

IMPRESSÕES SOBRE OS RUMOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O QUE VEM POR AÍ?

IMPRESSIONS ABOUT THE DIRECTIONS TAKEN BY THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS:
WHAT'S GOING ON?

IMPRESIONES SOBRE LOS RUMBOS DEL PROCESO PENAL BRASILEÑO: ¿QUÉ VIENE
POR AHÍ?

Paulo Fayet¹

Tiago Oliveira de Castilhos²

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Resumo: O presente trabalho visa trazer uma reflexão [em forma de impressões e questionamentos dos autores] sobre o futuro do processo penal no Brasil, a partir das instâncias de acordos como formas de resolução das ações penais, principalmente com a chegada do instituto da colaboração premiada na Lei 12.850/2013, na medida em que a sua aplicação tem causado a desnaturalização do processo penal pátrio, justamente porque direitos estão sendo relativizados, e as regras e os prêmios têm trazido um grau pleno de incertezas e desacertos. Nesse sentido, o crescimento do número de causas penais resolvidas por meio de consensos abre espaço para a atuação dos órgãos da acusação pública, em detrimento da atuação do Poder Judiciário, que passa a ser um fiscalizador dos acordos e dos prêmios sem a preocupação com a prova e com as questões de mérito da causa e, justamente em razão disso, reafirma a necessidade de se revisitar os sistemas inquisitório e acusatório, bem como as instâncias de um *adversarial system*, a fim de se estabelecer o que se pretende com as mudanças que já se fazem presentes no nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Processo penal. Direitos e garantias. Operação Lava-Jato. Colaboração premiada.

- 1 Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* [Mestrado] em Direitos Humanos do Centro Universitário UniRitter/RS. Doutor pela Universidade de Roma Tre (Itália). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-Graduado em Ciências Penais pela PUC/RS e em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/Portugal. Advogado. *E-mail:* paulo@fayet.adv.br.
- 2 Professor convidado do Programa de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Penal e Processo Penal e Direito Penal e Processo Penal com Ênfase em Segurança Pública do Centro Universitário UniRitter/RS. Doutorando em Ciências Criminais PUC/RS. Mestre em Ciências Criminais PUC/RS. Pós-Graduado em Ciências Penais PUC/RS. Advogado. *E-mail:* tiagodecastilhos@gmail.com.

Abstract: Based on the impressions and questions of the author, this work reflects on the future of the criminal process in Brazil, through the instances of agreements as forms of resolution of the criminal actions, particularly with the arrival of the institute of collaboration awarded in Law 12,850/2013, inasmuch as its application has caused the denaturalization of domestic criminal proceedings, precisely because rights are being relativized, and the rules and awards have brought a full degree of uncertainties and mistakes. Thus, the increase in the number of criminal cases resolved by means of consensuses opens the way for public prosecutors to act, to the detriment of the judiciary, which becomes merely an imposer of the agreements and awards, without concern for with the merits of the case. This study therefore reaffirms the need to revisit the inquisitorial and accusatory systems, as well as the instances of an adversarial system, in order to establish what is intended with the changes that are already present in our legal system.

Key-words: Criminal proceedings. Rights and guarantees. Lava-Jet operation. Award-winning collaboration.

Resumen: El presente trabajo visa traer una reflexión [en forma de impresiones y cuestionamientos de los autores] sobre el futuro del proceso penal en Brasil, a partir de las instancias de acuerdos como formas de resolución de las acciones penales, principalmente con la llegada del instituto de colaboración premiada en la Ley 12.850/2013, en la medida en que su aplicación ha causado la desnaturalización del proceso penal patrio, justamente porque derechos están siendo relativizados, y las reglas y los premios han traído un grado pleno de incertidumbres y desaciertos. En este sentido, el crecimiento del número de causas penales resueltas por medio de consensos abre espacio para la actuación de los órganos de acusación pública, en detrimento de la actuación del Poder Judicial, que pasa a ser un fiscalizador de los acuerdos y de los premios sin la preocupación con la prueba y con las cuestiones de mérito de causa y, justamente en razón de eso, reafirma la necesidad de revisitarse los sistemas inquisitorios y acusatorios, como también las instancias de un *adversarial system*, a fin de establecerse lo que se pretende con los cambios que ya se hacen presentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras-clave: Proceso penal. Derechos y garantías. Operación Lava-Jato. Colaboración premiada.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa nasceu dentro do programa de doutoramento na PUC/RS em função das suas ideias e dos estudos realizados sobre processo penal e seus sistemas, apontando ambos para a discussão crítica sobre o instituto da negociação no processo pátrio, após o término do período letivo de 2017. Ao texto, foram agregadas contribuições e inquietações do primeiro autor dentro da disciplina do processo penal no Brasil, principalmente a partir da chegada da Lei 12.850/2013, aproximando-se essas inquietações às observações sobre os sistemas inquisitório e acusatório, passando-se, ao final, ao estudo direcionado ao *adversarial system* e aos espaços de acordos às resoluções das causas criminais. Uma proposta “à mão livre”, como matéria introdutória, faz com que se apresente a seguinte linha de argumentação: passou a existir, no Brasil, uma quebra do

sistema processual penal acusatório com o fortalecimento do papel do Ministério Público, a partir da permissão dos acordos de colaboração premiada da maneira como foram implementados na legislação [e como se pretende, às velas pandas, com os reforços havidos no “projeto anticrime” do Ministério da Justiça, levados às Casas Legislativas no último fevereiro], inovação que deve ser dissecada com cautela e técnica, a fim de que não se transforme o processo penal brasileiro num sistema burocrático (e injusto) de acordos entre investigados/réus e a Acusação Pública, sem os cuidados com a mais ampla defesa e o devido processo legal.

De fato, com o advento da lei que introduziu o conceito e o tipo de organização criminosa no Brasil (12.850/13) [o que antes não existia³], mais um espaço de acordo foi colocado no âmbito do processo penal: a colaboração premiada, circunstância que ampliou a viabilidade de um meio de obtenção de prova a partir da *confissão voluntária* do sujeito investigado, com o esclarecimento de fatos e de novos atores, desde que interessante ao curso da investigação. Se, antes, já havia outros espaços que permitiam os acordos no processo penal, estabelecendo prêmios delineados na lei, como a incipiente confissão espontânea do réu (em relação ao fato) no curso do inquérito ou da ação penal para o fator de redução da pena na segunda fase de aplicação da sanção penal, ou mesmo a transação e a suspensão condicional do processo da Lei 9.099/95, ou mesmo as delações já existentes na

