

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

GUSTAVO MICHELS BOTEGA

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO DIREITO SUBJETIVO DO
ACUSADO: UM ESTUDO SOBRE AS AGÊNCIAS DO SISTEMA PENAL E A
JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA**

CRICIÚMA
2024

GUSTAVO MICHELS BOTEGA

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO DIREITO SUBJETIVO DO
ACUSADO: UM ESTUDO SOBRE AS AGÊNCIAS DO SISTEMA PENAL E A
JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos e Sociedade

Orientador: Prof. Dr. Jackson da Silva Leal

CRICIÚMA

2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

B748a Botega, Gustavo Michels.

O acordo de não persecução penal como direito subjetivo do acusado : um estudo sobre as agências do sistema penal e a justiça penal negociada / Gustavo Michels Botega. - 2023.

137 p. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2024.

Orientação: Jackson da Silva Leal.

1. Acordo de não persecução penal. 2. Criminologia. 3. Sistema penal. 4. Processo penal - Brasil. I. Título.

CDD 23. ed. 341.59

Bibliotecária Eliziane de Lucca Alosilla - CRB 14/1101
Biblioteca Central Prof. Eurico Back - UNESC


GUSTAVO MICHELS BOTEGA

“O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO: UM ESTUDO SOBRE AS AGÊNCIAS DO SISTEMA PENAL E A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA”

Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 04 de abril de 2024.

BANCA EXAMINADORA

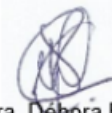

Prof. Dr. Jackson da Silva Leal
(Presidente e Orientador (a) – UNESC))

Documento assinado digitalmente
gov.br ADRIAN BARBOSA E SILVA
Data: 07/05/2024 20:06:40-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof. Dr. Adrian Barbosa e Silva
(Membro externo - CESUPA)


Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira
(Membro Suplente – PPGD/UNESC)

Prof. Dr. Patrick Cacicedo
(Membro externo - USP)


Profa. Dra. Débora Ferrazzo
(Membro – PPGD/UNESC)

Gustavo Michels Botega
(Mestrando(a))

Criciúma, 04 de abril de 2024.


Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira
Coordenador PPGD

GUSTAVO MICHELS BOTEGA

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO DIREITO SUBJETIVO DO
ACUSADO: UM ESTUDO SOBRE AS AGÊNCIAS DO SISTEMA PENAL E A
JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA**

Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito na área de Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 04 de abril de 2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jackson da Silva Leal - UNESC - Orientador

Prof. Dr. Débora Ferrazo – UNESC – Membro PPGD

Prof. Dr. Adrian da Silva – CESUPA – Membro Externo

Prof. Dr. Patrick Cacicedo – USP – Membro Externo

Aos meus pais, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e meu irmão, que sempre me incentivam em meus projetos pessoais e profissionais, dedicando todo o apoio necessário para que hoje eu pudesse estar aqui.

Agradeço ao meu orientador, Professor Jackson da Silva Leal, cujos ensinamentos foram valiosíssimos e que sempre contribuiu de forma exemplar para que o trabalho atingisse o objetivo da melhor forma possível.

“[...] People, don't you understand
The child needs a helping hand
Or he'll grow to be an angry young man some
day
Take a look at you and me
Are we too blind to see?
Do we simply turn our heads
And look the other way [...]”

In the Ghetto – Elvis Presley

RESUMO

O acordo de não persecução penal não vem sendo aplicado da maneira devida, uma vez que, diante de uma abstração normativa, alguns acusadores acabam por serem influenciados, de modo que – em que pese preenchidos os requisitos – apresentem justificativas genéricas para seu não oferecimento. Busca-se no presente trabalho compreender quais os caminhos para considerar o instituto como um direito subjetivo do investigado, sob a ótica criminológica. Para isso, é necessário discorrer sobre a Teoria da Criminologia da Reação Social, em contraponto às teorias neoliberais, a fim de expor o sistema punitivista brasileiro. Além disso, é necessário compreender a dinâmica do *plea bargain* nos Estados Unidos e a justiça penal negociada no Brasil, apontando suas características e críticas ao modo de funcionamento. Isso tudo, a fim de estabelecer uma crítica entre a dogmática penal e a criminologia, com enfoque no acordo de não persecução penal, de modo que seja possível uma aproximação entre as vertentes, a fim de possibilitar a mudança de entendimento atualmente adotado, recaindo essa como hipótese do presente trabalho, passando a considerar o acordo como um direito subjetivo do investigado como uma evolução para o processo penal e a defesa das garantias individuais dos indivíduos processados. Para o desenvolvimento da proposta, serão utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com método dedutivo. Como resultado, espera-se identificar possíveis soluções para o oferecimento de acordos quando preenchidos os requisitos legais, a fim de garantir direitos processuais aos investigados.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; criminologia; sistema penal.

ABSTRACT

The non-criminal prosecution agreement has not been applied properly, since, faced with a normative abstraction, some accusers end up being influenced, so that – despite the requirements being met – they present generic justifications for not offering it. This work seeks to understand the ways to consider the institute as a subjective right of the investigated, from a criminological perspective. To do this, it is necessary to discuss the Theory of Criminology of Social Reaction, in contrast to neoliberal theories, in order to expose the Brazilian punitive system. Furthermore, it is necessary to understand the dynamics of plea bargaining in the United States and criminal justice negotiated in Brazil, pointing out its characteristics and criticisms of the way it operates. All of this, in order to establish a critique between criminal dogmatics and criminology, with a focus on the non-criminal prosecution agreement, so that an approximation between the aspects is possible, in order to enable a change in the currently adopted understanding, falling into this as a hypothesis of the present work, starting to consider the agreement as a subjective right of the person being investigated as an evolution for the criminal process and the defense of the individual guarantees of the individuals being processed. To develop the proposal, bibliographic and documentary research techniques will be used. As a result, it is expected to identify possible solutions for offering agreements when legal requirements are met, in order to guarantee procedural rights to those investigated.

Keywords: non-criminal prosecution agreement; criminology; criminal system.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPP – Acordo de Não Persecução Penal

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

HC – Habeas Corpus

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O SISTEMA PUNITIVISTA: A ROTULAÇÃO DOS INDIVÍDUOS E A BUSCA PELA CONDENAÇÃO NO PROCESSO PENAL ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.	
2.1	<i>LABELLING APPROACH</i> E A VIRADA DE PARADIGMA CRIMINOLÓGICO ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.	7
2.2	NEOLIBERALISMO E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA PUNITIVISTA	29
2.3.	ESPECIFICIDADES DA SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL: A REALIDADE SOBRE O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO	41
3	JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E SUAS CONSEQUÊNCIAS	53
3.1	<i>PLEA BARGAINING</i> : A NOVA SEGREGAÇÃO E O ENCARCERAMENTO EM MASSA	53
3.2	JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: A LIBERDADE E A VIOLÊNCIA GERIDAS PELO CUSTO BENEFÍCIO	65
3.3	CRÍTICAS AO MODELO NEGOCIAL E AO INSTITUTO DA BARGANHA NO PROCESSO PENAL	77
4	DOGMÁTICA PENAL CRIMINOLOGICAMENTE ORIENTADA: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS E A REALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	89
4.1	EFICIÊNCIA INVERTIDA: FUNÇÕES DECLARADAS E OCULTAS DA DOGMÁTICA PENAL FACE A REDUÇÃO DE GARANTIAS PROCESSUAIS	90
4.2	A NECESSIDADE DE DISCUSSÃO CRIMINOLÓGICA PARA A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA.....	101
4.3	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO: A CONTRAÇÃO DO DIREITO PENAL EM (DES)FAVOR DO ACUSADO	109
5	CONCLUSÃO	119
	REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito (Bourdieu, 1989, p. 212). A célebre frase do sociólogo francês pode sintetizar a justificativa da pesquisa do ponto de vista do pesquisador. Uma vez tratar-se de advogado com atuação exclusiva na seara criminal, não por poucas vezes, é possível visualizar acusadores tomarem para si o direito de dizer o direito.

Recentemente, alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal se manifestaram no sentido de que o acordo de não persecução penal seria uma faculdade do Ministério Público, e não um direito subjetivo do réu, uma vez que a lei asseveraria tal discricionariedade em razão da utilização do termo poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 2019 e 2021).

Diante de tal abstração da normativa, é possível que acusadores sucumbam a pressões populares, de grupos, em atender o clamor social, para reivindicar para si a capacidade de fixar conceitos abstratos, de modo que – em que pese preenchidos os requisitos para celebração do acordo – apresentem justificativas genéricas para o não oferecimento do acordo de não persecução penal.

Por vezes, ainda que preenchidos os requisitos (hoje considerados como objetivos), por vezes são criados empecilhos pelos acusadores, principalmente com a utilização de justificativas genéricas, para a recusa no oferecimento do acordo de não persecução penal. Rotineiramente é possível verificar que as recusas se pautam na própria conduta que tipifica o delito, sem que haja a presença de outras características que especifiquem a gravidade em concreto.

A partir disso, ainda que preenchido o requisito, o acusador opta que o indivíduo seja processado criminalmente durante um longo período de tempo, sem atentar-se que a existência do processo é uma própria pena.

Dar tamanho poder aos acusadores, isto é, que pratiquem atos sem uma justificativa adequada, mas tão somente uma alegação genérica, impede a devida atuação dos advogados em benefício dos acusados, bem como impede aos indivíduos que estão sendo, ou que vierem a ser processados, a garantia do oferecimento do acordo, ante o preenchimento dos requisitos legais.

Verifica-se, portanto, que conduzir a dogmática penal sob uma orientação criminológica, *in casu* demonstrando as consequências da rotulação e estigmatização

dos indivíduos, acaba por limitar a faculdade e atuação do acusador, em benefício do acusado.

Isso porque, a pesquisa buscará vincular a dogmática criminologicamente orientada à prática processual penal, buscando garantir aos indivíduos uma menor estigmatização como desviantes perante toda a sociedade.

Inicialmente, será necessária uma exposição criminológica, principalmente no que tange ao rotulamento dos indivíduos processados. Isso porque, ainda que a criminologia estude as causas do crime, isto é, da conduta e do sujeito, a criminologia crítica acaba por ser inspirada pelo marxismo (CALHAU, 2009), em que a exploração econômica e da opressão das classes acaba por ser base da criminalidade, ante a discrepância social. Ainda que não seja uma teoria limitada, em suma a criminologia crítica surge influenciada pela escola criminológica de Berkeley, com conhecimentos desenvolvidos a partir da necessidade de oferecimento de serviços estatais básicos, antes da repressão, em suma, a partir do paradigma da reação social.

A teoria do *labelling approach* acaba por revelar problemas no discurso e na intervenção jurídico penal, de modo que o crime passa a ser compreendido como um comportamento definido pelos grupos dominantes, com estigmatização e criação de estereótipos aos indivíduos, catalogando como criminosos, ao tempo em que exclui outros delinquentes da rotulação (ZAFFARONI, 1991).

Em continuidade, acaba por ser necessário ao trabalho a análise não só do contexto criminológico, mas também do Estado em que estão inseridos os indivíduos. Palavras outras, considerando que hoje se está diante de um Estado neoliberal, em que cabe à esse garantir plenas condições para o livre funcionamento do mercado, o qual regula o pleno funcionamento da economia, bem como diante da mínima atuação nas áreas sociais e assistenciais, a fim de compreender teoricamente onde está inserido o Brasil.

E justamente a ascensão do *Warfare State*, que lança mão de criminalizar a miséria enquanto política social, ocorre que o surgimento e crescimento da criminologia crítica. Ocorre que, a criminologia crítica prontamente consegue verificar que a financeirização da economia acaba por criar consequências drásticas para a classe subalterna, além de reforçar a coercitividade sobre os mais pobres, justamente os menos assistidos pelas políticas neoliberais (WACQUANT, 2007)

A partir daí, é possível ao trabalho verificar na prática as políticas de encarceramento em massa, com caráter repressivo do estado e sua utilização para

manutenção da classe dominante no poder, ao tempo em que os indivíduos pertencentes à essa classe acabam por – cada vez mais – clamarem por normas mais repressivas e com punições maiores.

Esse discurso punitivista acaba por se espalhar juntamente com as Teorias da Lei e da Ordem, legitimando a atuação estatal e o engrandecimento do direito penal. Concomitantemente, é possível verificar políticas de tolerância zero e a retórica da *guerra* ao crime e a *reconquista* do espaço público até então tomado pelos desviantes, de modo a contextualizar com a prática jurídica brasileira, bem como a realidade da seletividade penal no país.

Realizada a análise dos objetivos iniciais acima descritos, isto é, compreender a teoria do *labelling* approach, entender a teoria do estado neoliberal e o punitivismo, para então se chegar à realidade da seletividade penal brasileira, é que será possível adentrar no segundo capítulo. Isso porque, o Estudo já terá transpassado por boa parte das categorias teóricas

A partir disso, será possível verificar os modos de funcionamento dos institutos de negociação no direito penal, tanto nos Estados Unidos, responsável pela influência e expansão desses modelos, como a realidade encontrada no Brasil.

Debruçando-se sobre o modo de funcionamento e utilização do *plea bargain* nos Estados Unidos, possibilitará a verificação das características, consequências e efeitos da contração do direito penal. Isto é, acaba por ser possível verificar o nível de encarceramento, o *combate* à criminalidade, o caráter pedagógico da pena, bem como o funcionamento do sistema penal criminal de forma contraída, indicando possíveis cenários ao processo penal brasileiro com a utilização do acordo de não persecução penal.

