UM OLHAR PARA ALÉM DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS A LOOK BEYOND THE CRIMINAL PROCEDURAL SYSTEMS

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 104/2013 | p. 147 - 171 | Set - Out / 2013
DTR\2013\9093

Clara Maria Roman Borges
Doutora e Mestre pela UFPR. Professora de Direito Processual Penal no Curso de Graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Professora de Direito Processual Penal na Universidade Positivo. Advogada.

Área do Direito: Penal; Processual
Resumo: A substituição gradual do processo penal pela justiça negocial é preocupação central dos processualistas comprometidos com a concepção de instrumentos democráticos para solução dos casos penais. Entretanto, a consagrada visão sistêmica com todas as suas impropriedades históricas e epistemológicas torna-se um obstáculo à reflexão sobre o processo penal brasileiro como fruto das violências e autoritarismos da nossa atual sociedade, bem como sobre as novas formas de solução dos casos penais que não se compatibilizam com o tradicional processo inquisitório ou acusatório. Ao final, propõe-se a superação desta concepção sistêmica de processo penal e a reflexão sobre novas práticas de acertamento dos casos penais.

Palavras-chave: Sistemas processuais - Verdade - Processo penal - Inquisitório - Justiça restaurativa.
Abstract: The gradual replacement of the criminal process by a negotiated justice is a central concern of the processualists committed to the development of democratic instruments for solving criminal cases. However, the systemic vision enshrined with all its historical and epistemological inadequacies becomes an obstacle to reflection about the Brazilian criminal process as a result of the violence and authoritarianism of our current society, and about new ways of solving criminal cases incompatible with the traditional inquisitorial or adversarial process. In the end, a proposal to overcome this systemic conception of the criminal process and to reflect on new practices for solving criminal cases is formulated.

Keywords: Procedural systems - Truth - Criminal process - Inquisitorial - Restorative justice.
Sumário:

1. INTRODUÇÃO - 2. A ANÁLISE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DA ESTRUTURA DOS SISTEMAS - 3. O DITO SISTEMA INQUISITÓRIO CONTEMPORÂNEO E AS INQUISIÇÕES DO SANTO OFÍCIO: UMA INADEQUADA APROXIMAÇÃO - 4. A RELAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS E A VERDADE - 5. O ABANDONO DO PROCESSO COMO MECANISMO DE BUSCA DA VERDADE - 6. UM CONVITE À REFLEXÃO SOBRE AS NOVAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DOS CASOS PENAIS - 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a maioria dos escritos que se propõem a analisar as práticas estatais destinadas à resolução dos casos penais se restringe a um estudo do funcionamento do processo penal, bem como de suas disfuncionalidades, que se constituem nos limites de uma estrutura sistêmica. Em outras palavras, quando se tem por objetivo descrever e teorizar sobre as práticas que tornam possível a concretização do Direito Penal, o ponto de partida tem sido invariavelmente o mesmo, o processo penal e as suas características determinadas pela sua concepção na ambiência de um sistema inquisitório, acusatório, ou ainda, misto.

No Brasil, tal abordagem tem se repetido desde as obras de José Frederico Marques, o processualista que pioneiramente buscou dar cientificidade aos estudos relativos à disciplina do Direito Processual Penal, ainda que infelizmente tenha optado pelas veredas tortuosas da Teoria Geral do Processo.[1]

Aliás, é preciso reconhecer que foram desenvolvidos estudos memoráveis e originais sob esta perspectiva de análise do processo penal, certamente imprescindíveis para o avanço no desenvolvimento de uma Teoria Geral do Direito Processual Penal e de uma visão crítica sobre a

falta de constitucionalização do Direito Processual Penal brasileiro, veja-se por todos aqueles realizados por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, na década de 90.[2]

Contudo, as tendências esboçadas nas últimas reformas da legislação processual penal no Brasil, bem como aquelas que se avizinham nos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, exigem outros olhares aptos a identificar novas práticas que permeiam a atuação das agências estatais no que se refere à resolução dos casos penais e dispostos a mirar o que ocorre para além dos sistemas processuais no momento de aplicação do direito penal.

Na expressão deste novo olhar, o presente excerto pretende desenhar um panorama destas novas práticas, de seus propósitos e de seus possíveis efeitos em relação ao tradicional processo penal concebido no Código de Processo Penal (LGL\1941\8) de 1941.

2. A ANÁLISE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DA ESTRUTURA DOS SISTEMAS

Em 1961, com base na obra de Vincenzo Manzini, o arquiteto teórico do processo penal fascista na Itália, José Frederico Marques a partir do critério da existência ou não de partes no processo afirmava a existência de três espécies de sistemas processuais forjados ao longo da história: inquisitório, acusatório e misto.

Nesta direção, definia que o sistema inquisitório, estruturado na Inquisição Medieval para perseguição dos hereges, era marcado por um processo que não comportava partes, apenas as figuras do inquisidor e do inquirido numa relação verticalizada, em que este figurava como mero objeto de prova. Já o sistema acusatório, concebido também na Idade Média com a criação do Tribunal do Júri na Inglaterra, tinha um processo em que se verificava a nítida separação entre os papéis do acusador e do julgador e que admitia a efetiva participação das partes.[3] Por fim, o sistema misto se traduzia numa mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório delineada pelo Código Napoleônico, pois seu processo tinha uma primeira fase inquisitória levada a cabo pelas investigações unilaterais de um juiz instrutor e uma segunda fase acusatória, desenvolvida perante o juiz ordinário e nalguns casos frente ao júri, em que as atribuições do acusador e do julgador não se confundiam e na qual o acusado poderia se defender.[4]

Ademais, ao observar o processo penal brasileiro, identificava como acusatório o sistema estruturado pelo Código de Processo Penal (LGL\1941\8) de 1941, já que seus dispositivos traduziam uma evidente separação entre as funções do órgão acusador, o Ministério Público, e do órgão julgador, o integrante do Poder Judiciário, bem como a previsão de um contraditório entre acusador e acusado. Tratava-se de uma visão otimista, que praticamente ignorava as autoritárias práticas diárias do dia a dia no foro criminal.[5]

Esta análise dos sistemas processuais se perpetuou por muitos anos, ainda que matizada por uma visão mais pessimista, que classificava o sistema processual penal brasileiro como misto, cuja persecução penal era divida numa fase preliminar inquisitória, que normalmente coincidia com a realização do inquérito policial, e numa fase processual acusatória, que se traduzia no processo desenvolvido perante o juiz. Por óbvio, este ajuste era necessário, pois a visão nefelibata de que o processo penal brasileiro tinha uma efetiva participação das partes era incompatível com as atrocidades perpetradas contra os acusados nos tempos da ditadura militar e com a escancarada seletividade do sistema penal que atuava para encarcerar o incômodo contingente de despossuídos produzidos pelas várias crises econômicas.[6]

Uma crítica mais consistente a esta visão dos sistemas processuais penais se desenvolveu no Brasil apenas nos anos 90, sob a batuta de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,[7] que em seus escritos analisou o processo penal pátrio a partir dos estudos desenvolvidos pelo processualista italiano Franco Cordero.