3 A matéria da criminalidade organizada no Brasil tem sido objeto de legislação especial, debatida e chancelada pelo Poder Legislativo do País. Atualmente, a definição e a tipificação do crime restaram estabelecidas com a promulgação da Lei 12.850/2013. Por assim dizer, a referida legislação, além de definir e tipificar o crime de organização criminosa, também estabeleceu um ambiente próprio de investigação e, de maneira significativa [em relação aos novos contornos estabelecidos às investigações, às colaborações/delações em troca de prêmios e demais circunstâncias que envolvem o andamento do processo penal previsto a esses crimes], alterou também o procedimento penal. No art. 1º, § 1º, para que se tenha uma ideia, o texto legal estabeleceu que “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. Esse, pois, o conceito, agora existe e em pleno vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Ficaram revogados todos as anteriores tentativas de conceituação do tema da criminalidade organizada, inclusive aquela, por exemplo, do art. 2º da Lei 12.694/2012, a qual tratava de formalizar um conceito de criminalidade organizada ao ordenamento legal brasileiro, sem estabelecer, no entanto, qualquer contorno quanto à criação de um tipo penal. De fato, já se havia dito que alguns elementos contidos nessa redação seriam aproveitados, e deveriam ser aproveitados, quando da definitiva versão legislativa sobre esse tema da organização criminosa, o que, de fato, veio a se concretizar. Basta que se verifique como está disposto o art. 2º da Lei 12.694/2012: “Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.” De fato, é uma redação que muito se aproxima da definição sustentada no já citado art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013, sendo verdadeiro marco de definição conceitual a novel legislação. O que antes era uma indefinição, estabelecidora de dúvidas se, no Brasil, utilizava-se a legislação especial ou a Convenção de Palermo, por exemplo, para o processamento de um fato assemelhado às organizações criminosas, o certo é que, no presente momento, esse obstáculo restou superado. Sobre o tema, no ponto histórico da ausência de um tipo penal, antes da Lei 12.850/13, ver: FAYET, Paulo. **Da Criminalidade Organizada**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. E, ainda: SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**. Destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

lei contra o sistema financeiro nacional (7.492/86) e na lei de drogas (11.343/11), *ad exemplum*, agora a novidade é que, além das possibilidades dos prêmios identificados na Lei 12.850/2013, pesos diferentes podem ser implementados em relação a colaboradores; recentemente, se verificou esse problema em razão de duas importantes delações ocorridas no âmbito da “Operação Lava-Jato”, em que o primeiro sujeito-delator permaneceu preso mais de dois anos e, outro, em um tom até mais esclarecedor de fatos e de delação de pessoas no andamento da investigação, teve a possibilidade de não ser preso, de não ser denunciado, de viajar com a família para o exterior sem qualquer medida cautelar alternativa diversa da prisão imposta pela Acusação Pública, circunstância que, sem sombra de dúvida, trouxe uma reflexão sobre a existência de um novo processo penal, de um novo procedimento ampliado de acordos sem regras definidas, com uma imensa inovação: o juiz da causa, nesse cenário novo, não é o presidente ou o condutor da implementação da fórmula “delação-prêmio”, mas apenas o *chancelador* do acordo já firmado entre o acusado e o acusador. Isto é, entrega-se amplamente ao Ministério Público o poder de decidir o que deve ou não ser aceito como colaboração, e o *quantum* de prêmio se deve alcançar ao delator, nem que essa recompensa seja a isenção máxima, o perdão judicial, ou mesmo que se verifiquem, nesses procedimentos, discrepâncias entre uns e outros, com prisão preventivas para uns e concessões máximas para outros.

Essa mudança de rumo, assistida a partir da ampliação dos espaços de acordos em matéria penal, faz com que, antes do debate sobre os rumos do processo, se relembrem, mesmo de forma breve, os sistemas pelos quais já se transitou no curso da história, e como se apresentavam os cenários de investigação, julgamento e execução de penas. É nesse sentido que o presente trabalho de pesquisa fará, num primeiro momento, a apuração dos sistemas inquisitório e acusatório, chegando ao estágio de apuração do *adversarial system*, realizando um ponto de sedimentação desses estágios para, somente depois, retomar o ponto sobre esse novel universo de acordos e prêmios, de resolução das causas penais por meio de consensos entre investigados e acusadores, com a retirada de protagonismo do Poder Judiciário, e se essa é a forma mais segura para o futuro da matéria processual penal.

Para essa construção de pesquisa, será utilizada a técnica de revisão bibliográfica, consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em obras de um mesmo gênero, com resguardo em livros, periódicos e noticiosos *on-line*, partindo-se do geral para o estudo particular, permitindo-se a construção de [angústias e de] observações conclusivas. O método empregado será o dedutivo, consistente em utilizar o raciocínio lógico, a fim de se buscar conclusões possíveis, mas sem pretender a resolução plena das ânsias frente a esse tema tão atual em relação à matéria do processo penal no Brasil; além desse, será empregado o método dialético, em razão de que se aproxima o tema das discussões da realidade social e da resolução dos conflitos, por meio da análise de uma situação já posta no cenário de resolução das causas penais no nosso país. De forma a auxiliar a pesquisa, será utilizado o recurso de vínculo à legislação, à doutrina e à jurisprudência acerca da matéria objeto desse estudo. Como hipóteses de pesquisa a serem pensadas no presente ensaio, imagina-se como questionamentos (i) qual o tipo de processo penal está sendo aplicado, hoje, pelo Estado, e qual será o próximo modelo adotado? Ou seja, a regra será mesmo o modelo dos acordos, para que, ao depois, se pense em perspectiva de se analisar o mérito, a prova, a culpabilidade após o devido processo legal? E, ainda, (ii) se é correto e aceitável o crescimento da força do órgão da acusação pública como protagonista das resoluções das causas penais por meio dos acordos, e se estão preparados todos os agentes de acusação e da polícia para essa tarefa?

Com essas observações iniciais, passa-se, de imediato, a remontar alguns pontos do sistema processual inquisitório, do sistema processual acusatório, bem como do sistema processual sedimentado como *adversarial system*, trazendo-se ao debate o conteúdo básico para conhecimento e desenvolvimento de uma arena crítica na matéria do [que restou daquilo que se conhece por] processo penal. No fechamento desse estudo serão abordados os novos ventos do processo penal como uma área de negociação [ou, como já se disse, num sistema burocrático de acordos entre investigados/réus e a acusação pública], levando o leitor a (re)pensar os rumos do processo penal brasileiro. Por certo, o presente texto apresentará mais angústias e questionamentos, mais incertezas aos interessados no *thema*, e contará com a busca de uma síntese conclusiva sobre os rumos do processo penal

brasileiro, a partir dessas novas instâncias de resolução das causas sem a invasão do mérito, e tendo a acusação pública como principal ator na proposição dos consensos, o que se mostra, já nesse indicativo introdutório, uma via perigosa. Ao final, a tentativa será a de apresentar os rumos e convidar os estudiosos a refletirem sobre os acertos e os desacertos dessas permissões processuais penais.

1. BREVES LEMBRANÇAS DOS SISTEMAS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO

Em que pese alguns doutrinadores aderirem⁴ à convicção⁵ de que o processo inquisitório não foi nefasto e sanguinolento em termos de imposição de sofrimento, e de que naquela época não se cometiam barbáries em relação à determinação de apenamentos,⁶ o que se apresenta como fundamental na abertura do presente estudo é o fato de que, nesse referido sistema, a figura dos investigadores, dos acusadores, dos sentenciadores e dos executores se mesclava na mesma pessoa e no seu poder autoritário, que apurava o fato já com os seus convencimentos, com as suas percepções prévias, consumando o ato de sentenciar e de executar justamente em virtude da inexistência de um modelo garantidor de regras mínimas e proteção, e servindo o sistema como fator político de poder.⁷ É nesse momento que a convicção proveniente da confissão do sujeito passou a ser o meio de prova principal no sistema inquisitório, aquilo que a investigação buscava a partir da imposição de tortura. O período entre os Séculos V e XV, tratado como “Idade Média”, desenvolveu uma forma de apuração e de apenamento e de processamento inquisitorial, impositivo e sem

4 MARTINS, Rui Cunha, **O Ponto Cego do Direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41. A “crença” leva aquele que crê a aderir ao que foi apresentado como se fosse a imagem presente da realidade. Para Martins, nesse sentido, é a “adesão” que causa o “contágio”. A “[...], crença e aceitação (ou adesão), ao invés de se demarcarem, imbricam uma na outra. [...], se a convicção apresenta, em paralelo com a dimensão cognitiva, uma dimensão pulsional e afectiva, esta última é o reduto preferencial do elemento de crença que conforme, assinalamos, a convicção sempre possui, e é, em paralelo, o reduto a partir do qual a convicção se desdobra em adesão. [...]”. MARTINS, Rui Cunha, **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41.