Ainda que haja influência estadunidense, a importação da justiça penal negociada nem sempre ocorre *ipsis litteris*. No Brasil, por exemplo, inicia-se com a introdução dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, oriundos da Lei n. 9.099/1995. Há de se destacar, posteriormente, a implementação da colaboração premiada, oriunda da Lei n. 12.850/2013, em que garante aos acusados benefícios face colaborações à investigação em curso.

Há de se destacar ainda os institutos da confissão, delação e colaboração premiada, classificados doutrinariamente como colaboração processual (NAVES, 2017). Os institutos buscam beneficiar o indivíduo que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação ou o processo criminal, a fim de confirmar a

prática delituosa. De um lado, a doutrina aponta que as colaborações processuais mercantilizam os processos criminais, em que há uma verdadeira negociação de condenações e imputações, de outro norte, parte da doutrina classifica como um auxílio na investigação e punição de criminosos, beneficiando a sociedade, além ser considerado um mecanismo de defesa pelos acusados (BRANDALISE, 2016).

Dentre incontáveis questionamentos e irresignações oriundos do ANPP, um ponto específico será objeto de estudo do trabalho: o reconhecimento, por parte de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, do referido instituto ser uma faculdade ministerial, e não um direito subjetivo do acusado.

Isso porque, ainda que o tema seja inédito na Corte Suprema, existindo somente decisões monocráticas da Segunda Turma, e uma única decisão monocrática da Primeira Turma, sem que exista – até o momento – uma discussão em plenário, vêm se aplicando o entendimento que o instituto não seria um direito subjetivo do réu, mas uma faculdade da acusação, ou ainda, *um poder-dever do titular da ação penal* (BRASIL, 2020), a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação (ou não) do instituto, desde que motivadamente.

Com isso, ainda que preenchidos os requisitos objetivos para a celebração do acordo, isto é, o acusado ter confessado a prática do delito, ter ele sido praticado sem violência ou grave ameaça, com uma pena mínima inferior a quatro anos, e ainda, preenchidos os requisitos do § 2º, do artigo 28-A, estaria facultado ao acusador oferecer (ou não) o acordo, desde de que fundamentadamente. Necessário destacar nesse último ponto que não há, até o presente momento, uma designação do que seria uma fundamentação suficiente para negar o oferecimento do acordo.

Para o desenvolvimento da proposta serão utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa documental é realizada junto aos órgãos que apontam encarceramento em massa no país, a legislação nacional sobre o tema, os dados referentes ao *plea bargaining* nos Estados Unidos e julgados específicos que acabam por demonstrar como hoje são aplicados na prática os institutos negociais no Brasil.

A pesquisa bibliográfica se dará através da coleta de textos obtidos de material técnico em sua maioria, consistente em livros de autores como Juarez Cirino, Howard Becker, Vera Regina Pereira de Andrade e Eugênio Raúl Zaffaroni. Além disso, será realiza pesquisa junto às bibliotecas das universidades brasileiras, Banco de Teses e Dissertações da CAPES, Portal Scielo, Portal de Periódicos da CAPES/MEC, Google

acadêmico, além dos repositórios institucionais de programas de pós-graduação e publicações sobre o tema em Revistas brasileiras qualificadas no *Qualis*.

O método de abordagem será dedutivo, proporcionando a extração de uma conclusão específica acerca do acordo de não persecução penal, a partir das premissas gerais dos conceitos desenvolvidos, ao passo em que o método de procedimento será o histórico, a fim de auxiliar na análise de dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça e julgados específicos oriundos dos Tribunais Superiores, além de monográfico, com a revisão bibliográfica em livros, mas também em bases de dados de acesso público.

Nesse tracejar, o trabalho acaba por ser vinculado à linha de pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos, desta instituição, além de vincular-se ao Professor Orientador Dr. Jackson da Silva Leal, não somente pela análise criminológica da dogmática penal, mas mais especificamente pela análise sob um viés das teorias da criminologia crítica, nas quais desenvolve pesquisas e projetos, bem como é autor de obras literárias.

O objeto vincula-se ao Professor, uma vez que busca realizar uma mudança no paradigma imposto pela dogmática, através da criminologia crítica, principalmente com a exposição de temas como o *labelling approach*, a crítica ao neoliberalismo e a seletividade penal no Brasil, os dois últimos, alvos de duras críticas daquele.

Como resultado, a contribuição para a sociedade, para o sistema de justiça, mas, principalmente para os indivíduos processados criminalmente cinge-se na busca pela diminuição de rótulos estigmatizantes até então adotados no âmbito da justiça criminal. Para além disso, o presente estudo possibilitará a adoção de entendimento diverso do atualmente adotado por alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, possibilitando uma análise sob um viés criminológico da dogmática penal.

Em todo o texto, será possível examinar a dinâmica social dos direitos humanos e seus problemas no âmbito da justiça penal negociada, ampliando a gama de direitos dos acusados e restringindo arbitrariedades estatais através de uma discussão crítica sobre o *status quo*.

A análise da criminologia em contraposição ao atual procedimento instalado possibilitará a criação de propostas, estando uma aqui inserida como hipótese, de modo a formar direitos que protejam e garantam maior dignidade aos indivíduos processados criminalmente.

2 O SISTEMA PUNITIVISTA: A ROTULAÇÃO DOS INDIVÍDUOS E A BUSCA PELA CONDENAÇÃO NO PROCESSO PENAL

A criminologia pode ser considerada como a ciência responsável pela análise das causas do crime. Nessas causas, inserem-se os desvios das normas penais e sociais, o crime, o agente, a vítima, o controle social, enfim, todas as circunstâncias que envolvem o desvio em questão (DIAS; ANDRADE, 1992).

Característica fundamental dessa ciência é a interdisciplinaridade para análise do fato considerado desviante, bem como dos aspectos negativos do sistema penal, tendo como finalidade a aviação da resposta social e lesão ao direito, *ponderando a qualidade da intervenção que os diversos sistemas existentes contemplas seus pressupostos, fundamentos e efeitos* (MOLINA; GOMES, 2006).

A Teoria Crítica da Criminologia, por sua vez, origina-se de uma fragmentação da criminologia. Esse rompimento busca trazer uma nova perspectiva de análise criminológica, principalmente os motivos que sustentam a contínua discussão em âmbito acadêmico da criminologia tradicional, sobre o mesmo tipo de criminalidade (MARTINS, 2014).

Em suma, há a necessidade de dar fim a pequenos e pontuais problemas que envolvam a criminalidade, principalmente a personalidade do criminoso, para realizar uma análise social e da realidade em que estavam inseridos tais criminosos. A partir disso, questionam-se medidas políticas tomadas na época, principalmente acerca da *luta contra o crime*.

Para além da análise de todo o contexto criminológico, a teoria crítica também busca analisar o Estado em que está inserido o indivíduo, principalmente na era neoliberal. Isso porque, em teoria, os liberais acreditam que o papel do Estado é garantir plenas condições para o livre funcionamento do mercado, o qual regula o pleno funcionamento da economia. O intuito da política neoliberal é criar um clima de negócios e investimento favoráveis ao empreendimento capitalista. Assim, o estado neoliberal deve ser mínimo, reduzindo sua atuação principalmente em questões sociais e assistenciais, ao tempo em que garante o pleno funcionamento do capitalismo.

E, segundo a ideologia neoliberal, consente-se na ideia de que as consequências das desigualdades sociais são de responsabilidades dos individuais,

cabendo ao estado tão somente a repressão e punição por eventuais desvios de conduta.

2.1 LABELLING APPROACH E A VIRADA DO PARADIGMA CRIMINOLÓGICO

O marco inicial da criminologia é discutível. Entretanto, sabe-se que o começo da criminologia ocorreu durante os debates entre os clássicos e os positivistas. Diversos escritores, em suas criações, discutiram o conteúdo em torno do crime, dificultando quanto a obra originária, admitida pela comunidade científica como o início do discurso criminológico.

Os precursores, tinham o entendimento de que o crime era contemplado como a ruptura do acordado entre a sociedade à época. Isto é, não eram apuradas, naquele tempo, as causas do crime, por isso, inexistia uma aflição etiológica, mas somente a de restaurar para o estado anterior, o dano sofrido pela conduta conhecida como delituosa. Para os clássicos, o crime advém do anseio, não era algo instintivo, mas sim da autonomia que era desfrutada ante o contrato social. A fundamentação era baseada no compromisso particular.

Já os positivistas, de outro modo, manavam da premissa de que o crime era resultado de uma degeneração, de uma observação de natureza biológica, onde o conceito de livre-arbítrio, defendido pelos pensadores clássicos, era considerado meramente uma ilusão, uma conjectura filosófica. O modo de estipular a caracterização do criminoso e da criminalidade é o que destaca a criminologia positivista.

Frisa-se, que ambos os entendimentos se encaixam dentro da ideia de defesa da sociedade, mesmo possuindo suas divergências. A mudança desta referência para o modo como a sociedade lidaria, com a implantação das teorias do *labelling approach*, o ponto central deste trabalho.

As teses trazidas pelo *labelling* provocam um interesse no estudo das entidades que visam a gestão social, procurando entender seu funcionamento e seu modo de inclusão. O *labelling approach* transpareceu uma alteração na forma de interpretar a criminalidade, vez que a posição de criminoso é partilhada na sociedade, arrastando a investigação dos motivos da criminalidade para o devido processo de criminalização.

Com o advento da modernidade e o estabelecimento de um novo sistema econômico, o capitalismo, intensificará a interação entre diferentes comunidades e impulsionará o surgimento de uma nova forma de estrutura social, a sociedade política assume uma nova característica, incompatível com o regime anterior fundamentado no conceito de direito natural divino.

Em sua obra, “O Leviatã”, Thomas Hobbes além de precisar os fundamentos da moderna filosofia política, também fomenta o rompimento com o jusnaturalismo de caráter divino.

Para Locke (1995), uma parcela desse hipotético estado de natureza, no entanto, apresenta uma abordagem distintiva em relação à versão anterior. Além do mais, considera que o estado de natureza não é um espaço de desgaste da sociedade, de primitividade, mas sim: um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência. (LOCKE, 1995) Destaca-se, a contrariedade quanto ao posicionamento de Hobbes.

A escolha de um pacto social, tem como objetivo estabelecer princípios diretos para o exercício do controle político, o qual, na visão desses autores, é considerado como pertencente a todos os indivíduos.

A criminologia clássica, entende que o crime acontece por uma iniciativa pessoal, que, optou por violar o contrato social, à luz dos princípios iluministas e contratualistas. Para esses autores, o delito emerge da ocorrência de uma conduta lógica, raciocinada desde o início. Conforme Antonio García-Pablos de Molina (2006), a única inquietação etiológica consiste em oferecer os motivos que levam ao comportamento criminoso, e não em investigar suas causas, sendo a elucidação situacional do delito.

Essa perspectiva de entender o delito, surge da época em que a escola clássica estava introduzida. Como herdeira da época absolutista e de suas excessivas práticas, sua missão inicial foi civilizar e justificar a aplicação da lei, visando proteger o indivíduo contra os abusos do poder público. Para que a pena imposta seja adequada e equivalente, e que não tente determinar as causas que levaram o cometimento do crime, é necessário demarcar os limites da jurisdição penal.

As principais premissas da escola clássica são retratadas na obra de Cesare Bonesana. Segundo Baratta “menos a obra original de uma genial personalidade do que a expressão de todo um movimento de pensamento, em que conflui toda a filosofia política do iluminismo europeu e, especialmente, o francês”

(BARATTA, 2002), ou seja, Dos delitos e das penas delibera um conglomerado de conceitos que trilhavam o iluminismo.

Com base nos princípios do utilitarismo, do contratualismo e da teoria da separação de poderes, o autor desenvolve uma declaração que se opõe à arbitrariedade e à opressão exercidas pelo governo, sugerindo a implementação de diversas ações que teriam um impacto significativo no desenvolvimento subsequente do sistema jurídico e da política criminal. Visando facilitar a compreensão das leis, Beccaria sugere que os textos de lei tenham linguagem mais simples, tornando-se acessível a qualquer pessoa, evitando qualquer tipo de confusão.

Ele foi um dos pioneiros a sustentar a legalidade no campo penal, argumentando que apenas as leis deveriam ser responsáveis por estabelecer as sanções penais. Ele acreditava que essas sanções deveriam ser aplicadas por um juiz que seguisse estritamente as diretrizes legais, em vez de serem determinadas, como era comum na época, por um juiz que atuava como legislador, criando e impondo as penas.

Como uma forma de precaver outros crimes, Beccaria (2002) entendia que as punições deveriam ser humanizadas e edificantes, vez que não era justificada na vingança e, conforme Gabriel Ignacio Anitua (2005), o autor entendia que “todo ato de autoridade exercido sobre um homem é tirânico se não está baseado na necessidade e, portanto, todo castigo que não serve para manter o contrato social unido é injusto”.

O contrato social se baseava na ideia de que cada indivíduo renunciava a pequenas porções de sua autonomia particular em benefício do Estado. No entanto, essa renúncia não incluía o direito à vida, o que significava que o Estado não tinha permissão para tomar qualquer ação que pudesse afetar esse bem jurídico fundamental, segundo Beccaria (2002).