Este autor buscou na filosofia e na história os argumentos para refutar esta classificação dos sistemas fundada no critério da existência ou não de partes no processo e propôs a definição dos sistemas com base na gestão da prova.

Neste sentido, asseverava que historicamente sistemas processuais ditos mistos, cujos processos formalmente comportavam a existência de partes, muitas vezes no dia a dia da resolução dos casos penais as práticas que os concretizavam se aproximavam daquelas empreendidas pelos tribunais do

Santo Ofício. Citava como exemplo o processo estruturado pelas Ordenações Criminais francesas de 1670, que mais tarde serviu de base ao processo napoleônico,[8] também chamado de metástase da inquisição católica,[9] o qual admitia a separação entre órgão acusador e órgão julgador, mas tinha neste o protagonista processual e lhe atribuía pleno controle da gestão das provas, tornando as partes meros figurantes.[10]

Aliás, dizia que nesses casos o julgador ficava sujeito ao primado das hipóteses sobre os fatos, pois ao formar logo no início do processo sua convicção sobre uma possível versão dos fatos naturalmente passava a utilizar seus poderes de gestão da prova para conduzir o processo à comprovação desta hipótese, o que deixava a investigação das possíveis versões dos fatos num segundo plano e tornava a confissão a rainha das provas.[11] Nas palavras de Michel Foucault, o grande desejo do julgador era que o condenado aceitasse a punição e entendesse que era merecida e nesse contexto a assunção da culpa pelo acusado se tornaria a evidência de que a "justiça" trabalhava de maneira eficiente.[12]

Então, com base neste referencial teórico, Jacinto Coutinho apontou a existência de duas espécies de sistemas processuais, um inquisitório, em que a gestão das provas ficava nas mãos do juiz, e um acusatório, em que a gestão das provas ficava nas mãos das partes.[13]

Ademais, afirmou que por força da noção kantiana de sistema, amplamente adotada no mundo ocidental, não seria coerente falar num sistema misto, na medida em que se não poderia ter um princípio unificador misto, isto é, não se poderia ter um conjunto de elementos ideais do processo costurados a partir de ideias tão excludentes quanto à gestão das provas nas mãos do juiz e à gestão das provas nas mãos das partes.[14]

Assim, concluiu que o sistema processual penal brasileiro estruturado pela legislação de 1941 seria essencialmente inquisitório, já que conferia ao juiz amplos poderes para produzir as provas que considerasse necessárias, bem como para indeferir o pedido das partes de produção de provas. Note-se que o processualista brasileiro ponderou que o sistema pátrio não remontava uma inquisição tal como concebida na Idade Média, principalmente após o advento da Constituição de 1988, responsável por assegurar o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos e judiciais, contudo, em sua essência colocava o julgador no centro do processo e sujeito ao primado das hipóteses sobre os fatos.[15]

Ressalte-se que esta classificação dos sistemas processuais que permitiu uma identificação do processo penal brasileiro com a Inquisição teve uma inegável importância política, na medida em que permitiu a denúncia de práticas autoritárias no exercício do poder punitivo estatal justamente no momento crucial em que se assentavam os primeiros tijolos da precária democracia em nosso país.

Entretanto, depois de vinte anos da publicação destes originais estudos, faz-se necessário reconhecer suas imperfeições e incompletudes, inclusive para compreender porque o processo penal brasileiro se desviou do caminho acusatório e continua inoperante na efetivação dos direitos e das garantias constitucionais dos acusados. Para tanto, aponta-se dois dos principais equívocos desta análise dos sistemas processuais: um de ordem histórica e outro de ordem epistemológica.

3. O DITO SISTEMA INQUISITÓRIO CONTEMPORÂNEO E AS INQUISIÇÕES DO SANTO OFÍCIO: UMA INADEQUADA APROXIMAÇÃO

O primeiro problema deste estudo do processo penal, traçado a partir de uma análise pretensamente histórica dos apontados sistemas processuais, decorre de uma abordagem reducionista e linear de fatos históricos. Verifica-se dos textos produzidos pelos citados processualistas que há uma identificação direta entre as práticas ditas inquisitórias da contemporaneidade e uma idealizada inquisição nascida na Idade Média, projetada normalmente a partir do modelo da primeira e mais estruturada das Inquisições medievais criada no século XIII, pelo papa Gregório IX, e levada a cabo pelos dominicanos principalmente para perseguir os cátaros, os cristãos dos sul da França conhecidos como seguidores do espírito livre.[16]

Deste modo, percebe-se que não há um cuidado desses autores em realizar um recorte espaço-temporal capaz de indicar de quais práticas inquisitórias estão a tratar, ou em apresentar os indícios que os permitiram rastrear tais práticas. Em suma, tratam idealizadamente da Inquisição como um tribunal único, com práticas uniformes e imutáveis em toda Europa, as quais de alguma

maneira aportaram na América Latina e, mais especificamente, no Brasil.

Ora, sabe-se da leitura de Francisco Bethencourt que foram várias as Inquisições europeias, desenvolvidas em contextos completamente diversos e cada uma delas com práticas peculiares, sendo que o seu único ponto comum era a investigação das heresias por delegação papal.[17] Neste sentido, ilustra-se que se por um lado as primeiras inquisições na Europa visavam a aniquilar as seitas heréticas, de outro as conhecidas como tardias buscavam combater os saberes eruditos que extrapolavam preceitos do catolicismo, bem como as manifestações da cultura e religiosidade populares irredutíveis aos dogmas da Igreja, como relatado por Carlo Ginzburg,[18] das quais se distinguiam as peculiares inquisições ibéricas cujo principal alvo eram os cristãos-novos, suspeitos de judaizar em segredo. Acrescente-se, ainda, que boa parte das inquisições atingiu seu apogeu na Idade Moderna e muitas professavam o mesmo objetivo da contrarreforma, ou seja, conter o avanço do protestantismo.

Além disso, de acordo com Ronaldo Vainfas, ao contrário do que afirmam os processualistas que enveredam por uma análise pretensamente histórica dos sistemas processuais, os genericamente nominados métodos inquisitoriais de inquirir e processar, tais como o sigilo na formação do processo, o acolhimento de denúncias imprecisas, o anonimato das testemunhas, a prática da tortura na obtenção de confissões e a admissão da confissão como prova máxima não eram exclusividade ou originários dos processos do Santo Ofício, uma vez que eram amplamente utilizados tanto pelos inquisidores como pelos juízes seculares.[19]

Neste sentido, é possível afirmar que o emprego da tortura nos ditos "réus negativos" era um procedimento judiciário previsto nos códigos de toda a Europa, veja-se que na legislação francesa do século XVII regulava-se desde o momento de aplicá-la até os instrumentos, o tamanho da corda, o peso dos chumbos e outros detalhes sórdidos. Portanto, é possível concluir que os tormentos eram concebidos como prova judiciária, diferentemente da descontrolada tortura dos modernos regimes totalitários, inclusive porque muitas vezes eram o único meio do acusado para comprovar inocência.