5 AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 59. Ver, sobre esse assunto: MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51. O autor apresenta uma “maquinaria produtora de convicções” como sendo o instrumento para a contaminação da prova, porque se trata de uma contaminação da prova “interna” por meio da evidência; se é evidente, assim, não é necessária a preocupação com o restante da prova, e, desse modo, o juiz adere facilmente a essa “evidência”.

6 Sobre esse ponto, ver o seguinte texto: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/16/sim-seu-professor-mentiu-para-voce-sobre-a-idade-medial/>.

7 AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 59.

a viabilidade de defesa, cuja marca foi a da apuração da pena no sofrimento do homem à base da tortura e da exposição do corpo aos semelhantes.

A idade contemporânea somente nasce, ao depois, com os contornos da Revolução Francesa, de 1789, inaugurando-se a “Idade Moderna”, o período no qual se lutou para estabelecer uma separação entre poderes, com a formalização de um Poder Judiciário respeitador de lei, com a criação das primeiras Constituições, nos moldes para os quais se voltou o Direito nos países democráticos nos dias de hoje, em consonância com a existência de um Estado de Direito. Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a diferenciação entre os sistemas processuais acusatório e inquisitório se dá por conta da “gestão da prova”,⁸ sendo certa a referência que o processo passou por uma modificação humana em relação ao controle das provas e da imposição dos apenamentos, e se permitiu aceitar o ambiente de defesa e de realização de outras provas, além da mera confissão por meio de imposições de torturas e interesses do próprio Estado absoluto. O referido autor deixa claro que o processo tem por finalidade a “reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente por meio da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador”.⁹ Logo, o sistema inquisitório de gestão da prova se deu por intermédio do princípio inquisitivo, sendo a *máxima categórica* o extremo poder nas mãos do julgador, que fazia a gestão probatória e elaborava a própria sentença a ser executada. Com a verificação do Estado de Direito, nesse sentido, a luta foi a de afastamento das grandes barbáries em relação às penas, mas o sentido também foi o de dar ao processo uma conotação de certeza no julgamento, com a entrega do direito de defesa em relação às acusações.¹⁰

8 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Separata/ITEC. Ano 1. n. 4. Janeiro/Fevereiro/Março. 2000, p. 2. A gestão da prova para o doutrinador é o diferenciador do sistema inquisitório e acusatório. Agora, por conta da “negociação” que se estabelece no processo penal, a gestão da prova passa a ser relativizada, assim como o trabalho não mais necessário da acusação em produzir a prova, na medida em que ela chega, agora, sem qualquer pudor ao seu conhecimento.

9 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**, p. 2.

10 “Dizer que o processo penal brasileiro é misto é não dizer nada, pois na atualidade todos o são (tipos processuais puros são históricos). Ainda que “misto”, há que se questionar (como ensina a exaustão e em inúmeros trabalhos Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) diretamente o núcleo do sistema, onde está o “princípio fundante”, que é a gestão da prova. Se a gestão da prova estiver nas mãos das partes, temos a observância do Princípio Dispositivo (ou Acusatório); mas se a gestão da prova estiver nas mãos do juiz (um juiz-ator, portanto), está consagrada a adoção do Princípio Inquisitivo, que funda um sistema inquisitório. Não é preciso mais do uma rápida leitura do artigo 156 do CPP ou mesmo do artigo 385 para ver ali consagrada a adoção do Princípio Inquisitivo na fase processual, ou seja, a assunção de que o processo penal brasileiro é inquisitório, em absoluto desprezo ao modelo acusatório-constitucional-convencional.” (LOPES Jr., Aury. *Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório*. Revista **Consultor Jurídico**, 16 de março de 2018, captura em 20/4/2019).

O processo inquisitório, conforme Lorena Bachmaier Winter, surgiu mais especificamente entre os Séculos XII e XIII, na Europa Medieval, com origem nos juristas da cidade de Bolonha, que usaram do momento e recuperaram o Direito Romano e Justiniano.¹¹ Esse molde passou a ser “um instrumento útil de consolidação”¹² dos governantes no poder, de acordo com essa doutrina, e teve uma primeira característica que se poderia assim apurar: o processo estava *mimetizado* no poder, no sistema de poder, que se estabelecia quando existente um poder central, sabendo-se que centralização de poder não era um fenômeno democrático, mas sim ditatorial.

Já uma segunda característica estaria nas formas de coação praticada por este poder central, tanto pelo viés psicológico quanto físico, com o objetivo nítido de obtenção da prova *a qualquer custo*, usando como ferramenta principal, como se teve oportunidade de referir, a prática da tortura e da imposição de penas cruéis e desumanas. Neste modelo, o acusado era um objeto nas mãos do inquisidor e, por essa razão, identificado como um objeto do poder estatal nunca visto como alguém com direitos frente a esse poder, um verdadeiro instrumento para a realização da investigação; a culpa era certa, e a investigação e a tortura serviam para que se arrancasse do sujeito essa confissão, essa certeza, essa convicção que já estava formada, e que apenas necessitava da fala de confissão. Tanto que os apenamentos cruéis eram subdivididos para os sujeitos que confessavam, com sofrimento torturante mais célere, e para os que não confessavam a autoria, aí sim com sanções demoradas e mais sanguinolentas. Para que se traga um recorte da doutrina em relação a esse ponto:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em **mero objeto de investigação**.¹³ (Grifou-se.)

11 WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexões acerca del Proceso Penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 16 e 18. Ver ainda. LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica, p. 143.

12 WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 17.

13 LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica, p. 144.

Como sequência, verifique-se que uma terceira característica seria a de ordem processual, com a criação de um Tribunal, uma segunda instância que não estaria preocupada com a (re)análise das decisões do primeiro grau, como ocorre na seara da democracia, mas apenas com o intuito de exercer, por parte de um poder hierárquico, o poder superior por meio da apelação sem interesse em revisar ou reformar, apenas de legitimar o determinado pelo poder absoluto.¹⁴

Além disso, uma quarta característica seria aquela da busca da “verdade”,¹⁵ tratada aqui como a busca da “verdade real”, em vez da busca da “verdade material”; ou seja, aquilo que teria acontecido no caso concreto, como se esse resgate fosse possível quando da análise de um caso complexo, violento, eivado de detalhes de sofrimento e de tortura em relação ao sujeito investigado.¹⁶

Aliás, o conflito entre as verdades no processo penal, seja por meio da busca torturante da confissão, seja por meio de pressões da imprensa como ferramenta de se conquistar um posicionamento, seja por meio de imposição de acordos e do medo das ações penais, seja por meio das expectativas que geram essas negociações no meio processual, é tema recorrente aos que se preocupam com a formação do processo penal, e essa a verificação que se alcança na doutrina:

[...] manifesta tensão entre, por um lado, a área jurídico-penal, e, por outro, as expectativas sociais a seu respeito, ou, de acordo com a minha definição, dada a manifesta interação entre a maquinaria processual das convicções e a maquinaria processual das expectativas, a turbulência assim trazida a esta última por via dos aludidos movimentos de redefinição acaba por se traduzir na ocorrência de curtos-circuitos ao nível desse relacionamento. A conflitualidade entre julgamentos pela imprensa e julgamentos pelo direito é aqui que entronca. [...].¹⁷

14 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. (orgs.) **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

