**. Buenos Aires. 2016. Disponível em: <http://www.jus.gob.ar/media/3276541/informe_final_snej_2016.pdf> Acesso em: 15 out. 2018.

²³⁰ ARGENTINA. **Código Procesal Penal de La Nación**. Ley 27.482. 2019. Buenos Aires. Disponível em: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/199597/20190107>> Acesso em: 01 fev. 2019.

A título de exemplo, com a finalidade de conceder uma visão panorâmica da barganha no processo argentino, cita-se o procedimento do Código Processual da província de Buenos Aires, bem como aquele previsto no Código de Processo Federal.

No procedimento abreviado, previsto no Código de Processo da província de Buenos Aires – Lei 11.922²³¹ –, o fiscal pode requerer o processamento do caso em juízo abreviado quando entender como suficiente uma pena privativa de liberdade de até 15 anos, ou pena não privativa de liberdade, ainda que em forma conjunta, sendo permitido ao acusado e seu defensor realizar a solicitação (Art. 395).

Formalizado o acordo, o juiz poderá: a) desestimar a solicitação de juízo abreviado, determinando que o processo continue, sempre que verificar que a vontade do imputado se encontrava viciada, ou quando exista discrepância insanável em relação à qualificação jurídica aplicada no acordo; b) admitir a conformidade, ditando sentença. Antes de decidir, entretanto, o juiz deve informar ao imputado sobre as consequências do procedimento. Na hipótese de o juiz determinar o prosseguimento do caso em juízo ordinário, a conformidade não vincula o Ministério Público, bem como não poderá ser tomada em prejuízo ao imputado – Art. 398.

A sentença deve ser prolatada em até 5(cinco) dias e sua análise deverá se restringir às evidências anteriores ao acordo. Não é possível fixar pena superior ao quanto requerido pelo fiscal, tampouco é possível alterar a forma de execução, sendo possível, entretanto, absolver o réu, se for o caso – Art. 399.

É possível a submissão do caso a juízo abreviado mesmo existindo diversos imputados – Art. 400. O particular ofendido não pode se opor ao juízo abreviado – Art. 402.

No procedimento estabelecido no Código de Processo Penal Federal – Lei 27.482 –, a barganha passou a ser admitida nos casos em que o Ministério Público estime como suficiente a aplicação de uma pena privativa de liberdade inferior a 6 (seis) anos. Se o fiscal requerer a aplicação de uma pena menor que a metade daquela prevista para o caso, deverá ter a concordância do fiscal superior.

O imputado deve aceitar expressamente os fatos imputados, a sua participação neles, os antecedentes de prova, a tipificação legal e a pena requerida pelo fiscal. A existência de vários réus não impede a realização de acordo em relação a um ou algum deles. Nos casos

²³¹ ARGENTINA, 1998, op. cit.

omissos, determina-se a aplicação do procedimento comum – Art. 43, que alterou a redação do Art. 288.

Em audiência, as partes devem explicar ao Juiz de garantias todos os termos do acordo, podendo o magistrado interrogar as partes sobre os termos, bem como sobre as informações coletadas.

O querelante somente poderá se opor ao acordo se tiver sustentado uma qualificação jurídica diversa dos fatos ou uma responsabilidade diferenciada daquela imputada pelo fiscal e, como decorrência, a pena aplicada transborde os limites estabelecidos para o processamento do juízo abreviado.

O juiz deverá certificar-se de que o imputado prestou a conformidade de forma voluntária e livre, entendendo todos os termos do acordo, bem como que conhece seu direito de exigir um juízo oral – Art. 44, que alterou a redação do Art. 289.

Na mesma audiência, o juiz dita a sentença (absolutória ou condenatória); sendo condenatória, não poderá ser baseada somente na aceitação do imputado, bem como não poderá ser imposta pena superior àquela acordada, tampouco alterar a forma de execução, podendo ser aplicada pena menor. Por outro lado, o juiz deve absolver o réu se houver incoerência entre seus reconhecimentos e as provas sobre as quais se funda a acusação. Caso o juiz de garantias entenda que o acordo violou os ditames legais declarará sua inadmissibilidade – Art. 45, que alterou a redação do Art. 290.