Especificamente em Portugal, pelo menos desde as Ordenações Manuelinas, antes mesmo do estabelecimento da própria Inquisição, a tortura era valiosa para obtenção da confissão como prova judiciária, tanto que legalmente se recomendava que ela não fosse aplicada em seguidas sessões no mesmo réu para evitar a ratificação de uma falsa confissão movida exclusivamente pela dor.[20] Nas palavras do referido historiador, "iníqua aos olhos de hoje, e já no século XVIII percebida como injusta, desumana e ineficaz, a tortura nada mais era no Antigo Regime do que uma característica burocrática das Justiças e uma técnica especial de interrogatório".[21]

Em resumo, as atitudes policiais e repressivas da moderna Inquisição encaixavam-se dentre as práticas da pedagogia cristã que permeavam as relações na sociedade ocidental daquela época. Isto significa que a violência e as arbitrariedades da Inquisição e dos Tribunais reais eram características de um tempo marcado por uma cultura que não reconhecia a existência de direitos humanos, que encarava a punição como forma de expiação e utilizava o suplício do corpo como espetáculo exemplar para manter a ordem.[22]

Diante dessas conclusões, é inevitável desconfiar da aproximação que os processualistas brasileiros fazem entre a "inquisição medieval" e a "inquisição" que atuou Brasil Colônia e, consequentemente, entre esta e o processo penal brasileiro contemporâneo.

Como ressalta Ronaldo Vainfas, nunca houve no Brasil o mórbido auto-de-fé que costumava hipnotizar multidões no Paço lisboeta, foram realizadas apenas algumas procissões de fé, organizadas pelos visitadores do Santo Ofício, nas quais excepcionalmente se poderia chegar à pena secular de açoite público ou às abjurações constrangedoras. Além disso, também não se constituíram na Colônia os cárceres secretos, o poder de julgar os hereges e a tortura. Desde meados do século XVI, com a instalação da diocese baiana, os bispos e vigários locais atuavam como agentes indiretos do Santo Ofício, pois ouviam denúncias, abriam devassas, prendiam suspeitos, mas os remetiam a Lisboa para julgamento no Tribunal da Inquisição.[23]

Deste modo, pode-se dizer que o trabalho da Inquisição no Brasil, por meio de seus visitadores, comissários e familiares com suas devassas, apoiados na chamada pedagogia do medo - medo da morte na fogueira, medo do confisco de bens, da infâmia - e na confissão sacramental como instrumento de delação das práticas heréticas, era meramente instrutório e tinha como propósito

principal ampliar e fortalecer o controle de Portugal sobre a Colônia a partir do enquadramento moral de seus habitantes.

Neste sentido, Laura de Mello e Souza afirma que a demonização dos índios, negros e colonos se tornou importante pretexto para justificar as investidas normalizadoras das autoridades coloniais e da Igreja destinadas a evitar as revoltas escravas contra os castigos desumanos e as sublevações dos colonos contra as ordens portuguesas, que poderiam se tornar obstáculos à produção de riquezas.[24] Assim, o novo mundo era visto como o inferno por sua humanidade diferente, rebelde, animalesca e demoníaca e por sua condição colonial como purgatório de salvação das almas pelo trabalho, pois se por um lado deveria ser salvo pela Europa, vista como a metrópole, o lugar da cultura e a terra dos cristãos, por outro deveria servir para extirpar pecados produzindo riquezas através do suor do rosto de pessoas purificadas.[25]

Portanto, é possível afirmar com segurança que a Inquisição brasileira teve seus propósitos próprios, suas características únicas e práticas distintas de qualquer outra Inquisição. Também é preciso atentar para o fato de que o modo de operar da Inquisição em nosso País durante o período colonial não mantém uma relação imediata com o funcionamento do processo penal brasileiro na atualidade, ou seja, não é possível afirmar que este intrincado mecanismo de processamento dos casos penais foi uma nefasta herança do Santo Ofício.

Note-se que o processo penal delineado após a independência brasileira em nada se aproximava daquele desenvolvido pelo Santo Ofício, bem como daqueles concebidos nos textos legais posteriores. Isto significa que as arbitrariedades praticadas por meio do processo penal, a violência legitimada pelo seu ritual, ao longo de muitos anos neste país, são resultado das relações de poder de nossa sociedade, num certo contexto histórico.[26] Ora, diante disso, seria perniciosa condescendência acreditar que o atual processo penal brasileiro distante de práticas democráticas é uma herança medieval que se não pode recusar e se deve obrigatoriamente administrar.

No mesmo sentido, é importante ressaltar que a contribuição dos historiadores sobre a "inquisição brasileira" permite constatar que os textos dos processualistas que se aventuram num estudo histórico do processo penal brasileiro partem de uma história idealizada,[27] simplificam exacerbadamente as peculiaridades dos vários tribunais de fé ao compará-los diretamente com o atual processo penal brasileiro, e consequentemente ignoram a complexidade dos mecanismos utilizados para aplicação das penas na atualidade.

Aliás, esta atitude de conceber o processo penal dos dias de hoje como fruto de uma "evolução histórica" tem servido para justificar a atitude conformista de alguns frente às violações dos direitos e das garantias dos processados e condenados criminalmente, principalmente daqueles beneficiados por um sistema penal direcionado a neutralizar certos grupos considerados incômodos em nossa sociedade excludente. Ou seja, tem-se encontrado na tradição uma boa desculpa para afastar responsabilidades em relação aos obstáculos impostos à ampla defesa dos acusados, para explicar o autoritário protagonismo judicial na produção de provas a favor da acusação, para justificar a naturalização das condenações que fixam longos períodos de reclusão, bem como a alienação dos julgadores para com as penas corporais aplicadas nos cárceres brasileiros.

Em razão disso, entende-se que um estudo, com a pretensão de contribuir na transformação de tais práticas autoritárias que permeiam o processo penal levado a cabo no dia a dia dos tribunais brasileiros, deve partir do pressuposto de que aquelas não são resultantes de uma tradição imutável legada pelos tribunais da fé, mas produto de seu tempo e principalmente das relações de poder que perpassam e constituem a atual sociedade brasileira e, principalmente, seus mecanismos de controle social.[28] Portanto, questionar quais são os vários discursos que constituem e legitimam tais práticas, os aspectos contextuais em que se concretizam, os seus propósitos oficiais e subjacentes e os seus diversos atores, é o primeiro passo para vislumbrar a possibilidade de novas formas democráticas de acertamento dos casos penais no Brasil.

4. A RELAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS E A VERDADE

Outro obstáculo para a compreensão das mudanças experimentadas pelo processo penal brasileiro nos últimos anos diz respeito à clássica identificação deste como único mecanismo de solução dos casos penais e utilizado para dar ao juiz conhecimento sobre a "verdade" ou uma das possíveis verdades acerca dos fatos supostamente delituosos e deste modo possibilitar sua decisão sobre a

aplicação ou não da sanção penal.[29]

Na visão sistêmica, o processo sempre foi concebido como instrumento necessário à reconstrução histórica de um crime e associou-se o processo inquisitório à busca da verdade material e o processo acusatório da verdade formal do fato delituoso pretérito.