A forma como o processo progredia era outra ânsia do autor, tendo em vista que o entendimento dele divergia com a maneira de arranjar provas por meio da tortura, reprovando as imputações ocultas, as quais eram “abusos evidentes mas consagrados e necessários em muitas nações pela fraqueza da constituição” (BARATTA, 2002), clamando por punições impostas de maneira mais moderada.

A doutrina positivista ergue-se durante a segunda metade do século XIX, com o propósito de aplicar aos estudos das ciências sociais os mesmos procedimentos e padrões utilizados nas ciências naturais. Na área da criminologia, Cesare Lombroso desempenhou um papel fundamental ao apresentar os princípios

fundamentais do positivismo por meio de sua obra *L'uomo delinquente*, marcando assim o início de uma nova era na criminologia: o período científico.

Visando apontar as origens do delito, e inspirado pela teoria da evolução das espécies de Darwin, Lombroso promove um estudo em diversas prisões e manicômios na Europa, conclui que a pessoa possuínte de algumas peculiaridades físicas estão propícias a serem delinquentes, dando origem a criminologia etiológica.

O positivismo criminológico desperta a ideia do criminoso nato e do conceito de atavismo. Ele concebe o criminoso como alguém “deficiente”, isto é, cujo desenvolvimento mental e físico foi inacabado, tornando-o incapaz, no que tange o comportamento estabelecido pelas normas sociais.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (1984), a fórmula do positivismo inicialmente empregada no campo das ciências naturais, fora deslocada para as ciências sociais, sendo chamada de experimental, tendo em vista uma finalidade científica, um determinismo causal e um balanço da conduta. Entende-se por determinismo causal como a lei universal da natureza, a qual controla os fenômenos físicos e humanos, cabendo ao cientista apurar os seus motivos.

O debate acerca de uma ideia filosófica e determinista, firmada pelos clássicos e positivistas, tornou-se o estopim para estudo do crime. Os positivistas enfocam a concepção de causalidade e determinismo ao abordar o crime, evitando o uso de bases filosóficas para enquadrá-lo, preferindo vê-lo como resultado de anormalidades individuais. Lombroso, Ferri e Garófalo, representantes de destaque da escola positivista, receberam críticas diversas, no entanto, foram esses pensadores que pioneiramente desenvolveram uma abordagem sistematizada da criminologia.

Em contrapartida, os clássicos apresentam uma interpretação do crime que o coloca em pé de igualdade com outras ações humanas, não o distinguindo de maneira especial. De acordo com essa abordagem, o crime é visto como uma escolha disponível para o indivíduo, uma possibilidade que ele pode ou não exercer, agindo livremente.

“Apesar de não ter existido uma escola clássica, não é tarefa simples caracterizar a escola positivista, porque entre Lombroso, e Ferri há diferenças grandes, e em relação a Garofalo elas são ainda maiores [...]” (ZAFFARONI, 2003), pode-se dizer que, mesmo com as distinções ideológicas e as diferenças entre

colegiados, estas teorias comungam da necessidade de gerar um protótipo de ciência penal integrado, conforme Baratta (2002):

Um modelo no qual a ciência jurídica e a concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções do do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos no encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico.

A ideia de defesa da sociedade, no contexto penal, implica na racionalização das abordagens punitivas, fundamentada em uma série de princípios (BARATTA, 2002). Esses princípios buscam civilizar a execução das penas e o sistema penal como um todo, introduzindo novos modelos a serem seguidos no âmbito da justiça criminal.

A escola interacionista, não crê que os motivos que ensejam o crime são pertinentes, somente suas circunstâncias de desenvolvimento, entendendo o crime como um fato arquitetado pela sociedade. Consoante Giddens (2005):

Os sociólogos que estudam o crime e o desvio na tradição interacionista concentram-se no desvio como um fenômeno construído socialmente. Rejeitam a idéia de que haja tipos de conduta que sejam inerentemente “desviantes”. Em vez disso, os interacionista questionam como os comportamentos vêm a ser inicialmente definidos como desviantes e por que certos grupos, e não outros, são rotulados de desviantes.

Trata-se de uma vertente da sociologia que começa com a análise do significado da interação social e de que maneira esse processo molda o dia a dia das pessoas, suas ações e reações, contribuindo para a construção coletiva da realidade social.

Os conceitos do filósofo George Herbert Mead, que para William Skidmore (1976) foi “quem juntou mais completamente que qualquer outra pessoa, o estudo da sociedade a um programa filosófico.”, norteiam os princípios da filosofia interacionista, juntamente com a filosofia costumeira americana.

O *labelling approach*, chamado também de Teoria da Rotulação, ou ainda “da reação social ou do etiquetamento” (SANTOS, 1984), é um dos principais pressupostos interacionistas, o qual baseia inúmeras ações implantadas na área do direito penal, objetivando, o abastecimento de formas diferentes para aplicação da

pena de prisão como solução (movimentos de despenalização, descriminalização, diversão, etc.), impossibilitando a sua rotulação.

O conceito do *Labelling Approach*, também apelidado de Teoria da Rotulação, da Etiquetagem, Interacionista ou da Reação Social, teve seu início na década de 1960, nos Estados Unidos da América. Os autores que a iniciaram, entre as décadas de 1950 e 1960, a fizeram com o intuito de indagar a forma como eram feitas as investigações criminais (SILVA, 2015).

Howard Becker, um destacado cientista social dos Estados Unidos, foi pioneiro ao apresentar essa sugestão quando publicou seu livro *Outsiders* em 1973, que posteriormente foi traduzido para o português em 2008. Nessa obra, Becker analisa a atitude de indivíduos que não conformam com as normas estabelecidas pela sociedade e explora suas motivações subjacentes. Naquela época, como observou Becker (2008), os sociólogos começaram a questionar a ideia de que o sistema de justiça criminal estava isento de erros e a crença de que todos os infratores eram inerentemente maus. Ademais, criou-se uma incerteza sobre se tudo o que a polícia rotulava como crime realmente o era.

A teoria do *labelling approach*, parte da ideia de que a criminalidade não é algo natural, não é um fato, mas uma obra da sociedade, uma veracidade que deriva de métodos de definição e confraternização social. Entende-se por crime tudo o que emana de medidas exigentes e preconceituosas que o apontam, e não como uma característica particular.

A emergência do paradigma da reação social, representa uma mudança fundamental na abordagem do estudo da criminalidade. Ele desloca o foco dos critérios etiológicos e causais para uma compreensão da criminalidade como um fenômeno social que resulta do processo de interação entre os indivíduos.

O gritante desequilíbrio econômico e racial da época, trouxe à tona um novo modo de ver o crime e o criminoso. Era evidente, também, que algumas castas sociais eram beneficiadas na hora de serem penalizados. Tendo em vista a conjuntura da época, onde críticas acerca das desigualdades eram rotineiras, a aparição do "*Labelling Approach*", auxiliou na imprescindibilidade de modificar as maneiras de indicar crime e criminoso, Araújo (2010).

Para Silva (2015), o nascimento da Teoria do "*Labelling Approach*" se deu no meio de um contexto histórico. Os conflitos sociais a respeito das minorias negras, da busca por direitos civis e da discriminação sexual, em seguida a Segunda Guerra

mundial, eram notórios. Tais lutas propulsaram estudos aprofundados sobre a referida teoria.

Para Molina (2006), inexitem dúvidas.

O labelling approach, em consequência, supera o paradigma etiológico tradicional, problematizando a própria definição da criminalidade. Esta, se diz, não é como um pedaço de ferro, como um objeto físico, senão o resultado de um processo social de interação (definição e seleção): existe somente nos pressupostos normativos e valorativos, sempre circunstanciais, dos membros de uma sociedade. Não lhe interessam as causas da desviação (primária), senão os processos de criminalização e sustenta que é o controle social que cria a criminalidade. Por isso, o interesse da investigação se desloca do desviado e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que lhe definem como desviado, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e o funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo, que outra coisa não é senão vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma de controle.

Alessandro Baratta (2002) entende que, o *labelling approach*, “lançou luz sobre o fato de que o poder de criminalização, e o exercício deste poder, estão estreitamente ligados à estratificação e à estrutura antagônica da sociedade”.

Para Andrade (1995), a criminologia é reconhecida como uma disciplina científica cujo objetivo principal é analisar a fenomenologia da criminalidade, buscando compreender suas raízes e identificar estratégias eficazes para seu enfrentamento. Essa área de estudo não apenas investiga as ações dos infratores, mas também se dedica a examinar as motivações subjacentes a seus comportamentos delituosos.

Quanto à criminologia, podemos afirmar que se trata de uma ciência que tem como seu domínio de estudo o crime, as vítimas, os criminosos e os mecanismos de controle social da criminalidade. Seu principal enfoque está na redução e precaução do crime.

Os métodos empregados na criminologia incluem abordagens biológicas, históricas, estatísticas e sociológicas. A perspectiva sociológica, por sua vez, enfatiza o papel da sociedade na formação do comportamento criminoso e se divide em duas vertentes: conflituosa e consensual. No método sociológico conflituoso, o sistema de controle social se volta contra o indivíduo, muitas vezes contribuindo para seu desvio, já no método sociológico consensual, a sociedade busca atingir seus objetivos. É no método sociológico conflituoso, que encontramos a Teoria do “*Labelling Approach*”.

Focado em mecanismo de imposição legal, a Teoria do “*Labelling Approach*” demonstra que o ponto crucial para determinar quem é o criminoso, é a sociedade. Um de seus argumentos é que o sistema penal busca beneficiar certos grupos sociais, e, conseqüentemente acabar por excluir outros, colaborando com a deterioração da sociedade, por isso sua crítica constante contra a justiça criminal.

Andrade (1995), entende que:

O Labelling parte dos conceitos de conduta desviada e reação social, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.

Conforme Andrade (1995), a criminalidade se difere de outras condutas por estar concretizada no Direito Penal, que caracteriza as atitudes. Ou seja, é, um estereótipo outorgado a certos indivíduos, fundamentado na questão de a pessoa ser criminosa, sem que haja um estudo sobre o que a levou a consumir tal ato, feito pela sociedade. A criminalidade, é uma circunstância usada para estereotipar uma pessoa, com base nas concepções sociais e do sistema pena, sendo erguida por este último, afirma Silva (2015). O sujeito não surge com a criminalidade, não é uma coisa própria do agente, mas um estado determinado pelas normas. Como sustenta Andrade (1995),

Uma conduta não é criminal “em si” nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a definição legal do crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.

Para Andrade (1995), o crime é uma ação determinada e após, realizada pelo indivíduo. Em sua explanação, Araújo (2010) afirma que o crime é imputado para quem o consuma, que não faz parte da pessoa. Conforme Silva (2015), “O crime passou a ser pensado como algo que foi estipulado por complexos processos de interação social, não como consequência de uma conduta. A infração só é infração porque alguém assim a determinou”.

De acordo com Andrade (2002), como Lombroso defendia o criminoso como algo biológico, definindo-o por suas peculiaridades corporais, acontece que após estudos sociais e sobre alteração de pensamento sobre o tema, o conceito de criminoso foi alterado. Para Araújo (2012), o criminoso nada mais é que uma pessoa que se porta de maneira divergente das normas sociais.

Isto é, para a teoria do *labelling*, o controle civil praticado contra a sociedade, e o maldoso aspecto semelhante a este compartilha os estereótipos sociais, tornando explícito o método operacional dos poderes de controle (a Polícia, a Magistratura, o Ministério Público) que rotulem contrariamente os indivíduos.

Mencionando Willian Payne, Lola Aniyar de Castro (1983) associa tais rótulos negativos como 'corredores que induzem e iniciam uma carreira desviante e como prisões que constroem a uma pessoa dentro do papel desviante". Ainda, para a escritora, "a rotulação seria o processo pelo qual um papel desviante se cria e se mantém através da imposição dos rótulos delitivos".

A aplicação desses rótulos utiliza o conceito de meta-regras, conforme definido por Baratta (2002) ao citar Sack:

São regras objetivas do sistema social, que podem orientar-se para o que Sack chama 'a questão científica decisiva', que ele relaciona à diferença intercorrente entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida: o problema de como devemos representar o 'processo de filtragem' da população criminosa, ou seja, em última análise, 'daqueles contra os quais, afinal, se pronuncia uma sentença em nome do povo.

As meta-regras encapsulam todas as discriminações e rótulos que as instituições de controle social empregam ao caracterizar crimes e delinquentes, influenciando os processos de seleção e a inclusão da população marginalizada.

Elas possuem operação em horas cruciais, não apenas durante a aplicação da lei a um incidente, mas também no desenvolvimento das leis em si e nos diversos procedimentos que fazem parte do processo de interação social.

Os estereótipos desenvolvidos pela sociedade, em desfavor dos criminosos, provocam um comportamento negativo da sociedade, fazendo com que o criminoso cometa outros delitos, explica Becker.

Tratar uma pessoa como se ela fosse em geral, e não em particular, desviante, produz uma profecia autorrealizadora. Ela põe em movimento vários mecanismos que conspiram para moldar a pessoa

segundo a imagem que os outros têm dela. Em primeiro lugar, após ser identificada como desviante, ela tende a ser impedida de participar de grupos mais convencionais, num isolamento que talvez as consequências específicas da atividade desviante nunca pudessem causar por si mesmas caso não houvesse o conhecimento público e a reação a ele (BECKER, 2008).