15 AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 58.

16 Sobre o tema, pode-se relacionar um apanhado de leituras essenciais: HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirand lo Blanch, 1989; LEIBAR, Iñaki Esparza. *El principio del proceso debido*. Barcelona: JMB Editor, 1995. MIGLINO, Arnaldo. *Brevi Riflessioni sul significato del garantismo (con riferimento a vicende italiane degli anni 1988-1994)*. In: RODRIGUES, Horácio W. *Lições alternativas de processo*. São Paulo: Acadêmica, 1995. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal □ evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru/SP: Jalovi, 1983. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro — parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

17 MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41.

A quinta característica daquele período seria a coincidência dos papéis no próprio processo, havendo o acúmulo de funções na mesma pessoa em procedimentos sigilosos: o mesmo inquisidor com poderes para prender, para assegurar o “corpo” do acusado; instruir, buscando a “verdade”; e, para julgar, com amplo poder de encerramento da demanda a partir daquela decisão tomada, sem que esses momentos todos fossem divulgados e acessíveis às pessoas na sociedade. É como refere a doutrina: “O sistema inquisitório clássico, regido pelo princípio inquisitivo, teve como características marcantes o sigilo processual; a falta de contraditório, de ampla defesa e de presunção de inocência. Teve origem na Idade Média, impulsionado pelo expansionismo da Igreja Católica e seu auge foi o Tribunal da Santa Inquisição, responsável pela investigação de heresias. O acusado era tido como um objeto de investigação. Detentor de uma verdade a ser obtida. Justamente por isso, era viável a utilização de métodos de tortura para que a *verdade* fosse extraída, mesmo a custo de lágrimas e sangue.”¹⁸ É claro que esta concentração de poder carregava consigo uma infinidade de problemas, tais como a instância plena de parcialidade e de ausência de viabilidade de defesa, de convencimento, de isenção para a análise dos fatos e das provas, acrescido do fato de não existir publicidade, sendo sigilosos os procedimentos e, por via natural, os abusos em relação à entrega da prestação do Direito.

Também é referido que as “partes” no processo, e aqui se entende partes como sendo o acusador e o defensor, devem estar em igualdade de armas [um ideal que se busca no Brasil, mas que está longe ainda de ser realizado]. Quando se refere esta presença de partes no processo penal, sendo eles os protagonistas deste processo, se está inferindo a um processo contraditório na ideia de que estabelecido para o controle do embate probatório e acusatório um terceiro julgador, equidistante e isento.¹⁹ Portanto, para ser considerado processo contraditório, é necessário que exista um acusador, um defensor e um julgador independente e imparcial, e um modelo que permita o diálogo, a apresentação de provas, e não a imposição de regras e subjetividades.

18 BEM, Leonardo de. In: <https://leonardodebem.jusbrasil.com.br/artigos/121938094/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitoria>

19 WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio Proceso Penal y Sistemas: Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 16 e 18.

Não existindo esta forma de composição do processo, por assim dizer, não existe aquilo que se imagina como processo acusatório, mas sim a própria inquisição, a rememoração do modelo sigiloso e torturante, com afastamento de garantias e de possibilidades de defesa. As características de viés contraditório e de ampla defesa, à evidência, são garantias fundamentais para um processo justo, o que deverá ser sempre observado nas relações procedimentais. Reforça que não pode ser admitida outra forma a não ser esta: a de proteger os direitos fundamentais e os direitos humanos, com máxima proteção ao cidadão imputado, sob pena de se estabelecer a barbárie nos julgados.

No que se refere a um sistema misto,²⁰ e esse terreno tem de ser invadido no presente trabalho, tem-se que, com a chegada da “era da codificação”, no período napoleônico, a partir de 1808, trouxe novos ventos em relação à construção de uma era constitucional e formalizadora de uma divisão entre os poderes, ressaltando-se a figura de um julgador isento e de procedimentos não sigilosos, com penas mais humanas.

Esse terceiro elemento imparcial, por certo, não surgiu de imediato, sendo verdadeira construção que, nos tempos iniciais das primeiras constituições escritas, ainda permanecia com as heranças inquisitórias.²¹⁻²² De qualquer sorte, mesmo hoje, no momento em que se encontra o processo penal brasileiro, se verifica a forte colocação das instâncias investigativas e julgadoras do período inquisitivo nos mais diversos procedimentos, comuns ou especiais, chamando-se a atenção, por exemplo, com as viabilidades de decretação de prisão preventiva e de determinação de buscas e apreensões por parte dos juízes, sem a existência

20 ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme à Teoria dos Jogos**, p. 286. Não é porque há alguma característica de um sistema dentro do outro, ou seja, algum elemento do processo inquisitório no acusatório, ou vice-versa, que irá ser avalizada a existência de um terceiro modelo chamado de “misto”.

21 WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio Proceso Penal y Sistemas: Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 25.

22 A crítica vem com força a repelir a presença do juiz na instrução, marca do sistema espanhol, sendo defendido que não se trata de um sistema processual, em razão de que indica o juiz que está na produção da prova como um juiz de raiz inquisidora. A crítica de Lorena vai no sentido de que em nada tem a ver o juiz da instrução criminal com o juiz da inquisição, pois aquele protege os direitos fundamentais do processo frente à investigação e à própria instrução aos moldes do juiz da instrução na Espanha. Nele, portanto, o juiz não se mistura com a função de investigador e nem participa do processo; logo, não haverá a afetação no ato de julgar o processo. A sua atuação na instrução, na Espanha, não tem como objetivo o valor probatório, mas sim, informar sobre “a base de las probas” a serem produzidas em um juízo oral. Esse juízo da instrução, diante disso, tem o caráter de garantir o equilíbrio às partes na investigação e evitar que os direitos fundamentais do preso ou acusado sejam fracionados. (WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio Proceso Penal y Sistemas: Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 26).

de requerimentos das partes; ou mesmo a via da condenação, mesmo quanto às partes, acusação e defesa, no processo requerem a absolvição do réu. Nesse sentido, a apuração dos modelos inquisitório e acusatório, e esse breve resgate de uma imagem (irreal) de uma sistema "misto", deve ser feita para que, nesse cenário, se verifique com qual roupagem as ampliações dos acordos no ambiente processual se apresentam, ou seja, se com o viés inquisitivo ou acusatório, com o cerne em conquista de uma "confissão" e de resolução da causa a qualquer preço, ou com a preocupação das garantias constitucionais, e se os operadores estão preparados para essa mudança.²³

Com essa verificação, nos últimos anos passou a ser predominante nos procedimentos penais a viabilidade um sistema que desse maior celeridade aos ritos, com o enfrentamento mais adversarial, mais direto entre as partes dentro do processo; tais incrementos, por exemplo, ocorreram na viabilidade dos acordos da Lei 9.099/95; com a viabilidade de perguntas diretamente pelas partes às testemunhas durante as audiências; a viabilidade dos enfrentamentos diretos e orais em audiências, em forma de memoriais orais, em vez de se privilegiar a forma escrita e impressa; a própria existência de uma abertura dos procedimentos à via do processo eletrônico, por assim dizer, também contribuiu para que se fortalecesse essa ideia de "*adversarial system*", sendo, em realidade, uma primeira grande mudança sentida nesses caminhos de estudo sobre os sistemas inquisitório e acusatório e, por essa razão, merece uma análise em apartado a partir do próximo ponto.