No acertado diagnóstico de Roberto Kant de Lima, quando se estabelece as diferenças entre o sistema acusatório (do júri) e o inquisitório necessariamente parte-se da premissa de que ambos são "fórmulas autodenominadas 'racionais' para solução de conflitos e produção de verdades".[30]

Segundo Sergio Moccia, a despeito da epistemologia moderna há algum tempo ter confiado à metodologia do conhecimento o valor da probabilidade e renunciado ao ideal de verdade absoluta, esta associação se perpetua na contemporaneidade, tem uma lógica própria e serve de justificativa para certas práticas processuais.

Evidentemente, um processo que tem por fio condutor a busca da verdade material guarda visíveis diferenças em relação àquele cuja existência se fundamenta na busca de uma verdade formal, principalmente no que diz respeito à estrutura e à regulamentação dos direitos colocados em jogo nos interstícios do procedimento.[31]

Sabe-se que a exigência de julgamento fundado na verdade real dos fatos pressupõe um procedimento que abre amplo espaço para a atuação do juiz e sacrifica a concretização de direitos, pois esses implicam inevitáveis limitações à descoberta do que realmente aconteceu no momento da prática do delito. Assim, justificado pela ideia de que um julgamento justo é aquele fundado na verdade real, o processo inquisitório se forja como um instrumento exclusivo do juiz, não pertence às partes, cujos direitos consubstanciados essencialmente no contraditório e na ampla defesa ficam em segundo plano e somente se concretizam na medida em que não atrapalham o tão importante labor do juiz de reconstruir a verdade de um crime. Isto significa que a busca da verdade real acaba por colocar o processo inquisitório à sombra das luzes constitucionais.

Por outro lado, quando se trata de um processo acusatório que tem como finalidade a busca da verdade formal, o procedimento deve necessariamente se transformar em instrumento de efetivação do contraditório, já que o julgador deverá elaborar sua decisão com base nas versões do fato construídas pelas provas e argumentos produzidos pelas partes. Com base na premissa de que o julgamento justo é aquele proferido com respeito aos direitos das partes, o processo acusatório limita o exercício do poder jurisdicional e a dita verdade real do crime jamais se sobrepõe às garantias constitucionais.

Note-se que o discurso que fundamentou a opção por um ou outro sistema processual, isto é, por um processo que deveria servir de instrumento à busca da verdade real ou formal sempre esteve vinculada aos interesses daqueles que exerciam poder numa dada sociedade.[32]

Em tese, o fato das novas tendências epistemológicas terem aberto caminho à relativização do conceito de verdade, veja-se por todos os estudos heideggerianos,[33] deveria no mínimo ter aproximado os sistemas processuais contemporâneos do chamado modelo acusatório.

Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa, o "juiz de ofício" deveria ter sido substituído pelo juiz *bricoler*, que une os significantes probatórios validamente produzidos durante a instrução processual, acolhendo-os ou rejeitando-os de maneira fundamentada para elaborar sua decisão.[34]

Contudo, na prática não foi isso que aconteceu e nos países de matriz jurídica europeia-continental atualmente assiste-se a um abandono deste processo penal tradicional, visto como instrumento de busca da verdade do crime, material ou formal.

Isto porque nos últimos anos a sociedade ocidental passou por mudanças significativas, decorrentes das transformações do modo de produção capitalista, dos avanços tecnológicos, da globalização, que produziram uma supervalorização do mercado, do consumo[35] e determinaram a invenção de um Estado capaz de assegurar esta nova ordem, bem como o desenvolvimento de uma lógica social excludente[36] e punitiva-neutralizante daqueles que atrapalham o seu funcionamento.[37]

No que se refere ao avanço tecnológico, é preciso destacar que o aperfeiçoamento dos simulacros na era virtual apagou as fronteiras entre o real e o imaginário, fez com que nossas mais comezinhas

sensações fossem mediadas - e consequentemente reduzidas - por um universo predominantemente pictórico oferecido digitalmente. Então, quando se naturalizou esta confusão entre o real (o verdadeiro) e o imaginário (o falso), a necessidade de se identificar o que é verdadeiro passou a não ser mais prioridade,[38] a necessidade de se tomar decisões com base em verdades foi descartada.

Nas palavras de Zygmunt Bauman, verifica-se que a sociedade pós-moderna não tem mais preocupações com a verdade, pois não mais reconhece os limites entre as verdades e as falsidades - entre o real e o imaginário - e por este motivo a busca de significado e sentido se tornou irrelevante no atual contexto.[39] Trata-se de um verdadeiro câmbio epistemológico que afasta a produção do conhecimento da descoberta de verdades e o aproxima das respostas rápidas para os problemas imediatos.

Além disso, esta sociedade consumidora precisa neutralizar de maneira eficiente e rápida os elementos incômodos - os excluídos do mercado ou aqueles que atravancam a sua expansão - e para atingir tal objetivo utiliza a prisão como depósito incapacitante desses indivíduos considerados perigosos à sua manutenção.[40]

Diante desta demanda, o processo penal que serve como instrumento à reconstrução da verdade de um crime passa a ser visto como moroso, dispendioso e, principalmente, ineficiente. A necessidade de se buscar a verdade real para poder punir se transforma num obstáculo à celeridade na aplicação da punição, pois produzir provas exige tempo, mesmo que na realidade sejam para o inquisidor confirmar o seu prejulgamento.[41] Por outro lado, a necessidade de se buscar a verdade formal para encarcerar tem como pressuposto o cuidado com a efetivação de direitos do acusado, o que igualmente exige tempo (para cumprimento do ritual procedimental garantista) e ainda diminui o número de condenações.[42]

Portanto, frente à desimportância da verdade na sociedade contemporânea e à demanda de respostas punitivas rápidas, o desvio do caminho acusatório já perfilado no horizonte foi inevitável e atualmente em nosso país se tem cada vez mais o acertamento dos casos penais com base numa verdade negociada, que substitui o "obsoleto" processo penal pela barganha, ou pelo encarceramento praticamente automático dos excluídos.

5. O ABANDONO DO PROCESSO COMO MECANISMO DE BUSCA DA VERDADE

Sob a justificativa de que é necessário proteger com eficiência a sociedade da criminalidade organizada e da violência perpetrada pelos despossuídos (fatores em parte fabricados ou incrementados pela mídia a serviço dos que exercem poder e para manter o controle através do medo), tem-se dispensado a minuciosa produção de provas para punir os supostos autores dos delitos e antecipado o seu encarceramento para o momento das investigações, ou em alguns casos, tem-se produzido apenas as provas necessárias para forçar a barganha e punir rapidamente sem a realização do demorado processo penal.