Nesta toada, a perspectiva adotada pela teoria, gera algumas perguntas, dentre elas, compreender que os estereótipos e as atitudes da sociedade contribuem com a criminalidade, procurando aprender o conceito de crime, como reconhecer um criminoso, como se dá o processo para tal reconhecimento, por quê algumas ações são consideradas crimes e outras não, e quais as implicações quando uma pena é aplicada. Na tentativa de responder tais perguntas, um novo ponto de vista surge na criminologia.

O labelling desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das “causas” do crime (e, pois da pessoa do criminoso e seu meio e mesmo do fato crime) para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal, como conjunto articulado de processos de definição (criminalização primária) e de seleção (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante (DIAS; ANDRADE, 2002).

Embasando se na teoria do “*Labelling Approach*”, em razão de que parte dos criminosos não são penalizados pela execução de um ato ilícito, pode-se determinar as causas para tais despenalização. E, justamente em razão desta despenalização, é que a sociedade, principalmente as vítimas, acabam por julgar e estereotipar os criminosos, desprezando-os. Sustenta Baratta:

[...] o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito das atividades das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias (BARATTA, 2002).

Para Zaffaroni (1991), os rótulos impostos pela sociedade e definidos pela teoria, acabam classificando os criminosos, estereotipando-os de forma exclusiva, vez que alguns são punidos mesmo sem praticar crime algum. Isto é, para explicar o processo seletivo adotado pelo sistema, a teoria procura expor que as autoridades governamentais procuram determinar quem e o que será criminalizado.

Para mencionar os crimes “ocultos”, ou seja, crimes que não são oficialmente expostos, os teóricos do *labelling* utilizam-se da cifra oculta da criminalidade ou delinquência oculta, a qual atribuí uma nova esfera para a investigação, acerca das estatísticas da criminalização. Tal recurso demonstra que o número dos crimes registrados oficialmente é bastante inferior aos crimes consumados, desmitificando o pensamento de que o crime é cometido por uma minoria, como afirmavam os estudiosos clássicos e positivistas. Melhor dizendo, é um ato apartado da sociedade, praticado pela própria, em sua maioria.

Para o *Labelling*, a criminalização pode ser estabelecida como um emaranhado processo para que seja assumida uma nova identidade pela sociedade, onde estereótipos serão impostos, fazendo com que o indivíduo assuma uma nova identidade, desprendendo-se da anterior, assumindo um novo papel dentro da sociedade.

A partir da criminalização primária, isto é, a execução do delito, tem-se o processo de rotulação, onde a sociedade legitimará a sanção, chamada de cerimônias degradantes. Ao responsável pelo ato recairão tais cerimônias, onde será imposto a este uma nova identidade, a de criminoso, temporária, que lhe trará afastamento da sociedade e restringimento de possibilidades.

Já na criminalização secundária, o indivíduo reconhece a identidade de criminoso, onde se tem a origem de um processo de aceitação dos estereótipos e, conseqüentemente, o desenvolvimento de uma carreira criminosa, contribuindo com outros crimes e se identificando como criminoso.

A principal crítica às teorias do *labelling*, está relacionada à sua falta de explicação sobre por que algumas ações são categorizadas como crimes, enquanto outras não o são. Em vez disso, essas teorias tendem a se concentrar na exposição das regras gerais que influenciam a construção da identidade criminosa na sociedade. Tal tema será discutido pela criminologia crítica.

Geralmente, observa-se uma abordagem puramente objetiva ao lidar com questões jurídicas, sem buscar indagações que vão além dos limites estabelecidos pela legislação. Quando se trata de crimes, essa abordagem não é exceção e, talvez, seja ainda mais intensa. Isso ocorre porque, devido ao princípio da legalidade penal, o dogmatismo é enfatizado e dominante. Ao mesmo tempo, há uma crescente conscientização de que é necessário encontrar novas abordagens para abordar o

problema da criminalidade, reformular as políticas criminais existentes e criar perspectivas inovadoras.

Nesse contexto, diversas sugestões destinadas a alterar o sistema penal e processual têm surgido. É interessante observar que muitas delas, mesmo sem perceber, incorporam conceitos teóricos provenientes das abordagens do *Labelling*.

Teorias como o direito penal mínimo, a redução da intervenção penal e o princípio da insignificância penal, entre outras, basicamente atualizam conceitos que já estão, de uma forma ou de outra, consolidados na teoria da reação social. Desse modo, essas matérias consideradas “inovadoras” somente vão de encontro com o argumentado por essa corrente há mais de 40 anos.

Explorar a transição do paradigma da ideologia social, que busca a base da responsabilidade penal no indivíduo, para o paradigma da reação social, que considera o status de criminoso como resultado das instâncias de controle formal, equivale a analisar um momento crucial na evolução do pensamento criminológico.

A criminalidade surge como uma chance, como uma reunião de ensinamentos sobre a questão criminal, tendo em vista que a reação penal tem sido cada vez mais necessária, onde a imputação criminal e intensificação de penas são as únicas opções apresentadas por parte das autoridades.

Não é função do direito penal entender ou disponibilizar fundamentos específicos sobre o crime, ou ainda formar teorias acerca da criminalidade, mas determinar o *jus puniendi*, delimitando a utilização do poder estatal. O direito penal é limitado.

Porém, tais ensinamentos não são seguidos e, podemos notar no dia a dia que vem sendo imposto uma função ao direito penal que não é de sua alçada, transferindo a este ramo jurídico, a função de solucionar situações que não possui os acessórios necessários, levando a frequentes falhas.

Esse aumento da imputação penal e, conseqüentemente, das penas impostas aos indivíduos, rotulando-os como criminosos *ad eternum*, principalmente oriundo de políticas públicas de que reduzem o assistencialismo, acabam por gerar conseqüências drásticas para a classe menos favorecida, gerando uma maior coercitividade sobre esses menos assistidos.

Assim, analisar a cultura introduzida pelo neoliberalismo, que opta por precarizar as relações de trabalho e do bem-estar social, acaba por ser necessário, a fim de que seja possível verificar possíveis conseqüências oriundas dessa mudança

de postura de políticas públicas, principalmente a fim de ressaltar a rotulação dos indivíduos, marginalizando-os, com uma atuação estatal mínima em assistencialismo social, saúde, educação e demais questões sociais, ao tempo em que apresenta políticas de direito penal máximo, criminalizando esses marginais.

2.2 NEOLIBERALISMO E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA PUNITIVISTA

No presente estudo, um de seus pontos cruciais, é a ligação entre o modo organizacional da sociedade e a forma estrutural do Estado para garantir o controle da sociedade. No decorrer do processo de industrialização e acúmulo de capital, a sociedade capitalista elegeu o cárcere como ferramenta imprescindível na aplicação de pena, dentro do seu sistema jurídico. Durante as discussões das chamadas sociedades “modernas”, baseadas no iluminismo e no liberalismo, estas pleiteavam que as formas de repressão que utilizassem da dor, não deveriam ser empregadas, considerando-as cruéis e arcaicas. O cárcere se tornou uma forma de punição e controle social, com o trabalho como parte essencial da pena, visando a garantia da disciplina e a dominação das classes subalternas, em um contexto de transição para uma nova ordem social.

As prisões, desde os primórdios, tinham como função manter o indivíduo afastado da sociedade até o fim do seu julgamento, já que após isso o criminoso pagaria sua pena com o suplício. O foco era a tortura física do indivíduo, desde a escravidão, passando pela tortura, até a morte. Isto é, o objetivo não era manter o criminoso enjaulado, mas sim, uma passagem para o preso, até a dor. Onde o torturariam fisicamente, até onde este aguentasse, para obter a confissão do crime. Ou seja, dentro de cada sociedade, as prisões exerciam funções diferentes.

Ao fim do Século XVI, tal entendimento passou a evoluir, já que a população Inglesa começou a ter as maiores mudanças da sociedade europeia, com uma acumulação de capital advinda da desapropriação dos camponeses. Em razão desta alteração de realidade, as formas de punição passaram a ter influência das relações trabalhistas, bem como alterou as leis estatais e suas relações de poder, etc. Como aponta Marx:

Não era possível que os homens expulsos da terra pela dissolução dos laços feudais e pela expropriação violenta e intermitente se tornassem fora da lei, fossem absorvidos pela manufatura no seu nascedouro com a mesma rapidez que aquele proletariado era posto no mundo. Por outro lado, tão pouco aqueles homens, lançados subitamente para fora da órbita habitual de

suas vidas, podiam adaptar-se, de maneira tão repentina, à disciplina da nova situação. Eles transformaram, por isso, em massa, em mendigos, bandidos, vagabundos, em parte por inclinação, mas na maior parte dos casos premiados pelas circunstâncias. Foi por isso que, no final do século XV e durante todo o século XVI, proliferou por toda a Europa Ocidental uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. Os pais da atual classe operária foram punidos, num primeiro tempo, pela transformação forçada em vagabundos e miseráveis. A legislação os tratou como delinqüentes voluntários e partiu do pressuposto que dependia da boa vontade deles continuar a trabalhar sob as velhas condições não mais existentes. (1970)

Além de não ter sido fácil, o processo de retirar do produtor o seu meio de produção e transforma-lo num operário causou um grande volume de produtores desapropriados, tornando-os em sua maioria desempregados, mas também em mendigos, vagabundos, e uma parcela de bandidos. O fato de o Estado alterar sua legislação e criar o crime de vadiagem, demonstra como o Estado pode se desdobrar para converter uma vítima do processo de desapropriação e acúmulo de capital, em criminoso. Tais mudanças estruturais no modo de produção são tão importantes, que influenciaram nos efeitos da forma de castigar, por toda a estrutura social.

Com a criação de uma entidade responsável por doutrinar por meio do trabalho obrigatório no dia a dia do preso, equiparada com os ensinamentos industriais, tal como o surgimento de uma lei terrorista, aos poucos, o Estado transformava sua forma de punir. Em razão disso, na época, constituiu-se um modelo inicial de cárcere, a House of Correction (Casa de Correção), com a transformação do Castelo de Bridewell em prisão (1553) também na Inglaterra (ALMEIDA, 2009).

Buscando ressocializar e reeducar os criminosos, criou-se, na Holanda, em 1596, a Rasphuis, arrojado modelo carcerário. Visando separar os detentos, das detentas, durante os anos de 1597 e 1600 foram construídas as Spinhis para mulheres, com alas separadas para meninas. Em razão da hegemonia do comércio marítimo e avanço da casta mercantil, o país era relevante no século XVI, onde fora criada a Companhia das Índias Ocidentais, primeira empresa capitalista. Para Melossi (2006), a recente fundação da casa de trabalho alcança sua forma mais avançada, dentro do período original do capitalismo, na Holanda durante a primeira metade do século XVII (ALMEIDA, 2009).

A Rasphuis operaria para regulamentar os pagamentos, forçando-o para baixo, já que o indivíduo que não aceitasse as condições trabalhistas, seria levado para a casa de correção. Isto significa numa alteração na forma Holandesa de punir, procurando administrar a força para labuta dos detentos e, conseqüentemente utiliza-

la nas demandas do mercado, e não mais perde-la com a punição de tortura seguida de morte. Entretanto, para aqueles considerados “vadios”, para os mendigos e para aqueles que fizessem algo contra a propriedade particular, que negassem as práticas trabalhistas, as técnicas de torturas seriam utilizadas, tornando-se uma punição equidistante (ALMEIDA, 2009).

No capitalismo nascente, as casas de trabalho forçado (Workhouses) foram criadas como forma de substituir o assistencialismo. Essas instituições eram propositalmente insuportáveis, a fim de incentivar os indivíduos a trabalharem para evitar serem enviados para lá. (MELOSSI, 2006)

Uma das principais metas das casas de trabalho, no combate contra a vagabundagem, era fazer com que os trabalhadores embrionários se sentissem receosos quanto o seu recolhimento, ofertando sua força de trabalho por qualquer preço, independentemente de uma exploração abusiva do trabalho não pago, durante a época de acumulação primitiva de capital.

A partir do século XVII, outros países europeus começaram a construir casas de correção. No século XIX, os juristas ilustrados transformaram as casas de correção na principal ferramenta opressora do capitalismo. Com isso, o suplício, que era um método de punição comum na sociedade feudal, começou a ser substituído pela prisão. As casas de correção, portanto, foram a base para o desenvolvimento do sistema carcerário capitalista.

Em sua obra *Vigiar e Punir*, Michael Foucault (2001), apresentará a função do trabalho como parte essencial da punição que busca regulamentar um novo vínculo fabríco. Para o autor, a repetição do trabalho e a inspeção constante são as bases da regulamentação, que é uma técnica para moldar indivíduos que se adaptem à nova ordem social. Destaca-se, que para entender toda alteração no processo punitivo, o contexto se dá na passagem do século XVIII para o XIX, na França.

Moldar os trabalhadores para melhor emprego de seus corpos, esta é a nova atribuição do castigo de prisão transmitida pelo autor. Melhor dizendo, o pensamento arcaico de utilizar da tortura física não existe mais, entretanto, o corpo ainda é o foco da punição, mas como ferramenta de trabalho, ou seja, impedir-lhe-á de ser livre, obrigando-o a trabalhar e, conseqüentemente, alterando seu meio social.

As peculiaridades na forma de indicar o que é crime e qual a sua pena, também é alvo da análise de Foucault. A reforma iluminista e burguesa do sistema penal favoreceu a repressão aos crimes contra o patrimônio, com o objetivo de

reconhecer o controle do Estado sobre a propriedade privada, elemento essencial do capitalismo.