Existe ainda a possibilidade de acordo de juízo direito, através do qual as partes requerem, na audiência de formalização da investigação, a imediata abertura do juízo. No final da audiência, o Juiz ditará a abertura do juízo, prosseguindo o procedimento posteriormente através das normas comuns. É possível o acordo de juízo direito para todos os delitos – Art. 46, que alterou a redação do Art. 292.

Como a alteração legislativa é bastante recente, não existem dados estatísticos para fundamentar a análise. No patamar normativo, o código se aproxima das legislações do Chile e do Uruguai, apresentando maior clareza em alguns pontos, como, por exemplo: a possibilidade de absolvição, esclarecendo especificamente hipótese da ocorrência; a previsão expressa da possibilidade de fixar pena inferior àquela do acordo; e o limite de pena claro para tramitação em juízo abreviado. Entretanto, é possível brandir as mesmas críticas no que tange à ausência de espaço probatório entre a admissão do procedimento e a prolação da sentença, como já sustentando neste estudo.

Todos os dados até então levantados confirmam que a operatividade do sistema adversarial se descola de sua previsão sistêmica abstrata, uma praxe distante do discurso, um

abstrato desconectado do real. Esses dados comparativos levantam a dúvida ou confirmam a suspeita sobre a (in)suficiência da técnica processual, ao menos em sua abordagem tradicional, de conter a irracionalidade da intervenção punitiva. As etiquetas são trocadas, mas os impuros continuam sendo perseguidos.

Na linha do quanto esclarecido por Leonel Gonzales²³², o júízo abreviado é uma das ferramentas que a fiscalia possui para gerir a conflitividade, tendo aparecido nos países da América Latina de forma recente. Para seu processamento, é necessário o reconhecimento de culpa por parte do imputado, viabilizando a negociação em três âmbitos: a) dos fatos, ou seja, como os fatos ocorreram; b) da responsabilidade; c) da quantidade de pena. São esses os elementos que deveriam ser debatidos na audiência de júízo abreviado. Na visão do mencionado autor, existem três problemas centrais na América Latina no que tange ao procedimento: a) utilização indiscriminada dos operadores, bem como problemas nas regulações legais; b) utilização da confissão do acusado como único elemento para condenar; c) papel passivo do juiz em audiência. Segundo sustenta, esses problemas dar-se-iam, de forma central, pelo pouco tempo de implementação nos países latinos, já que o sistema levaria em média de 10 a 15 anos para se estabilizar após sua implementação.

Ocorre que a funcionalidade do sistema adversarial, ao menos na contemporaneidade, demonstra que a tendência é a ampla utilização da conformidade como meio de “solução” do conflito penal, como exigência de controle das massas marginalizada em uma sociedade nitidamente excludente.

Quanto ao período de estabilização, os dados da justiça norte-americana, já referenciados no presente trabalho, demonstram a ampla utilização dos institutos de conformidade, o que confirma que mesmo em países com tradição adversarial antiga os institutos de conformidade operam na realidade da mesma forma - pasteurizando as garantias do processo penal.

Ademais, ainda que as vulnerabilidades procedimentais tivessem sido resolvidas, não seria superada a crítica fundamental de violação às garantias do imputado, sem as quais não há que se falar em legitimidade do Estado.

²³²OBSERVATÓRIO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA. Disponível em: <<https://www.facebook.com/observatoriomi/videos/vb.1234814656589545/354985135253707/?type=2&theater>> Acesso em: 01 fev. 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSIÇÃO

Com base nos elementos colhidos na presente pesquisa, foi possível traçar algumas considerações quanto às reformas na América Latina, especialmente quanto ao eventual impacto na realidade nacional, bem como realizar proposições construtivas para o processo penal brasileiro.

Como demonstrado, existe em trâmite um amplo processo de reforma direcionado à aplicação do sistema adversarial, como oposição ao modelo inquisitivo que permeava as legislações da região. Esse processo decorre tanto da necessidade de resgate da matriz ilustrada, com intuito de fazer frente ao modelo autoritário prévio, quanto de um reflexo imperialista.

Como todo sistema, o adversarial apresenta vulnerabilidades que quando não identificadas, ou quando omitidas, podem gerar perplexidades na adaptação à determinada realidade.