Assim, nos índices fornecidos pelos órgãos oficiais a respeito da superlotação no sistema penitenciário em nosso país, verifica-se um aumento desproporcional do número de presos provisórios de baixa escolaridade internados nas delegacias e presídios, o que de certa maneira demonstra esta antecipação da punição dos suspeitos pobres para a fase do inquérito policial.[43]

Neste cenário, o processo penal é realizado apenas para atender a exigência formal-legal e uma produção de provas que visa à reconstrução da verdade do fato não se concretiza. O ritual procedimental tem efeito retórico e serve de instrumento à confirmação da necessidade da prisão que foi efetivada com base em precários indícios durante as investigações, normalmente em razão da suposta periculosidade do agente.

Ao reverso, quando se fala do combate à criminalidade organizada, as conversas captadas através de interceptações telefônicas e os dados produzidos mediante as quebras de sigilo bancário e/ou fiscal são provas produzidas exclusivamente para servir de elemento de barganha e para evitar o processo e sua dialeticidade na reconstrução dos fatos.[44] Muitas vezes, as provas servem como um blefe, para que o acusado desista do jogo processual e aceite uma pena.

Nos EUA, há muito o processo penal, que tem como momento culminante o julgamento pelo tribunal do júri, tem sido substituído pelas negociações, segundo estatísticas, desde a década de 80, mais de 90% dos casos penais são resolvidos sem a instrução probatória marcada pelo contraditório

processual.[45] Nestas situações, as provas são produzidas exclusivamente na fase das investigações, sob o comando do Ministério Público, para reunir o arsenal suficiente ao convencimento do suspeito a receber antecipadamente uma pena sem processo, delatar seus supostos companheiros de empreitada criminosa ou simplesmente facilitar o trabalho do Estado na recuperação dos valores fruto da prática delituosa.

Em suma, a produção das provas não tem mais o objetivo de informar a convicção do juiz sobre os fatos para que ele possa fundamentar sua decisão condenatória ou absolutória,[46] mas a finalidade indigesta de pressionar o culpado ou inocente a aceitar um acordo para que a resposta do Estado ao medo social do crime seja rápida e eficiente.

Neste ponto, demonstra-se mais uma vez que nos dias atuais o direito penal e o processo penal corroboram o caráter simbólico da pena, pois em seu dever ser se mostram igualitários e garantistas, de modo a legitimar a violência por eles perpetrada no momento de seu funcionamento dirigido à neutralização dos economicamente menos favorecidos.[47]

Note-se que a justiça negocial aportou na legislação pátria quando ainda eram incipientes as mudanças sociais que levariam ao abandono da busca da verdade por meio do processo. Ainda na década de 90, a lei que criou a categoria dos crimes hediondos, simultaneamente à supressão de vários direitos daqueles condenados pela prática desta espécie de delito, de maneira sintomática prenunciou o abandono da busca da verdade por meio do processo ao prever a possibilidade do acusado realizar a delação premiada.

A Lei 8.072/1990[48] possibilitou que o integrante de uma quadrilha destinada à prática de crimes hediondos e assemelhados aos hediondos delatasse seus comparsas e "colaborasse" com o desmantelamento do grupo em troca da redução de sua pena de um a dois terços. Desta maneira, evidenciou a nova finalidade do processo penal, em que a verdade dos fatos se tornava irrelevante e a rápida identificação e punição do grupo criminoso se mostrava essencial para acalmar os ânimos de uma sociedade amedrontada com o aumento de crimes violentos.

Na esteira desta lei vieram tantas outras que abriram espaço à abreviação da produção de provas por meio da delação premiada, tais como a Lei 9.034/1995, que criou a figura das organizações criminosas, a Lei 9.080/1995, que alterou as legislações referentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo; a Lei 9.613/1998, que tipificou a lavagem de capitais, a Lei 9.807/1999, que instituiu o programa de proteção às testemunhas de crime e estendeu a possibilidade de delação premiada para todos os crimes, a Lei 11.343/2006, que reformou a legislação sobre os crimes relativos à entorpecentes, a Lei 12.683/2012, que alterou a legislação referente à lavagem de capitais, e, finalmente, a Lei 12.850/2013, que deu um novo tratamento às organizações criminosas e disciplinou de maneira pormenorizada o procedimento da "colaboração premiada". Veja-se que todas essas alterações legislativas do direito processual penal vigente propiciaram ao juiz e às partes substituírem a desgastante tarefa de reconstruir os fatos delituosos por meio do processo para fundamentar a decisão jurisdicional de aplicação da sanção penal pelo acordo em que o acusado fornece a confissão e a delação em troca de penas mais brandas ou até do perdão, tudo para não se perder tempo, para se economizar os caros serviços do Estado e para se punir mais rapidamente um maior número de pessoas.

Segundo Sérgio Moccia, esta forma de resolução dos casos penais, que implica abreviar a investigação pela colaboração dos coautores do delito, dá amplos poderes ao Ministério Público e torna as outras partes insignificantes. A confissão-delação ocorre porque se prefere evitar o prolongamento do processo e as penas mais graves, trata-se praticamente de uma confissão mediante tortura. As ameaças da punição severa ao final do processo funcionam como tortura psicológica, que concentram em si a mesma barganha desleal da troca da confissão-delação para evitar o sofrimento.[49]

O cuidado da prova obtida mediante investigação minuciosa, a busca da verdade real ou do processo contraditório desmoronam, o que importa na delação premiada é esta "verdade negociada", que permite recuperar as somas de dinheiro, acabar com a angústia coletiva através da punição de um maior número de pessoas, pouco se dá pela questão histórica do fato pelo qual se pune.

Neste sentido, o citado processualista italiano afirma que, ao abandonarmos a cultura da prova, o

processo perde aos poucos sua função cognitiva e isso influencia na própria estrutura das infrações, pois a justiça negocial quando sacrifica a exigência de reconstrução própria do processo contraditório neutraliza os imperativos de precisão da lei penal, do limite de penas, alimenta o surgimento de figuras penais de contornos evanescentes, construídas preferencialmente sobre o modo de ser do que sobre condutas verificáveis. Em suma, passa-se de um direito penal do fato a um direito penal do autor.[50]

Além da delação premiada, a Lei 9.099/1995 foi responsável por instituir a transação penal e a suspensão condicional do processo como procedimentos para negociações que impedem o processamento do caso em troca da aplicação imediata de penas mais brandas ou do cumprimento de medidas similares à própria pena. Nesses acordos, o acusado não assume a culpa, mas aceita a pena, sem que seja necessária a realização do processo para reconstrução do fato supostamente delituoso, ou melhor, de suas versões.

Destaque-se que a ampliação desses acordos para crimes com pena máxima até oito anos vem esboçada no art. 271, do PLS 156/2009, que propõe a reforma global do Código de Processo Penal (LGL\1941\8) vigente. Já o art. 105 do PL 236/2012, que propõe a reforma global do Código Penal (LGL\1940\2), prevê a possibilidade do negócio penal para todas as espécies de crimes.

Esta barganha, que ganha espaço no dia a dia dos fóruns criminais brasileiros e tende a se generalizar decorre de uma escolha pelo abandono da busca da verdade através do processo e, consequentemente da prova, em nome da eficiência-celeridade, coloca em perigo o processo penal inquisitório e a possibilidade de estruturação de um processo acusatório em nosso país.