O trabalho no cárcere é uma questão importante para entender o seu papel na comunidade capitalista. O desenvolvimento industrial levou a uma maior oferta de trabalho, tornando o trabalho no cárcere antiquado. No entanto, o trabalho continuou a ser usado no cárcere, com um caráter repressivo e disciplinador. A punição pelo trabalho era vista como uma forma de reabilitação.

O trabalho no cárcere é organizado de forma similar à sociedade capitalista, com o objetivo de preparar os detentos para o mercado de trabalho e como portar-se dentro da sociedade. A repetição das tarefas e a supervisão constante são fundamentais para manter a disciplina.

Pode-se expor que a evolução da sociedade capitalista e o nascimento da estrutura carcerária ocidental se deram de maneira enleada. Na intenção de recuperar os trabalhadores ao novo modelo industrial, acabou adequando-se como suporte para o domínio e disciplina dos corpos, não de maneira genérica. O cárcere contribuiu para que a exploração do trabalho fosse vista como algo natural, ao criar uma classe de trabalhadores que já estava acostumada a ser explorada, abandonando a função de cumprir os ensinamentos que fundamentaram teoricamente a sua ordem, deixando de cumprir a função de ressocializar.

No século XIX e XX, o cárcere foi um instrumento de controle social que contribuiu para a formação de uma classe trabalhadora disciplinada, por meio do trabalho dos detentos. A atual organização do capital, no entanto, promoveu mudanças significativas no cárcere, com o início do abandono do trabalho como parte da pena. Em razão da iminente troca do trabalhador pelas máquinas, o uso do trabalho como pena na tentativa de ressocializar, começou a sumir. A propagação do capitalismo pelo mundo tornou a exploração do trabalho uma necessidade para a sobrevivência de bilhões de pessoas. Isso coloca o cárcere em crise, pois o seu objetivo original era punir e ressocializar os criminosos, mas agora ele se tornou desnecessário para a manutenção do sistema capitalista.

As maneiras de acúmulo de capital passaram por mudanças significativas no decorrer do século XX, principalmente na década de 1970, onde houve um ponto de alteração em seu funcionamento. Isto é, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, inúmeros foram os modelos de acervo econômico que agem no método organizacional da sociedade. Com a proliferação do campo financeiro e uma variação

no modo de acumulação, por conta da diminuição do índice de ganho do setor produtivo, têm-se imprescindível repercussão na relação trabalho/capital e suas técnicas de aproveitamento e domínio social.

Durante o período pós-guerra, os acordos de Bretton Woods estabeleceram uma nova ordem mundial, em conjunto com diversas instituições como a ONU, o Banco Mundial e o FMI. Essas instituições tinham como objetivo estabilizar as relações internacionais e promover o desenvolvimento econômico. O sistema de cotação fixo, baseado na comutação do dólar norte-americano em ouro, incentivou o livre comércio de bens. (ANTUNES, 2009).

No final da década de 1960, a economia mundial entrou em uma fase de crise. O desemprego e a inflação aumentaram, levando a uma recessão global que durou grande parte dos anos 1970. O sistema de taxas de câmbio fixas de Bretton Woods, baseado em reservas de ouro, também entrou em colapso. Como resultado da crise, surgiram alternativas a este modelo, que defendiam a desregulamentação das taxas de câmbio e a maior abertura da economia (ANTUNES, 2009).

Em Londres, no ano de 1958, houve a criação de uma zona operacional internacional de capital condutor de juros chamado de *off-shore*. Com a criação desta zona, surge um mercado financeiro que não segue os ditames nacionais e internacionais, agindo com suas próprias regras. Em 1971, o presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, tomou uma decisão que mudaria o sistema monetário internacional: o fim da conversibilidade do dólar em ouro. Com isso, o dólar deixou de ser a moeda-base do sistema e as taxas de juros passaram a ser incertas. As tentativas de controlar a incerteza logo foram renunciadas. Visando beneficiar a concentração de recursos não aplicados e menor influência sobre a sua circulação, que as políticas neoliberais obrigam um novo padrão de acervo, além de sua liberação financeira, operada principalmente por Estados Unidos e Inglaterra (HARVEY, 2012).

Ainda que o livre-arbítrio seja certo dentro do mercado, verdade é que este não possui responsabilidade por nenhum indivíduo, ou seja, qualquer partícipe do mercado tem responsabilidade por seus atos que visem a luta pela garantia de direitos sociais, como educação, saúde e previdência. Porém, incumbe ao Estado neoliberal salvaguardar as garantias individuais à propriedade particular, propiciar as instituições de mercado e produzir situações para o livre comércio.

Isto significa tirar a responsabilidade do Estado no processo de privatização, entregando o êxito ou a derrota na proteção do bem viver aos indivíduos

e seus “talentos empreendedores”. A teoria neoliberal defende a primazia do indivíduo e da propriedade privada, e rejeita a ideia de grupos ou classes sociais, bem como a solidariedade e a organização coletiva.

A virada neoliberal é uma estratégia do capital para reorganizar-se e reconstituir seu poder de classe sobre o trabalho. Para isso, o novo bloco histórico dirigente ataca a organização dos trabalhadores, retira direitos trabalhistas e reduz gastos sociais. Essas medidas são necessárias para sair da crise e aumentar a exploração do trabalho.

Um ponto de mudança e suspensão da história econômica e social global, foi o fortalecimento do neoliberalismo como doutrina para legitimar sua ação governamental consumada nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha em 1979, bem como pela eleição de Margaret Thatcher como primeira-ministra da Inglaterra e a nomeação de Paul Volcker como gestor do Banco Central dos Estados Unidos (FED). Em ambos os casos, o capital financeiro contou com o auxílio de governos que implementaram políticas neoliberais, gerando consequências e influenciando outros países. (HARVEY, 2012).

Thatcher foi eleita na Grã-Bretanha com a promessa de aplicar uma solução a favor da política monetária para a crise, que ela acreditava ser essencial para curar a estagnação que afetava o país. Procurando abolir com o Estado cômodo socialmente, o qual vinha se firmando após 1945, Thatcher percebeu que isso se revelava como uma novidade social e fiscal.

Seguindo tais preceitos, ela aplicou métodos neoliberais, tais como: redução de taxas, embate contra os sindicatos, derrubar os deveres estatais de bem-estar social, privatizar entidades públicas (até mesmo as que tinham finalidade de moradia popular), combater todas as relações sociais que lesem a maleabilidade competitiva (por meio da autoridade municipal e dos responsáveis pelas associações) e oportunizar a livre iniciativa aos arrojados, bem como provocar um grande fluxo de capital externo por meio de um benigno meio de negócios (especialmente do Japão) (HARVEY, 2012).

Empenando-se no embate contra a inflação, Paul Volcker, presidente do Federal Reserve Bank, outorgou mudanças na política pecuniária dos Estados Unidos, independentemente dos efeitos contrários nos empregos, que acarretaram em uma grande depressão, que gerava abandono nas fábricas e arrasava com os sindicatos. Com o risco de uma briga contra a classe sindical trabalhadora e visando

aniquilar sua associação, a fusão das medidas adotadas na Inglaterra e nos Estados Unidos foram essenciais para proliferar o neoliberalismo durante a crise dos anos de 1970.

O neoliberalismo é um projeto de reconquista do poder de classe do capital sobre o trabalho. Para isso, ele investe contra as conquistas dos trabalhadores do período keynesiano, debilita sua aptidão organizacional coletiva e desfaz os laços de solidariedade social.

Para que ficassem claros os desejos do neoliberalismo, os governos de Thatcher e Reagan formularam uma cartilha: acabar com os direitos dos trabalhadores, não aceitar acréscimo ao salário, iniciar uma batalha contra os trabalhadores, alterar as maneiras de exploração trabalhista e assegurar a superexploração do trabalho não pago relativa e absolutamente, além do total acervo de capital. Aos governos que aderissem tal cartilha no fim do século XX, teriam a liberdade de exercê-la com maior ou menor grau de veemência (HARVEY, 2005).

Desde então, o FMI e o Banco Mundial se transformaram nos focos de proliferação e execução da disseminação das ideias de mercado livre e do neoliberalismo pelo mundo. Assim dizendo, estas organizações globais tornaram-se robustas ao ponto de determinar a política econômica de muitos países. Além do mais, viraram foco de deliberações estatais, as quais influenciavam pontualmente na administração dos países que se socorriam nos financiamentos destas entidades financeiras (HARVEY, 2005). Para negociar suas dívidas com as instituições, os países hipotecados foram obrigados a empreender mudanças institucionais como privatizações, diminuição em gastos sociais e flexibilidade na legislação do mercado de trabalho. Surgiu um conglomerado de alternativas econômicas encarrilhadas pelos neoliberais, para fiar subsídios aos países em evolução.

As entidades bancárias conduziam o vigor das providências econômicas que exploram os trabalhadores, mostrando-se claro o choque entre classes. Como efeitos de tais medidas, o maciço desemprego capital usado como ferramenta para reorganizar o poder monetário sobre o trabalho e a fragilidade dos vínculos trabalhistas.

Cada vez mais, os países necessitarão abrir seus mercados e fronteiras, isso se dá em razão da convergência entre o neoliberalismo e a globalização, que acabam oferecendo totais cenários para seu fluxo. Apesar de não fazer parte do valor de distribuição da força de trabalho, o capital faz parte dos avanços tecnológicos e

das táticas financeira, bem como da intenção dos produtos. Em seguida da desobstrução econômica por parte do FMI, juntamente com união dos “ajustes estruturais” que progridem contra os trabalhadores, é que esta condição autoriza as empresas a explorarem a mais-valia da classe trabalhadora ao redor do mundo todo.

A disputa entre os trabalhadores levou a um aumento significativo da taxa de exploração da mais-valia. Isso aumentou o nível de retirada desta, ou seja, do lucro, onde as grandes empresas usaram isso para recompor sua lucratividade.

Rodeados pela realidade neoliberal, inúmeros Estados estão em desenvolvimento, em decorrência de novos projetos institucionais que estabelecem o funcionamento do mercado global (exemplificados no contexto de que um país que deseja fazer parte do FMI e da OMC deve liberar seu capital para o mercado internacional).

A combinação da permissão e da desregulamentação, com as novas técnicas de comunicação fortaleceu a capacidade do capital de se mover livremente, investir ou desinvestir de acordo com suas necessidades (CHESNAIS, 1996).

Em razão da propagação da exploração trabalhista e durante a época de bem-estar social do Keynesianismo, os contratos firmados com os trabalhadores não seguiam os ditames da legislação vigente, por isso, as relações de trabalho ficaram defasadas, com a perda dos direitos conquistados anteriormente. Para resguardar o envolvimento do capital dentro dos feitos memoráveis dos trabalhadores, criaram-se os contratos de trabalho temporários e por serviços. Uma forma de maior exploração do trabalho não pago, é com a ascensão do desemprego estrutural, a qual induz a diminuição dos salários e põe a classe trabalhadora numa disputa mundial. A concentração da riqueza mundial é garantida pelos 1% que detêm os meios de produção, enquanto os 99% restantes vivem na miséria (CAPELLA, 2002).

Em virtude da estrita e assertiva relação entre o maior número de reclusos e a putrefação do mercado trabalhista, é que o cárcere acaba sendo motivado a se transformar. O exame das políticas neoliberais só é possível em razão deste acontecimento. O número de presos que não possuem planos de se ressocializar com a sociedade aumenta desenfreadamente.

No século XIX, o cárcere era usado para doutrinar a classe trabalhadora e prepará-los para o trabalho industrial. Hoje, o cárcere é usado para controlar os desprezados do processo de produção.

Os indivíduos que não são necessários no processo de produção acabando sendo encarcerados, e com isso, o ergástulo se torna um cemitério de pessoas vivas. As prisões são, hoje, um enorme depósito de pessoas que são criminalizadas por causa da desigualdade social. Isso ocorre porque essas pessoas não são mais fundamentais no processo produtivo, e por isso são forçadas a viver na miséria e na exclusão.

O neoliberalismo levou a um aumento significativo do desemprego, o que criou uma nova situação de poder entre o capital e o trabalho. Com isso, o capital passou a ter mais poder para recolher direitos dos trabalhadores e arrancar a mais-valia. No entanto, o capital não pode descartar os desempregados, que são essenciais para manter os salários baixos. Portanto, o capital precisa controlar os desempregados, já que precise deles.

Legitimar a exploração de frações do mercado de trabalho e gerir os efeitos do desequilíbrio social, é uma colaboração clara do sistema penal. Para condenar e monitorar os trabalhadores, o cárcere mudou sua atribuição social, buscando delimitar novas ligações produtivas neoliberais, ou somente gerir os que são esquecidos pelo sistema de produção. O Estado tem como um de seus papéis incriminar a miséria e a proporcionar uma guerra aos pobres, intensificando sua função de censura e constrangimento social.

E não somente guerrear contra os pobres era a intenção estatal, isso porque, ainda que tenha ocorrido o fim das políticas raciais de Jim Crow, durante os anos de 1970, uma nova política surge para relacionar a criminalidade com a pobreza e a cultura negra, colocando na mira da marginalização também a população negra (ALEXANDER, 2018).

Segundo a nova política, a criminalidade, o uso de drogas e os crimes são oriundos de políticas assistenciais *excessivamente generosas*. Com isso, sedimenta-se na sociedade o discurso de lei e ordem, utilizados desde 1950 contra os movimentos de direitos civis, de modo que qualquer manifestação negra também passe a ser considerada como um movimento criminoso (ALEXANDER, 2018).