Os institutos de conformidade representam o principal pilar de vulnerabilidade do sistema, uma vez que permitem a dilapidação das garantias afetas ao processo penal. Através deles, promove-se, dentre outros pontos: a) o afastamento do júízo oral e de suas garantias correlacionadas; b) a burla à carga probatória integral do órgão de acusação, com clara violação ao estado de inocência; c) o resgate da confissão como rainha das provas - *confessio est regina probationum* - transformando o imputado de sujeito de direito em objeto de indagação; d) a aplicação de pena sem processo, em nítida violação ao devido processo legal; e) em suma, o rompimento com princípios fundantes do Estado de Direito, fulminando, de forma reflexa, sua legitimidade.

Como justificativa à manutenção destes institutos, é desenvolvida uma miríade de argumentos efficientistas, todos eles girando ao redor da necessidade de gestão da conflitividade social. Representam a manutenção de uma racionalidade criminalizante que enxerga o sistema penal como mecanismo apto ao tratamento da conflitividade.

Nessa linha de eficiência, o processo garantidor é tido como um obstáculo a ser superado, um problema ao controle das massas marginalizadas. Daí o movimento de informalização levado a cabo na contemporaneidade. Não se trata simplesmente de desburocratizar, mas sim de desmontar o processo ou, em outras palavras, conformá-lo em uma ótica fordista de produção. A transformação do ser humano em uma *commodity*.

Ainda sobre as vulnerabilidades do sistema, apresenta-se como um problema estrutural - desde o ponto de vista da oficialização do processo levado a cabo pelo inquisitivo, mas incorporado, na contemporaneidade, por grande parte dos sistemas ocidentais - o desnível entre acusação e defesa na fase prévia ao juízo, que não é suficientemente dirimido pelo *adversary principle*.

Em conexão com esse desnível, apresenta-se o problema da aglomeração quântica de poder na figura do órgão ministerial, fenômeno que desequilibra a relação processual, ressignificando o inquisitivo. Dessa forma, inviabiliza-se a construção de um saber processual de forma dialógica, permitindo a imposição da pretensão acusatória de forma unilateral. O conhecimento sobre o fato pretérito (delito) é dominado, revelado por apenas um sujeito que possui amplos poderes para definir a resolução do caso penal.

Nesse contexto de informalização, as audiências multifuncionais aceleram o procedimento a tal ponto a mitigar o direito de defesa no campo prático, o que impacta significativamente as possibilidades estratégicas durante a demanda.

Conforme os dados colhidos na pesquisa mostraram, trata-se de um sistema que, no campo da operatividade, é direcionado à rápida condenação dos sujeitos submetidos à persecução penal.

De forma sintética, a adoção dos elementos do modelo adversarial aplicado na América Latina, de forma acrítica, poderia gerar perplexidades graves na realidade brasileira, tais como: reforço do encarceramento em massa, em razão da informalização do procedimento, especialmente em virtude da incidência dos institutos de conformidade; em conexão direta com o primeiro ponto, o impacto negativo no sistema carcerário, conforme projeção de dados do INFOPEN com os dados do Chile e do Uruguai; a desestabilização da relação processual com a ressignificação do inquisitivo, em virtude da aglomeração quântica de poder; a relativização do sistema de garantias no campo prático, em razão da burla inserida por parte da conformidade.

Por outro lado, como benefícios do modelo adversarial desenvolvido na região, é possível mencionar: a) o afastamento do órgão jurisdicional da gestão da prova; b) a existência de juízes específicos para fase prévia ao juízo oral vinculados à proteção do sistema de garantias, bem como de órgãos jurisdicionais específicos somente para a realização dos julgamentos; c) a oralidade implementada como garantia da imparcialidade, da publicidade e da contradição; d) o reforço institucional das partes; e) o *cross-examination* como decorrência lógica do *adversary principle*.

Cotejando os elementos doutrinários e estatísticos, é possível concluir que se trata de um sistema que possui elementos que tanto podem beneficiar, quanto podem fadigar o processo penal brasileiro. E o termômetro de análise deve ser conduzido pela própria dicção constitucional do devido processo legal. Como demonstrado, processo não é instrumento de controle, não é instrumento de efetivação de um pretensão direito material de punir, tampouco de defesa social, mas sim garantia em face do poder político de punir, razão pela qual os elementos do sistema não podem apresentar uma configuração diversa. Assim, a recepção/criação de determinado sistema processual deve ser direcionada ao reforço do sistema de garantias, como exigência constitucional.