A grande questão é saber se a sociedade brasileira está preparada para arcar com as consequências da substituição da instrução processual pelas barganhas, tal como ocorreu nos EUA. Mencionou-se que hoje a maioria dos casos penais é resolvida por meio de acordos no judiciário norte-americano e em nome da eficiência-celeridade a sociedade tem suportado o amargo gosto de inocentes que aceitam acordos para evitar a estigmatização decorrente do longo processo e de culpados que imoralmente delatam seus comparsas e recebem indulgências. Em suma, impunidade e injustiça são rápidas respostas dadas pela barganha penal, que cuida dos direitos como bens que podem ser indistintamente negociados, a questão é saber se esta é a solução almejada pela sociedade brasileira e se esta está disposta a arcar com seus efeitos.

6. UM CONVITE À REFLEXÃO SOBRE AS NOVAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DOS CASOS PENAIS

São muitas as críticas que se pode tecer em relação à justiça negocial e seus propósitos, bem como à sua disseminação no Brasil, mas sem dúvida é preciso admitir que em nossa sociedade que busca se livrar a todo custo da incômoda ralé,[51] numa alusão à nomenclatura de Jessé Souza, a justiça negocial não é a única forma de resolução dos casos penais que escapa da análise sistêmica e ganha espaço no cenário da justiça criminal.

Não se pode esquecer de que boa parte dos crimes praticados pelos excluídos e marginalizados economicamente são resolvidos pela aplicação sumária da pena de morte pelas empresas de segurança privada ou pela própria polícia, ou ainda, pela internação compulsória em hospitais sob a justificativa de tratamento da drogadição. Nesses casos, igualmente se justifica que não há tempo para a busca da verdade, é preciso proteger prontamente a sociedade, que consome, dos seus inimigos, que por miséria resistem à nova ordem mercadológica. Nesses casos, verifica-se a anunciada substituição do direito processual penal pelo direito administrativo, com todo autoritarismo que as medidas administrativas de polícia remontam.[52]

Ou seja, novas formas de resolução dos casos penais, que não se adéquam à visão sistêmica do processo penal, surgem sem qualquer controle e fundadas na atitude desesperada de uma sociedade que vive amedrontada, que clama por punição. Essas novas práticas não são alcançadas pela tradicional legislação processual penal, ou seja, a sua regulamentação é tênue e falha, não traz garantia, mas intensifica a insegurança.

Portanto, este é o momento de refletir sobre estas novas formas de funcionamento das agências estatais e sociais na aplicação das penas, sobre os seus efeitos em longo prazo e lembrar que é possível ter outras práticas na resolução dos casos penais que superam o tradicional processo, mas

que se mostram menos autoritárias e, principalmente, que valorizam a vítima, seja na concepção tradicional de sujeito passivo do crime, seja naquela da verdadeira vítima da situação problema.

Tais práticas, que já se avizinham no horizonte, certamente prometem uma subversão do tradicional sistema penal e também são chamadas de restaurativas, na medida em que preveem a reparação do dano causado pelo crime sem a aplicação concomitante da pena para alguns crimes (prestação pecuniária à vítima, que pode ser substitutiva ou estar prevista na própria lei como pena para aquela espécie de delito).

Trata-se de uma reparação que não se restringe a um ressarcimento econômico puro e simples da vítima ou do prejudicado independentemente da pena e não se refere simplesmente à reparação do dano causado à vítima ou ao prejudicado mediante prestação de serviços ou trabalhos comunitários.[53] Neste sentido, alguns autores trabalham com a ideia de mediação penal, que pressupõe a possibilidade de conciliação entre a vítima e o ofensor em certos casos numa fase pré-processual que pode levar ao ressarcimento da vítima e a extinção da punibilidade.[54]

Estas novas práticas há muito são discutidas pelos abolicionistas, sob a justificativa de que o sistema penal vigente não está dando à sociedade a resposta adequada para condutas socialmente danosas, mas se tem hesitado aprofundar o debate pelo receio de ver extinto o processo e a sua cláusula de proibição da vingança privada.[55]

Contudo, é inescapável dar um passo em direção ao novo, em pensar como evitar os abusos nessas novas práticas, que podem ser mais vexatórias e estigmatizantes do que as próprias penas. Ao invés de tentar salvar os velhos sistemas processuais, é necessário abrir os olhos para essas novas práticas, para a complexidade da nossa sociedade que questiona as tradicionais respostas penais. Antes que a justiça negocial se amplifique, é necessário pensar na descriminalização, na despenalização, na mediação penal, que passaram em branco no momento da edição da Lei 9.099/1995. É imprescindível refletir se a sociedade quer a ultrapassada pena de prisão para resolver os casos penais, se quer as barganhas ou se a sociedade quer dar voz aos vitimizados, sejam acusados ou vítima, mas ciente de que o processo penal que se desenvolve nos fóruns é produto do nosso tempo, da nossa violência cotidiana e da nossa indiferença.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália - séculos XV-XIX.* São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade.* Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.* Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. XX (II Série). Padova: Cedam, 1965.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n. 30. ano 30. Curitiba, 1998.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. LIRA, Ricardo Cesar Pereira (org.). *Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: COAD, 1993.

GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela inquisição.* São Paulo: Cia. das Letras, 1987.

GODES, Jesús Mestre. *Los cátaaros: problema religioso, pretexto político.* Trad. M. Dolors Gallart. Barcelona: Peninsula, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo (Parte I).* Trad. Márcia Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. *Ser e tempo (parte II).* Trad. Márcia Sá Cavalcante. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Trad. J. W. Prado Jr. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. *Entrevista com Michel Foucault*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=NqKLzFELxIU]. Acesso em: 18.07.2012.

_____. *História da sexualidade: a vontade de saber.* Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. *Soberania e disciplina.* Microfísica do Poder. Trad. Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

LIMA, Roberto Kant de. *Ensaios de antropologia e de direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961. vol. 1.

MOCCIA, Sergio. Verité substantielle et vérité du procès. *Déviance et Societé*. vol. 24. n. 1. 2000.

MUSSO, Rosana Gambini. Il "plea bargaining" tra common law e civil law. *Studi di diritto processuale penale*. Giuffrè Milão, 1985.

PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão.* São Paulo: Ed. RT, 2002.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem e como vive.* Belo Horizonte: Humanitas, 2009.

SOUZA, Laura de Mello e. *O diabo e a terra de santa cruz.* São Paulo: Cia das Letras, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1.

VAINFAS, Ronaldo. *Trópicos dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história.* Trad. Alda Baltazar e Maria Auxiliadora Kneipp. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 2008.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

---

1 "A ciência processual moderna fixou e delimitou, através de útil e laboriosa generalização, os princípios fundamentais que dão forma e caracterizam os sistemas de processo. Trata-se de uma operação de síntese crítica, onde as regras jurídicas são focalizadas à luz das finalidades e objetivos do próprio processo, e em face de sua coordenação a princípios legais vigorantes em outros setores

do direito. Denominam-se tais regras - 'princípios políticos de processo'" (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961. vol. 1, p. 59).

2 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: LIRA, Ricardo Cesar Pereira (org.). *Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: COAD, 1993.

