

O que haverá depois do dilúvio? Reflexões sobre os contornos do devido processo legal como resultado de uma justiça transicional.

What will remain after the flood? Reflections on the contours of due process as a result of transitional justice

Érica de Oliveira Hartmann ¹

Resumo O texto propõe uma reflexão sobre os pontos fundamentais em crise no atual sistema de justiça criminal, com ênfase nas questões processuais penais. Após identificar esses elementos (a permanência do sistema essencialmente inquisitório de processo, a simples importação de elementos de justiça restaurativa, a simplificação desmedida dos processos criminais, a necessária redefinição da ação processual penal), o texto procura trazer elementos para uma discussão inicial de que contornos e limites teriam de ser observados para a adequação desse sistema de justiça aos valores constitucionais democráticos e republicanos e em que medida seria definido, como consequência, o devido processo legal.

Palavras-chave: sistema de justiça criminal – crise estrutural – sistema processual penal – justiça restaurativa – ação processual penal – devido processo legal.

Abstract: *The text invites the reader to reflect on the fundamental issues currently in crisis within the criminal justice system, with a particular focus on criminal procedural matters. After identifying these elements (the persistence of an essentially inquisitorial procedural system, the mere importation of restorative justice elements, the excessive simplification of criminal processes, and the necessary redefinition of criminal procedural action), the text endeavors to provide elements for an initial discussion on the contours and limits that must be observed to align this justice system with democratic and republican constitutional values. Consequently, it examines to what extent the due process of law would be defined.*

Keywords: *Criminal Justice System – Structural Crisis – Criminal Procedural System – Restorative Justice – Criminal Procedural Action – Due Process of Law*

¹ Bacharel em Direito pela UFPR (2003). Mestre (2005) e Doutora (2010) pela UFPR em Direito Processual Penal. Realizou estágio doutoral -Bolsa Sanduíche (CAPES) durante o ano de 2008 na Universidade de Bolonha, Itália. Pesquisadora-visitante no Instituto Max Planck de Frankfurt e de Freiburg, na Alemanha, em 2010. Pesquisadora visitante no Instituto Max Planck de Frankfurt em 2012. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal. Atualmente é Defensora Pública Federal.

ISSN 1980 - 8860



Sumário: 1. Introdução: o estado caótico da arte; 2. As premissas fundamentais para a reflexão necessária; 3. Os pontos iniciais a serem repensados; 3.1. O sistema processual penal; 3.2. O novo paradigma da justiça restaurativa; 3.3. A simplificação do processo penal; 3.4. A ação processual penal, o princípio da obrigatoriedade e os acordos de pena; 4. O devido processo legal no sistema de justiça criminal: o que resta depois do dilúvio? 5. Considerações finais; 6. Referência bibliográficas.

1. Introdução: o estado caótico da arte

Falar em crise do sistema de justiça criminal é, infelizmente, lugar comum nos dias atuais. E essa crise, que leva ao colapso do sistema posto, tem, por certo, várias causas, que não se restringem à simples modificação da vida em relação, com contornos muito mais complexos revelados. Em outras palavras, a crise do sistema de justiça criminal não decorre simplesmente, por exemplo, da dificuldade de apuração e processamento de delitos cometidos por meio de novas tecnologias.

O atual estado de coisas é maculado, devido às suas premissas tortas, por uma crise de eficiência do sistema criminal (que só “funciona” para alguns, selecionados) e por uma crise da preservação da dignidade humana (rotineiramente ofendida pelo próprio Estado) e, ambas, juntas, trazem uma crise de legitimidade, portanto, do sistema, como denuncia há algum tempo Alberto Binder. E essa crise da legitimidade, presente em toda América Latina, segundo o Professor argentino, “afeta profundamente a ideia democrática dentro de nossos Estados, vez que é impossível construir uma democracia se a administração da justiça não é eficiente, se os juízes não têm poder e se os cidadãos não creem no poder dos juízes”².

Assinala Alberto Binder que se conserva na América Latina “*de uma maneira ou de outra, o velho sistema inquisitório*”³, fruto, especialmente, da colonização. Passados mais de cinco séculos de aplicação, chega a ser mais do que um sistema processual, é um sistema completo de administração da justiça penal.⁴

² BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 205-206. (tradução livre)

³ BINDER, Alberto M. **Justicia penal ...**, p. 200. (tradução livre)

⁴ BINDER, Alberto M. **Justicia penal ...**, p. 200.

ISSN 1980 - 8860



Mas a realidade, de qualquer forma, demanda mudanças, especialmente porque, em que pese ainda ser marcada por uma forte mentalidade inquisitória, o tempo acabou trazendo para dentro dos sistemas processuais elementos a eles estranhos, de um sistema a ele oposto, e que, atualmente, faz deles monstros, verdadeiras colchas de retalhos, quase impossíveis de serem aplicados.

Por outro lado, não só a mera mudança da lei não dá conta de mudar a situação atual, como já se disse, mas mais grave do que isso, vive-se um momento de descrédito da lei, como ressalta Alberto Binder, justamente porque ela sempre conviveu – e convive – com situações de desigualdade, de exclusão, de pobreza, que pouco tem a ver com igualdade, liberdade e dignidade dos seres humanos.⁵ Segundo ele,

vivemos em uma sociedade onde o descumprimento sistemático da lei se oculta atrás de uma cortina de normatividade *profusa*. Muitas leis que ninguém conhece e ninguém aplica. Uma ordem jurídica *gasosa*, uma produção normativa descontrolada e muitas vezes irresponsável e uma técnica legislativa confusa e favorecedora da litigiosidade. Por trás dessa cortina de fumaça, produzida pela inflação legislativa, nasceu, cresce e se reproduz a sociedade de privilégios, cuja pior versão é a exclusão social de grandes setores da população e cuja maior insensatez é a exclusão, às vezes massiva, das novas gerações.⁶

De fato, o sistema inquisitório encontra-se no ápice de sua crise, pois passa por uma crise de eficácia, crise de preservação da dignidade da pessoa humana, por uma crise de legitimidade⁷, de maneira que a reforma há que ser feita em diversas dimensões, como sugere BINDER: “modificação dos sistemas de investigações, o restabelecimento das garantias processuais como parte essencial dos direitos fundamentais das pessoas, e a recuperação da legitimidade e do papel social da justiça.”⁸

Mas, como bem ressalta Alberto Binder, o projeto de reforma dos sistemas criminais latino-americanos deve ser, antes, um projeto de construção de democracias reais. É, de fato, um desafio:

Temos que construir uma república, uma democracia e um Estado de direito em uma sociedade desigual e na qual a desigualdade não é apenas diferença, mas significa que setores majoritários, ou pelos menos milhões de pessoas, vivem muito abaixo das condições elementares de uma vida digna.⁹

⁵ BINDER, Alberto M. **Justicia Penal** ..., p. 297-316.

⁶ BINDER, Alberto M. **Justicia Penal** ..., p. 298. (destaques no original)

⁷ BINDER, Alberto M. **Justicia Penal** ..., p. 204-206.

⁸ BINDER, Alberto M. **Justicia Penal** ..., p. 218. (tradução livre)

⁹ BINDER, Alberto M. **Justicia penal** ..., p. 306-307. (tradução livre)

ISSN 1980 - 8860



É impensável, para ele, na América Latina, uma democracia que não leve em conta e não tenha como principal preocupação a redução das desigualdades¹⁰. Assim, é certo que a mudança jurídica pressupõe uma ação política. Mas essa ação política, tal como já compreenderam os intérpretes do Brasil¹¹, só será eficaz se feita para os brasileiros, se adequada à realidade brasileira.¹²

De todo modo, é possível dizer que se vive um momento em que conceitos e definições opostas e contraditórias tentam conviver e tentam delinear a estrutura e o funcionamento do sistema de justiça criminal. Não se consegue definir ao certo quais os fundamentos do sistema de justiça criminal nos dias atuais. Não se consegue demonstrar, com seriedade e comprometimento com os valores democráticos e republicanos, a que serve a persecução penal e a execução de uma eventual sanção aplicada. Há um grande tumulto, uma grande confusão, muitas vezes causado de maneira proposital, que impede a organização, o esclarecimento, o estabelecimento de definições racionais e conforme as exigências constitucionais para a estruturação do sistema de justiça criminal.

Como agir diante desse tumulto? Qual caminho correto a seguir? Tem razão Eugénio Zaffaroni, ao discorrer sobre a grave situação argentina (política, econômica, social, jurídica), que a saída para superar a devastação causada pelo dilúvio por eles sofrido (realidade também que arrebatou o Brasil, evidentemente com suas peculiaridades próprias) é dar lugar à prudência da razão, com estabelecimento de novos limites a serem respeitados, para se voltar a um Estado de Direito: “*Para voltar ao Estado de Direito será necessário pensar uma institucionalidade forte, inventar uma nova costura à altura das agressões atuais, e isso importará impor novos limites institucionais ao poder*”.¹³

E, para o sistema de justiça criminal, dentre outros elementos a serem pensados (políticos e jurídicos), um deles é certamente aquele que assume função primordial quando se opta pelo necessário caminho do *nulla poena sine iudicio*: em sendo o processo criminal uma importante

¹⁰ BINDER, Alberto M. **Justicia penal ...**, p. 306-307. (tradução livre).

¹¹ A começar pelos demiurgos do Brasil, os autores Celso Furtado, Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado Junior e Gilberto Freyre.

¹² Consoante relembra DECCA, Edgar Salvadori de. Ensaio de cordialidade em Sérgio Buarque de Holanda. In: AXT, Gunter; SCHÜLER, Fernando (Orgs.). **Intérpretes do Brasil**: ensaios de cultura e identidade. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004, p. 217: “Paradoxalmente, essa dependência da política à ontologia do ser nacional retira aquele elemento de indeterminação e de liberdade da própria ação política, que para ser uma ação criadora do novo deve se abstrair e até mesmo desencadear ali onde há a ausência do ser.”

¹³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Para después del diluvio*. La Tecl@ Eñe Revista. 15 de julho de 2018. [tradução livre]

barreira de contenção do poder punitivo estatal, o que se tem para ele reservado nesse cenário de caos? Dito de outra forma, é possível ainda se falar em um devido processo legal? Em que termos?

2. As premissas fundamentais para a reflexão necessária

Por certo que o início do processo de repensar todo o sistema de justiça criminal demanda conhecimento real sobre as estruturas de poder postas e que definem esse sistema.

Para tanto, então, necessário ter consciência daquilo que Zaffaroni e tantos outros autores já desvelaram há tempos sobre a seletividade estrutural da criminalização secundária¹⁴, para entender que a limitada capacidade de operação das agências responsáveis por esse processo não têm outra saída senão operar seletivamente e que essa seleção se dá para atingir aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade perante o poder punitivo estatal, ou em razão de se enquadrar em um estereótipo, ou em razão de um comportamento grotesco/trágico, ou em razão da falta de cobertura como resultado de uma disputa de poder hegemônico.

Ademais, necessário entender que todo o sistema de justiça criminal está estruturado com base na compreensão que se tem da pena criminal. Ela é o fundamento (início) e o fim do sistema.

Para Massimo Pavarini, o sistema de justiça criminal é incerto e inefetivo durante todos os momentos da criminalização secundária. Mas esta, ressalta, não há como ser evitada e mais, tende apenas a aumentar, não obedecendo a qualquer critério normativo pré-determinado. Há vários elementos que a orientam. Não obstante, o dever-ser opera com a certeza e efetividade da pena, embora, mesmo do ponto de vista intrassistêmico, já se possa encontrar razões para tal ineficácia, como o excesso de condutas criminalizadas.¹⁵

Vive-se hoje, segundo o Professor de Bologna, uma terceira fase do modelo correccional que busca explicar a função da pena: passa-se da retórica e das práticas do *welfare* para as cruéis e realisticamente definidas práticas do *prison fare*. O crescimento da multidão de excluídos torna cada vez mais irrealizável o projeto de uma ordem social inclusiva. É o período da falência da ideologia reeducativa e da emergência do triunfo das políticas de controle social que se

¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKLOAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 44 e ss.

¹⁵ PAVARINI, Massimo; GUZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penality**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 51.
ISSN 1980 - 8860

fundam sobre a fé nas práticas de neutralização seletiva, totalmente coerentes com a linguagem da guerra contra o inimigo interno. Não mais cárcere e fábrica (reinserção social mediante realização de um ofício ensinado no cárcere), nem cárcere e sociedade (reintegração mediante benefícios da execução penal), mas sim cárcere e guerra. Guerra porque se verifica uma refuncionalização da pena privativa de liberdade e do sistema da justiça penal em torno de uma retórica e de uma prática de declarada e explícita hostilidade ao Outro. Esse outro pode ser o terrorista, o pedófilo, o *serial killer*, o mafioso, o estrangeiro, mas mais frequentemente é o delinquente habitual.

O objetivo da neutralização seletiva surge no interior de uma cultura tecnocrática e administrativa da penalidade: a justiça penal é entendida como um sistema que persegue objetivos de eficiência, como, por exemplo, diferenciar a resposta por níveis de periculosidade e implementar estratégias de controle sobre grupos sociais. Essa gestão administrativa da penalidade responde apenas a sua própria lógica interna, desvinculada de finalidades extra-sistêmicas. Preocupa-se apenas com a administração, frequentemente contábil, de um estado beligerante permanente. Para Pavarini, junto a uma criminologia da vida cotidiana se desenvolve também uma criminologia do outro, um discurso sobre o criminoso como inimigo, cuja periculosidade não pode ser gerenciada de outra forma senão através da neutralização.¹⁶

A crise da pena, destarte, é consequência da impossibilidade de se dar a ela, como outrora se fez – ou se procurou fazer –, um fundamento ontológico. Desde que se libertou da essência de um castigo divino, sempre esteve ameaçada de ser desmascarada. A utilidade ora se verificou como inalcançável, ora como falsa, ora como inconfessável. A crise da pena moderna é, assim, esse contínuo percurso de tentar resolver uma aporia.¹⁷ Ou ainda como afirma Aberto Binder, “se a pena é violência – quem pode negar? –, sempre terá algo de irracional”.¹⁸ De qualquer maneira, afirma Massimo Pavarini,

manter a pena em um estado de manifesta ausência de justificação significa ameaçar constantemente o direito penal de possíveis crises de legitimação. É o melhor antídoto que eu conheço para toda sua involução e/ou ‘dilatação’: êxitos sempre iminentes e historicamente também verificáveis todas as vezes que o direito penal justificou-se como ‘útil’.¹⁹

¹⁶ PAVARINI, Massimo. **Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena.** *Studi e material di Diritto Penale*. AnnoVI, n. 3 – settembre-dicembre 2013. Bologna: Bononia University Press, 2013, p.10-13.

¹⁷ PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminologica**, n. 1, 1983, p. 3.