De resto, o argumento efficientista de gestão da conflitividade parte, talvez de forma camuflada ou não percebida, de uma racionalidade moderna que já deveria ter sido abandonada, uma vez que pressupõe a necessidade de abordagem penal dos mais variados conflitos sociais. Daí decorrem os mais variados argumentos de que: o processo garantidor seria inviável; de que o problema seria o processo. Ora, entre torcer os pilares do processo penal e reduzir de forma contínua o espectro de incidência do sistema penal, que se faça o segundo, através de uma política séria de descriminalização de condutas. Em suma, parte-se da velha fé de que o sistema penal possui potencialidade de tratamento do conflito, mesmo tendo a história da humanidade como exemplo em sentido contrário.

Se existe um problema economicista – e aqui para refutar o argumento no campo efficientista –, esse não se relaciona com as garantias, mas sim com o projeto criminalizante das massas marginalizadas. Basta descriminalizar de forma contínua. Se o sistema adversarial tem sido apresentado na América Latina como opção de superação dos modelos inquisitórios, que sejam realizados filtros de adequação, recepcionando de forma crítica alguns de seus elementos, adaptados às peculiaridades regionais, aproveitando todo o aparato voltado ao reforço da proteção do indivíduo em face do poder punitivo.

Levando em conta essas considerações, é possível sustentar a necessidade de se desenvolver um sistema processual – denominado na presente pesquisa como *sistema processual garantidor* – próprio para a realidade brasileira, fincado no princípio dispositivo, com elementos voltados ao reforço do devido processo legal. Nessa linha, seriam aproveitados todos os elementos garantidores dos sistemas até então identificados, distanciando-se, dessa forma, das limitações dos tipos ideais, refutando todos os elementos que fragilizem o sistema de garantias. Como exemplo de elementos do modelo adversarial aplicado na América Latina que reforçariam a proteção: a oralidade trabalhada como garantia da imparcialidade, contradição e publicidade; o *adversary principle*; dentre outros já

mencionados. Como exemplo de elemento que fadigariam a garantia do processo: a barganha; a concentração de poder na figura do acusador; dentre outros também já mencionados na pesquisa.

De qualquer sorte, não basta projetar um sistema com elementos ótimos, uma vez que fatores externos acabam por cooptar os discursos, transformando suas bases. A demanda de controle deforma/conforma as teorias, como exigência de uma sociedade excludente, como demonstrado em tópico próprio deste trabalho. E o que permite essa cooptação é a legitimação dada ao sistema penal – que historicamente foi ancorada na crença nas finalidades das penas – ainda que mínima, ainda que com a melhor das intenções de se estabelecer um sistema de garantias. A legitimação permite – em diferentes graus, é verdade – a cooptação do discurso²³³.

Não é possível dissociar o debate sobre sistemas do controle social, sob pena de se trabalhar com elementos que, no campo teórico, sugerem determinada finalidade, mas que operam, na realidade, de forma invertida. É necessário desvelar o fenômeno para desenvolver um pensamento crítico que obste em maior grau possível a irracionalidade do sistema de punição. Em outras palavras, não adianta desenvolver o melhor sistema e inserir seus elementos em uma teoria processual esquizofrênica. Uma teoria processual acrítica, que não leve em consideração a relação supra referenciada, apenas serve para legitimar a barbárie, convertendo os juristas em meros “carimbadores de passagens” para *Auschwitz*.

O risco da abordagem abstrata dos sistemas processuais penais é a transformação dos lemas do “sistema acusatório”, “sistema adversarial” e do “processo penal democrático” em meros *slogans* políticos, que ressignifiquem a punição e, por consequência, legitimem a barbárie levada a cabo pelas agências de controle penal.

O processo se encontra na quina do encarceramento em massa que é levado a cabo por estruturas mais amplas de controle que precisam conter os excluídos, fazendo com que o discurso jurídico processual tenha um pequeno espectro de atuação. Se, nesse pequeno espaço, o discurso for, ainda que minimamente legitimante, seu potencial de contenção se esvai, passando a operacionalizar o sistema.