3 "Enquanto no procedimento acusatório, o juízo penal é o *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais, existindo assim verdadeira relação processual, - no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora, não ser processo genuíno e sim, uma forma auto-defensiva de administração da justiça. É que, no sistema inquisitivo, o órgão judicante tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender que caracterizam o processo. (…) No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, tal como consagra o direito brasileiro" (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 62-64).

4 "O chamado sistema misto ou francês, com instrução inquisitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis do processo, porque a existir êsse procedimento escalonado, com *judicium accusationis* e *judicium causae*, necessário se torna que o primeiro tenha também forma acusatória. Daí ter sido abolida a instrução preparatória, por inútil, salvo para os procedimentos em que o final é proferido pelo Júri" (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 64).

5 "Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. O impulso oficial do processo, quem o dá é o Ministério Público, quando se trata de ação penal pública, ou o particular, quando o caso é de ação penal privada. O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, êle as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*. (…) Certo é que a lei processual autoriza o juiz a, *ex officio,* investigar a verdade. Fá-lo, porém, subsidiariamente, como de maneira clara se vê do art. 156 do Cód. de Proc. Penal. Ao Ministério Público é que cumpre, de maneira precípua, trazer para os autos os elementos de convicção que demonstram os fatos articulados na peça acusatória, o mesmo se dando com a defesa no que concerne aos elementos probatórios da inocência do réu" (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 64-65).

6 "No direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1, p. 118).

7 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit.

8 Nas palavras de Franco Cordero, o processo reformado napoleônico implicou verdadeiro retorno ao sistema inquisitório estruturado pelas Ordenações Criminais de 1670: "E assim, em 17 de novembro de 1808, nasce o processo dito misto, monstro de duas cabeças: nos labirintos escuros da instrução reina Luís XIV, segue uma cena pública disputada e com a participação popular." Ou seja, segundo ele, tratava-se de um processo cuja instrução era secreta e o julgamento público, não passava de um verdadeiro golpe de cena para ocultar a inquisitoriedade do sistema (tradução da autora) (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale.*Torino: Utet, 1986. p. 73).

9 CORDERO, Franco. Op. cit., p. 54.

10 "As ordenações criminais 1670 não são um milagre reivindicado por seus cantores, estupidamente insensíveis ao que está por vir na agonia do velho regime, mas se trata de um monumento técnico, ninguém nega: no país das luzes também o negócio penalístico resulta regulado em termos exatos, em outro lugar os profissionais trabalham com mãos sujas, improvisando como e quando querem. Embora os êxitos não sejam muito diferentes, aqui vige um código, no sentido moderno: regras nítidas, combinadas num sistema; trabalhou bem Henri Pussort, figura dominante

na equipe legislativa; e a partir de algumas soluções elaboradas desde maio de 1667 até o verão de 1670 (a ordenação resulta 'registrada em 26 de agosto no Parlamento em Paris') sobreviveu ao colapso da monarquia, penetrando no círculo europeu, vale a pena expor este 'speculum' da arte inquisitorial" (tradução da autora) (CORDERO, Franco. Op. cit., p. 55).

11 "A solidão na qual trabalham os inquisidores, nunca expostos ao contraditório, fora dos grilhões dialéticos, pode favorecer o trabalho policialesco, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamamo-lo 'primado das hipóteses sobre os fatos': o inquisidor segue uma, às vezes com os olhos fechados, nada garante que mereça mais respeito do que as demais alternativas possíveis; seu ofício não estimula a cautelosa autocrítica, uma vez que todas as cartas do jogo estão na sua mão e foram por ele embaralhadas, para fazer despontar a sua hipótese" (tradução da autora) (CORDERO, Franco. Op. cit., p. 51).

12 Entrevista de Michel Foucault disponível em: [www.youtube.com/watch?v=NqKLzFELxIU]. Acesso em: 18.07.2012.

13 "Assim, para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo. Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério da gestão da prova. (…) Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poderes nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar conta o julgador. (…) Já no sistema acusatório, o processo continua sendo instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto." (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 30, ano 30, p. 165-166).

14 "(…) não é preciso grande esforço para entender que não há - e nem pode haver - um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o sistema. Assim, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro cit., p. 167).

15 "(…) pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro cit., p. 167).

16 GODES, Jesús Mestre. *Los cátaaros: problema religioso, pretexto político.* Trad. M. Dolors Gallart. Barcelona: Peninsula, 1995.

17 "As Inquisições são referidas, geralmente, no singular. Essa tradição exprime uma realidade: os diferentes tribunais da fé têm como fonte comum de legitimidade a delegação de poderes, feita pelo papa, em matéria de perseguição das heresias. A designação única pode ser cômoda, mas esconde realidades muito diversas: a Inquisição pontifícia estabelecida no século XIII desenvolve um modelo de ação estranho aos modelos (no plural) seguidos por exemplo, pelos tribunais de Veneza, Modena ou Nápoles do século XVI ao século XVIII; a Inquisição espanhola (criada em 1478), tal como a Inquisição portuguesa (estabelecida em 1536), tem um estatuto particular que se traduz por uma quase completa independência de ação em relação à cúria romana; os tribunais hispânicos que operam na América ou na Ásia transportam com eles estruturas, maneiras de fazer e representação comuns, mas adaptam-se a diferentes contextos (BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália - Séculos XV-XIX.* São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 10).

18 GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição.*São Paulo: Cia. das Letras, 1987.

19 VAINFAS, Ronaldo. *Trópicos dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

20 “Concebido e regulamento como prova judiciária, o tormento fazia de muitos interrogatórios um ‘suplício de verdade’, sendo por vezes o único meio que o réu tinha para provar inocência” (VAINFAS, Ronaldo. Op. cit., p. 198).

21 VAINFAS, Ronaldo. Op. cit., p. 197.

22 “Quase nada distinguia, pois a violência e a arbitrariedade do Santo Ofício ibérico em relação às práticas judiciárias utilizadas em seu tempo. Consistórios, intendências, tribunais do Santo Ofício, todos atuavam consoante às Justiças de uma época onde não havia direitos humanos, onde o processo era uma manifestação do poder institucionalmente arbitrário do Estado, onde eventual execução de penas capitais era um espetáculo massivo e exemplar de suplícios” (VAINFAS, Ronaldo. Op. cit., p. 198).

23 VAINFAS, Ronaldo. Op. cit., p. 222.

24 “Essa divinização do universo econômico pode parecer inverossímil num primeiro momento. Entretanto, aprofundando-se a análise não surpreende que os produtos coloniais - dentre os quais reinava o açúcar - adquirissem às vezes atributos supra-humano, dado o valor que alcançavam no Mercado externo, e considerando-se ainda os imensos esforços concentrados na sua produção” (SOUZA, Laura de Mello e. *O diabo e a terra de santa cruz.* São Paulo: Cia. das Letras, 1993. p. 145).