¹⁸ BINDER, Alberto M. **Justicia penal...**, p. 71. (tradução livre)

¹⁹ PAVARINI, Massimo. La pena “utile”..., p. 32.

ISSN 1980 - 8860



E continua:

Quanto mais penso, mais me convenço: convém ‘desmascarar’ definitivamente a pena, mas para nunca mais ‘mascará-la’. Deixá-la nua, para que a todos se possa mostrar ‘a natureza obscena da justiça penal’. E nesta recomendação não há nenhuma satisfação literária, nenhum prazer pela provocação. Quando os clássicos ‘sonhavam’ ‘com um direito penal como a *magna carta do criminoso*’ temiam aquilo que eu também temo: o que se deve temer com razão é muito mais o direito penal do que a criminalidade. A força desta conclusão está nisto: ver o direito de punir como violência de nenhuma outra forma ‘compreensível’ senão por razões subtraídas à razão; saber que a única tarefa da razão é aquela de determinar constantemente os limites daquele poder e não de justificá-lo ou idealizar os seus fins. Uma pena constantemente ‘desavergonhada’ é sempre, de qualquer forma, mais tolerável.²⁰

Por isso, na esteira de Alessandro Baratta, a luta pela contenção da violência estrutural acaba sendo, em última análise, uma luta pela afirmação dos direitos humanos, razão pela qual segue sendo necessário estabelecer os requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos nas leis penais (extensíveis às leis processuais penais e de execução penal), os chamados princípios de Direito Penal mínimo, intrassistêmicos e extrassistêmicos, cuja função precípua é, limitar a intervenção estatal.²¹

Assim também parece pensar Eugénio Zaffaroni. Para ele, está mais do que comprovado que as teorias positivas da pena são falsas, ou pelo menos não generalizáveis. Por isso, entende adequado que se busque um conceito de pena por um caminho distinto da análise de suas funções. Um conceito que seja delimitador do universo do Direito Penal, a partir de dados ônticos. Neste passo, entende que “*a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.*”²² Propõe, assim, um conceito negativo e agnóstico da pena: negativo porque obtido por exclusão e porque não reconhece qualquer função positiva da pena; agnóstico porque, ademais, afirma não conhecer quais são suas funções²³. Essa visão negativa e agnóstica da pena permite reconhecer como penais leis que manifestamente não o são, mas que podem exercer tal função, como as chamadas leis penais latentes e eventuais²⁴; dito de outro modo,

²⁰ PAVARINI, Massimo. La pena “utile”..., p. 32. (tradução livre)

²¹ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Buenos Aires: B d F editorial, 2004, p. 299-333.

²² ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal...**, p. 99. (destaques no original)

²³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal ...**, p. 99.

²⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal ...**, p. 89.

permite perceber o poder punitivo em todas as suas dimensões.²⁵ Neste passo, tal noção reduz a pena a um ato de poder, cuja explicação só pode ser mesmo política.²⁶

É possível perceber, assim, que realmente a pena (em especial a privativa de liberdade) não atingiu e não poderia atingir os fins tradicionalmente a ela atribuídos (retribuição, prevenção especial e prevenção geral) e que, sim, com razão Eugénio Zaffaroni e Massimo Pavarini, por todos, é necessário trabalhar com a visão agnóstica da pena, justamente para que, no movimento contrário, sirva para que os operadores se deem conta de que nada mais é do que instrumento de violência sobre o cidadão e mecanismos de limitação do poder punitivo fossem pensados a partir daí. E, em razão da íntima ligação existente entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal (relação mútua de complementariedade funcional, como quer Jorge de Figueiredo Dias), natural que essa prática de tentativa ao menos de contenção do poder punitivo estatal deve se dar nos dois universos, seja no direito material, seja no direito processual, ordenadores do sistema de justiça criminal.

E nesse percurso, após esse diagnóstico sobre a pena, é necessário que se pense, também, em uma Criminologia que, não se esgotando nos referenciais teóricos, seja orientada a preservar a vida humana e sobretudo a prevenir massacres. Isso só é possível a partir de medidas de contenção do poder punitivo estatal e a cautela no exercício dessa Criminologia é fundamental, por isso chamada uma Criminologia cautelar, de cuidado, perceptiva.²⁷ E essa Criminologia cautelar, militante, deve atuar em três frentes principais, “(i) a da exploração das condições sociais para criar midiaticamente um mundo paranoico; (ii) a da confrontação permanente com a realidade dos danos e riscos sociais e (iii) a da individualização dos meios adequados para neutralização destes últimos.”²⁸ E em especial para o presente projeto importam as duas últimas frentes, para o fim de se tentar demonstrar que normas e práticas são efetivamente danosas e causadoras de riscos sociais, ainda que em termos processuais e ainda se tentar revelar que medidas são contraproducentes ou inúteis, apenas simbólicas e sedativas da opinião pública, para se tentar pensar e apontar medidas admissíveis num ambiente democrático e republicano.

²⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal** ..., p. 100.

²⁶ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal** ..., p. 108.

²⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

²⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **A palavra dos mortos...**, p. 468.

ISSN 1980 - 8860



3. Os pontos iniciais a serem repensados

3.1. O sistema processual penal

Há alguns pontos centrais que precisam ser repensados para o estabelecimento de uma nova estrutura de justiça criminal adequada e mais resistente a práticas nefastas de violação dos direitos dos cidadãos e cidadãs.

Uma primeira reflexão que é fundamental, porque fundamento mesmo das demais, em matéria processual, é aquela sobre o *sistema processual penal*: se é ainda possível se pensar em uma perspectiva sistêmica e, em caso positivo, de que sistema se trata, que modelo deve ser adotado.

Em que pese bons argumentos já apresentados em sentido contrário, parece ainda necessário manter o pensamento sistêmico para justamente ser possível (ou mais possível) estabelecer um limite de ação para os operadores jurídicos. Insistir na ideia de um sistema processual penal é insistir na existência de limites que devem ser respeitados, para que não se permita nadar em mar aberto.²⁹

Ainda que não se possa falar em sistema puro, inclusive porque o modelo é sempre ideal (seja qual for o binômio escolhido: acusatório/inquisitório, due process/crime control³⁰, etc), não sendo possível abarcar toda a complexidade da vida em relação, e mesmo que práticas diferenciadas, de origens distintas, coexistam, parece ainda ser possível e, mais do que isso, fundamental, seguir defendendo um sistema processual penal.

De toda sorte, defender a existência de um sistema, com orientação geral, e exigir que todas as normas e práticas estejam de acordo com essa orientação é, sem sombra de dúvidas, fundamental quando se pensa em processo democrático e republicano. A ausência de limites, de orientações, certamente acarreta abusos de poder. E na medida em que o processo penal – e toda a persecução penal – devem ser ideologicamente direcionados para serem instrumentos de contenção do poder punitivo estatal, manter a ordem através de um sistema pré-concebido para

²⁹ Ver, por todos, BORGES, Clara M. R. **Um olhar para além dos sistemas processuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, set/2013, vol. 104, p. 147 e ss; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Os sistemas processuais agonizam?** Revista Núcleo Jurídico, v. II, Florianópolis, Empório do Direito, 2017, p. 41-56; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

³⁰ DAMASKA, Mirjan. **Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study**. University of Pennsylvania law review. Vol 121. N. 508. 1972-1973. PACKER, Herbert L. **Two models of the criminal process**. University of Pennsylvania Law Review. V. 113, n. 1, 1964-1965, p. 1-68. ISSN 1980 - 8860

esse fim é essencial e não pode ser inútil, sobretudo neste momento de transição em que se vive. Do contrário, aí sim, estaria totalmente liberado o decisionismo judicial...

No entanto, o contexto atual demanda novas investigações sobre o tema e novos contornos. Os modelos teóricos e práticos tradicionais não dão mais conta de tratar adequadamente a questão, sobretudo porque em grande parte pensados antes do fenômeno do neoconstitucionalismo.

É certo que as Constituições contemporâneas e importantes tratados internacionais não mais permitem pensar em um processo penal que não seja democrático.

Como bem fala Geraldo Prado,

Deve-se, pois, à concepção ideológica de um processo penal democrático, a assertiva comum de que a sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despindo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal. A estrutura sincrônica dialética do processo penal democrático considera, pois, metaforicamente, o conceito de relação angular ou triangular e nunca linear, sacramentando as linhas mestras do sistema acusatório.

Não se fala em uma democracia qualquer, fulcrada na mera declaração formal de respeito aos direitos fundamentais e numa vinculação passiva entre governados e governantes e sim na real democracia participativa, integradora e solidária, com inegável repercussão no plano do processo penal, de sorte que a cultura democrática aos poucos poderá ser desenvolvida pela conscientização da forma democrática da sociedade conviver.

Na verdade, o sistema processual está contido no sistema judiciário, por sua vez espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se deste modo um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor, assim sucessivamente, contaminando-o e dirigindo-o com os princípios adotados na lei Maior.³¹

Além disso, se não mais se entender mais suficiente um princípio unificador objetivado na propriedade da gestão da prova no processo penal, há novas propostas que consideram outras possibilidades interessantes, como aquela que elege como princípio unificador o da democraticidade, como quer Rui Cunha Martins³², ou mesmo que elege como princípio unificador o da proteção do cidadão, com propõe, Rodrigo Chemim Guimarães³³.

No que se refere à proposta de Rui Cunha Martins, interessante o destaque de que a democraticidade pressupõe o princípio dispositivo, mas é mais extenso que ele:

Em bom rigor, o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só “princípio unificador”: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo

³¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³² CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³³ GUIMARÃES, Rodrigo Regnier Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como aplicação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. Tese de Doutorado. 2015. PPGD – UFPR.

ISSN 1980 - 8860



sistêmico: o *modelo democrático*. Dizer “democrático” é dizer contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório”. [...]

Neste sentido, o *princípio* é mais do que o *modelo*, que não é senão a sua tradução orgânica. Encarada deste prisma, a eleição para princípio de um valor tão óbvio como “democraticidade” quer dizer, nem mais nem menos, a obrigatoriedade de manter sempre em aberto uma questão a formular a todo e qualquer mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo forma, desde que atuante na esfera do sistema processual, que é a seguinte: *é este mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compatível com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que ele se insere?* É esta a questão que verdadeiramente interessa colocar em permanência. Pode talvez dizer-se que um modelo sistêmico será tanto mais admissível quanto maior número de respostas positivas aquela questão receber. Mas o que pode sobretudo estabelecer-se é que a sua admissibilidade e eficácia dependem sobretudo da sua capacidade para (i) colocar permanentemente aquela pergunta, (ii) aceitar a eliminação de mecanismos, elementos ou práticas que, ainda que pertencentes ao patrimônio do modelo adotado, passem negativamente o exame da democraticidade, e (iii) abdicar, se for o caso, desse modelo.³⁴

3.2. O novo paradigma da justiça restaurativa

Diante da mencionada falência de fundamento da pena, especialmente a de prisão, o que se vê nos últimos anos é uma expansão do controle social através de outros mecanismos, e um deles é o *modelo restaurativo de justiça*. Isso se dá, dentre outras coisas, pela impossibilidade de manutenção da ordem pelos métodos tradicionais (inclusive o penal), ante a sua extensão: como se tornou muito vasto, não consegue manter a disciplina como prometido, por duas razões principais: a) a própria expansão demasiada do sistema de justiça penal; b) a crise do sistema de socialização primária e consequente aumento de demanda de disciplina formal.³⁵

Consoante explica Claudia Mazzucato, quando se fala em justiça restaurativa, desde o ponto de vista teórico, há duas grandes direções que podem ser tomadas: uma no sentido apenas transacional, outra no sentido mais humanístico, pela qual se busca um verdadeiro reconhecimento e composição entre as partes separadas pelo conflito. Este último é o modelo proposto nos documentos internacionais europeus sobre a mediação.³⁶

Crescem, assim, de um modo geral, manifestações fora do sistema de controle penal, mas que podem causar sérios problemas sociais, como afirma Massimo Pavarini:

aquilo que se produz fora dele, e às vezes contra ele – nos espaços de crescente e selvagem desordem – fazem lembrar verdadeiros processos de refeudalização das relações sociais. Conflitos e violência intrafamiliares e nas relações de vizinhança, degradação social, vandalismos, micro-criminalidade nas periferias metropolitanas, intolerâncias raciais produzem sofrimento de vitimização difusa que se traduzem em demandas também difusas de reafirmação normativa, estas também sem resposta.

³⁴ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego...**, p. 74.

³⁵ PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi...**, p. 74-75.

³⁶ MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa': il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 87.

ISSN 1980 - 8860



Neste contexto político de dissolução, é então possível assistir a emergência de dinâmicas sociais que têm como objetivo responsabilizar a sociedade civil, de restaurar a capacidade e virtude de auto-regulamentação dos conflitos que contam com uma ampla ‘simpatia social’.³⁷

Surge, neste contexto penal, o discurso da justiça consensual, que, conta, inclusive, com argumentos quase imbatíveis, desde o ponto de vista teórico, de justificação. Ele traz consigo a ideia de ser informal, doce, simples, inteligível, todo “um léxico construído sobre gênero ‘feminino’ contra aquele ‘masculino’ de uma justiça formal, *dura lex*, incompreensível, complexa, distante.”³⁸ Por isso surge com tanta força no Direito da Criança e do Adolescente. E arremata Massimo Pavarini: “é, em síntese, a disciplina materna contra a justiça do pai.”³⁹

Embora tenha surgido em meados dos anos setenta esse movimento referente à justiça restaurativa, sobretudo informal, não profissional, para além do sistema formal de controle social, o tempo fez com que fosse trazido para dentro dos sistemas formais de controle, sobretudo como uma tentativa de recuperar a legitimidade do sistema judiciário e expandir o domínio jurídico-normativo⁴⁰. Uma justiça contratada que, segundo Pavarini, surgiu primeiro no âmbito da justiça penitenciária e no processo de execução penal⁴¹.

Ademais, parece ser a mediação um instituto capaz de responder às mais diversas finalidades que queira se dar à pena, por isso é tão interessante: “pede para as partes em conflito reconsiderar o passado, de considerarem um fato histórico que rompeu um equilíbrio; mas pede também para que superem juntos aquela fratura, para caminharem mais serenamente para o futuro.”⁴²

O que há, em verdade, é um processo de transformação da justiça criminal em uma justiça menos formal, através da implementação desse modelo que se diz restaurativo. Claudia Mazzucato⁴³, analisando o tema da mediação no âmbito penal, especialmente tendo em conta os documentos internacionais que recomendam a adoção do paradigma restaurativo (por exemplo, a Recomendação 19, de setembro de 1999, do Conselho Europeu, sobre *Médiation en matière pénale*, e o rascunho da *Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative*

³⁷ PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi...**, p. 75. (tradução livre)

³⁸ PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi...**, p. 76. (tradução livre)

³⁹ PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi...**, p. 76. (tradução livre)

⁴⁰ PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi...**, p. 78-79.