O potencial de proteção das garantias se esvai com a legitimação do sistema penal. Dessa forma, se admite-se processo como garantia efetiva, e assim o é por força de determinação constitucional, exige-se uma conformação teórica apta à proteção. Uma teoria crítica deslegitimante é condição *sine qua* para o desenvolvimento efetivo das garantias, já

²³³ Nesse sentido, o ocorrido com o garantismo jurídico que no Brasil passou a ser regurgitado, por alguns, como garantismo integral.

que inviabiliza a cooptação do discurso jurídico, permitindo o tensionamento, em maior grau possível, do poder punitivo. As agências de controle não podem cooptar aquilo que lhes deslegitima. Nessa linha cognitiva, uma teoria crítica processual deslegitimante decorre de uma exigência constitucional de efetivação do sistema de garantias.

Daí a razão da necessidade de fazer o sistema processual viver dentro de uma teoria processual crítica que retire a justificativa racional da intervenção. E não é qualquer teoria, mas aquela gestada, pensada, desenvolvida para o processo penal. Oportuno salientar o ponto, uma vez que o cenário do processo penal brasileiro se agrava sobremaneira pela persistência de manutenção de uma Teoria Geral do Processo que possui a pretensão de englobar campos absolutamente distintos, como o penal e o não penal.

Quando se teoriza sobre o sistema punitivo, é necessário levar em consideração a potencialidade lesiva dos discursos, uma vez que ao fim e ao cabo se encontra o cárcere. Existe, portanto, a necessidade de uma profunda crítica de todos os pressupostos do pensamento, todos os preconceitos, retirando qualquer naturalidade da intervenção, em virtude do custo humano envolvido. As matérias dogmáticas que se desenvolvem ao redor da intervenção penal são conformadas por um modelo eminentemente punitivo de intervenção nos conflitos, ao contrário do que ocorre no âmbito não penal. Existe, assim, uma diferença fenomênica, que requer a tentativa de desenvolver conceitos operativos próprios. É necessário romper com a teoria geral e desenvolver uma teoria do processo penal.

A partir do reconhecimento da necessidade de se desenvolver uma teoria do processo penal deslegitimante, a teoria agnóstica do processo penal se mostra como uma opção, já que desenvolve seus conceitos operativos, incorporando a operatividade real do sistema, retirando a justificativa racional e evitando a cooptação do discurso jurídico.

Em suma, levando em consideração o processo de reforma na América Latina, bem como a necessidade de se superar a base inquisitiva do processo penal brasileiro, sustenta-se, a título propositivo, a necessidade de desenvolvimento de um modelo processual de proteção máxima que seria composto por um sistema processual garantidor, pensado especificamente para a realidade marginal brasileira, cujo norte de adoção de elementos seja focado no reforço ao sistema de garantias, como exigência da dicção constitucional do devido processo legal, em conjunto com o desenvolvimento de uma teoria processual penal crítica deslegitimante. Em uma frase: sistema processual garantidor inserido em uma base teórica crítica.

Ademais, para além da técnica processual, não existe saída possível para a abordagem constitucional da conflitividade social, dentro da consideração do indivíduo como pessoa humana, que não passe por um amplo projeto de descriminalização de condutas e

emancipação das pessoas. Qualquer outra abordagem fora da dignidade da pessoa humana se restringe à coisificação do ser.

Portanto, não é necessário perfumar a “máquina de moer gente”, mas, sim, contê-la, sob pena de se florear a intervenção punitiva com a finalidade de punir bem para punir sempre.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo) liberal. In: ABRAMOVAY, P.V.; BATISTA, V.M.(Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- AHUMADA, Carolina. Realidades nacionales. Argentina. Justicia Federal. In: FUCHS, M.C.; FANDINO, M.; POSTIGO, L.G. (Org.). **La Justicia Penal Adversarial em América Latina Hacia La Gestión del Conflicto y la Fortaleza de la Ley**. Santiago: CEJA, 2018. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5621>> Acesso em: 05 jan. 2019.
- AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, L.B.(Org.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- AMODIO, Ennio. **Motivazione della sentenza penale**. Milano: Giuffrè - Enciclopedia del Diritto, 1977.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. América Latina como instituição de sequestro. In: ABRAMOVAY, P.V.; BATISTA, V.M. (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Renavan, 2015.
- ARGENTINA. **Código Procesal Penal**. Ley 11.922. 1998. Buenos Aires. Disponível em: <<http://server1.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-11922.html>> Acesso em: 16 fev. 2019.
- _____. **Sistema Nacional De Estadísticas Judiciales**. Buenos Aires. 2016. Disponível em: <http://www.jus.gob.ar/media/3276541/informe_final_snej_2016.pdf> Acesso em: 15 out. 2018.
- _____. **Poder Judicial de La Provincia de Buenos Aires**. 2018. Estadísticas. Disponível em: <<http://www.scba.gov.ar/informacion/estadisticas.asp?opcion=E>> Acesso em: 12 jan. 2019.
- _____. **Código Procesal Penal de La Nación**. Ley 27.482. 2019. Buenos Aires. Disponível em: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/199597/20190107>> Acesso em: 01 fev. 2019.
- _____. **Observatorio de Seguridad Ciudadana**. Sistema Nacional de Estadística Criminal de la Argentina. 2018. Argentina. Disponível em: <<http://www.seguridadciudadana.org.ar/estadisticas/datos-a-nivel-subnacional/estadisticas-criminales-2>> Acesso em: 15 jan. 2019.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.** [online]. n.11, pp.89-117, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522013000200004&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 10. Fev. 2019.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia,