25 SOUZA, Laura de Mello e. Op. cit., p. 77.

26 FOUCAULT, Michel. *Soberania e disciplina. Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 179 e ss.

27 V. VEYNE, Paul. *Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história.* Trad. Alda Baltazar e Maria Auxiliadora Kneipp. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 2008.

28 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber.* Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998. p. 89 e ss.

29 “Aponta-se a descoberta da verdade como finalidade imediata e específica do processo penal, o que não nos parece de todo aceitável. Descobrir a verdade é meio e modo de comprovação da exata situação concreta em que deve incidir a norma penal a ser jurisdicionalmente aplicada” (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 61).

30 LIMA, Roberto Kant de. *Ensaios de antropologia e de direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 202.

31 “A afirmação da possibilidade de associar o sistema inquisitório à ‘verdade material’ e o sistema acusatório à ‘verdade formal’, tem uma lógica própria. Se consideramos as ‘pretensões’, sem ter em conta os ‘resultados’, descobrimos que o fato de tenderem a esses fins diferentes comporta inevitáveis separações de estrutura e de regulamentação dos direitos em jogo, mas isso não diz nada sobre a eficácia axiológica” diferentes [trad. da autora] (MOCCIA, Sergio. Verité substantielle et vérité du procès. *Déviance et Societé*, vol. 24, n. 1, p. 109).

32 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.*Trad. J. W. Prado Jr. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

33 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo (parte I).* Trad. Márcia Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo (parte II).* Trad. Márcia Sá Cavalcante. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

34 “A ‘verdade processual’ acontece, então, do imbricamento do manancial de significantes arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetivas, articulados com o

inconsciente do juiz - que fala pela 'boca' dele significantes deslizados na cadeia por metonímia - nunca chegando à solidez da verdade real, por ser inefável, ficando-se como um coágulo de sentido possível no temo e no espaço." (ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 366).

35 "A 'sociedade de consumidores', em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível - e uma condição de filiação" (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.* Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 71).

36 "(…) as práticas exclusivistas na sociedade de consumidores são muito mais estritas, duras e inflexíveis do que na sociedade de produtores. (…) Na sociedade de consumidores, os 'inválidos' marcados para a exclusão (uma exclusão final, irrevogável, sem apelação) são 'consumidores falhos'. De maneira distinta dos considerados inadequados à sociedade de produtores (desempregados e rejeitados pelo serviço militar), não podem ser concebidos como pessoas necessitadas de cuidados e assistência, uma vez que seguir e cumprir os preceitos da cultura do consumo é algo permanente e universalmente possível". (BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 74-75).

37 "O desarmamento, a inabilitação e a supressão dos jogadores insatisfatórios constituem, pois, um suplemento indispensável da integração mediante sedução numa sociedade de consumidores guiada pelo mercado. Os jogadores incapazes e indolentes são mantidos fora do jogo. Eles são o refugo do jogo, mas um produto que o jogo não pode parar de sedimentar sem emperrar. (…) Dada a natureza do jogo agora disputado, as agruras e tormentos dos que dele são excluídos, outrora encarados como um malogro coletivamente causado e que precisava ser tratado com meios coletivos, só podem ser redefinidos como um crime individual. As 'classes perigosas' são assim redefinidas como classes de criminosos. E, desse modo, as prisões agora, completa verdadeiramente, fazem as vezes das definhantes instituições de bem-estar". BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade.* Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 57).

38 "Onde eles vivem, levar a vida social eletronicamente mediada não é mais uma opção, mas uma necessidade do tipo pegar ou largar. A 'morte social' está à espreita dos poucos que ainda não se integraram ao Cyworld, líder sul-coreano no cibermercado da 'cultura mostre e diga'" (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria* cit., p. 9).

39 "Pode-se dizer utilizando a linguagem heideggeriana, que a forma especificamente pós-moderna de 'ocultamento' consiste não tanto em esconder a verdade do Ser por trás da falsidade dos seres, mas em obscurecer ou apagar inteiramente a distinção entre a verdade e a falsidade dentro dos próprios seres e, desse modo, tornar os temas do 'cerne da questão', de sentido e de significado absurdos e inexpressivos. É a própria realidade que agora necessita da 'suspensão da descrença', outrora prerrogativa da arte, a fim de ser apreendida, encarada e vivida como realidade. A própria realidade é 'arremedo', embora - exatamente como mal psicossomático - faça o máximo para esconder os sinais" (BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade* cit., p. 158).

40 YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

41 CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale.* Torino: Utet, 1986. p. 51.

42 "O princípio acusatório tende, historicamente, a assegurar uma relação satisfatória entre a finalidade do processo e os meios disponíveis à busca da verdade" (tradução da autora) (MOCCIA, Sergio. Op. cit., p. 109).

43 "Isso significa que o sistema penal na América Latina se caracteriza por valer-se de um segmento que configura seu sistema penal cautelar, que proporciona ao conjunto das pessoas às quais submete a processo (ou seja, em relação às quais põe em marcha o processo de criminalização secundária) limitações e confinamento cautelares constituindo, este último, um puro confinamento de

contenção" (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 114).

44 "Um modelo diferente de processo penal parece ter encontrado lugar numa situação de urgência resultante da intensificação da criminalidade organizada e da descoberta de uma rede, extremamente densa e que se estende a todos os países, de atividades e práticas ilícitas nos lugares do poder público e privado. Também se assiste a um revival de critérios legislativos e jurisdicionais exemplares que são concretizados para um endurecimento sensível do aspecto coercitivo do processo, com a restauração de mecanismos de decretação automática da prisão preventiva, no quadro de uma expansão dos poderes inquisitórios da polícia judiciária, e que de maneira geral coloca em questão os princípios fundamentais do processo acusatório (em especial os princípios do contraditório e da formação da prova em audiência), através de um alargamento desmensurado dos poderes do ministério público" [tradução da autora] (MOCCIA, Sergio. Op. cit., p. 114-115).

45 "Parece que de fato se constatou que 90% (ou mais) das condenações por crimes inclusive graves que a cada ano são pronunciadas nas cortes americanas fundam-se na confissão do imputado e que, na grande maioria dos casos, esta admissão de responsabilidade é fruto daquela forma de contratação entre acusação e defesa (*plea bargaining*) típica do direito americano, em seguida da qual o imputado se compromete a declarar-se culpado, renunciando ao processo, em troca de algumas vantajosas concessões da parte do promotor, sobre o tema específico da acusação ou da condenação" [tradução da autora]. MUSSO, Rosana Gambini. Il "plea bargaining" tra *common law* e *civil law*. *Studi di diritto processuale penale*. Giuffrè: Milão, 1985. p. 2.

46 CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1965. vol. XX (II Série).

47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 98.

48 "Art. 8.º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do CP (LGL\1940\2), quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. *Parágrafo único.* O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços."

49 MOCCIA, Sergio. Op. cit., p. 111.

50 Idem, p. 111-112.

51 SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem e como vive.* Belo Horizonte: Humanitas, 2009.

52 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal* cit., p. 109 e ss.

53 SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como conseqüência jurídico-penal autônoma do delito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

54 SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão.* São Paulo: Ed. RT, 2002.

55 V. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2001; PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.