⁴¹ PAVARINI, Massimo. La ‘penitenziarizzazione’ della giustizia penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 175.

⁴² PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi...**, p. 80. (tradução livre)

⁴³ MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa..., p. 85-134.

ISSN 1980 - 8860



Justice Programmes in Criminal Matters, elaborado pelas Nações Unidas em 2000) e sua repercussão na Europa, ressalta os possíveis pontos positivos dessa perspectiva.

Segundo ela, o Direito Penal da mediação seria uma forma de Direito Penal não humilhante, mas sim fundado no diálogo. Seria uma maneira de recuperar e introduzir também no âmbito penal uma ética do cuidado, substituindo o recurso ao mal da pena retributiva.⁴⁴ Na mediação, troca-se a retribuição pela reparação: repara-se o mal com um bem e não mais se retribui o mal com outro mal. Além disso, significaria uma revalorização do ordenamento jurídico enquanto ordem protetiva dos valores humanos, na medida em que o autor do fato não só reconhece o mal que causou como pretende repará-lo, com um ato de sentimento, de coração.

Ocorre que os argumentos supostamente positivos apresentados são, no mínimo, ingênuos. Talvez o modelo de justiça restaurativa seja o modelo ideal, especialmente pelo resgate ético dos indivíduos, mas está muito longe de se tornar real e efetivo. Antes, é preciso educar para a democracia, para o respeito aos direitos fundamentais, dentre tantos outros valores ainda não internalizados, mormente ao se falar no Brasil. Saltar do que se tem diretamente para a mediação penal vai certamente levar ao arbítrio dos mediadores, pois as partes ainda não têm a menor noção disso tudo (basta vivenciar o dia-a-dia dos juizados especiais criminais). Ademais, toda a liberdade trazida pela mediação, se mal administrada, pode levar a resultados piores do que o modelo tradicional de justiça penal, a exemplo da vingança privada liberada. E, ainda, uma vez entregue às partes a possibilidade de solucionar o conflito estabelecido pela prática do crime, o que ocorre se não agirem? Haveria, por certo, um sentimento de insegurança, instabilidade, impunidade, tal qual existe atualmente.

Ademais, em que pese, novamente, ser o ideal, enxergar a proposta da justiça restaurativa como capaz de educar os indivíduos para a civilidade também pode ser ingênua, ao mesmo tempo que pode dar certo, já que a educação por meio da violência da pena não vingou. A questão, aqui, demanda um estudo de pedagogia e psicologia antes mesmo do que jurídico, o que pode ser, de fato, bastante interessante.

⁴⁴ MAZZUCATO, Claudia. *Mediazione e giustizia riparativa...*, p. 93: “La mediazione consente di riscoprire l’aspetto non riduttivo e non formale, ma esistenziale-umano dell’esperienza giuridica. Si tratta di un percorso educativo e insieme di giustizia (e di reciprocità): ogni persona coinvolta auto-educa se stessa e viene educata dall’altro; la scintilla e l’oggetto di tale educazione è il dischiudersi e il dispiegarsi della profondità dell’essere umano, della rete di libertà, dignità e istanze fondamentali che formano – sul piano giuridico – i diritti inviolabili. Ognuno, specchio nel quale l’avversario può leggere anche la propria natura umana autentica, offre all’altro una lezione di civiltà e solidarietà, riconoscendo, e insieme richiedendo, rispetto, attenzione, comprensione, eventualmente anche aiuto.”

ISSN 1980 - 8860

Um tanto ingênuo, da mesma forma, é pensar que eventuais disparidades entre as partes seriam supridas pelos mediadores. Basta pensar na prática diária dos juizados especiais criminais no Brasil para perceber que infelizmente os mediadores muitas vezes não têm sequer capacidade de mediar, quanto mais de perceber diferenças e procurar minimizá-las. Muitos conciliadores só se preocupam com sua produtividade.

E, quanto à possibilidade de se descobrir a verdade dos fatos, o problema é, com todo respeito, o mesmo que enfrenta o juiz, talvez apenas mitigado pelo fato de, em regra, as partes terem participado do ocorrido. Mas continuam a valer ainda os argumentos de Francesco Carnelutti, em seu *Verità, dubbio, certezza*.⁴⁵

É preciso ter em conta, ainda, uma observação precisa e relevante feita por Francesco Peroni: que todo o esforço para desvincular o processo, especialmente o penal, das amarras do direito privado cai por terra na medida em que nele se introduzem, agora, a noção de negócio jurídico e, afinal, de contrato.⁴⁶

Da mesma forma, não se pode esquecer que toda a análise da justiça restaurativa pressupõe uma análise da própria ação processual penal, vale dizer, como conciliar a mediação e a conciliação com a obrigatoriedade da ação penal exigida, por exemplo, no atual sistema processual penal brasileiro. Além disso, põe em xeque também a própria função da defesa técnica (e, claro, os demais papéis processuais), que passaria até mesmo por uma crise de identidade diante dos acordos de pena, mormente aquela realizada por defensores públicos, como bem pondera Rosana Gambini Musso⁴⁷:

pelo teor do que se precedeu, resulta evidente como o *plea bargain*, ao responder às demandas de funcionalidade do sistema, permitiu um fenômeno de modificação profunda dos papéis institucionais do processo. Certamente transformado restou o juiz, que perdeu os seus tradicionais poderes de controle e decisão. Vistasas alterações sofreram também o *prosecutor*, cujas escolhas aparecem ainda mais inspiradas por lógicas do tipo produtivas. Mas o que é mais grave é que os objetivos de eficiência e redução acabaram por contagiar até o defensor, comprometendo a relação de confiança com o cliente e aproximando perigosamente a defesa penal de razões estranhas ao sistema. Esta capacidade de reagir da estrutura processual, influenciando os comportamentos essenciais daqueles que dela participam é, todavia, a confirmação de como é difícil conjugar rapidez

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. XX, p. 4-9, 1965. Ver, ainda: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, duvida e certeza”, de Francisco Carnelutti, para os operadores de direito. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Notadez, v. 4, n. 14, p. 77-94, abr./jun. 2004.

⁴⁶ PERONI, Francesco. *Nozioni fondamentali*. In: PERONI, Francesco; GIALUZ, Mitja. **La giustizia penale consensuale: concordati, mediazioni e conciliazione**. Torino: UTET, 2004, p. 3-4.

⁴⁷ MUSSO, Rosana Gambini. *Difesa e difensore nei sistemi di negotiated justice*. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 629. (tradução livre)

ISSN 1980 - 8860



e garantias e de quanto atentamente é analisada a inserção de metodologias que tornam mais veloz, mas vulgarizam e tornam mais sumário o ‘fazer justiça’. Também no processo uma engenharia genética muito desenvolvida pode gerar monstros.

Em suma, a justiça restaurativa vem se não para evitar o processo penal, ao menos para encurtá-lo consideravelmente, através dos ritos abreviados (com encurtamento, também, das garantias individuais). Nesse sentido, importantes são as considerações feitas por Paolo Ferrua. Talvez a tendência em direção à justiça contratada signifique, em última análise, o abandono da função tradicional do processo penal de reconstrução e acerto dos fatos (função cognitiva do processo).

Adverte Massimo Pavarini, contudo, que este caminho só pode ser evitado se outras formas de tutelar a necessidade de defesa social forem encontradas; do contrário, vai ser irresistível a alternativa tecnocrática da penalidade contratada.⁴⁸ No entanto, apesar de inevitável, é uma alternativa ilegítima, no final das contas.

Jacques Faget reconhece as fragilidades do modelo restaurativo, mas ainda sim entende ser uma tentativa pertinente diante da falência do modelo tradicional de sistema penal. Segundo ele, pior é deixar como está.⁴⁹ O problema é que (ao menos é o que parece) a justiça restaurativa é pensada sobretudo tendo em conta o seguinte objetivo: menos pessoas a serem processadas criminalmente, menos pessoas serão submetidas ao martírio do processo penal. E isso, por si só, seria justificativa bastante para defender o paradigma restaurativo, seja por aqueles que o fazem pensando efetivamente nos males causados pelo processo e pelo cárcere, seja por aqueles que estão apenas preocupados com o resultado prático da contenção dos gastos do sistema penitenciário, para os quais menos processos significariam, em tese, menos pessoas presas.⁵⁰

Mas é preciso que fique claro que a justiça restaurativa pode ser capaz de evitar processos, mas não é capaz de evitar penas. E, desse modo, os problemas da execução penal permanecem, assim como os da pena em si. Se abolir o processo acabasse com os problemas do sistema

⁴⁸ PAVARINI, Massimo. La ‘penitenziarizzazione’ della giustizia penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 183.

⁴⁹ FAGET, Jacques. **La médiation: essai de politique pénale**. Toulouse: Éditions Érès, 1997, p. 198-199.

⁵⁰ O que é discutível, já que o número de presos provisórios no Brasil é muito alto, representando 40% do total da população carcerária (porcentagem acima daquela de presos com decisão condenatória), segundo dados do último relatório do DEPEN, de junho de 2016. Importante também destacar outro dado do relatório, de que entre 2000 e 2016, a população carcerária brasileira cresceu em 157%, sendo que em junho de 2016 a taxa era de 352,6 presos para cada 100 mil habitantes. http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf. Acesso em 06.12.2018.

ISSN 1980 - 8860



criminal seria de fato de se aceitar o modelo restaurativo. No entanto, ao final, a proposta se resume em abrir mão do processo (garantia do cidadão em face do poder punitivo estatal) para tudo continuar igual, ou, o que é mais grave, para ficar ainda pior, porque daí nem o filtro do processo penal poderá conter o poder do Estado. É, assim, um discurso que só funciona como simbólico.

Julio Maier, porém, vê a reparação como a terceira via do Direito Penal e se questiona se não é o caso de se pensar em um Direito Penal de três vias, com distintas reações penais e processuais penais para diferentes situações de criminalidade, abandonando a ideia de um Direito Penal geral e uniforme.⁵¹ Em verdade, enxerga a privatização dos conflitos penais como uma forma de humanizar o sistema penal e diminuir o poder punitivo do Estado.⁵²

No entanto, como bem ressalta Alberto Binder, há que se ter muito cuidado com esse movimento de simplificação dos processos, por meio da reprivatização dos conflitos penais. Se por um lado pode significar, de fato, respeito pelos interesses particulares, por outro não se sabe ao certo o sentido que ele pode assumir no contexto latino americano, de vítimas e agressores extremamente pobres. Assim,

a simplificação do processo a partir da recuperação dos direitos das vítimas pode ter um sentido duplo que ainda não foi esclarecido na prática: ou conduz à democratização do processo, abandonando a ideia central de sanção penal em prol da redefinição privada do conflito, ou bem leva a uma retirada do poder penal do Estado, para facilitar que as grandes desigualdades da própria base social gerem novas formas de controle.⁵³

Diante do contexto social-político-econômico-cultural do Brasil, infelizmente parece prevalecer o segundo sentido. Num país onde os direitos e garantias fundamentais ainda estão em processo de solidificação, embora concomitantemente já se vivam os problemas do sistema penal sofridos também pelos demais países do mundo, mesmo os ditos mais desenvolvidos, levando-se em conta a expansão do Direito Penal vivenciada e as políticas de lei e ordem, aliada à insistência de manutenção de um sistema de tipo inquisitório, antidemocrático, parece ainda não haver lugar (não da parte deles) para tanta importância aos interesses individuais, senão

⁵¹ MAIER, Julio B. J. Inquisición o composición? In: _____. **Antología**. El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 859-874.

⁵² MAIER, Julio B. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996, p. 839-840.

⁵³ BINDER, Alberto M. **Justicia penal...**, p. 75. (tradução livre)

ISSN 1980 - 8860



através de um discurso camuflado pela ideologia eficientista neoliberal⁵⁴, o que, logo, não pode ser aceito.

Em geral, então, o belo e ingênuo discurso da justiça restaurativa não passa de um escamoteamento da inserção, também no âmbito processual penal, do modelo neoliberal de Estado. Basta, porém, um pouco de consciência e vontade para perceber essas armadilhas e compreender que se há uma saída para a justiça criminal, talvez esse não seja mesmo o caminho a ser tomado.

Dentre os problemas mais sérios está, sem dúvida, a ideia do consenso. A justiça negociada pressupõe diálogo entre as partes, seja entre suposta vítima e suposto ofensor, seja entre o Ministério Público e o acusado. O problema é que esse diálogo ou mesmo o consenso não existem, por uma série de razões, que começam, por exemplo, na realidade brasileira, na simplicidade das pessoas envolvidas, muitas vezes analfabetas. E o mediador, ao contrário do que fala Claudia Mazzucato, como visto, não é capaz de suprir essas disparidades.

Os consensos na prática são quase sempre impostos, vez que verificados entre aqueles que têm “a faca e o queijo” nas mãos (o conciliador ou a acusação – no Brasil, com a transação penal) e aqueles que têm apenas o medo da ameaça (o suposto autor do fato), conforme ressalta Mario Cattaneo⁵⁵. Eis as precisas e conscientes palavras de Geraldo Prado:

o processo penal consensual tem essa capacidade ideológica de fazer com que no discurso acadêmico e no discurso dos tribunais medidas como a transação penal, que é o método pelo qual alguém aceita sofrer uma pena sem que o Estado demonstre a responsabilidade penal, seja vista como um direito. Em síntese, você tem o direito de ser punido e de ser apenado sem que provem que você é culpado, sem que demonstrem a sua responsabilidade. Esse consenso é absolutamente artificial, exatamente por essa nossa fraca memória, por essa nossa incapacidade de enxergar quem são os sujeitos concretos do processo penal e compreender a partir de uma série de categorias, que nós usamos muito bem na política e na economia, mas que não conseguimos usar no direito, que determinados grupos e classes sociais estão em posição inferiorizada e fragilizada e que não se produz consenso entre sujeitos que estão em posição desigual. Neste caso os ‘consensos’ são impostos e são impostos com a técnica ideológica de fazer com que o escravo reivindique o direito de ser escravo: nos dois casos, com a verdade absoluta e sem verdade alguma nós caminhamos reproduzindo um modelo de processo penal que os globalizadores querem.

[...] Em suma, a idéia geral que me propus a trazer aqui, focaliza a dissolução das garantias em um processo em que o juiz desacerta nas funções de pesquisa da verdade, supostamente para ser

⁵⁴ LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 114: “A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual, na medida em que a intervenção jurisdicional também deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático.”

⁵⁵ CATTANEO, Mario A. Diritto penale: filosofia non politica. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata**: dalla bottega al mercato globale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 31.