2011.

BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, P.V.; BATISTA, V.M. (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; Rev. Téc. Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1998.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad. Fernando Zani; Rev. e Apres. Fauzi HassanChoukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.

_____. **O Descumprimento das Formas Processuais**: elementos para uma crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b.

_____. **Que significa implementar un nuevo sistema de justicia penal?** En la implementación de la nueva justicia penal adversarial. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012a.

_____. **Elogio de la audiência oral y pública**. En la implementación de la nueva justicia penal adversarial. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012b.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343**. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOFEN Atualização - Jun. 2016. Org. Thandara Santos; Col. Marlene Inês da Rosa [et. al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf> Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Projeto Lei 8045. 2010. Brasília. Recuperado em 12 dezembro 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Anteprojeto de lei Anticrime**. 2019. Brasília. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2019.

CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. **eBooksLibris Brasil**, 2002.

CANCHES, Omar Dueñas. Importancia de la aplicacion de la etapa intermediaria en el proceso penal. **Instituto de Ciencia Procesal Penal**. Disponível em: <www.incipp.org.pe>

Acesso em: 12 dez. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1993.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHILE. **Código Procesal Penal**. 2000. Santiago. Disponível em: <www.leychile.cl> Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Defensoría Penal Pública del Chile**. Estadísticas. 2018a. Disponível em: <<http://www.dpp.cl/repositorio/177/486>> Acesso em: 28 jan. 2019.

_____. **Ministério Público do Chile**. Estadísticas. 2018b. Disponível em: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> Acesso em: 28 jan. 2019.

_____. **Instituto Nacional de Estadísticas Del Chile**. Estadísticas. 2018. Disponível em: <<http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia>> Acesso em: 25 dez. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. 10 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>> Acesso em: 12 fev. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Limite Penal: Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos. **Consultor Jurídico**. 15 Dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos>> Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009a. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>> Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Sistemas processuais. Emerj. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sZkH4tphQac>> Acesso em: 01 dez. 2018.

DE GIORGI, Alessandro. **Zero tolleranza. Strategie e pratique della società di controllo**. Roma: Derive Approdi, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DUSSEL, Enrique. **Hipótesis para una historia de la Iglesia en América Latina**. Barcelona: Nova Terra, 1967.

_____. **Cultura latinoamericana e historia de la Iglesia**. Buenos Aires: Ediciones de la Facultad de Teología de la PUCA, 1968.

_____. **Método para una filosofía de la liberación**. Salamanca: Sí-gueme, 1974.

_____. **Filosofia da Libertação na América Latina**. Trad. Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, 1982.

EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América**, 1787. Washington. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments> Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. **Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América**. 2004. Bureau of Justice Statistics. Disponível em: <<https://www.bjs.gov/>> Acesso em: 06 out. 2018.

_____. **Comissão de Regras de Sentença dos Estados Unidos da América**. 2018. United States Sentencing Guidelines: Section 5K.1.1. Recuperado em 13 outubro, 2018, de <https://www.ussc.gov/guidelines>

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. 41ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

_____. **La verdad y las formas jurídicas**. Buenos Aires: Gedisa, 2014.

GAROFALO, Raffaele. **Criminology**. Montclair: Patterson Smith, 1968.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GONZÁLES, Leonel. **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Chile: CEJA, 2017.