2. O QUE SE PRETENDE COM O ADVERSARIAL SYSTEM:

A preocupação, aqui, será a de realizar uma junção sobre o tema da investigação, por meio de um órgão de Estado, no processo inquisitório, no acusatório e também no *adversarial system*. O que vai diferenciá-los, de forma

23 Quando se pensa em demonstrar o processo penal brasileiro, torna-se necessário buscar sua origem, pensar a ideologia política que se vivia no País em 1940. A partir disso, verificar se nos discursos que justificaram a criação do Código, na época, havia as expressões que demonstravam traços de ideologia política fascista; vem à tona, então, os laços firmados entre o governo brasileiro e o italiano, sendo certo que o Código de Processo Penal brasileiro é uma cópia, quase que fidedigna, do Código de Processo Penal Italiano (da época fascista). Dessa forma, a Constituição do Brasil, vigente desde 1988, colide com o DNA autoritário do Código de Processo Penal, inquisitivo, impedindo a efetivação dos direitos existentes na *Charta*, necessitando ajustes para fazer valer os direitos que são básicos em um Estado Democrático, expressado no sistema contraditório. Nesse sentido: GIACOMOLLI, Nereu José, **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 91-92.

macro, será a atuação do juiz em relação ao conceito de verdade e em relação ao trato da prova.²⁴ No sistema processual, a fase investigativa, que é inquisitorial, na medida em que vinculada ao meio de produção da prova antes do espaço constitucional judicial, ainda no espaço administrativo, mas que é regido por determinações do Poder Judiciário. Sendo assim, não será a fase de investigação adversarial, justamente porque não há ainda, neste sistema, a busca da prova pelas partes com a supervisão permanente do juiz; é certo que, para a realização de determinadas provas no processo investigativo, nessa fase preliminar, é o Poder Judiciário quem ainda delimita os raios de atuação dos investigadores, como no caso de representação pela prisão preventiva de um investigado, ou pela realização de uma busca e apreensão, em que o pedido será avaliado pelo juiz da causa, designado e competente para o caso, avaliará a viabilidade dessa determinação a partir das instâncias constitucionais; no caso da prisão, por exemplo, a ordem terá de ser fundamentada, escrita, dessa autoridade judiciária competente, sob pena de ilegalidade manifesta, mesmo na fase investigativa. Nesse sentido, o implemento do *adversarial system* seria um processo de equilíbrio entre as partes, sem a interferência de moldes da inquisição, no sentido dado pela doutrina:

E nese contexto, se ha afirmado que debe abandonar se tal esquema - proprio del proceso inquisitivo - y buscar el equilibrio entre las partes también en la fase de investigación previa del delito. La vuelta a un <<proceso de parts>> proprio de los sistemas acusatorios representaria el retorno a un proceso con plena igualdad de armas procesales. [...].²⁵ [...] que en los adversary system la fase previa no es inquisitiva porque se trata de un proceso de partes: cada parte asume la búsqueda de las pruebas que sostengan las respectivas posiciones, por un lado la acusación y por otro lado el acusado sospechosos. Al no existir una autoridad supra partes como un juez de instrucción, la investigación es asunto de partes y, por tanto, se desarrolla en condiciones de igualdad. [...].²⁶

24 WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio Proceso Penal y Sistemas: Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 30-31.

25 WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio Proceso Penal y Sistemas: Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 30.

26 WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio Proceso Penal y Sistemas: Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 32-33. Uma das características deste sistema processual é ter as partes como gestoras da prova, sem a interferência do juiz em todas as esferas decisórias.

Os sistemas adversariais, acusa Lorena, possuem questionamentos importantes, na medida em que, nesta forma de processo, ocorre uma desvantagem de ordem econômica, porque aquele que tiver mais condições financeiras terá mais condições, a princípio, de êxito na causa.²⁷ Medidas de investigação policial afetam as garantias fundamentais e, por isso, devem ser controladas, vigiadas pelo Estado, pois há uma proteção a ser efetivada, marca de um processo com características de igualdade das partes.

Este sistema processual penal é compreendido como de origem “romano-germânica”,²⁸ indicando Nereu Giacomolli que, para além de tudo, é regido pelo “princípio da oportunidade no exercício da ação penal”.²⁹ Desse modo, no *adversarial*, a defesa pode abrir mão de direitos fundamentais do réu, o que se vê como um equívoco, na medida em que tais direitos são intangíveis e não passíveis de franquia entre o acusado e o acusador [ou, ao menos, não deveriam ser franquados, realidade que, aos poucos, vai perdendo força para os novos rumos do processo penal, menos *garantista* e mais permissivo de espaços de negociação e abreviações processuais, o que, por vezes, revela a quebra do equilíbrio entre as partes no processo penal]. Mesmo que pudesse o cidadão abrir mão de direitos fundamentais, qual seria a posição do Estado frente a esse posicionamento: poderia o Estado tomar atitudes concretas a realizar o afastamento destes direitos fundamentais? Não é possível qualquer atuação do Estado neste sentido, em virtude de que tem ele o dever de manter os direitos fundamentais e efetivá-los, e cuidá-los, e colocá-los à frente de suas ações como acusador e como julgador.

O fundamento do *adversarial system*, em sequência, vem desde o século XVIII, na Inglaterra, quando ocorreu a derrocada do processo inquisitivo tradicional, como era chamado. Tal modelo parte do princípio de que as partes podem apresentar os seus argumentos e realizar o exercício do direito de defesa, bem

27 WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio Proceso Penal y Sistemas: Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 31.

28 GIACOMOLLI, Nereu José, **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

29 GIACOMOLLI, Nereu José, **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

como podem abrir mão de seus direitos e aceitar a proposta de negócio realizada pela acusação, e justamente por isso recebe críticas severas, em razão de que, no caso na América, na *law in action*, existe um grande número de negociações e de oportunidades de abreviações do processo penal, de acordos entre as partes, com afastamento de garantias, de reconhecimento de culpa, de início imediato de cumprimento de apenamentos e de renúncia ao direito de recurso.³⁰ Esse, pois, sem dúvida, é um novo processo penal, que aguarda, além de tudo, o desfecho do PLS 156/2009 que, para os rumos que se aproximam na linha do tempo, traz a viabilidade de um novo “procedimento sumário”, cujo poder da acusação pública será ainda mais decisivo e sem a necessidade de interferência do juiz. Sobre esse ponto, merece referência que o STF, recentemente, finalizou o julgamento de questão de ordem (Petição 7074) sobre os limites de atuação do relator em relação aos acordos de delação, decidindo, por maioria de votos, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, que a análise deverá recair sobre a regularidade, a voluntariedade e a legalidade, cabendo ao colegiado, ao depois, o ato de anulação, mas não de interferência direta nos termos do acordo, por inteligência do § 4º do art. 966 do Código de Processo Civil - CPC, dando conta da dificuldade em se estabelecer esse exame preliminar sobre o acordo firmado entre o acusador e o investigado, para que se tenha uma ideia do grau de modificação existente nas estruturas do processo penal brasileiro. Ora, nem mesmo a excelsa Corte do país conseguiu achar uma unanimidade quanto a esse papel do relator no ato de chancela, tamanho o enfraquecimento que existiu a partir da chegada da lei e desse instituto, permitindo que uma das partes, o acusador, ganhasse uma força extrema, decisória, sobrepondo a força inclusive de quem, antes, decidia (e hoje, nesse ponto, somente chancela).

Nesse cenário, inegavelmente se deve referir, volta-se ao sistema inquisitório, pois com nítidas características desse sistema, como já demonstrou Aury Lopes Jr., pois o mesmo agente é o investigador, o acusador, o juiz e o executor no processo penal, ficando clara a barganha, porque, se não delatar, ficará preso, logo, inicia-se uma prisão processual com ares de execução antecipada da sentença que ainda não existe:

30 GIACOMOLLI, Nereu José, **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

A mudança em direção ao sistema inquisitório começou com a possibilidade de, junto ao acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Os poderes do magistrado foram posteriormente invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de se reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz.³¹

Do ponto de vista técnico, o discurso da eficiência do processo penal, de agilidade, se envereda para uma abreviação, não importando o *preço a ser pago*, não importando mais a existência ou não de prova para a condenação, não importando mais as garantias constitucionais, muito menos a busca da “justiça”.