ISSN 1980 - 8860



responsável perante a comunidade, mas que na realidade o faz como um sujeito de política de segurança pública, enquanto também se dissolvem as garantias por meio de um processo sem qualquer tipo de cognição, no qual os mecanismos de um consenso são impostos sem que nós saibamos se o sujeito social concreto tem condição de dialogar, de participar do diálogo, se os excluídos têm condições de se comunicar, para que o consenso seja possível. Não há consenso de cima para baixo; o que há é ditadura.⁵⁶

Ainda, como demonstra Aury Lopes Junior⁵⁷, é preciso compreender que a justiça consensual não é algo afeto ao sistema de feição acusatória, de um processo de partes, como se quer fazer parecer, porque, ao final, em verdade, viola seus fundamentos, sobretudo a exigência de um processo penal justo. Ofende o princípio da jurisdicionalidade (*nulla poena sine iudicio*), o princípio da inderrogabilidade do juízo, o princípio da separação das atividades de julgar e acusar, o princípio da presunção de inocência, o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Além disso, não se pode sequer afirmar que o sistema de justiça negociada tem a função de resgatar a credibilidade perdida da justiça criminal, vez que as pessoas não se sentem confortáveis sabendo que podem ter que negociar mesmo sendo inocentes, para não “correr os riscos” de um processo criminal. Ressalte-se, mais uma vez, que a pena a ser negociada nem sempre atentarà para o critério da proporcionalidade em relação ao fato praticado (que sequer pode ter sido praticado, aliás), mas responderá muito mais à capacidade de negociação dos envolvidos.

Tampouco serve, a despeito da proposta da justiça restaurativa, para valorizar a vítima do crime, na medida em que permite que ela participe da negociação. Tem razão Aury Lopes Junior quando fala que essa participação não deveria existir⁵⁸, sob pena do processo penal se transformar em um ambiente de vingança privada e, ademais, se levada ao pé da letra a disposição do art. 76 da Lei 9.099/95, por exemplo, nos casos de ação penal pública incondicionada, a realização ou não do acordo independe de qualquer manifestação da vítima.

⁵⁶ PRADO, Geraldo. Mesa 3: o processo penal das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado e o retorno à prevalência da confissão – da subsistência da tortura aos novos meios invasivos de busca de prova e à pena negociada. In: KARAM, Maria Lucia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 165-166; 169. Ver, ainda, PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Justiça negociada...*, p. 116-126.

⁵⁸ Assim também se manifesta, por exemplo, SALO DE CARVALHO, em seu texto Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 148.

ISSN 1980 - 8860



Eis um outro problema da composição civil dos danos: as condutas que permitem tal negociação deveriam mesmo ser crimes? Se se tem dúvidas quanto à criminalização de todas as infrações de menor potencial ofensivo que, para alguns, deveriam ser descriminalizadas, em nome sobretudo do princípio da intervenção mínima, imagine-se quanto às que, inclusive, permitem que tudo se resolva mediante uma indenização do suposto autor do fato.⁵⁹

Nem mesmo o efeito de diminuir a estigmatização do acusado é reduzido, no final das contas, pois “a rotulação se produz em massa, na medida em que banaliza o sistema penal ao ressuscitar e vivificar todo um rol de crimes de bagatela e de completa irrelevância social.”⁶⁰

Assim, diante de todos esses argumentos, não há como se entender legítima a justiça restaurativa. Seus elementos justificadores ou são, na prática, irrealizáveis ou são apenas comprometidos com os resultados práticos de um processo de descarcerização.

3.3. A simplificação do processo penal

Atualmente se percebe um movimento de parte da doutrina (parte considerável) no sentido de defender a *simplificação dos procedimentos penais* em nome da eficiência do sistema de justiça criminal. Eficiência essa de origem bastante conhecida e que, assim como influencia a legislação penal, deita-se também sobre a legislação processual penal.

Eficiência, como bem diz Jacinto Coutinho⁶¹, que não se confunde, em absoluto, com efetividade, apesar da proximidade dos significantes. Eficiência esta ligada ao discurso neoliberal economicista da globalização, fundado, sobretudo, nas ideias de Hayek e Friedman, e que não pode ser ignorada, nem mesmo no âmbito jurídico, vez que também aqui surtiu – e tem feito surtir – efeitos devastadores. Enquanto a efetividade demanda uma análise dos fins, a eficiência requer uma análise dos meios, deixando de lado o construtivismo para adotar-se a ordem natural do mercado. Prima-se, então, diante da imprevisão dos resultados das ações humanas, por ações eficientes, capazes de projetar os melhores fins. Neste quadro, o Direito, protetor do abandonado *homo faber*, passa a ser um empecilho ao bom funcionamento do

⁵⁹ Ver, por todos, WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Justiça negociada...*, p. 125.

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 143-145.

ISSN 1980 - 8860



mercado e, por isso, aparece a ideia de flexibilizá-lo. E isso é sentido, inclusive, no âmbito específico das reformas processuais penais.

Como adverte Salo de Carvalho, as reformas contemporâneas são informadas por um paradigma neocriminalizador, que concentra, por incrível que possa parecer, não só os ideários da direita punitiva, mas também da esquerda punitiva que, no direito penal, levam a um “recrudescimento penalógico e à maximização de tipos e, em matéria processual penal, à flexibilização dos procedimentos e minimização das garantias.”⁶² E o mais perverso, segundo o autor, é que se defende a eficiência (base retórica) como algo compatível com o projeto garantista e com o sistema acusatório.⁶³

Assim, eficiência significa, dentre outras coisas, nesse contexto, rapidez dos processos penais, mas não necessariamente justiça (esta é secundária). Aliás, como bem lembram Ernesto D’Angelo e Francesco Bertorotta,

para trazer um exemplo extremo e provocador do conceito, ninguém poderá negar que os modelos e as estruturas processuais adotadas historicamente nos regimes totalitários fossem dotadas de ‘eficiência’; ao contrário, de uma perspectiva meramente utilitarística – em termos de resultados obtidos com relação aos escopos pré-fixados – aqueles sistemas eram eficientíssimos ao mesmo tempo que injustos.⁶⁴

Como assevera Maria Lucia Karam, os procedimentos abreviados significam renúncia do acusado ao seu direito de exercer de forma ampla as garantias advindas do devido processo legal, direito esse vinculado à essência do Estado Democrático de Direito. Além disso, significa, em última análise, um retorno à prevalência da confissão (ela volta a ser a rainha das provas, mesmo na estrutura brasileira atual, em que aceitar o acordo não significa assunção de culpa, mas somente não se resiste ao poder de punir do Estado), inclusive com a permissão da eticamente questionável delação premiada.⁶⁵ Para a autora, assim como também para D’Angelo

⁶² CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal:** (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 40.

⁶³ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso..., p. 41.

⁶⁴ D’ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell’efficienza. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 239. (tradução livre)

⁶⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais:** a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.42-48. “Um processo penal que elege a busca da verdade como seu supremo objetivo decerto faz lembrar das bruxas e hereges, que deviam se submeter às torturas da Inquisição para revelar a verdade, por meio da confissão. O toque pós-moderno, mais ‘civilizado’, apenas substitui a tortura – deixada para a repressão paralela, informal, desenvolvida à margem do ordenamento jurídico-penal, mas, certamente, realizada à sua imagem e semelhança – por formas mais ‘científicas’ e fisicamente indolores de intervenção sobre

e Bertorotta⁶⁶, em suma, os ritos abreviados nada mais revelam do que um retorno ao processo penal inquisitório:

aquela enganosa ‘negociação’ entre quem tem ‘a faca e o queijo na mão’ e quem substancialmente teme uma ‘chantagem’, a persuasão para que o réu renuncie a seu direito de exercitar plenamente as garantias advindas do devido processo legal e aceite receber uma pena ‘vendida’ como mais vantajosa ou mais indulgente, para que, assim, mais facilmente se satisfaça a pretensão do Estado de fazer valer seu poder de punir, parecem seguir orientação extraída do *Malleus Maleficarum*.⁶⁷

Essa simplificação com vistas à eficiência tem causado a inserção das possibilidades de ritos abreviados que permitem, em síntese, ou evitar a instauração dos processos penais (o *plea bargain*, nos Estados Unidos da América; o *patteggiamento* na Itália, a *conformidade do acusado* na Espanha, dentre outras) ou a sua finalização precoce, com a supressão ou concentração dos atos a serem realizados em juízo (o procedimento diretíssimo na Itália, o procedimento sumário de Portugal, o procedimento de *comparution immédiate*, na França, dentre outros).⁶⁸

Alberto M. Binder⁶⁹ identifica, especialmente no âmbito latino-americano, quatro modelos básicos de simplificação do processo penal: (i) simplificação que é informada pelo sentimento de vingança, tornando os processos cada vez mais autoritários (em contraposição a todo esforço já feito para afastar o poder penal da ideia de vingança); (ii) simplificação informada unicamente pela ideia de modernização tecnológica, que traz consigo uma nova

a pessoa, mas sempre mantendo o mesmo objetivo de fazer com que, por meio do próprio indivíduo, se revele a verdade sobre suas ações tornadas criminosas.” (p. 46)

⁶⁶ D’ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio..., p. 239.

⁶⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais...**, p. 47. E continua: “Veja-se um dos capítulos dedicado à matéria processual daquele verdadeiro Manual da Inquisição. Ali se dizia que assim deveria agir o juiz, caso, após submetida à tortura, a apontada bruxa ainda insistisse em se manter em silêncio: ‘Em primeiro lugar, que permita que seja bem tratada em termos de alimentação e de bebida. Enquanto isso, que também permita a pessoas honestas – que não se acham sob suspeita – aproximarem-se dela e com ela conversar sobre assuntos indiferentes, para que ao fim a aconselhem, em confiança, a confessar a verdade, assegurando-lhe que o Juiz será misericordioso e que intercederá em seu favor. E que por fim venha o Juiz e lhe prometa ser misericordioso, mas com reserva espiritual, o que significa que será misericordioso para consigo ou para com o Estado; pois o que quer que seja feito para a segurança do Estado é misericordioso. Mas se prometer-lhe a vida, conforme demonstramos na Questão XIV, o que poderá fazer de três formas, que tudo seja anotado pelo Notário nas devidas palavras e com que intenção a misericórdia foi prometida. E se a acusada suplicar por misericórdia nesses termos, e revelar o crime, que lhe seja prometido em termos vagos e gerais que receberá ainda mais do que solicitou, para que possa falar com maior confiança.’” (p. 47-48)

⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59: “A simplificação dos procedimentos é efetuada por alguns mecanismos básicos: a) os que conduzem ao encerramento antecipado do processo; b) os que levam à supressão de fases dos procedimentos ordinários; e c) os que representam uma reorganização do procedimento ordinário.” Para maiores detalhes, ver p. 192 e ss. da referida obra.

⁶⁹ BINDER, Alberto M. **Justicia penal...**, p. 70-78.

ISSN 1980 - 8860



forma de procedimentalismo, novamente com uma visão asséptica e tecnocrática do processo penal, preocupada apenas com a gestão administrativa da justiça penal; (iii) simplificação informada pela ideia de reparação, com o aumento da participação da vítima – privatização da justiça penal; (iv) simplificação com um enfoque multidimensional, para aumentar a utilidade do processo penal, reconhecendo-se a pluralidade de interesses e de funções em jogo (consideração da vítima, observação de formas mínimas, fortalecimento das garantias processuais dos cidadãos, afastamento do sentimento de vingança e investimento no sentimento de pacificação).⁷⁰

Essa tendência simplificadora tem origem no sistema do *common law*, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos da América, e tem por fundamento básico o argumento de que nem todos os casos precisam ser levados a juízo (no caso deles, o júri), passando por todas as etapas do procedimento que aqui se chama de normal ou ordinário (só para esclarecer que é o procedimento-padrão previsto para ambos os países, com todos os direitos do acusado assegurados). Com essa postura, hoje já se sabe que com os ritos abreviados, na Inglaterra, apenas cerca de 1% dos casos são levados a júri⁷¹, tendo causado, de fato, na prática, uma redução drástica dos processos completos.

Tal forma de entendimento, de ser necessária a deflação dos processos penais, contaminou também os países do sistema continental, europeus ou não, e atualmente se vê, em grande parte dos países, a adoção de procedimentos mais velozes.

De uma maneira geral, os argumentos dos defensores dos ritos simplificados, como são chamados, são de que os processos normais são muito demorados, burocráticos, que geram impunidade e prescrição, e que esses ritos, porque ligados, de regra, à questão da pena acordada, são mais afetos ao sistema acusatório de processo penal, fundado na possibilidade de consenso entre as partes ou mesmo na possibilidade de disposição, por parte do acusado, de seu direito de ser processado. Reconhecem, no entanto, que nos ritos simplificados as garantias do acusado são deveras diminuídas, mas veem isso com bons olhos, em nome de uma maior eficiência da justiça criminal.⁷²

⁷⁰ Acredita o autor que este último modelo é o mais adequado e que se realizado de maneira responsável é capaz de refletir uma “política criminal verdadeiramente democrática e profundamente humanista”. BINDER, Alberto M. **Justicia penal...**, p. 78. (tradução livre)

⁷¹ TONINI, Paolo. I procedimenti semplificati. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 470.

⁷² É o que se vê, por exemplo, do texto de Paolo Tonini: TONINI, Paolo. I procedimenti semplificati..., p. 99-124. ISSN 1980 - 8860

Segundo Antonio Scarance Fernandes,

vários motivos são apresentados para justificar a simplificação e, principalmente, a simplificação por acordo: evita-se o seguimento de todas as fases do procedimento ordinário, o que resulta na solução de maior número de causas e no descongestionamento da justiça criminal; quando a decisão advém de acordo, é ínfimo o número de apelações; é possível utilizar o processo criminal para obter, mediante acordo, a reparação do dano causado à vítima; permite-se maior dedicação das autoridades e maior efetivação das garantias nos casos complexos e de maior relevância social.⁷³

Aliás, o mesmo autor⁷⁴ admite expressamente que essas alternativas simplificadoras do processo penal não são possíveis se não atenuado o que chama de pleno garantismo. Há de se abrir mão da atuação plena de todas as garantias processuais, que devem ser reservadas, juntamente com o procedimento padrão, apenas aos casos mais graves:

afirma-se, em suma, que a exigência do pleno garantismo em relação a todos os processos e causas é um ideal que deve ser repensado, para que a justiça criminal possa atuar com eficiência e para que seja possível percorrer todas as fases essenciais de um procedimento-modelo nos processos mais graves e complexos.⁷⁵

Paolo Tonini chega a afirmar que o que se simplifica, tendo por base o modelo inglês, é só o procedimento, ou seja, diz, a formalidade, e não a atuação em contraditório ou a decisão do juiz, quando só então seria ofendida a estrutura garantista do processo.⁷⁶ Dessa sua posição fica evidente, todavia, não só que definitivamente não considera a importância do procedimento justamente para garantir o contraditório, bem como que desconsidera a própria estrutura do processo, pois não percebe que não há como separar as coisas. Um exemplo que ele dá é de um rito simplificado pela ausência do direito do imputado que um juiz imparcial analise a necessidade de enviar o caso para a instrução (*debattimento*), só não explica como isso não afeta o contraditório ou mesmo a decisão do juiz.