Para mostrar a seletividade do estatal nas políticas públicas de controle de legislação, patrulha da sociedade e poder jurídico/penal, o próprio Estado fortaleceu seu semblante de sentinela, desenvolvendo novidades nas técnicas de controle social. Destacam-se os efeitos sobre o comando bélico nos pontos que integram áreas de

habitação dos trabalhadores e o regime de grande clausura que incide sobre os mais pobres, não por coincidência.

No livro *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* de Loïc Wacquant (2007), o autor demonstra que desde a década de 1970 passa-se a queda do Welfare State (Estado de Bem-Estar-Social) e o progresso do Warfare State (Estado Penal), promovendo a criminalização da indigência como forma de manter a ordem social. Por isso, aparece como uma das importantes ponderações na área da criminologia crítica, acerca do método de aumento do Estado penal. Com a implementação do neoliberalismo, Wacquant examinará os fundamentos assumidos pelo Estado:

Seu lado social e os benefícios que distribui são cada vez mais monopolizados pelos privilegiados; sua vocação disciplinar se afirma principalmente na direção das classes inferiores e das categorias étnicas dominadas. Este Estado-centauro, guiado por uma cabeça liberal montada sobre um corpo autoritarista, aplica a doutrina do “laissez faire, laissez passer” a montante em relação as desigualdades sociais, mas mostra-se brutalmente paternalista e jusante no momento em que se trata de administrar suas conseqüências.

Se as ferramentas de contenção não tivessem sido implementadas, inexistiria segurança para a implementação do regime neoliberal e exploração abusiva do trabalho não pago relativo e absoluto dos trabalhadores. Por mais que pareçam contrários, as duas caras adotadas pelo Estado, mínimo no que tange o conforto da sociedade e máximo na manipulação social, se acrescentam.

Wacquant (2007) argumenta que a ascensão do Estado penal não é um contraponto à lógica neoliberal, mas sim uma consequência dela. O Estado penal é uma forma de controle social que visa disciplinar e criminalizar os mais pobres, que são os mais afetados pela fragilidade dos vínculos trabalhistas.

Durante a década de 1970, procurando um relevante aumento no orçamento destinado à esfera penal, nos Estados Unidos, as aplicações de recursos reservados para as áreas sociais reduziram progressivamente, em contrapartida, os investimentos no campo penal aumentaram de 2 bilhões para 10 bilhões ao ano, durante 1972 e 1990. Enquanto o orçamento das escolas era abatido em 2%, dos hospitais paralisados e da assistência social em 41%, os auxílios destinados aos reclusos do país cresciam 95% em dólares ininterruptos durante 1979 e 1989. Arriscando um aumento significativo do capital, baseando-se num Estado sem falhas

em sua opressão, o mesmo intensifica a aplicação de recursos destinados a segurança e o campo penal (WACQUANT, 2007).

Nos Estados Unidos, esse sistema teve um impacto devastador no sistema carcerário, aumentando sua população exponencialmente em apenas vinte anos. Em 1970, havia cerca de 200 mil pessoas presas no país. Em 1991, esse número havia chegado a 828 mil. Esse crescimento sem precedentes é um reflexo da desigualdade social e do racismo estrutural que permeavam a sociedade americana.

Com a globalização deste sistema, ficou evidente que sua finalidade mudou, deixando de focar-se em ressocializar o preso, e transformando-se em um cemitério de seres humanos vivos. Em razão de suas adversidades financeiras, alguns países não conseguiram pôr em prática o método de Estado penal totalitário, refletindo em condições prisionais extremamente precárias. O encarceramento em larga escala é uma ferramenta do neoliberalismo para controlar e disciplinar os pobres. Essa política é uma resposta à falta de ferramentas essenciais para agradar as carências humanas, que empurra os pobres para a criminalidade.

Para Alexander (2018), esse hiperencarceramento americano nada mais é que uma reformulação de leis segregacionista utilizadas nos estados sulistas dos Estados Unidos durante a época escravocrata.

E não somente isso, conforme já explanado, essas políticas possuíam alvos: negros, índios, mexicanos, asiáticos e, mais recentemente, povos originários do Oriente Médio. Sob narrativas de neutralidade racial, isto é, de que a igualdade somente pode ocorrer quando os indivíduos se tornem neutros em relação à raça, o neoliberalismo acaba por excluir historicidade e vitórias de direitos civis na história da democracia e do próprio país (DAVIS, 2022).

Cabe ressaltar que em quase todos os Estados dos Estados Unidos, os presos perdem o direito ao voto. Para que seja possível compreender essa seletividade, 13% da população total de homens negros adultos acabam sendo impossibilitados de exercer o sufrágio (DAVIS, 2022).

Existiam diversos grupos capazes de desenvolver e alastrar as ideias por meio de equipamentos particulares soberanos, como os meios de comunicação, as igrejas, as escolas, os sindicatos, os sindicatos, os parlamentos, entre outros, conforme Antônio Gramsci (1991). O Estado não é apenas um instrumento de opressor e violento. Ele também é um aparelho político-jurídico que reflete as disputas

econômicas, políticas, sociais e culturais das cotas de castas em vigor na sociedade, afirma Gramsci (1991).

As organizações sociais não são entidades autônomas. Elas fazem parte do Estado e são instrumentos que as classes sociais utilizam para lutar por seus interesses. Portanto, além da repressão e da violência, o atual Estado capitalista, também é formado pela concordância e a persuasão, ao mesmo tempo que são eficientes e determinados.

No que tange a contenção penal, as providências na área social-política, são manipuladas e manipulam a forma como a sociedade civil batalha por soberania é feita, por exemplo, nas formas de transmissão (GRAMSCI, 1991). As formas de transmissão utilizam-se da proliferação do medo, para estimular a sensação de risco, onde o Estado responde com o castigo penal. O Estado neoliberal é caracterizado pelo aumento de suas funções proibitivas. Essas transformações são resultado de uma disputa no campo da primazia, na qual as classes dominantes buscam manter seu poder e privilégios.

O neoliberalismo usa a força do Estado para reprimir a oposição e construir uma concordância em torno da ideia de que o sucesso individual é o único caminho para a prosperidade.

Para o neoliberalismo, o desequilíbrio social é culpa única e exclusivamente do indivíduo, ou seja, a ideia neoliberal por meio de suas características jurídico-penal entendeu isso por unanimidade, dando ao Estado a função de castigar os “comportamentos enganosos”. Todos os princípios buscam atribuir a responsabilidade aos pobres por sua condição de pobreza. O amplo trabalho penal estatal assegura o domínio sobre os trabalhadores. Isto é, aplica inúmeras porções de concordâncias para persuadir a sociedade sobre a imprescindibilidade da atuação do Estado penal em sua forma maior contra os criminosos.

Dessa forma, a mídia encarrega-se da elaboração sensação de risco, reivindicando uma condenação mais severa aos “comportamentos enganosos individuais”. A criminologia midiática contemporânea é um dos fatores que contribuem para o aumento do neopunitivismo na sociedade, difundindo-se dos EUA para o resto do globo. As Teorias da Lei e da Ordem são exemplos de conceitos criminológicos que defendem o aumento do poder do Estado para combater o crime (WACQUANT, 2001).

Uma situação que gerou um longo sentimento de risco, foi a ideologia de “compreensão zero”, exportada de Nova York, e utilizada como ferramenta anuência da orientação policial e jurídica sobre a pobreza. Com a veemência militar do combate ao crime e da recuperação da zona comum, que usa uma linguagem de invasão e conquista, contribui para a construção de uma imagem dos delinquentes, sejam ele existentes ou fictícios, sem-teto, mendigos e outros marginais como inimigos externos (WACQUANT, 2001).

Para Garland (2008), os meios de comunicação, com o passar do tempo, passaram a se dedicar com maior atenção à questão criminal, acabando por resultar na segmentação do espaço público e também de grupos específicos. Isso porque, as mudanças oriundas do Estado de Bem-Estar Social para a cultura do punitivismo acaba por ensejar mudanças nas políticas de controle social, bem como nas punições por elas impostas.

Em razão disso, com o aumento do controle social e da criminalização de grupos específicos, a sociedade passa a preocupar-se mais com punições e encarceramento, do que com as causas e raízes da criminalidade (GARLAND, 2008).

Para o neoliberalismo, o que vale é a reestruturação do capital, para conseguir uma solução diante do seu momento de tensão sobre o seu modo de acervo e, principalmente, restabelecer a autoridade sobre o capital da classe trabalhadora. Por isso, é de suma importância, para este moderno grupo renomado, acabar com todos os modelos de auxílios sociais, sindicatos coletivos e dar cabo a luta contra a classe trabalhadora. Para, conseqüentemente, abolir com os direitos dos trabalhadores, diminuindo despesas sociais para partir-se da crise.

Tendo como adendo deste tipo de governo, o fortalecimento da repressão estatal, buscando incriminar a indigência coletiva que vivem os trabalhadores. O neoliberalismo, apesar de seu discurso de liberdade individual, na prática promove a redução da liberdade, principalmente para os mais pobres, através da criminalização da pobreza e da condução penal da crueldade.

Nas palavras de Wacquant (2001) a “mão invisível” do mercado livre, que Adam Smith acreditava ser uma força benigna, agora está sendo usada para controlar e punir os mais pobres.

2.3. ESPECIFICIDADES DA SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL: A REALIDADE SOBRE O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

Em razão da realidade falha, na prática dos sistemas jurídico e penal brasileiro, sempre haverá uma busca social incansável por justiça, igualdade e democracia, baseando-se em orientações constitucionais, ocasionando uma violação destas prioridades.

Durante a interpretação e a aplicação das leis, assim como na Elaboração das instituições, responsáveis pelo controle social de forma pública e oficial, nota-se que os propósitos de prevenir e ressocializar se tornam seletivos e adaptados para algumas classes sociais.

A seletividade do sistema penal é um fato social marcado pela rotulação. Tal rotulação é produzida pela própria sociedade, por meio de aspectos sociais, culturais, históricos e econômicos. Esses fatores levam à construção de categorias de sujeitos que são mais propensos ao *jus puniendi*.

Originado da Grécia antiga, o termo estigma, referia-se aos traços físicos que acentuavam o indivíduo de alguma maneira, na maioria das vezes de forma desfavorável, expondo sua relevância para a sociedade. No latim, o termo estigma significa tatuagem, isto é, pode ser determinado como uma particularidade, uma individualidade que caracteriza o indivíduo perante à sociedade.

A sociedade brasileira vivencia imensuráveis dificuldades culturais, sociais, econômicos, entre tantos outros. Assim como a democracia brasileira, o Direito Penal brasileiro também é idênticamente precoce. Por isso, ainda não é possível afirmar que ele é imparcial, principalmente quando se tem uma população rotulada como criminalizada e tem uma identidade pontualmente definida.

A seletividade do sistema penal brasileiro é uma adversidade social e jurídica, pois um país com uma Constituição democrática que visa proteger humanamente sua sociedade não deveria ter um sistema penal que privilegia determinados grupos. Equiparar o Brasil, com um determinado Estado que possui uma estrutura democrática mais arcaica, não seria correto. Entretanto, seria de uma sapiência imprescindível, aproveitar-se das experiências dos demais em seu interesse próprio.

Segundo Fragozo (2004), o Direito Penal protege a sociedade por meio de uma defesa penal que é válida para todos, preservando bens jurídicos e aplicando

sanções aos infratores. Em termos claros, o Direito Penal tem a função de defesa social em favor do indivíduo.

O Direito Penal pode ser visto como uma ferramenta de defesa do indivíduo contra o poder penal do Estado e, ao mesmo tempo, como uma forma de controle público buscando a preservação da harmonia social. Para Paulo Queiroz (2002):

Por mais de uma vez se disse que o direito penal, atuando subsidiariamente às instâncias formais e informais de controle e prevenção de delitos, presta-se, essencialmente, a proteger bens jurídicos por meio dos instrumentos que lhe são próprios: a cominação e a execução de penas e medidas de segurança. Exerce, por conseguinte, uma função instrumental-subsiária de prevenção de comportamentos socialmente danosos. Sua missão, portanto, é a de todo o direito: possibilitar a convivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência; compor conflitos de interesse pacificamente, segundo regras e processos previamente conhecidos e instituídos. Esta é, em última instância, a missão mesma do próprio Estado. Porque as funções do Direito e as funções do Estado são, em última análise, uma só e mesma coisa (QUEIROZ, 2002)

À luz do artigo 5º, da Constituição Federal, todos devem ser tratados de forma igualitária diante da lei, independentemente de alguma peculiaridade que o indivíduo possa conter em relação ao resto da sociedade ou que o introduza em um determinado grupo social minorizado.

Embora a igualdade perante a lei seja um direito fundamental, inviolável pela Constituição, o Direito Penal brasileiro, por meio de suas autoridades de controle formal, escolhe os indivíduos aos quais serão sancionados e, conseqüentemente, penalizados.

O foco deste estudo é examinar, por meio de uma análise rigorosa, os motivos que levam as autoridades a não julgarem de maneira igualitária os criminosos, mesmo que subentendido, às diretrizes da sociedade, e como é realizada a triagem dos indivíduos que serão punidos. O objetivo deste texto não é discutir a criminalização rudimentar, nem a forma tendenciosa de criação das leis, nem as razões baseadas em sistemas criminais incertas e de índole figurada.