No processo acusatório, ou seja, no *adversarial system*, a cultura que se impõe é a da dialética entre as partes, de construção da verdade pelo contraponto, pelo contraditório estabelecido entre os polos da relação procedimental, entre acusação e defesa, contendo o juiz as duas forças e decidindo de acordo com os resguardos da Constituição. Por outro lado, indica Juan Luis Gómez Colomer que o processo legalmente devido, o *due process of law*, nesse sentido é o núcleo fundante do sistema adversarial. Ainda, refere o autor que o seu fundamento é de ordem constitucional, com base no devido processo legal, e não em uma construção negociada entre as partes, o que difere sobremaneira e requer uma total atenção, para que não existam atropelos e grande mudança sem o devido resguardo, sem a devida cautela.³² Indica o autor que, cada vez mais, se percebe o afastamento do *adversarial system* puro no sistema americano, e nem o europeu como “acusatório formal”, na medida em que sofrem influências uns dos outros, acertadamente ou não. Determinados aspectos dos processos, como a *guilty plea* nos EUA, como os acordos na Europa, progridem tanto quanto fracassa a justiça penal, quando esta é incapaz de proporcionar um juízo a cada delito.³³ Por essa razão, também, e por força das culturas diferentes, a simples implementação de acordos fará com que se deturpe a própria raiz de resolução das causas no nosso país, pois não se está acostumado, e nem preparado, para tamanha virada na resolução dos nossos conflitos, e os erros decorrentes dessa nova força poderão ser indelévels.

31 LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143.

32 COLOMER, Juan Luis Gómez. **El Proceso Penal Adversarial**. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio. México-DV: Ubijus. 2012, p. 9.

33 COLOMER, Juan Luis Gómez. **El Proceso Penal Adversarial**. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio. México-DV: Ubijus. 2012, pp. 22-23.

Os rumos do processo penal, com essas medidas de acordos, também caminham para a fomentação do número de colaborações a partir da entrega de prêmios, e sobre isso é que se vai tratar como próximo *thema* desse estudo.

3. O EXCESSIVO NÚMERO DE COLABORAÇÕES PREMIADAS: A (DES) NATURALIZAÇÃO DA PLEA BARGAIN NO BRASIL

As formas de processo penal não ocupam o mesmo lugar na “cultura jurídica”³⁴ de seus países, em razão de que cada país detém uma cultura jurídica própria. Essa é a expressão que se extrai da fala de Roberto Kant de Lima, ao referir que “cada país tem seu processo, a sua maneira de produzir verdades judiciárias e de estabelecer formas processuais regulares, desde o *due process of law* adversário da tradição anglo-americana até os métodos inquisitoriais e acusatoriais presentes na tradição *civil law*.”³⁵ A força motriz do processo no Brasil decorre do poder público, característica dos institutos continentais, e alcança a esse poder a organização de sua forma. Já nos países que possuem a *Common law* como cultura judiciária, o enfoque é diferente, em virtude de que a força motriz são as vivências passadas e a tradição, com enfoque no indivíduo e na cultura dos julgados do judiciário. Logo, há uma desnaturalização, no Brasil, da própria cultura jurídica, ao ser introduzido de forma direta o instituto da negociação para a resolução de causas penais, em razão de que, no processo penal americano, existe o espaço para a negociação entre as partes e se permite uma abordagem econômica do direito chamada de *plea bargain*, espaço de autonomia do indivíduo, de discricionariedade, de verificação de provas e perspectivas de acordos; já aqui, da forma como se desenharam as primeiras linhas dos acordos, não existiu a previsão desses espaços, justamente porque o processo culturalmente é dependente do agir do Estado.

O processo penal americano possui um espaço de negociação entre as partes, “à sombra do direito”, no início da audiência pública, para a ampliação dos

34 GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis, **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura jurídica Francesa e *Common Law* em uma perspectiva comparada. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 6.

35 GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis, **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura jurídica Francesa e *Common Law* em uma perspectiva comparada. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 6.

espaços de resolução das causas.³⁶ Aqui, por enquanto, a força de absorção dos institutos de acordos deu prioridade às delações e às colaborações, para a entrega de prêmios, bem como às devoluções dos valores em razão das investigações e dos processos penais. O discurso instituidor, e que paira no senso comum, é o de puro utilitarismo para o discurso de legitimidade da colaboração premiada no Brasil.³⁷ Logo, vêm notícias e demonstrações das agências de controle dos números, no que se refere ao resgate do erário desviado, não importando a que custo voltam esses numerários para o poder público, mesmo que para esse fim sejam feridos direitos e garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, e para citar apenas três, o da publicidade dos atos e da ampla defesa e do contraditório.

Para que se analise um dado concreto: o Ministério Público Federal apresentou os números da “Operação Lava-Jato”,³⁸ em 2017, para fins de demonstrar a eficiência do próprio trabalho, bem como da colaboração premiada, sustentando que, por meio dessa modalidade, é que se conseguiu uma maior eficiência do procedimento abreviado em matéria penal. Exposto no *site* do MPF, há demonstração intitulada “Resultados da Operação Lava-Jato”, para o conhecimento do público de que foram 1.765 procedimentos instaurados, sendo que, destes, em 158 foram firmados acordos de colaboração premiada com pessoas físicas, e 10 acordos de leniência com pessoas jurídicas [no mesmo sentido da colaboração premiada, mas com

36 GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis, **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura jurídica Francesa e *Common Law* em uma perspectiva comparada. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

37 De acordo com a doutrina, o instituto da colaboração premiada seria: “Espécie do direito premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.031). Nesse mesmo sentido, Cibele Benevides da Fonseca assevera: “De acordo com o artigo 3º da Lei 12.850/2013, a colaboração premiada é um dos meios de obtenção de prova admitidos no combate ao crime organizado, permitindo ao juiz, a partir de requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 85).

38 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia /atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>> Acesso em: 23 set. 2017.

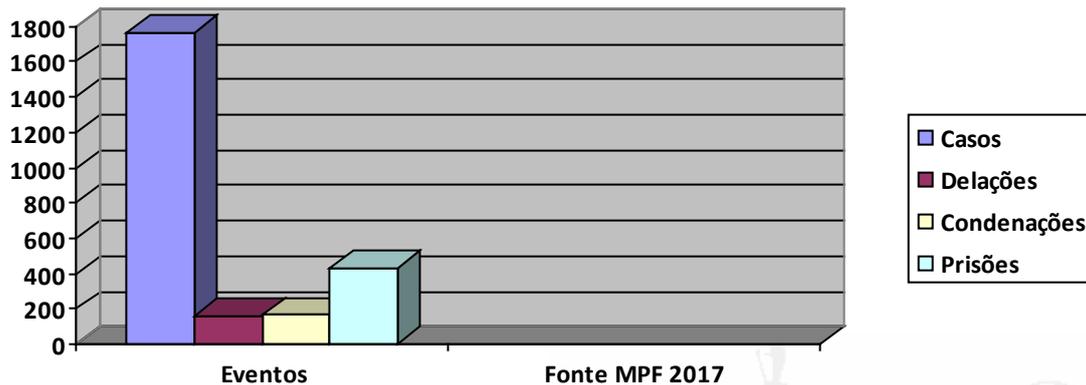
peças jurídicas]. Destes procedimentos todos, e destas colaborações, o Estado alcançou, segundo esses dados, o ressarcimento de R\$ 38,1 bilhões de Reais.