Curioso é o elemento do discurso que fala sobre a burocracia e demora dos processos penais. Basta um pouco de conhecimento da realidade – e da lei – para saber que a demora não se deve, em absoluto, ao rito em si. De uma maneira geral, os prazos para realização dos atos processuais não são longos. Pelo contrário. O problema da demora, então, está em outro lugar. Mas querem resolvê-lo diminuindo o tempo do processo através da simplificação do rito. Em outras palavras, quer-se corrigir o problema alterando não propriamente sua causa. O resultado

⁷³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento...*, p. 60.

⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento...*, p. 184-185.

⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento...*, p. 186.

⁷⁶ TONINI, Paolo. *I procedimenti semplificati...*, p. 471-473.

ISSN 1980 - 8860



disso é infelizmente previsível: está fadado ao insucesso. A burocracia existe sim quanto ao número variado de ritos a serem aplicados nos casos concretos, a depender do crime ou do sujeito ativo do delito, no caso brasileiro, do que se falará mais adiante.

O que se quer, em suma, é diminuir o tempo do processo, porque exigência de uma sociedade regida pela velocidade, que não deseja esperar por ele. Ocorre que, como bem ressalta Aury Lopes Junior, “existe um *tempo do direito* que está completamente desvinculado do tempo da sociedade”⁷⁷. Por isso, a exigência, por parte do mercado e da sociedade, de um processo rápido e eficiente, não tem razão de ser, se informado pelos postulados neoliberais, apenas utilitaristas, pois se assim for o processo será – como é – marcado pela constante violação de direitos fundamentais.

Paolo Ferrua, comentando o sistema italiano dos ritos abreviados, levanta dois questionamentos contra sua adoção: (a) em primeiro lugar, ao contrário do que se poderia pensar, que por ser rápida a justiça consensual prescindiria de uma determinada estrutura para funcionar, é um modelo de justiça que exige sim uma estrutura preparada para tanto, em termos de eficiência; ora, se assim não for, se os acusados não tiverem convicção de que podem mesmo ser punidos e, portanto, preferem os acordos com penas mais leves, eles jamais abrirão mão do processamento normal do caso, que pode levar, por exemplo, à prescrição dos crimes – em outras palavras, o sistema tal como organizado incentiva não aceitar acordos de pena, porque, nestes casos apenas, a punição é certa; (b) os ritos negociais seriam uma alternativa à instrução oral e contraditória do rito ordinário; no entanto, atualmente a instrução mesmo no rito ordinário se resume basicamente às provas colhidas unilateralmente, razão pela qual, antes de se inserirem os ritos abreviados, há de se resgatar o contraditório no rito tradicional, do que até então nenhuma proposta de reforma se ocupou.⁷⁸ De suas palavras parece ficar claro que não há intenção alguma do legislador italiano de recuperar adequadamente o processo penal, mas apenas trazer eficiência, a qualquer custo, à aplicação de penas.

No final das contas, muitas questões fundamentais se põem aqui, que vão desde a legitimidade da justiça contratada (já analisada) até a efetividade das garantias processuais, implicando um necessário retorno (e para alguns, como o caso do Brasil, a manutenção) a um

⁷⁷ LOPES JR., Aury. *Justiça negociada...*, p. 115.

⁷⁸ FERRUA, Paolo. *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 50-52.

ISSN 1980 - 8860



sistema inquisitório de processo: “a ‘rapidez’ não pode ser obtida sem prejuízo das garantias processuais, endereçando o processo sempre mais para os modelos de tipo ‘sumário’ e fazendo ressurgir métodos típicos dos sistemas ‘inquisitórios’”.⁷⁹

Neste tema, mais uma vez são adequadas as ponderações de Alberto Binder⁸⁰, que alerta para o fato de que as discussões sobre a simplificação do processo penal não tangem apenas questões de eficiência administrativa nem apenas uma análise das finalidades do processo; *é, sobretudo, um problema político, que implica escolhas políticas.*

Mais do que isso, entende que uma análise adequada do fenômeno da simplificação das formas procedimentais pressupõe a compreensão de três postulados básicos relacionados com a estrutura do processo penal e com seu funcionamento sócio-político⁸¹: (a) o processo penal, embora durante muito tempo dela distante, por vários motivos, também está, assim como o Direito Penal, diretamente ligado à política criminal de um Estado, ou seja, a simplificação dos processos é um problema de política criminal; (b) a simplificação dos processos “implica uma nova síntese entre duas forças básicas configuradoras do processo penal”⁸², quais sejam, a eficiência da persecução penal e as garantias advindas do Estado de Direito; (c) tendo em vista que o processo penal não serve à solução de conflitos, senão à sua redefinição (já que não é capaz de reparar, ou seja, de fazer com que tudo volte ao estado anterior), que se dá através da obtenção dos fatos, da norma e dos valores, a simplificação dos processos deve trazer consigo, em síntese, uma nova forma desse processo de redefinição.⁸³

Neste passo, quando se pensa e se defende a simplificação do processo penal, o discurso deve ser marcado por uma reflexão ampla sobre o processo em si, desde sua estrutura interna, isto é, quais as consequências dessa simplificação sobre o acerto dos fatos e em que medida é possível – ou não – que essa nova estrutura respeite garantias fundamentais, até seus efeitos externos, ou seja, qual o papel que esse novo processo apresenta desde o ponto de vista da política criminal, ou ainda, até onde influencia – ou não – e de que forma influencia o

⁷⁹ D’ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio..., p. 239. (tradução livre)

⁸⁰ BINDER, Alberto M. **Justicia penal** ..., p. 60.

⁸¹ BINDER, Alberto M. **Justicia penal**..., p. 60-70.

⁸² BINDER, Alberto M. **Justicia penal**..., p. 66.

⁸³ BINDER, Alberto M. **Justicia penal**..., p. 70: “En conclusión, para enmarcar conceptualmente el análisis de los mecanismos de simplificación del proceso, es necesario tener cuenta que esos mecanismos siempre significarán: a) una modificación en la formulación y en la configuración de la política criminal; b) un nuevo punto de equilibrio en la dialéctica ‘eficiencia-garantía’; c) una modificación del proceso de ‘redefinición del conflicto’ y de sus tres procesos subsidiarios (obtención de hechos, obtención de normas, obtención de valores)”.

ISSN 1980 - 8860



aumento ou a redução da criminalidade. Há todo um contexto em que se deve pensar e, por isso, deve-se ter muito cuidado com as propostas simplificadoras, as quais devem ser analisadas sempre sob os mais diversos ângulos possíveis, para que se teste sua legitimidade diante dos postulados do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que diante da impossibilidade de importação pura e simples de institutos processuais, a necessidade de manutenção de garantias, etc.⁸⁴, esses argumentos trazidos em defesa da simplificação da maneira como está sendo feita não podem mesmo prosperar, não só por conta dos problemas já mencionados, no caso brasileiro, quanto aos acordos civis (art. 74, da Lei 9.099/95) e à pena contratada (art. 76, da Lei 9.099/95, arts. 4º a 7, da Lei 12.850/2013 e art. 18, da Res. 181/2017, do CNMP), especialmente pela impossibilidade de diálogo, mas também porque permite a mitigação de várias garantias processuais, como a inafastabilidade da jurisdição, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa.

O problema é que esse discurso da simplificação muitas vezes vem disfarçado de democrático, tal se pode perceber não só das palavras de Antonio Scarance Fernandes, mas também, por exemplo, das palavras da Professora Ada Pellegrini Grinover, comentando a necessidade de reforma do Código de Processo Penal, fazendo inclusive alusão às necessidades da América Latina em geral, mais especificamente às ideias que giram em torno do projeto do Código Modelo para Ibero-América:

a transparência, a desburocratização e a celeridade são corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo processo penal. Os mecanismos de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à maior ou menor complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência.⁸⁵

Na verdade, como adverte Paolo Ferrua, as principais consequências dos ritos abreviados, que não podem ser ignoradas e sobre as quais se deve bastante refletir, são: (a) o contínuo abandono do princípio da legalidade das penas, diante da diferença entre a pena prevista e a pena efetivamente aplicada aos indivíduos; (b) o abandono progressivo da função cognitiva do processo penal, de acerto dos fatos, com o crescente risco de se punir inocentes; (c) favorecimento de um direito penal do autor em detrimento de um direito penal do fato; (d) discriminação entre os imputados, já que de regra os menos afortunados não têm condições de

⁸⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento...**, p. 39-43; 60-61.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, a. 8, n. 31, jul. / set., 2000, p. 66.
ISSN 1980 - 8860

arcar com os custos do rito ordinário, não lhes restando outra alternativa senão acordar a pena; embora seja possível também falar de uma discriminação no sentido contrário, ou seja, quando o acordo se reverter em pecúnia, apenas os mais abastados têm condição de fazê-lo; (e) abandono da legalidade também em matéria processual, já que se tornam comuns procedimentos secretos e atípicos entre as partes; (f) atribuição ao Ministério Público de poderes até então não existentes (por exemplo, a discricionariedade na proposta do rito negocial), especialmente na Itália, onde há a obrigatoriedade da ação penal.⁸⁶ Além dessas, mais duas são apontadas por Antonio Scarance Fernandes: (a) a diminuição dos poderes dos juízes, que diante dos acordos tem exclusivamente o papel de homologá-los; (b) os riscos para o acusado das soluções assentadas em seu poder dispositivo, que pode escolher um caminho menos benéfico⁸⁷.

Está-se, portanto, diante de um dilema representado pelo binômio eficiência (tempo) e garantias, e que no atual estado das coisas, tem-se optado pela eficiência.

De qualquer sorte, o que não se quer é um processo penal ineficiente, sem resposta ou com resposta imediata (especialmente tendo em conta a figura do acusado). Por isso, como sugere Mario Chiavario, há que se ter um equilíbrio dentre essas duas forças, uma redefinição de eficiência, de maneira que dentro dela estejam embutidas, necessariamente, as garantias processuais. Daí também as pertinentes discussões sobre o direito ao processo penal no tempo razoável.⁸⁸

Em outras palavras, eficiente é o processo que respeita as garantias constitucionalmente asseguradas aos indivíduos:

reconhecemos que a verdadeira eficiência processual é tal somente se engloba também a eficiência no reconhecimento e no desenvolvimento das garantias processuais. A eficiência processual não é aquela de um processo em função de uma maior repressão: é eficiente um processo que deve sim consentir a alcançar resultados críveis inclusive no sentido da tempestividade e da eficácia das sanções, mas deve consentir de alcançá-los de modo ‘justo’ inclusive no plano das modalidades de percurso.

Em suma, a eficiência na qual penso é aquela de um processo que não gira em torno de si mesmo; de um processo que vise – o quanto possível – absolver os inocentes e condenar os culpados; mas é também aquela de um processo intrinsecamente correto e leal.⁸⁹

⁸⁶ FERRUA, Paolo. *La giustizia negoziata...*, p. 78-79.

⁸⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento...*, p. 251 e ss.

⁸⁸ Por todos, ver LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁸⁹ CHIAVARIO, Mario. *Garanzie individuali ed efficienza del processo*. In: *Il giusto processo* – atti del convegno presso l’Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè, p. 54. (tradução livre)

ISSN 1980 - 8860



Não há como negar, afinal, que o processo penal é, de fato, uma síntese, condicionada culturalmente, da efetividade da persecução penal e das garantias dos indivíduos em face do poder punitivo estatal. É um equilíbrio dinâmico e instável entre essas duas forças, mormente no âmbito latino-americano.⁹⁰ O desafio é encontrar um ponto ótimo para esse equilíbrio, sem que isso signifique retroceder em termos de garantias tão arduamente conquistadas, não se devendo esquecer, sobretudo, de que deve o Direito Processual Penal, assim como o Direito Penal, servir para a contenção do poder punitivo estatal. Em outras palavras, toda medida que, de alguma forma, permite a extensão do poder punitivo é ilegítima diante dos postulados do Estado Democrático de Direito.

3.4. A ação processual penal, o princípio da obrigatoriedade e os acordos de pena

Po fim, outra questão de fundamental importância é a discussão sobre os novos *contornos da ação processual penal*⁹¹, sobretudo no que se refere à decisão de abandono ou não do *princípio da obrigatoriedade*, ou de uma nova definição sobre ele, vale dizer, será o órgão de acusação oficial obrigado a oferecer uma inicial acusatória, buscando do Poder Judiciário a resolução de um caso penal, mediante a realização de um processo penal, quando presentes as condições da ação, ou haverá ação sempre que houver uma prática no sentido de busca de uma solução para o caso, ainda que mediante um acordo de pena.

No Brasil, este tema vem sendo objeto de discussão ao menos desde a edição da Lei 9.099/95, que trouxe o instituto da transação penal (e, em certa medida, também em razão do instituto da suspensão condicional do processo). Mais recentemente, a discussão se reacendeu em razão da Lei 12.850/13, que trouxe a hipótese de não oferecimento de denúncia para o colaborador, em seu artigo 4º.

A discussão retomou novos contornos em 2017, com a edição da Resolução n. 181 pelo Conselho Nacional do Ministério Público⁹², que em seu artigo 18 permite que “*não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for*

⁹⁰ BINDER, Alberto M. **Justicia penal...**, p. 64-67.

⁹¹ Discussão presente, por exemplo, na obra **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, de Aury Lopes Junior.

⁹² A Resolução n. 181/2017 é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, pendentes de julgamento, quais sejam, ADI 5790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e a ADI 5793, proposta pelo Conselho Federal da OAB, ambas sob a relatoria do Min. Lewandowski.

ISSN 1980 - 8860



cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:[...]”.

E, em seguida, com o Pacote Anticrime, da Lei 13.964/2019, que trouxe, em definitivo, o acordo de não persecução penal no art. 28-A, do Código de Processo Penal, permitindo, então:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

- I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
- II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
- III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e
- IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

Tais alterações são significativas e não apenas atendem a uma demanda de celeridade e eficiência do sistema de justiça criminal, da maneira mais questionável possível, mas reflete sim a mudança do parâmetro de controle dos casos que merecem ser avaliados e pessoas que podem ser sancionadas criminalmente, que deixa de ser do Poder Judiciário e passa a ser quase que totalmente do Ministério Público.