Por consequência das intervenções subjetivas, as pessoas responsáveis pela aplicação e interpretação das leis, as farão ligadas de preconceitos, preferências, intuições, experiências ou hábitos, dificultando que sejam feitas de modo genérico e tolerante. O titular do *jus puniendi*, ao decidir atuar em favor do Estado, necessita

portar-se de maneira neutra, porém, advindo de uma análise ética, é notório que uma equidade integral é irreal.

Os vereditos e as atitudes adotados pelas autoridades estatais são influenciados por motivos subjetivos, os quais foram intitulados como meta-regras, ou seja, vão afora das regras jurídicas comuns, por serem determinadas pela própria sociedade, em alguns casos de forma involuntárias, afirma Bacila (2015). Segundo Baratta (2002), “meta-regras são mecanismos constituídos de regras, princípios e atitudes subjetivas que influenciam o operador do direito no momento de aplicação da regra jurídica”.

Os estereótipos e preconceitos sociais, especialmente aqueles baseados na classe social e etnia do indivíduo, são razões que contribuem para a seleção do controle da sociedade. “É como se a meta-regra fosse: o estigmatizado é o alvo a ser atingido” (BACILA, 2015). Por ter um papel de grande influência na seletividade do sistema penal, os estereótipos são considerados como uma meta-regra.

A organização do processo penal e o conseguinte aprisionamento produzem implicações preconceituosas na personalidade do indivíduo, tanto pessoalmente quanto socialmente. Esses efeitos são irreversíveis, pois são baseados em estereótipos e preconceitos que dificultam a reinserção social do indivíduo. Tais implicações na execução da lei penal, em geral, recaem apenas sobre a rotulação da cultura que o indivíduo já vinha sofrendo e fora usado como motivo para ser escolhido pelas autoridades como digno de punição.

Enquanto os estudos empíricos demonstram o caráter majoritário e ubíquo do comportamento criminal, a etiqueta do criminoso, não obstante, manifesta-se como um fator negativo que os mecanismos do controle social repartem com o mesmo critério de distribuição dos bens positivos (fama, riqueza, poder etc.): o status e o papel das pessoas. De modo que as chances e riscos de ser etiquetado como delinquente não dependem tanto da conduta executada (delito) como da posição do indivíduo na pirâmide social (status) (MOLINA, 2013).

Baratta (2002) argumenta que o sistema penal desempenha um papel importante na manutenção da desigualdade social. Ele afirma que o sistema é seletivo na execução das normas penais, principalmente o encarceramento, que tem um impacto prejudicial no prestígio social dos indivíduos e dificulta sua evolução social. Além disso, o sistema penal serve para abafar crimes cometidos por classes mais

empoderadas, conhecidos como crimes do colarinho branco, aqueles isentos a persecução penal.

Embora o Direito Penal seja fundamentado no princípio da igualdade, na prática, ele resulta em uma série de disparidades e desconformidades entre os indivíduos. Isso ocorre porque o sistema penal é seletivo na aplicação da lei, o que significa que ele atinge mais fortemente determinados grupos sociais, como os pobres e os negros. Como consequência, o sistema penal reforça a crítica social e um ponto de vista desvirtuado acerca do indivíduo (ZAFFARONI, 1991). Eugenio Raúl Zaffaroni explica que:

Os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador. A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder repressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm "espaço legal" para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem.

Para Alessandro Baratta (2002), o Direito Penal é seletivo, o que significa que ele não protege todas as pessoas e os bens jurídicos. Dessa maneira, os autores salientam que a lei funciona de maneira diferente para certos indivíduos, deixando de ser igualitária, e o rótulo de criminoso imposto pela sociedade é partilhado seletivamente entre os sujeitos:

As maiores "chances" de ser selecionado para fazer parte da "população criminosa" aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos de escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído.

Nesta toada, o assunto é debatido por Vera Regina Pereira de Andrade (1997):

E uma vez que os estereótipos de criminosos são tecidos por variáveis (status social, cor, condição familiar), majoritariamente associadas a atributos pertencentes a pessoas dos baixos estratos sociais, torna-os extremamente vulneráveis, além de outros fatores concorrentes, a uma maior criminalização.

Além da função de zelar pela sociedade em geral e pelos bens jurídicos, Zaffaroni e Pierangeli (2004) também se manifestaram incisivamente por compreenderem que o Direito Penal detém uma outra natureza:

(...) quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos frequente (criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes às classes média e alta). Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da manipulação dos meios massivos de comunicação).

Andrade (2003), finalmente, trata de uma forma manifestamente visível, que o sistema pena não opera perfeitamente, apesar de sua magnificência, já que este deixou de lado a equidade, afastando-a do dia a dia dos mais necessitados:

A clientela do sistema penal é composta, 'regularmente', em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais" e, conclui, que isso "é resultado de um processo de criminalização altamente e seletivo e desigual de 'pessoas' dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos".

Portanto, é possível identificar as razões pelas quais nem todos os marginais são criminalizados, uma vez que apenas alguns são punidos por um crime, enquanto muitos outros sequer são perseguidos por ele. Remanesce uma deliberação ética, a qual estigmatiza alguns sujeitos criminalizados, ignorando, em boa parte, indivíduos que consumaram o mesmo crime, entretanto, não são apontados por ele. Por esta percepção que Baratta (2002) declara:

[...] o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito das atividades das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar

de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.

Ou seja, é possível comparar situações em que dois indivíduos cometem crimes, um de furto de uma mercadoria e outro de sonegação fiscal. Em tese, no caso de um sofrer persecução penal por seu ato e o outro não, os dois continuam sendo considerados crimes da mesma forma, contudo, no cotidiano, isso não acontece.

Outro exemplo que cumpre destacar, é a respeito do uso pessoal de drogas, em todas as castas da sociedade, existem pessoas que fazem o uso das substâncias, porém, a aceitação é diferente entre elas, ou seja, em algumas classes este crime é mais aceito do que em outras. Enquanto jovens indivíduos de classes inferiores são intitulados como criminosos e traficantes por estarem de posse de grande quantidade de droga, a mídia trata os jovens de classe média apenas como “jovens”, sem rotulá-los de criminosos ou traficantes. Uma amostra que expõe a diferença na visão, no tratamento e no senso de justiça de um mesmo fato pode ser explicada por fatores sociais, culturais e individuais (ZAFFARONI, 1991).

Uma análise do cenário social brasileiro revela uma base social corrompida e fragmentada, que apenas consegue lidar com as consequências dos problemas, sem atacar os motivos. Em decorrência, os criminosos encontram-se dentro de um ciclo vicioso, implicações de suas próprias realidades.

Como é sabido, o encarceramento não auxilia na ressocialização nem na ascensão social do indivíduo. Com base nisso, realizou-se uma pesquisa que, segundo os dados publicados, de cada 10 brasileiros, 7 voltam a reincidir (ISTOÉ, 2011), comprovando a incapacidade do cárcere na aplicação da pena.

Com base na realidade carcerária brasileira, o Supremo Tribunal Federal constatou o “estado de coisas inconstitucional” (BRASIL, 2020), demonstrando que nenhuma ou praticamente nenhuma atitude foi tomada pelo Estado, buscando alterar esta realidade de ofensas aos direitos.

Com um aumento cada vez mais gradativo, o Brasil aparece na terceira posição do ranking mundial de indivíduos encarcerados, o número ultrapassa a quantia de 755 mil pessoas encarceradas (DEPEN, 2020). No que tange ao percentual de mulheres presas, este número cresceu em 455% durante os anos de 2000 e 2016 (DEPEN, 2020), certificando a predisposição repressiva adotada no Brasil. Acontece, que por mais que o número de pessoas presas cresça exponencialmente, a

infraestrutura carcerária segue a mesma, sem grandes investimentos, causando uma superlotação em todas as unidades dispostas.

A superlotação carcerária é um dos contrastes mais evidentes entre o cárcere real e o legal, em total discrepância com a legislação. Uma pessoa encarcerada, deve ser instalada em uma cela particular, com no mínimo seis metros quadrados e em espaço saudável, conforme o artigo 88, da Lei de Execuções Penais. Entretanto, no atual contexto carcerário do Brasil, o que acontece é totalmente divergente da legislação. Segundo informações, as prisões brasileiras possuem um rombo de 312.925 vagas, já que existem somente 442.349, isto é, aproximadamente o dobro do que sustenta o conjunto prisional do país (DEPEN, 2020).

Mais um direito que é cerceado da população encarcerada é a escassez de acompanhamento médico no interior das prisões brasileiras, agravado ainda mais durante a pandemia do Coronavírus. Destaca-se, o apontamento de 1.121 médicos, 1.395 enfermeiros e 1.244 psicólogos laborando dentro do sistema carcerário, isto significa, obviamente, que não é possível disponibilizar auxílio à saúde em conformidade com as normas. Conforme o Conselho Nacional do Ministério Público (2019), 31,3% das unidades prisionais brasileiras não dispõem de amparo médico. Levando para o lado feminino, o atentado aos direitos e garantias fundamentais acentuam, justamente por conta do gênero, alargando muito mais tal adversidade.

À luz das informações supramencionadas, é evidente que a pretensão das leis nunca foi respeitada, independentemente da disposição do artigo 6º da Constituição Federal, bem como os artigos 11 e 14 da Lei de Execuções Penais, onde determina o comprometimento e incumbência estatal em salvaguardar amparo à saúde e oportunizar totais ambientes para que o preso regresse ao convívio social. A degradação do sistema carcerário brasileiro é acobertada e, por isso, a manifestação de Mirabette (2008) faz-se de significativa análise:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.

A vivência do encarceramento no Brasil sugere que a reintegração e reeducação nunca foi o principal propósito do Estado ao aplicar recursos no abundante aprisionamento, ainda que se admita que a pena privativa de liberdade não cumpre o seu objetivo principal, que é a ressocialização do condenado, a qual fundamenta sua permanência no Estado Democrático de Direito (FLAUZINA, 2008).

O contexto degradante da atribuição regenerativa da pena, que necessitaria sobressair-se na legalização da prisão, é um contexto claro de que tal espaço é tido como “escola do crime” (MIRABETE, 2008).

O encarceramento abundante no Brasil é um fato que afeta desproporcionalmente uma certa parte da população. Essa realidade é reflexo do racismo estrutural, que está presente em todas as esferas da sociedade brasileira. Um dos dados mais importantes a respeito da descrição dos presos é de que 65% deles são negros ou pardos. Outros números importantes são de que mais de 50% deles não possui o ensino fundamental completo, assim como 62% dos reclusos possuem idade entre 18 e 34 anos, segundo informações do Departamento Penitenciário (2020). Examinando tais dados, contempla-se o fenômeno de que a política criminal empregada no Brasil, leva muito em consideração o tema racial, com a finalidade, cada vez mais evidente, de incriminar os pobres e a caça aos negros.

De acordo com o posicionamento de Nascimento (2016), o racismo acomete “[...] qualquer brasileiro designado como preto, negro, moreno, mulato, crioulo, pardo, mestiço, cabra – ou qualquer outro eufemismo [...]” em que, quando se utiliza, de imediato se sabe – sem possibilidade de dúvidas – que se trata do “descendente de africanos escravizados”, neste contexto, o termo “negro” é utilizado para referir-se a todas as pessoas que têm ascendência africana, independentemente da sua cor de pele. A política criminal brasileira, que enriquece o racismo, não é algo novo, ela é apenas uma nova versão de um projeto de segregação e discriminação racial que existe há séculos no Brasil (FLAUZINA, 2008). A história brasileira e a evolução punitiva mostram que o racismo estrutural está presente nas decisões do poder desde a colonização.

A crença de que o Brasil é uma “democracia racial” é um mito que foi difundido por séculos. Nascimento (2016) argumenta que essa crença reflete uma visão equivocada da sociedade brasileira que não leva em conta o racismo estrutural que existe no país: “[...] que pretos e brancos convivem harmoniosamente,

desfrutando de iguais oportunidades de existência, sem nenhuma interferência, nesse jogo de paridade social, das respectivas origens raciais ou étnicas”.

No entanto, Nascimento (2016) revela que, desde o início da história do Brasil, até os dias atuais, as decisões mais importantes do Estado têm sido tomadas por aqueles que popularizam e usufruem da lenda da democracia racial. O mito da democracia racial é uma falsa ideia que esconde a realidade do racismo estrutural no Brasil. Na verdade, o poder está concentrado nas mãos dos brancos, em todos os níveis da sociedade, político, econômico e cultural.

Nascimento (2016) opina: “os brancos controlam os meios de disseminar as informações; o aparelho educacional; eles formulam os conceitos, as armas e os valores do país”, por isso, o fato de o poder estar concentrado nas mãos dos brancos, que dominam a máquina estatal, é, por si só, uma evidência de que o mito da democracia racial não é uma realidade vigorante no país.

É provável que a ciência criminal também seja influenciada pelo racismo estrutural, que se expandiu ligado com as estruturas oligárquica, capitalista e patriarcal da sociedade (FLAUZINA, 2008). O sistema prisional, como instrumento mais fatal do poder punitivo do Estado, é a conjuntura em que se manifestam as mais delicadas formas de manifestação estrutural do racismo que assombra a sociedade brasileira. No campo penal, a seleção racial adotada pelas autoridades induz os comportamentos e omissões do Estado, posicionando-se efetiva e passivamente nas participações de governadores e procuradores que laboram em favor do arbítrio social.