Ainda, o mesmo órgão expôs o seu sucesso, indicando que, destes casos, já ocorreram 165 condenações, inclusive com o cômputo dos anos, meses e dias de pena, sendo no patamar de 1.634 anos, 7 meses e 25 dias [como se esse dado fosse um sucesso em termos de certeza quanto à culpabilidade]. O que se verifica, em percentuais, é que 158 procedimentos correspondem a 8,95% de casos havidos por resolução a partir de colaboração premiada. Parece pouco, lendo-se o total de casos; no entanto, a leitura pode-se realizar a partir da seguinte perspectiva: quantos casos foram criados em decorrência das colaborações premiadas? Esse é um fator a ser pesquisado e que nesse estudo não tem espaço: quantos casos acabaram sendo criados a partir dos acordos, e que nem sempre expressam a proximidade com a verdade, ou com a realidade dos fatos. Ainda, deste total de casos, ocorreram 165 condenações, o que indica o percentual de 9,34%; entretanto não aparecem quantos casos, destas condenações, novamente, decorreram de delações³⁹ e de colaborações premiadas.

Outro índice importante é o de prisões preventivas e temporárias, principais entre as espécies de prisão provisória, aquelas no decorrer do processo e que deveriam ser a *ultima ratio* no sistema processual penal; aqui, existe a indicação do total de 428 prisões, em 24% do total de casos,⁴⁰ como se verifica por meio do seguinte gráfico, também constante do *site*:

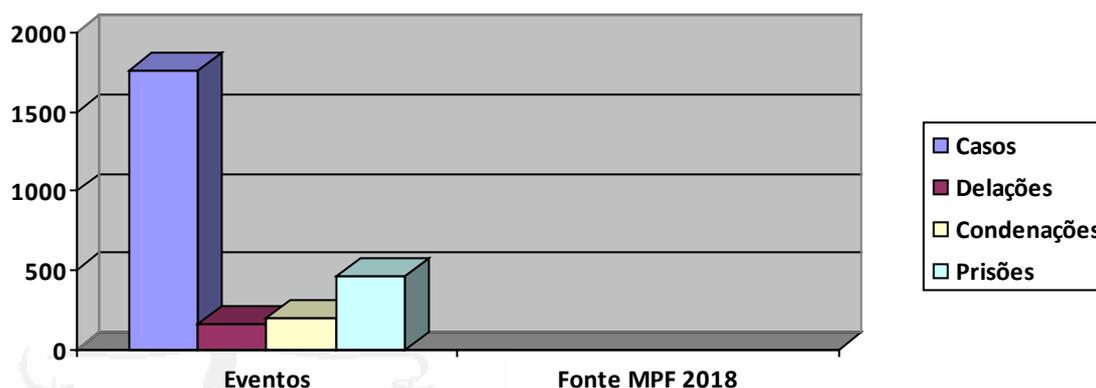
39 Sobre a delação premiada, é importante ressaltar que a condição primeva à validade de aplicação desse instituto é a voluntariedade, sendo base à própria validade, devendo o investigado ou acusado ter a liberdade de escolha em relação ao aceite desse acordo com os agentes acusadores. De acordo com a doutrina de Vasconcellos, “[...] a declaração será voluntária desde que não seja induzida por violência física real ou ameaçada ou por coerção mental que vicie a vontade do acusado”. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 91). Não pode existir, assim, qualquer espécie de coação, sendo necessária a verificação da voluntariedade, sem qualquer mácula. Dessa forma, “fala-se em uma coação indevida, já que tal característica é inerente à justiça negociada, diante da inevitável ameaça de uma punição mais severa se houver recusa e exercício do direito ao julgamento”. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 91). Sobre o ponto, ainda: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

40 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>> Acesso em: 4 jul. 2018. Em prisões processuais estão computados os 227 casos de condução coercitiva [aquela prisão usada para prender para depor], mais 115 prisões preventivas e mais 121 casos de prisões temporárias, o que eleva o número total para 463 prisões processuais, um aumento de 35 prisões processuais a mais de setembro de 2017 para junho de 2018.



No mesmo *site* são expostos os dados atualizados, com data de 26 de junho de 2018, com a demonstração intitulada “Resultados da Operação Lava-Jato” para o conhecimento do público no sentido de que foram 1.765 procedimentos instaurados [mesmo número de 2017], sendo que, destes, em 164 casos, existiu a consolidação de acordos de colaboração premiada com pessoas físicas, e 11 acordos de leniência com pessoas jurídicas, com o aparecimento de 1 Termo de Ajustamento de Conduta - TAC. Destes procedimentos todos, e destas colaborações, alcançou o Estado o ressarcimento de R\$ 38,1 bilhão de Reais, sendo este dado também o mesmo, ou seja, sem aumento de setembro de 2017 até a atualização do próprio sítio do Ministério Público Federal em 26 de junho de 2018.

Deste total de casos, pelos números, ocorreram 204 condenações, o que indica o percentual de aumento de 9,34% de setembro de 2017 para 11,55% dos casos, em junho de 2018. Ainda, o uso da prisão parece o mais alarmante, na medida em que houve, entre prisões preventivas e prisões temporárias, o número total de 463 prisões processuais, ou seja: 26,23% dos casos verteram, de alguma forma, de prisão processual. Veja-se, de novo, o gráfico:



Os números de prisões e de condenações aumentam, sendo que o número de casos continua o mesmo, conforme material disponibilizado pelo próprio órgão, com atualização em junho de 2018, mantendo-se os 1.765 procedimentos instaurados. Esse quadro tende a aumentar a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5508, proposta pela Procuradoria Geral da República, ao reconhecer a constitucionalidade da colaboração premiada realizada pela Polícia Federal, operacionalizada pelos Delegados de Polícia e Delegados Federais. O Pleno do Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de garantir às autoridades policiais a autonomia de ofertar a colaboração premiada, sendo que 10 dos 11 Ministros se manifestaram neste sentido.⁴¹ É inegável que os índices de resolução das causas penais por meio dos acordos são crescentes e demonstram que esse é um percurso a ser percorrido em larga escala nos próximos anos, em decorrência de uma paridade pretendida entre o sistema americano e o nosso legislador. A evolução do processo penal estava perpassando pela verificação de um aumento dos espaços adversariais, dando-se maior celeridade, sempre na tentativa de se aumentar a efetividade do jogo procedimental;⁴² no entanto, nos últimos tempos, a força das colaborações, principalmente a partir dos lineamentos trazidos pela Lei 12.850/13, permitiu que se percebesse uma tendência a transformar a colaboração [e a volta das instâncias inquisitórias da confissão por meio do medo, utilizando-se uma figura expressiva de uma época em que os procedimentos eram sigilosos e baseados em torturas físicas e psicológicas] na regra a ser seguida, na regra estabelecida para a resolução

41 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315678>> Acesso em: 4 jul. 2018. Notícia publicada no sítio do Supremo Tribunal Federal sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Procuradoria Geral da República tombada sob número 5508.

42 ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme à Teoria dos Jogos**. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 39.

dos conflitos penais, nem que, para esse intento, se deixem de lado princípios constitucionais assegurados no nosso Estado Democrático de Direito.