4. O devido processo legal no sistema de justiça criminal: o que resta depois do dilúvio?

Como se bem sabe, a análise do tema do devido processo tem demandado, há muitos anos, esforços consideráveis de estudiosos do Direito e da História. Ainda hoje muito se discute sobre as origens da expressão e, sobretudo, sobre o seu significado, e várias leituras aparecem.⁹³

Tradicionalmente, faz-se remissão à Magna Carta Inglesa, de 1215, como o primeiro documento a trazer, ainda que indiretamente, a noção de devido processo legal⁹⁴, ao falar, em seu artigo 39, que “*nenhum homem será levado, preso, privado de seus bens, exilado ou de algum modo molestado, e não se procederão tais medidas, nem contra ele se mandarão proceder, senão através de um julgamento regular por seus pares ou de acordo com a lei do país.*”⁹⁵ No entanto, a expressão em si aparece em uma lei inglesa de 1354, do vigésimo oitavo ano do rei Eduardo III, em seu capítulo III, onde consta “*nenhum homem, seja de qual estado*

⁹³ Como se pode perceber, por exemplo, no texto de JUROW, Keith. *Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law*. **American journal of legal history**. v. 19, 1975, p. 265-266.

⁹⁴ Como asseveram JUROW, Keith. *Ultimately ...*, p. 265 e PERCHINUNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo: dalle origini all’attuazione**. Bari: Cacucci Editore, 2005, p.14-15

⁹⁵ “39. No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.” Texto disponível em <http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>. Acesso em 27.07.10. (tradução livre)

ISSN 1980 - 8860



ou condição for, será expulso da terra ou do domicílio, nem detido ou aprisionado, nem deserdado, nem punido com a morte, sem que isto resulte de um devido processo legal.”⁹⁶

Já nos Estados Unidos da América, a expressão aparece em 1791, no texto do *Bill of Rights*, em sua quinta emenda (“Ninguém será preso para responder por um crime capital ou qualquer outro crime infame, a não ser por uma denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto nos casos decorrentes de forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço efetivo em tempo de Guerra ou perigo público, nem qualquer pessoa será sujeita pela mesma infração duas vezes a perigo de vida ou graves ferimentos, nem será obrigado em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, da liberdade, da propriedade sem o devido processo legal, nem a propriedade privada deve ser tomada para uso, sem a justa indenização.”⁹⁷) e novamente em 1868, com a décima quarta emenda (seção 1) à Constituição norte-americana (“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa sob a sua jurisdição a proteção igual das leis.”⁹⁸).

Quanto ao significado da expressão, há controvérsias. A expressão da Magna Carta, *pela lei da terra*, é muito vaga e de difícil delimitação, pois, em suma, trata de todas as regras da terra, impossível de serem concentradas em uma única lei⁹⁹. Questiona-se até mesmo se há uma

⁹⁶ “III. That no man of what Estate or Condition that he be, shall be put out of land or Tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by due process of law.” Texto original disponível em:

http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/aep/1354/caep_13540003_enm_1. Acesso em 27.07.10.

⁹⁷ “Amendment V. No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” Texto disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html. Acesso em 27.07.10.

⁹⁸ “Amendment XIV. **Section 1.** All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Texto disponível em:

http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html. Acesso em 27.07.10.

⁹⁹ JUROW, Keith. Ultimately ..., p. 271-272.

ISSN 1980 - 8860



relação entre os textos de 1215 e de 1354, defendida pela primeira vez – e difundida – por EDWARD COKE.¹⁰⁰ Da mesma forma, há contradições na leitura do *due process of law*, a ponto de KEITH JUROW e PAUL HYAMS afirmarem que na origem inglesa ela tinha um significado muito menor do que a ela querem dar, de regra, os estudiosos contemporâneos.¹⁰¹ Para JUROW, a expressão *due process of law*, na lei de 1354, deve ser interpretada no conjunto do texto e, assim (ou seja, da leitura dos demais capítulos), pode-se chegar à conclusão de que o processo devido é aquele em que o julgamento das pessoas não pode ocorrer sem a sua presença, à sua revelia.¹⁰² Ademais, para HYAMS, a leitura do texto de 1354 deixa claro que eram admitidos tratamentos diferenciados entre as pessoas do reino em uma lógica diferente das distinções permitidas na leitura moderna do processo devido.¹⁰³

José Joaquim Gomes Canotilho, ao discorrer sobre as origens inglesas do processo equitativo, faz também menção às leituras de Coke e Blackstone como leituras restritivas do processo devido, significando apenas a adequação das regras para o processamento de uma pessoa, aquilo que os norte-americanos tratam de *process with a small scope*, porque tratava apenas do processo judicial. Distinta é a concepção que o processo devido vai assumir nos Estados Unidos, agora sob a idéia de um *process with large scope*, “compreendido como um processo político valorativamente orientado para a defesa de valores e direitos fundamentais.”¹⁰⁴

¹⁰⁰ JUROW, Keith. *Ultimately ...*, p. 278-279: “In conclusion, it can be said that despite the attempt by Coke to define ‘per legem terrae’ in chapter twenty-nine of Magna Carta as ‘due process of law’, the two clauses never meant the same thing in English law. Unlike the term ‘by the law of the land’, an ambiguous phrase over whose meaning Englishmen argued for centuries and spilled a considerable amount of blood, the term ‘due process of law’ and the word ‘process’ were always used in the most precise and consistent way. Rodney Mott was simply wrong when he equated ‘due process of law’ with ‘the law of the land’ in his work on the development of due process. To confound the two is to both misunderstand the complicated development which ‘the law of the land’ underwent during five centuries of English history and to give ‘due process of law’ a role in that history which is quite unjustified. As disconcerting as it might be to those of us who have cherished ‘due process of law’ as the ancient foundation of our liberties, Mott was mistaken when he confidently declare that ‘In the great constitutional crises involving life, liberty and property, it was the concept of ‘due process of law’ which took hold of men’s minds most mightily’. The term ‘due process of law’ never played a crucial role in the development of English law. It was to chapter twenty-nine of Magna Carta and the phrase ‘by the law of the land’ that men turned during the great crises of English liberty.” Ressalte-se que a menção ao capítulo 29 se dá pelo fato de que em algumas versões da Magna Carta o original capítulo 39 aparece como 29 em algumas reedições.

¹⁰¹ JUROW, Keith. *Ultimately ...* p. 266-267; HYAMS, Paul. *Due process versus the maintenance of order in European law: the contribution of the ius commune*. In: COSS, Peter. **The moral world of the law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 71.

¹⁰² JUROW, Keith. *Ultimately ...*, p. 267.

¹⁰³ HYAMS, Paul. *Due process ...*, p. 71.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 493.
ISSN 1980 - 8860

Na tradição norte-americana, é sobretudo o trabalho da Suprema Corte que dá os contornos do conteúdo do devido processo legal, muitas vezes com posições até mesmo contraditórias, como pondera Francesco Perchinunno.¹⁰⁵ Entende-se possível falar em devido processo desde o viés processual (*procedural due process*) e desde o viés substantivo (*substantive due process*). Assim, o *procedural due process* procura assegurar às partes um processo que se desenvolva de maneira correta, nos termos da lei, com contraditório, juiz imparcial, dentre outras garantias, enquanto o *substantive due process* diz com verificação da legitimidade constitucional das leis e atos em face da décima quarta emenda (submetidos ao que se chama de *rationality test*).¹⁰⁶

Assim, a qualificação de um processo como justo passa por dois momentos necessários: em um primeiro exame, deve ser verificado se o processo realizado observou ou não o processo criado pela lei para aplicação de sanções privativas de vida, liberdade ou propriedade; num segundo momento, não bastando que o processo seja legal, portanto, analisa-se se a lei criadora do processo é materialmente informada pelos princípios de justiça, de não privação aos indivíduos de seus direitos fundamentais. A rigor, então, “o ‘processo devido’ começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa”.¹⁰⁷ Trata-se de “proteção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas.”¹⁰⁸

Nos sistemas de *civil law*, a ideia do justo processo busca suas matrizes no direito norte-americano e aparece com o desenvolvimento do constitucionalismo e, especialmente após as guerras, as constituições europeias se preocupam com o processo a ponto de desde então se poder falar em um direito processual constitucional que, desde o ponto de vista procedimental, procura assegurar a garantia à tutela jurisdicional para proteção de direitos, e do ponto de vista substancial, procura assegurar os pressupostos de um processo justo e, de consequência, da justa resolução dos conflitos.¹⁰⁹ Eduardo Couture afirma, em complemento, que a transferência para

¹⁰⁵ PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento** ..., p. 15.

¹⁰⁶ PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento** ..., p. 14-18.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 494.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 495.

¹⁰⁹ PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento** ..., p. 19.

ISSN 1980 - 8860



os países de tradição romana do devido processo do *common law* se dá justamente com as Constituições do século XX.¹¹⁰

Consoante explica Francesco Perchinunno,

foi individualizado, justamente do exame das novas constituições rígidas, um processo de valorização de determinados fundamentos éticos do processo, terminando por conferir-lhes uma ‘plena legitimação e relevância jurídica no ditar as escolhas de civilidade democrática que são destinadas a condicionar, no tempo, o grau máximo de *aceitabilidade moral* das formas de tutela judiciária e das estruturas publicísticas, através das quais a justiça é administrada’. Trata-se de um processo parecido, em certos pontos, àquele que nos sistemas anglo-americanos transformou, no tempo, uma garantia de legalidade procedimental ou de justiça substancial, em uma mais ampla garantia de justiça substancial. É um processo que, seguindo os passos de uma interpretação do termo ‘due’ como sinônimo de um processo equo e justo, não tanto formal e extrinsecamente, quanto intrinsecamente, porque idôneo a atuar uma justiça concretamente imparcial, conduz à adoção de atos legislativos nacionais e internacionais que reconhecem a todos os indivíduos o direito a um processo equo e justo, como expressão de um direito mais amplo, o direito a um ordenamento justo. Decorre disso, sucessivamente, a idéia instrumental do processo que salvaguarda os perfis éticos do processo, além daqueles técnicos, garantindo o uso instrumental das garantias formais de processo para que sejam proferidas decisões de acordo com os valores de equidade substancial e de justiça procedimental.¹¹¹

Essa noção continental europeia de processo justo pode ser percebida também nos documentos internacionais. De uma maneira geral, os documentos internacionais trabalham com a proposta de um arquétipo de um processo justo, como sendo aquele em que é garantido a igualdade entre as partes, o contraditório, o direito à prova, imparcialidade do juiz, juiz natural, publicidade dos atos processuais e a sua duração razoável. Na opinião de Perchinunno, o modelo internacional do processo justo pode ser visto sob dois aspectos: um histórico-político e outro funcional. Quanto ao primeiro, tendo por base a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, representa uma fusão entre a tradição do *common Law* e a tradição européia liberal da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Quanto ao aspecto funcional, o processo justo reclama não só a mera previsão dos direitos, mas também meios jurídicos de hábeis para fazer valer tais direitos.¹¹²

Ennio Amodio, ao enfrentar o tema do devido processo, explica que a opção, na Constituição italiana de 1948, art. 111, pela expressão *processo justo* se deu sobretudo pela opção ético-política de ir além da lei escrita, numa espécie de retomada do jusnaturalismo (jusnaturalismo processual), que se agrega ao moderno constitucionalismo. As origens da

¹¹⁰ COUTURE, Eduardo. La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. IX, n.2, parte I, 1954, p. 84.

¹¹¹ PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento ...**, p. 20-21. (tradução livre) (destaques no original)

¹¹² PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento ...**, p. 21-22.

ISSN 1980 - 8860



expressão certamente se encontram no *fair trial* inglês e no *due process of law* norte-americano.¹¹³

O importante é compreender que a ideia de ser necessário um processo adequado se dá em qualquer âmbito (civil, penal, administrativo, constitucional, etc.), sendo evidente que a previsão, portanto, é genérica. No entanto, para a presente investigação, a ênfase é dada ao processo penal, que também há de ser devido.

Para Mario Valiante, o processo penal moderno tem dois grandes objetivos: aperfeiçoar a técnica processual e, sobretudo, “estabelecer limites precisos para os órgãos estatais e rigorosas garantias para os cidadãos.”¹¹⁴ Desse modo,

o processo penal, longe de ser um simples instrumento de justiça efficientista, deve constituir também e sobretudo um fato novo de liberdade, isto é, de desenvolvimento da personalidade do homem na liberdade, e de verificação do mesmo ideal de justiça, essencial para o crescimento da sociedade.¹¹⁵

Deve, então, o processo penal ser instrumento do qual se vale o Estado não só para julgamento dos fatos e dos homens, mas também instrumento por meio do qual se efetivam os direitos do homem e o desenvolvimento do bem comum; em outras palavras, deve efetivar os princípios constitucionais. É a pessoa humana o bem mais precioso em nome do qual age o Estado, lembra o autor italiano.¹¹⁶ Ademais,

o *due process of law* pressupõe que o processo legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um ‘processo devido’ obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição e plasmados em regras regimentais das assembléias legislativas. Procedimentos justos e adequados moldam a actividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos.¹¹⁷

Por isso, tendo em conta os valores constitucionais e os documentos internacionais, especialmente do pós-Segunda Guerra, cresce a demanda por um processo justo, chamado também de devido processo legal ou de processo equo, alçado, inclusive, à categoria de direito fundamental do cidadão. Embora haja, bem se sabe, distância considerável entre as noções de justiça e de legalidade, o que se tem atualmente é o tratamento das duas expressões *processo*

¹¹³ AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law**: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003, p. 132-133.

¹¹⁴ VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 21. (tradução livre)

¹¹⁵ VALIANTE, Mario. **Il nuovo ...**, p. 21. (tradução livre)

¹¹⁶ VALIANTE, Mario. **Il nuovo...**, p. 22 e ss.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...**, p. 493. (destaques no original)

ISSN 1980 - 8860



justo e devido processo legal como se sinônimas fossem¹¹⁸, ambas significando um processo adequado (justo e devido, não apenas legal), em que pesem as diferenças decorrentes das suas distintas origens e contextos.

Na verdade, o período pós-Segunda Guerra fez com nascesse a necessidade não só de proteção, em suma, da dignidade dos homens (daí a necessidade de regras constitucionais rígidas), mas também que se deixassem claro nos textos constitucionais os valores escolhidos como fundamentais por aquela sociedade. E isso, no âmbito das garantias referentes à justiça, estabeleceu verdadeiros fundamentos éticos do processo, como reflexo de uma escolha de civilidade democrática. Nesse passo, devido não é apenas o processo que é extrinsecamente justo (ou seja, do ponto de vista formal), mas exige que seja também intrinsecamente justo e equo, ou seja, conforme os valores escolhidos pelos homens livres, capazes de garantir uma justiça verdadeiramente imparcial¹¹⁹, ou o mais imparcial possível.