_____. Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en America Latina. In: FUCHS, Marie-Christine; FANDINO, Marco; POSTIGO, Leonel Gozalez (Org). **La Justicia Penal Adversarial em América Latina Hacia La Gestión del Conflicto y la Fortaleza de la Ley**. Santiago: CEJA, 2018. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5621>> Acesso em: 05 jan. 2019.

KAGAN, Robert A. **Adversarial legalism: The American Way of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

KHALED, Salah H. Garantismo à La Carte: integral, desnatado, ou semi-desnatado? **Justificando**. 26 set. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>> Acesso em 01 out 2018.

LANGBEIN, John H. **The origins of adversarial criminal trial**. Oxford University Press, 2005.

_____. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. **Clube do Livro Liberal**. Vozes, 2018. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/tratado2_09dosfins.html> Acesso em: 05 out. 2018.

MACHADO, Leandro; MORI, Letícia. Brasil teria que construir quase um presídio por dia durante um ano para abrigar presos atuais. 8 dez. 2017. **BBC Brasil em São Paulo**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42274201>> Acesso em: 10 jan. 2019.

MARX, Karl. (2013). **O capital** - Crítica da economia política. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Bontempo, 2013. Disponível em: <<https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmps7jbv.pdf>> Acesso em: 5 out. 2018.

MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. S. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2010.

MORUS, Thomas. **Utopia**. São Paulo: Edipro, 2014.

OBSERVATÓRIO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA. Disponível em: <<https://www.facebook.com/observatoriomi/videos/vb.1234814656589545/354985135253707/?type=2&theater>> Acesso em: 01 fev. 2019.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. San José. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em: 12 dez. 2017.

PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PEREIRA, Santiago. Realidades Nacionales: Uruguay. In: FUCHS, Marie-Christine; FANDINO, Marco; POSTIGO, Leonel Gozalez (Org.). **La Justicia Penal Adversarial em América Latina Hacia La Gestión del Conflicto y la Fortaleza de la Ley**. Santiago: CEJA, 2018. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5621>> Acesso em: 05 jan. 2019.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**, n.68, 2004. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionabilidade%20penal%20moderna.pdf> Acesso em: 05 out. 2018.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Por uma Teoria do Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito. 2016.

REYES, Alberto. Implementación de nuevo CPP es “altamente positiva”, pero juicio

abreviado se aplicó “de una manera demasiado amplia”. **Asociación de Magistrados de Uruguay**. 8 jan. 2019.

Disponível em: <<http://amu.org.uy/implementacion-de-nuevo-cpp-es-altamente-positiva-pero-juicio-abreviado-se-aplico-de-una-manera-demasiado-amplia-dice-presidente-de-asociacion-de-magistrados>> Acesso em: 09 jan. 2019.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal**. Madrid: Dykinson, 2005.

SIMON, J. **Governing Trouht Crime**. How the War on Crime Transformed American Democracy. Oxford University Press, 2007.

THAMAN, Stephen C. Is America a Systematic Violator of Human Rights in the Administration of Criminal Justice. **St. Louis University Law Journal**, Vol. 44, No. 3, p. 999, 2000. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2571463> Acesso em: 13 out. 2018.

_____. Aspectos Adversariales, Acusatorios y inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

URUGUAI. **Código Del Proceso Penal**. 2014. Montevideú. Asociación de Magistrados de Uruguay Disponível em: <<http://amu.org.uy/ley-no-19-293/>> Acesso em: 03 jan. 2019.

URUGUAI. **Anuário Estadístico**. Poder Judicial Uruguay. Disponível em: <<http://poderjudicial.gub.uy/anuario-estadistico>> Acesso em: 08 dez. 2018.

VIEIRA, Antonio. Diálogos Digitais: A importação deformada do modelo estadunidense de justiça criminal. **Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. 6 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=whT-oMkZifQ>> Acesso em: 15 mar. 2019.

VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales em Inglaterra y en europa continental. In: WINTER, Lorena (Org.) **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 3ª ed., 2007.

_____. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Bontempo, 2008.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Los Derechos Fundamentales em la Instrucción Penal en los Países de América Latina**. Brasília - DF: Editorial Porruá, 2007.

_____. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. Ed.

Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____. **O Inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2017.