A presente pesquisa passou pelas análises dos sistemas inquisitório e acusatório. De forma breve tratou de apurar o sistema adversarial, como evoluções sentidas no caminho do processo penal; e, ainda, buscou verificar a vinda dos institutos negociais das delações e das colaborações como um rumo preponderante do processo penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia do presente estudo foi a de, a partir das análises surgidas com as novas formas de acordos e, principalmente, à base das colaborações premiadas, se estabelecer uma diferenciação entre os sistemas processuais e, com esses universos postos, se alçar a visualização dos novos rumos que o processo penal está tomando no nosso país. Aparentemente, poder-se-ia pensar que esses temas [sistemas processuais e os novos acontecimentos] estariam desconectados, distantes entre si no curso do tempo; entretanto, a realidade do instante no qual se vivencia faz com que as reflexões sejam inevitáveis: qual o tipo de processo penal está sendo aplicado pelo Estado, a partir do incentivo e do crescente número de acordos entre o acusado e o acusador [*in genere*]? É correta a força assumida pela acusação no processo penal atual, com a chegada do instituto da colaboração premiada e dos novos instrumentos de investigação da Lei 12.850/13, ampliando os espaços dos acordos e dos prêmios? Como se apresenta, nesse cenário, a função do juiz do processo penal, fundamentalmente a partir do instituto colaboração premiada e dos acordos e dos prêmios? E, no sentir dos autores, o mais importante dos questionamentos: qual será o preço a se pagar por este novo processo penal administrado pelo Estado, com aberturas de negociações, apenamentos negociados entre réus e acusadores, mesmo sem o devido processo, e com o afastamento de garantias historicamente conquistadas? Será que já existe a preparação plena dos agentes públicos e da própria *máquina* do Estado para os reflexos desta forma *eficientista* de fazer acontecer o processo penal, com a quebra do papel do juiz, em razão da forma dos acordos com os órgãos da acusação pública? Nos sistemas de negócio, o juiz está mais propício a ser um fiscalizador de acordos e bem distante

da realização da prova, é bem verdade, do que propriamente um presidente-condutor e garantidor da aplicação máxima das garantias constitucionais. Nos Estados Unidos, as causas penais já chegam a mais de 90% resolvíveis por meio de acordos, sem a necessidade do processo penal; será apenas importar esse modelo, sem qualquer ajuste? Essas reflexões são necessárias, em razão de que o rumo do processo penal aqui no Brasil depende de como serão estabelecidas as regras desse novo processo penal, não se podendo, da noite para o dia, se permitir a plenitude de poder de acordo ao acusador, afastando-se o juiz do epicentro da relação procedimental, como se apenas um *chancelador* de acordos fosse, sob pena de se entregar à sorte e à história dos tempos inquisitivos, como se teve oportunidade de se trabalhar ao longo do presente estudo.

Nesse sentido, ao ser colocado o questionamento sobre (i) qual o tipo de processo penal está sendo aplicado, hoje, pelo Estado, e qual será o próximo modelo adotado, é de se resumir o seguinte: o processo penal, hoje, está no início da caminhada para a aplicação do acordo como regra, está no seu estágio incipiente, mas caminha para esse rumo. Com isso, não se tem dúvida: a regra será mesmo o modelo dos acordos, para que, ao depois, se pense em perspectiva a análise do mérito da *questio* penal, da prova e da culpabilidade. Da mesma forma, ao se perguntar (ii) se é correto e aceitável o crescimento da força do órgão da acusação pública como protagonista das resoluções das causas penais por meio dos acordos, e se estão preparados todos os agentes de acusação e da polícia para essa tarefa, a resposta é negativa; para que se permita essa aceitação, a acusação pública e os próprios órgãos policiais deverão se preparar para a cautela de propostas de acordos quando suficientes e necessários, permitindo-se que o cidadão investigado possa apresentar provas, discordar, sem sofrer pressões, sendo que o mais importante é que tenham os primados constitucionais como ferramentas de ordem do processo penal, sob pena de se transformar a resolução das causas penais em procedimentos eivados do ranço inquisitivo.

Ocorrendo o processo de forma dialética, e com o respeito aos princípios constitucionais da mais ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, pautando na defesa de forma irrestrita e com os poderes equidistantes, já

se tem o norte para que se assegure um devido processo e se assegure o mínimo ao cidadão imputado, e esse modelo, à evidência, deve-se incorporar a figura do acordo, mas não ao contrário. Não se pode, num estalar de dedos, passar o acordo a ser a regra, sem que nem mesmo organizada esteja a matéria dos requisitos e dos prêmios, sendo ainda muito subjetiva essa relação, mesmo com a redação da Lei 12.850/2013.

A prática processual penal brasileira, proveniente da Constituição Federal, que valoriza e reconhece como intangíveis os direitos fundamentais, impede que se tenha no ordenamento pátrio o processo puramente inquisitório, na sua aplicação plena e imediata, e a prática forçosa de acordos pode chegar a essa raiz inquisitiva se não se trabalhar pontualmente todas as vias dos acordos e dos prêmios inseridos no contexto das garantias fundamentais do processo penal. O ranço inquisitorial parece estar intimamente ligado ao tema dos acordos sem regras, das permissões de encerramento dos processos penais sem garantias mínimas; não se quer, por exemplo, que por medo do processo ou mesmo de decretação da própria prisão, o cidadão seja forçado a aceitar um acordo, mesmo sabendo da sua total ou parcial inocência em relação aos fatos investigados, como acontece, e isso é uma constante, nos espaços de acordos dos Juizados Especiais Criminais, a partir dos quais, não se tendo a assunção de culpa, e a fim de se evitar um transtorno maior, os *autores* dos fatos acabam por aceitar transações penais e suspensões condicionais de processos penais, fugindo-se da análise de provas e de verificações de mérito das causas. O que esperar, nesse sentido, de acordos realizados diretamente com o acusador, que já poderá indicar ao cidadão ferramentas processuais cautelares como possíveis, fazendo com que o mais importante se torne o acordo, e não a busca da inocência.

Os rumos do processo penal merecem estudos e muitos cuidados, sempre a partir dos resguardos constitucionais. Os acordos e os espaços de resolução dos processos penais sem a verificação das provas e do mérito, com a abreviação das instâncias de apuração da prova dentro do contraditório e da mais ampla defesa, requerem cuidados redobrados e não apenas uma iniciativa de aproveitamento de institutos estrangeiros.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*. In: WINTER, Bachmaier Lorena (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

BEM, Leonardo de. In: <https://leonardodebem.jusbrasil.com.br/artigos/121938094/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitoria>

COLOMER, Juan Luis Gómez. **El Proceso Penal Adversarial**. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio. México-DV: Ubijus. 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Separata/ITEC. Ano 1. n. 4. Janeiro/Fevereiro/Março. 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. (orgs.) *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FAYET, Paulo. **Da Criminalidade Organizada**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis, **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura jurídica Francesa e *Common Law* em uma perspectiva comparada. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirand lo Blanch, 1989.

KHALED Jr., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LEIBAR, Iñaki Esparza. *El Principio del Proceso Debido*. Barcelona: JMB Editor, 1995.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES Jr., Aury. *Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório*. Revista Consultor Jurídico, 16 de março de 2018.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIGLINO, Arnaldo. *Brevi Riflessioni sul significato del garantismo (con riferimento a vicende italiane degli anni 1988-1994)*. In: RODRIGUES, Horácio W. *Lições alternativas de processo*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Trad. Eliane Lisboa. 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal ¾ evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru/SP: Jalovi, 1983.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme à Teoria dos Jogos**. 4ª ed., rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**. Destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANDEL, Michel J.. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um Senso Comum**. A ciência, o Direito e a política na transição paradigmática. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUZA, Ricardo Timm. **Metamorfose e Extinção** – sobre Kafka e a patologia do tempo. Caxias do Sul: EDUCS, 2000.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio Proceso Penal y Sistemas: Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro — parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Recebido em: 21/07/2018

Aprovado em: 22/04/2019