É compreensível, de qualquer sorte, que haja uma preocupação no sentido de que o processo seja qualificado pelos adjetivos justo ou devido. Evidentemente que são palavras que podem assumir diversos significados, a depender dos contextos a serem considerados. Atualmente, no entanto, justo e devido ligam-se aos preceitos constitucionais e de documentos internacionais sobre os direitos humanos. Assim, são justos, são devidos, são equos, os processos que respeitam os valores aí esposados, como expressão dos valores que todos os homens pretendem ver protegidos que, de uma maneira geral, são comuns ao menos aos países ocidentais, com pequenas variações. De regra, indicam os autores que o processo justo/devido/equo é aquele que respeita a igualdade, o contraditório, a defesa, a imparcialidade do juiz, a autonomia do juiz, juiz natural, dentre outros valores.¹²⁰ Por isso tantos problemas quando se está diante de uma legislação infraconstitucional essencialmente inquisitória, como no caso brasileiro. A efetivação do devido processo legal depende da adoção de uma estrutura democrática de processo, porque só esta é capaz de dar vazão a tais valores.

¹¹⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Valore etici e ideologie del 'giusto processo' (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. LII, v. II, 1998, p. 900, nota de rodapé n. 40. Trata também as expressões como sinônimos CANOTILHO: **Direito Constitucional** ..., p. 492.

¹¹⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Valore ..., p. 898-899.

¹²⁰ PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento**..., p.19; 25-29.

ISSN 1980 - 8860



De todo modo, importante ressaltar que para os ordenamentos que adotam o *due process of law*, além de ser devido, o processo é aquele derivado da lei, em evidente ainda valorização do princípio da legalidade, mesmo em matéria processual.

Quanto ao Brasil, especificamente, a garantia expressa do devido processo legal só aparece com o texto de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). E, diante da previsão genérica e em inciso específico da garantia, a definição de seu conteúdo deve levar em conta, além dos estudos doutrinários, vários documentos legislativos, para que se possa compreender, o que vem a ser e o que compõe o processo legal e devido.

Na esteira do que se percebe especialmente nos países da Europa continental, também na realidade brasileira, o conteúdo do devido processo legal pressupõe a eleição de valores que se quer proteger, os quais se encontram, em suma, no próprio texto constitucional. Assim, em sendo a República Federativa do Brasil declaradamente um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos, dentre outros, são a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, CR), os contornos de um processo adequado vai resultar não só desses fundamentos, mas também de uma análise sistemática de uma série de outros dispositivos constitucionais¹²¹, capazes de restringir, na medida do possível, o significado da expressão, de modo que possa ser efetivamente respeitada no exercício do poder jurisdicional.

Além disso, a delimitação do conteúdo do devido processo legal inevitavelmente reclama considerar os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário (e que, portanto, deve mesmo observar). Dentre os mais importantes, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948¹²², o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966¹²³, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969¹²⁴.

Com efeito, é só a partir de uma reflexão ampla sobre todos esses elementos que se pode, enfim, pensar em uma razoável e adequada definição do devido processo legal, garantia essa que, em verdade, é a garantia-mãe de todas as demais, que contém todas as demais.

¹²¹ Dentre eles, os seguintes artigos: 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 93, IX, 95, 99, 127, 128, 129, 133 e 134.

¹²² Especialmente os artigos I, II, III, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e XII.

¹²³ Especialmente o artigo 14.

¹²⁴ Especialmente os artigos 5º, 7º e 8º.

ISSN 1980 - 8860



De uma maneira geral, então, considerados esses preceitos todos, pode-se dizer que a composição de um processo justo ou devido se dá não só pelo câmbio cultural e abandono do sistema inquisitório de processo, mas também pela conjunção dos princípios da igualdade, da legalidade, da dignidade humana, da divisão dos poderes, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do domicílio, das comunicações, do juiz natural, da ampla defesa, do direito de não produzir prova contra si mesmo, do contraditório, da publicidade, da presunção de inocência, da motivação das decisões, da independência dos juízes, da independência do Ministério Público, da assistência judiciária gratuita, do processo em tempo razoável. E, além desses, todas as garantias deles decorrentes¹²⁵, sob pena de violação, afinal, do processo devido.

No entanto, necessário sempre lembrar que essa conformação responde ao que Alberto Binder chama de antinomia fundamental do processo penal: a contraposição essencial e básica entre a busca de eficácia e as limitações ao poder punitivo.¹²⁶

Rogério Lauria Tucci, fazendo menção às mesmas categorias, defende inclusive a existência de um devido processo penal, decorrente do *nulla poena sine iudicio*:

daí o generalizado consenso de que o ente humano, membro da comunidade, antes de sofrer a imposição de qualquer sanção penal, tem direito a um processo prévio, em regra antecedido de procedimento investigatório, e no qual garantidos: a) a atuação de órgão jurisdicional precedentemente designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial. [...] b) a estatuição, em lei regularmente elaborada e promulgada, e vigente, de um procedimento destinado a investigação, instrução e posterior julgamento acerca de fato tido como penalmente relevante; c) o proferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente. [...] d) a correlação entre a acusação e a sentença de mérito. [...] e) a propiciação de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto material como tecnicamente. [...] f) a possibilitação de reexame dos fatos e de sua qualificação jurídica, versados nos atos decisórios, especialmente nos desfavoráveis ao imputado. [...] g) o não-reconhecimento da culpabilidade do indiciado, ou acusado, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória. [...] Além do que, por certo, o indispensável complemento, relativamente à *execução da sentença penal condenatória*, no sentido da reiteração, naquilo que cabentes, das mesmas *garantias* e, particularmente, da imprescindibilidade da estrita observância do título executivo penal e da assecuração, ao condenado, de todos os direitos não atingidos pelo julgamento, ou pela lei, bem como dos nesta estabelecidos; vale dizer, da *legalidade da execução penal*.¹²⁷

¹²⁵ GREVI, Vittorio. *Alla ricerca de un processo penale 'giusto': itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000, p. xvi.

¹²⁶ BINDER, Alberto M. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I: Hermenéutica del processo penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 2013, p. 100.

¹²⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 208-217.

ISSN 1980 - 8860



Também fala em devido processo penal Adaauto Suannes, fundado na dignidade da pessoa humana, que nada mais é do que a “‘etização’ da conduta do Estado enquanto ocupado na prevenção e repressão das condutas desviantes.”¹²⁸

Feitas tais considerações, necessário então partir para a definição do que vem a ser um processo devido e legal no ambiente da justiça criminal brasileira.

Tal análise vai pressupor um complexo estudo das condições presentes na sociedade brasileira e essa definição, se é que existe, certamente será extraída dessas referidas condições. Não é demais lembrar as palavras de Figueiredo Dias ao afirmar que

assim se compreende que as soluções concretas dos problemas básicos do direito processual penal dependam fundamentalmente do estágio de evolução e desenvolvimento social e cultural de uma certa comunidade, do grau de maturidade logrado pela sua consciência jurídica, das concepções políticas de base e das concretas formas de atuação estadual que aí vigoram, enfim, da tradição histórica nela vivente. [...] O direito processual penal é o produto de uma longa evolução dirigida à escolha dos meios conducentes à realização óptima das tarefas próprias da administração da justiça penal.¹²⁹

Em termos de legislação nacional, já é sabido que desde as Ordenações Portuguesas, passando pelo Código Criminal de Primeira Instância, de 1832, pela Lei 261, de 1841, pela Lei 2.033, de 1871, até finalmente chegar o atual Código de Processo Penal vigente, de 1941, outorgado em plena ditadura Vargas, sempre se manteve um sistema inquisitório de processo penal, tendo o juiz a gestão da prova (considerando a classificação mais difundida sobre os sistemas processuais e admitindo o critério da gestão da prova como princípio unificador). E, apesar da linha mestra sempre ter sido o princípio inquisitivo, com o passar dos anos regras de cunho mais democrático ou mesmo de origem acusatória foram ingressando no ordenamento para, hoje, resultar em uma verdadeira mistura desordenada de normas, de difícil aplicação (inclusive porque muitos dos juízes, membros do Ministério Público e advogados ainda atuantes se formaram antes da Constituição de 1988 e resistem a conhecê-la e, mais ainda, a aplicá-la). É, de fato, difícil conciliar os preceitos democráticos da Constituição de 88 com muitas das normas do CPP, a começar, por exemplo, pelo art. 156, que trata da gestão da prova, mesmo após a reforma de 2008. É, também, difícil conciliar institutos afetos aos sistemas de *common*

¹²⁸ SUANNES, Adaauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

¹²⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. reimpressão da 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 59-60.
ISSN 1980 - 8860



law a um sistema nitidamente de origem continental (*civil law*), como o brasileiro, como é o caso da transação penal, prevista na Lei 9.099/95.

Desde há algum tempo se verifica a necessidade de reformas na legislação processual, propostas estas nem sempre adequadas, porém. Isso porque há quem defenda, posição esta sufragada por considerável parte da doutrina e mesmo da população, reformas para tornar as regras processuais penais ainda mais rígidas, ainda mais autoritárias, como um verdadeiro processo penal do inimigo¹³⁰.

Há, felizmente, também o outro lado. Há quem defenda a necessidade de democratização do processo como consequência necessária dos preceitos esposados na Carta de 88. Mudanças estas fundadas na manutenção e promoção da dignidade humana, em última análise. E mesmo dentre esses, há aqueles que ainda não se livraram da mentalidade inquisitória e que devem se policiar para não trair a si mesmos na primeira oportunidade. Como bem disse Massimo Nobili no contexto das reformas italianas, lembrando as palavras de Pietro Nuvolone e Giandomenico Pisapia, “*no fondo muitos daqueles que falam de ‘processo acusatório’, têm a inquisição, o processo inquisitório no coração.*”, daí a famosa expressão de Pisapia, que acabou sendo o título do artigo de Nobili: “acusatório nos lábios e inquisitório no coração”.¹³¹

De tudo isso, resta então mais um problema, o de saber que tipo de reforma se terá do sistema de justiça criminal (com os contornos contemporâneos propostos pela visão do processo como procedimento em contraditório, de Elio Fazzalari¹³², e ainda da propostos pela visão sistêmica com o princípio unificador da democraticidade, de Rui Cunha Martins¹³³, por exemplo) e, logo, da legislação processual, capaz de mudar – ou não – toda a estrutura de administração da justiça penal e definir o que será um processo legal e devido.

O que se tem vivido, por conta justamente do movimento pelo qual também passa atualmente o Direito Penal, é a edição de leis de emergência, bastante antidemocráticas, que têm sido responsáveis, inclusive, pelas tão criticadas reformas parciais da legislação processual penal. Muitos autores, como FAUZI HASSAN CHOUKR, têm denunciado os problemas que

¹³⁰ Eis a lógica do linchamento, à qual se refere MAIER. MAIER, Julio B. J. Estado Constitucional de Derecho y procedimiento penal. In: _____. **Antología**. El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 902-903; 909.

¹³¹ NOBILI, Massimo. L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore. **Critica del diritto**, Roma, a. XVIII, n. 4/5, ottobre 1992, p. 14. (tradução livre)

¹³² Por todos os textos, a síntese da teoria aparece em FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1975.

¹³³ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego...**, p. 73-75.

ISSN 1980 - 8860



podem – e são – causados por esse tipo de conduta, de tornar a emergência a regra de normalidade.

Nesse sentido, cresce em importância a emergência como conceituada nesta obra, onde leis repressivas de caráter substancial ou instrumental pululam quotidianamente no contexto jurídico, propagandeadas que são como a pronta resposta estatal às pressões momentâneas, e acabam esquecidas na proporcional velocidade com que a veiculação de sua existência deixa os noticiários. Se as pressões que lhes deram vida acabam, por motivos muitas vezes inconfessáveis, deixando o imaginário coletivo, o fato é que essas leis ficam, e o estrago cultural no sistema é por demais danoso, como adiante se verá, sobretudo com a análise da jurisprudência.¹³⁴

Não obstante estando atualmente em tramitação um projeto de reforma global do Código de Processo Penal (PL 8045/2010, originado no PLS 156/2009), que evidentemente tenta impor um processo de estrutura acusatória¹³⁵, percebe-se que talvez não exista vontade geral para uma reforma total do sistema de justiça criminal, desde a investigação preliminar até a execução da pena – porque isso significaria mudança radical de postura – e em razão disso o que se fazem são apenas reformas pontuais do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais. Essas reformas, ao contrário do que se costuma defender¹³⁶, em verdade, prestam um desfavor ao sistema criminal, transformando-o em

¹³⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131-132.

¹³⁵ PLS 156/2009: [...] Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantia a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais. Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Redação dos artigos mantidas no PL 8045/2010.

¹³⁶ Veja-se, por exemplo, as palavras da Professora Ada Pellegrini Grinover, condutora dos últimos projetos parciais de reforma, alguns aprovados em 2008, em artigo destinado justamente a comentar as propostas modificadoras do CPP: “O alinhamento de um número cada vez maior de países às ideias fundantes do Código Modelo aponta para a necessidade urgente de o Brasil adequar seu modelo processual penal às novas tendências, até porque muitos dos institutos do Código de Processo Penal de 1940 devem ser reestruturados de acordo com os princípios e as regras da Constituição superveniente, com os quais entraram em conflito. Disso também decorrem as dificuldades com uma jurisprudência, nem sempre sensível à tensão entre o velho e o novo. Por outro lado, o processo forjado em 1940, moroso, complicado, extremamente formal, não se coaduna com sua almejada efetividade, levando frequentemente à impunidade. É preciso mudar esse quadro. Reforma, portanto. Mas que reforma? **A reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas seria inexecutável operacionalmente.** A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade de um Parlamento assoberbado por Medidas Provisórias e por Comissões Parlamentares de Inquérito, **tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros.**” GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, a. 8, n. 31, jul. / set., 2000, p. 65-66. (destaques não constam no original) Os argumentos da Professora, com todo respeito, não têm fundamento adequado. Primeiro porque eventual morosidade do Poder Legislativo não pode ser justificativa para não se propor um novo CPP. Em segundo lugar, a promessa de reformas tópicas, porém não isoladas não se cumpriram. Basta ver que a alteração do capítulo do interrogatório do acusado (arts. 185 a 196) simplesmente não teve o condão de se adequar ao próximo capítulo, o da confissão, já que a reforma do primeiro não alterou o dispositivo do art. 198, que permite expressamente que o juiz leve em conta o silêncio do acusado na formação de seu convencimento – ou seja, em *ISSN 1980 - 8860*

verdadeira colcha de retalhos, com sérias incoerências internas, que muitas vezes impedem a prática democrática no processo penal, sobretudo.

E, infelizmente, tais reformas contam com a postura benevolente de grande parte dos operadores do Direito, o que não é novidade, tal como advertia há muito tempo Luiz Alberto Warat, ao falar do senso comum teórico dos juristas¹³⁷. Para Fauzi Hassan Choukr, “esse comodismo nada desejável impedirá a correta verificação dos malefícios da reforma fragmentada pois seria politicamente inadmissível a reforma para corrigir o erro da reforma.”¹³⁸ Ou conta, também, com o desconhecimento e o despreparo desses mesmos operadores, muitos ainda capazes de defender uma Teoria Geral do Processo.

De toda sorte, é preciso definir o que será um processo devido e legal e, a partir disso, orientar o processo de transformação necessário.

Para tanto, além dos fundamentos já expostos até aqui, o descobrimento de quem são os brasileiros (desde os pontos de vista cultural, político e econômico) e o desvelamento de sua realidade são condições prévias, pontos de partida, para se identificar o que é necessário mudar e como será feito esse processo de transformação a fim de que seja eficaz (ou, pelo menos, o mais eficaz possível).

Diversas interpretações já foram feitas do homem brasileiro e continuam sendo feitas outras tantas¹³⁹, e em que pese as diferenças por vezes manifestas entre elas, de uma forma geral se pode delas

dissonância com o alterado art. 186 (alterado pela Lei 10.792/2003), que trouxe para o CPP a garantia constitucional do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CR/88). Ou ainda, a reforma de 2008, trazida pela Lei 11.689/08, que extinguiu o libelo acusatório do rito do júri, não alterou o rol de nulidades do art. 564 do CPP, lá permanecendo, intacta, a alínea ‘f’ (Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...] f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia...).

¹³⁷ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação**. v. 1 Porto Alegre: SAFE, 1994; **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

¹³⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.) **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 110.

¹³⁹ A ver-se, por exemplo, dos seguintes autores e obras: FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. Rio de Janeiro: Maia e Schmidt, 1933; HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 20ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; **Visão do paraíso**: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996; FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003; PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia. 23. ed. 7ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004; **História econômica do Brasil**. 46ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004; FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Edusp, 2006; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001; SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. 5. ed. São Paulo: Duas cidades; Editora 34, 2000; CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas**: o imaginário da república no Brasil. 16ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1990; **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a república que não foi. 3. ed. 16ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1987; RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 1ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006; FERNANDES, Florestan. **Revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. Rio de Janeiro: Zahar, 1974; MATTIA, Roberto da. **A casa & a rua**: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1984; ISSN 1980 - 8860



concluir várias das razões que explicam ser o Brasil um país em que a democracia até o presente não encontrou pleno desenvolvimento; pelo contrário, está ainda no início do longo caminho a ser percorrido. Parece não ser possível negar, entretanto, que a expansão capitalista tem um papel fundamental nessa conjuntura e, de consequência, nessa ausência de democracia, na constituição daquilo que Jessé Souza chama de subcidadania, em face da naturalização das desigualdades sociais:

[...] naturalização da desigualdade periférica não chega à consciência de suas vítimas, precisamente porque construída segundo as formas impessoais e peculiarmente opacas e intransparentes devido à ação, também no âmbito do capitalismo periférico, de uma ideologia espontânea do capitalismo' que traveste de universal e neutro o que é contingente e particular.¹⁴⁰

Ademais, não há como desconsiderar nesse percurso as indagações sobre a possibilidade ou não do reconhecimento do pluralismo cultural pelo sistema criminal como um todo e, logo, também pelo sistema de justiça criminal.

Importante lembrar o que fala Eugénio Zaffaroni de que os sistemas penais latino-americanos são marcados por uma série de absurdos e atrocidades, e são comprovadamente seletivos, motivo pelo qual afirma que, em verdade,

não temos autoridade moral alguma para impor às comunidades originárias um sistema de solução de conflitos melhor do que aquele que elas mesmas praticam. Se o sistema penal de que dispõe a pretensa civilização é este dos nossos países, o racional é admitir que é preferível o comunitário e na medida que funcione o melhor que podemos fazer é reconhecê-lo e não nos intrometermos, porque não temos nada melhor a oferecer.¹⁴¹

Tem razão, então, Vera Regina Pereira de Andrade, ao defender a necessidade de se reconstruir o conceito de cidadania para além do positivismo normativista e do liberalismo, matrizes essas responsáveis pelo conceito moderno de cidadania, importado pela cultura jurídica do Brasil, cujo marco mais emblemático foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791.¹⁴² Segundo a autora, em que pese o referencial continuar o mesmo (a Declaração Francesa), porque segue sendo um instrumento de reconhecimento formal (legal) da liberdade e igualdade dos homens, a noção de cidadania deve ultrapassar os limites do cidadão-eleitor, para abarcar também outros direitos, como os sociais,

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da sociedade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

¹⁴⁰ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da sociedade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 179.

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugénio Raul. *Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal*. In: ZAFFARONI, Eugénio Raúl; FERRAJOLI, Luigi; TORRES, Sergio G.; BASILICO, Ricardo A. **La emergencia del miedo**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 25. [tradução livre]

¹⁴² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66.

ISSN 1980 - 8860



culturais, difusos, coletivos, dentre outros, admitindo-se, então, uma concepção pluralista e coletiva de cidadania.¹⁴³

A partir dessas premissas, talvez seja possível definir também o que vai se entender pelo processo adequado (devido e legal) considerada a realidade contemporânea brasileira, inclusive no que tange às comunidades tradicionais e as diversas formas de solução de conflitos penais.

5. Considerações finais

Vê-se que, de fato, não só se vive um momento de grave crise política, social, econômica, mas, como consequência direta, também uma grave crise da instância jurídica. Questões fundamentais ligadas à estrutura do sistema de justiça criminal precisam ser urgentemente repensadas ante a ruptura do existente e a convivência (ou apenas justaposição) de práticas colidentes que instauraram o caos.

Como indicado, na esfera da persecução penal, em especial do processo penal, os pilares sustentadores do sistema de justiça estão em crise: é preciso repensar o sistema processual penal, é preciso enfrentar o paradigma da justiça restaurativa (ainda que para adotá-lo, mas de maneira adequada), é preciso definir os contornos adequados da simplificação dos procedimentos, é preciso repensar a ação processual penal...

Viu-se que diante da queda dos fundamentos tradicionais da pena, do desmascaramento da pena, não só o Direito Penal, mas também o Direito Processual Penal, também são desmascarados, e uma vez concluído não servir a pena à mera retribuição do mal causado, ou mesmo à prevenção do crime, certo é que concretamente assim não devem estar orientados nem o direito material, nem o direito processual. Na verdade, os estudos cada vez mais mostram o quanto o sistema criminal só faz trazer a morte e potencializar as desigualdades sociais, especialmente nos países periféricos.

Diante de tal constatação, é preciso investir em algo que se ocupe da recuperação dos homens e que proporcione uma vida melhor a todos através de estruturas sociais democráticas. Luta-se pelo fim do Estado de polícia e pela implementação definitiva de um Estado de Direito. Todavia, tendo em vista que a seletividade do poder punitivo é estrutural, é na esfera criminal que se sentem com mais vigor as pulsões do Estado de polícia e, desse modo, é na compreensão

¹⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema ...**, p. 71-74.
ISSN 1980 - 8860



do Direito Penal como limitador desse poder punitivo do Estado que se encontra a chave para a transição democrática. E essa contenção há de ser feita diariamente, pois onde falha o Estado de Direito, avança o Estado de polícia, como bem adverte Eugénio Zaffaroni.¹⁴⁴

E na medida em que está umbilicalmente ligado ao Direito Penal, o Direito Processual Penal também há de assumir essa função política. Ambos, então, não são neutros, mas sim tomam parte em favor da proteção dos valores de um Estado democrático de Direito, cujos Direito Penal e Processual Penal não podem ser outros senão aqueles que funcionam para proteger as garantias dos cidadãos.¹⁴⁵

Nesse sentido é que se acredita, sem ingenuidade e com a prudência da razão, que é possível realizar, no Brasil, um processo de justiça transicional progressista, positiva, para a democracia, com a redução das desigualdades sociais, para permitir o reconhecimento dos excluídos e construir saídas para a sua emancipação¹⁴⁶, definindo-se um novo devido processo legal, que respeite as garantias fundamentais dos homens, inclusive reconhecendo o pluralismo cultural, e se realize dentro de um sistema democrático de processo penal, com atores processuais de papéis definidos, transparentes.

Como bem define Alberto Binder,

“A histórica injustiça das sociedades latino-americanas nos leva a ser impacientes. Nem sempre devemos fazer uma leitura negativa dessa impaciência porque ela é resultado da sensibilidade, da solidariedade e do amor ao semelhante. [...] O aperfeiçoamento da democracia nos dá a oportunidade de não ser violentos. Nos dá a oportunidade, também, de ser impacientes. De ser impacientes sem ser violentos. Mas para isso a democracia deve ser um sistema que interpele a sociedade, que tenha capacidade de construir uma base social democrática, de um modo democrático. Modo democrático e base democrática se implicam mutuamente e ambas interpelam as outras políticas, em especial a política econômica, cuja preocupação central deve ser construir as condições de vida digna de todos os habitantes do país, sem exclusões, e a política educativa, que deve por ao alcance de todos os habitantes os instrumentos necessários para o desenvolvimento pessoal.”¹⁴⁷

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172: “O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca pára, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como *inimigos* –, renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência.”

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo no direito penal...**, p. 173: “Referir-se a um *direito penal garantista* em um Estado de direito é uma *redundância grosseira*, porque nele não pode haver outro direito penal senão o *de garantias*, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é *partidário das garantias*, isto é, *garantista*.” (destaques no original)

¹⁴⁶ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002 e **Filosofías del sur: descolonización y transmodernidad**. Buenos Aires: Akal, 2017.

¹⁴⁷ BINDER, Alberto M. **Justicia Penal...**, p. 308-309.

6. Referência bibliográficas

AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law**: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Buenos Aires: B d F editorial, 2004

BINDER, Alberto M. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I: Hermenéutica del processo penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 2013.

_____. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004.

BORGES, Clara M. R. **Um olhar para além dos sistemas processuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, set/2013, vol. 104, p. 147 e ss.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. XX, p. 4-9, 1965.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas**: o imaginário da república no Brasil. 16ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a república que não foi. 3. ed. 16ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CATTANEO, Mario A. Diritto penale: filosofia non politica. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata**: dalla bottega al mercato globale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998.

CHIAVARIO, Mario. Garanzie individuali ed efficienza del processo. In: **Il giusto processo** – atti del convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.) **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Agá Júris, 2000.

_____. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Valore etici e ideologie del 'giusto processo' (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. LII, v. II, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Glosas ao “Verdade, duvida e certeza”, de Francisco Carnelutti, para os operadores de direito. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Notadez, v. 4, n. 14, p. 77-94, abr./jun. 2004.

_____. **Os sistemas processuais agonizam?** Revista Núcleo Jurídico, v. II, Florianópolis, Empório do Direito, 2017, p. 41-56.

COUTURE, Eduardo. La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. IX, n.2, parte I, 1954.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

D’ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell’efficienza. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000.

DAMASKA, Mirjan. **Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study**. University of Pennsylvania law review. Vol 121. N. 508. 1972-1973.

DA MATTA, Roberto. **A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997

_____. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

DECCA, Edgar Salvadori de. Ensaios de cordialidade em Sérgio Buarque de Holanda. In: AXT, Gunter; SCHÜLER, Fernando (Orgs.). **Intérpretes do Brasil: ensaios de cultura e identidade**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Filosofías del sur: descolonización y transmodernidad**. Buenos Aires: Akal, 2017.

FAGET, Jacques. **La médiation: essai de politique pénale**. Toulouse: Éditions Érès, 1997.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Edusp, 2006

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1975.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Florestan. **Revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

ISSN 1980 - 8860



RVMD, Brasília, V. 18, nº 1, 2024.

E-mail: rvmd@bol.com.br

FERRUA, Paolo. La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata**: dalla bottega al mercato globale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. reimpressão da 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. Rio de Janeiro: Maia e Schmidt, 1933.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GREVI, Vittorio. **Alla ricerca de un processo penale 'giusto'**: itinerari e prospettive. Milano: Giuffrè, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, a. 8, n. 31, jul. / set., 2000.

GUIMARÃES, Rodrigo Regnier Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como aplicação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. Tese de Doutorado. 2015. PPGD – UFPR.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 20ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

_____. **Visão do paraíso**: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

HYAMS, Paul. Due process versus the maintenance of order in European law: the contribution of the *ius commune*. In: COSS, Peter. **The moral world of the law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

JUROW, Keith. Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. **American journal of legal history**. v. 19, 1975.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAIER, Julio B. J. Inquisición o composición? In: _____. **Antología**. El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008.

ISSN 1980 - 8860



RVMD, Brasília, V. 18, nº 1, 2024.

E-mail: rvmd@bol.com.br

MAIER, Julio B. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996.

MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa': il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace**. Milano: Giuffrè, 2002.

MUSSO, Rosana Gambini. Difesa e difensore nei sistemi di *negotiated justice*. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991.

NOBILI, Massimo. L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore. **Critica del diritto**, Roma, a. XVIII, n. 4/5, ottobre 1992.

PACKER, Herbert L. **Two models of the criminal process**. University of Pennsylvania Law Review. V. 113, n. 1, 1964-1965, p. 1-68.

PAVARINI, Massimo. **Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena**. *Studi e material di Diritto Penale*. AnnoVI, n. 3 – settembre-dicembre 2013. Bologna: Bononia University Press, 2013.

_____. La pena "utile", la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminológica**, n. 1, 1983.

_____. La 'penitenziarizzazione' della giustizia penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998.

PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Martina, 2007.

PERCHINUNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione**. Bari: Cacucci Editore, 2005.

PERONI, Francesco. Nozioni fondamentali. In: PERONI, Francesco; GIALUZ, Mitja. **La giustizia penale consensuale: concordati, mediazioni e conciliazione**. Torino: UTET, 2004.

PRADO, Geraldo. Mesa 3: o processo penal das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado e o retorno à prevalência da confissão – da subsistência da tortura aos novos meios invasivos de busca de prova e à pena negociada. In: KARAM, Maria Lucia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. 23. ed. 7ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004

_____. **História econômica do Brasil**. 46ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 1ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas:** forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. 5. ed. São Paulo: Duas cidades; Editora 34, 2000.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania:** para uma sociologia política da sociedade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TONINI, Paolo. I procedimenti semplificati. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone.** v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal:** jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale:** principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal.* In: ZAFFARONI, Eugénio Raúl; FERRAJOLI, Luigi; TORRES, Sergio G.; BASILICO, Ricardo A. **La emergencia del miedo.** Buenos Aires: Ediar, 2012.

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

_____. *Para después del diluvio.* La Tecl@ Eñe Revista. 15 de julho de 2018.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKLOAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação.** v. 1 Porto Alegre: SAFE, 1994.

_____. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.