Zaffaroni (1991) apelida o traquejo brasileiro manifestamente excludente de "criminalização da pobreza". Tendo as leis ao seu favor, o Estado utiliza-se delas para executar um domínio sobre a sociedade, permanentemente executado de maneira seletiva.

O processo de criminalização é difundido, mas o processo de execução da lei, que ocorre em várias etapas, desde o procedimento policial até a sentença condenatória, é seletivo, atingindo apenas alguns dos que consumam os crimes previstos em lei. O principal critério para definir quem será escolhido, no contexto brasileiro, é a cor da pele.

O processo de criminalização básica, que corresponde ao momento de constituição do direito penal, é a primeira etapa da seletividade presente no sistema penal. Nesse processo, são definidos os bens jurídicos a serem preservados e as

sanções cabíveis. Independentemente de as atitudes identificadas como crime alcancem toda a sociedade, deve-se atentar que não são todas as condutas que são satisfeitas pelo sistema penal, justamente pelo comportamento seletivo dos operadores estatais.

Evidencia-se, nestes casos, a criminalização secundária, onde as autoridades trabalham no decurso de um “etiquetamento” de parte dos indivíduos que são vistos como “inimigos” da sociedade, isso se dá através do trabalho policial, das atitudes adotadas pelo Ministério Público e pelas sentenças proferidas pelos Magistrados (FLAUZINA, 2008).

De uma simples leitura até o momento, é evidente que os chamados “inimigos”, escolhidos pelo Estado, são pessoas pobres e/ou negras. Na conjuntura da criminalização seletiva do sistema penal brasileiro, os agentes de controle da sociedade, como a polícia, desempenham um papel fundamental no aprisionamento dos jovens negros e pobres. Isso ocorre porque os fatores históricos e sociais da edificação do retrato do indivíduo suspeito são determinantes nos procedimentos policiais, que se inclinam a incriminar os grupos minoritários rotulados:

Através da análise externa efetuada pela Criminologia Crítica, (onde o sistema penal passa ser objeto de seu estudo) o que se evidenciou foi a seletividade com que é manifesta o poder punitivo do Estado. Este não atua de forma racional, buscando a aplicação igualitária da lei penal ao caso concreto. Ao contrário, seleciona indivíduos de classes baixas da sociedade para serem rotulados como criminosos com o intuito de ocultar a criminalidade daqueles que detêm o poder econômico (RODRIGUES, 2003)

É importante ressaltar que todo esse método de seleção não é exclusivo da atuação dos órgãos responsáveis pelo controle normatizador da criminalidade, mas sim “uma característica geral das interações e comunicações humanas”. Sack (1971) explica isso como uma teoria marxista interacionista, na qual a distribuição de bens, positivos e negativos, é feita baseando-se na classe social.

É admissível observar que os poderes públicos responsáveis pela gestão e controle da sociedade se pendem a escolher indivíduos que se enquadram em estereótipos definidos. No entanto, é importante lembrar que esses estereótipos são arquitetados pela sociedade antecedentemente à operação do Estado.

É possível observar que os próprios correspondentes, inspirados por motivos midiáticos, históricos, culturais e econômicos, elaboram um retrato

convencionado do criminoso, que indiscutivelmente se assemelham àquele procurado pelas autoridades responsáveis pelo controle da sociedade.

Percebe-se, o ciclo vicioso em que estamos inseridos. Primeiramente, a sociedade ergue e solidifica os modelos que devem ser seguidos, após, o Estado opera em cima da instigação exercida pelos modelos, rotulando os indivíduos estereotipados para que sofram as sanções impostas em seu desfavor, ratificando o etiquetamento proporcionado por seus semelhantes, para seguirem sendo tabelados com o modelo de criminoso criado pela sociedade.

Por esta exposição, o desequilíbrio da sociedade, somado à sensação acerca da seletividade exercida pela persecução penal das classes desfavorecidas dentro da sociedade, de que este apenas auxilia na aplicação de pena e encarceramento destes, em total contestação à preservação da imunidade que as classes mais poderosas são presenteadas, provoca o pensamento de que é irreal a criação de uma sociedade equitativa em sua imensa exterioridade, em razão da incompetência estatal no que tange a diminuição de diferenças sociais, somada ao comportamento desigual, juridicamente, em desfavor de seus habitantes (CONTRUCCI, 2013).

De acordo com Becker (2008), os executores da lei tendem a tratar certos grupos sociais de forma inadequada, o que contribui para a criminalização seletiva.

Essas discrepâncias lançam dúvida sobre noções simples relacionadas ao que é certo e o que é errado. Vemos que os próprios atores muitas vezes discordam quanto ao que é desviante, e com frequência duvidam do caráter desviante de um ato. Os tribunais divergem; a polícia tem restrições mesmo quando a lei é clara; aqueles envolvidos na atividade proscriba discordam das definições oficiais. Além disso, constatamos que alguns atos que, por padrões comumente reconhecidos, deveriam claramente ser definidos como desviantes não o são por ninguém. Vemos que impositores da lei e da moralidade muitas vezes contemporizam, permitindo que alguns atos passem despercebidos ou livres de punição porque seria muito difícil averiguá-los; porque possuem recursos limitados e não poderiam perseguir todo o mundo; porque o infrator tem poder suficiente para se proteger contra suas incursões; porque foram pagos para fazer vista grossa

Constata-se, que os preconceitos, estereótipos complementares e levianos desenvolvidos por meio dos fundamentos históricos e culturais negativos, e a confiabilidade de que estes possuem uma qualidade característica maléfica,

escravizam pessoas e interditam seus direitos fundamentais, democráticos e abstratos, que não teve capacidade de desfraldar-se de suas qualidades características (BACILA, 2015).

Portanto, é necessário finalizar que a seletividade do sistema é uma consequência lógica da subordinação de aspectos estereotipáveis, tanto socialmente quanto das organizações responsáveis pelo controle, na decisão do desencaminho e na condenação de certas condutas. Isto é, o impecável modelo de paridade democrática e equitativa apenas será alcançado quando tornar-se independente dos preconceitos que rotulam os seres humanos, possibilitando uma afinidade fictícia da neutralidade pretendida.

A regulação social desempenhada pelo Estado deve ser aplicada apenas em contextos de conflito relevante, sujeitando os criminosos a legislação de condutas pré-estabelecidas, para garantir a firmeza da intervenção e o acatamento das garantias fundamentais, especialmente o direito à igualdade. Essa igualdade deve ser aplicada independentemente de raça, classe social, gênero ou orientação sexual. Acontece, que diversamente do que se aguarda e aconselha pelas garantias constitucionais, na realidade, a seletividade da persecução penal é evidente, já que grande parte dos indivíduos que são processados criminalmente ou que já foram condenados, apresentam um retrato erguido e sustentado por princípios sociais, os quais, comumente, são sujeitos de classes sociais desfavorecidas, de pele negra e jovens.

3 A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Ao tempo em que se fortalece o estado neoliberal, com a marginalização e rotulação dos indivíduos e o conseqüente encarceramento em massa, mais precisamente nos Estados Unidos, surge à partir da década de 1970, país de *common law*, a tradição de negociar penalidades aos indivíduos processados, de modo que esses abdicuem de direitos processuais garantidos, posteriormente denominado de *plea bargain* (AMARAL, 2019).

Com o conseqüente aumento da *criminalidade*, ou o aumento da criminalização de condutas de indivíduos previamente rotulados, cria-se uma ferramenta para tentar solucionar o aumento processual vertiginoso, em que indivíduos abdicam de direitos processuais, confessando a prática de delitos e negociando penalidades (GOMES, 2015). Posteriormente inserido na legislação do país, de modo a regular a referida prática, hoje, o instituto do *plea bargain* acaba por ser responsável pela resolução de 90% dos processos criminais no país, uma vez que aplicável para todos os delitos, incluindo os extremamente graves (MOREIRA, 2014).

Com a larga utilização da justiça penal negociada, o instituto acaba por influenciar diversos sistemas processuais penais ao redor do globo, principalmente sob a ideia de eficiência na resolução de conflitos, *através da desburocratização da justiça e da informalização de procedimentos* (FIGUEREDO, 2019).

Assim, ainda que previamente incompatíveis com os ordenamentos jurídicos locais, a justiça penal negociada está sendo implementados nos mais diversos países, principalmente em razão do aumento da criminalização de condutas e a sobrecarga dos tribunais em solucionarem conflitos.

3.1 PLEA BARGAINING: A NOVA SEGREGAÇÃO E O ENCARCERAMENTO EM MASSA

No modelo adotado pelos Estados Unidos, chamado de *common law*, o sistema judiciário do país procura criar precedentes, amparando-se em cenários antecedentes, julgados de maneiras similares. Figueiredo (2019) apresenta que “É importante ressaltar que no *Common Law* existem leis, mas o caso é analisado, prioritariamente, de acordo com outros que sejam semelhantes. A igualdade e previsibilidade são características marcantes e positivas aqui [...]”.

O amplo poder de discricionariedade dado aos promotores (ou *prosecutor*) consente na forma como este agirá, deixando-o livre para escolher a forma como irá acusar: escolhendo qual crime acusar, possibilitar imunidade caso o criminoso decida confessar toda a prática criminosa, firmar acordos com os criminosos e a possibilidade de renunciar aos processos em andamento.

Ademais, Gazoto (2016) afirma que os promotores ainda podem deliberar quais acontecimentos serão julgados, sem reavaliação judicial. De acordo com Todeschini (2018), “há uma forte discricionariedade disponibilizada ao *prosecutor*, [...]. Com efeito, pode-se afirmar que o próprio sistema, ante a ampla liberdade que confere a seus sujeitos processuais, favorece a justiça negociada”.

O método de “*plea bargaining*” escolhido pelos Estados Unidos, disposto no “Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 – Pleas”, permite que o criminoso pactue os termos da sua delação. De acordo com Messite (2010 apud SOUSA JUNIOR, 2017), cerca de dois terços dos Estados americanos predispõem-se à estas normas, independentemente de desfrutarem autonomia suficiente para estipular sobre direito penal.

Para Silva (2016), uma das principais causas para a adoção da negociação nos processos judiciais, foi o aumento significativo na quantidade destes, causados por um tumulto econômico e social ocorrido na América do Norte após a guerra civil, trazendo uma acentuada industrialização da população.

Concluída a investigação, o promotor apresentará uma denúncia formal em desfavor do acusado, que deverá comparecer a juízo para protocolizar a resposta à acusação (*plea*). Na ocasião, o acusado poderá se declarar culpado (*guilty plea*) ou inocente (*not guilty plea*), explicam Vasconcellos e Lippel (2016). Caso o acusado se considere inocente (*not guilty*) ou opte por manter-se em silêncio, tomar-se-á o rumo do julgamento, inicialmente celebrado pelo Grande Júri (SOUSA JÚNIOR, 2017).

O acusado, pode também, firmar um testemunho de culpa condicionada (*conditional plea*). Neste caso, o acusado debate acerca da regularidade da persecução, sem contraditar real execução do fato propriamente dito (*factually guilty*). Ou seja, o acusado poderá impugnar apenas assuntos pertinentes a natureza processual. (SOUSA JUNIOR, 2017).

Se as partes envolvidas entenderem mais benéfico firmar um trato, dar-se-á abertura para tal processo de acordo (*plea agreement procedure*). Buscando salvaguardar a voluntariedade e a sapiência do testemunho do acusado, o

procedimento será gravado em sua integralidade, segundo às ordens da *Rules 11 (g)*, além de atestar o cumprimento de tais requisitos subjetivos fundamentais para o sucesso do acordo (SOUSA JÚNIOR, 2017).

Conforme Melo (2019), o *plea bargaining* reconhece algumas maneiras de composição, estabelecidas como:

- *sentence bargaining*: Neste caso, o objeto de negociação nada mais que a sentença que será imposta ao acusado. Para recompensar o pedido do promotor, que visará uma sentença mais branda comparada a que provavelmente seria aplicada, se faz necessária a declaração de culpa do acusado ou a manifestação de *nolo contendere*.

- *fact bargaining*: Já neste caso, negociam-se os fatos. Isto é, o promotor altera ou desconsidera parte dos fatos, sendo capaz de contagiar a pena que seria aplicada. Para ilustrar tal situação, menciona-se uma circunstância onde o indivíduo fora capturado com 7 quilos de droga, porém, levando em consideração a confissão do acusado e, buscando favorece-lo, o promotor apresenta denúncia pelo porte de somente 5 quilos.

- *count bargaining*: Neste tipo de acordo, a ferramenta de negociação é a quantidade de imputações em desfavor do acusado, com o promotor aceitando diminuir o número de acusações. Exemplifica-se a teoria na hipótese de o promotor acusar o infrator somente pela consumação do crime de agressão, quando do contexto dos fatos teria ocorrido um crime de roubo e outro de agressão, excluindo a imputação pelo crime de roubo.

- *charge bargaining*: Neste cenário, o acusado faria sua declaração de culpa e, em contrapartida, o promotor possibilita uma redução na imputação. Melhor dizendo, supõe-se que o acusado tenha cometido o crime de violação de domicílio, o promotor pode ofertar a substituição de uma acusação de tal crime pela imputação do crime de invasão de bem imóvel, de menor potencial ofensivo. De outra maneira, o promotor oferece a “desclassificação” do crime realmente cometido para um crime menos nocivo à sociedade.

Finalizada a negociação e firmadas as circunstâncias do acordo, este é designado para avaliação judicial. Recebido o acordo pelo Magistrado, este analisará os fundamentos para as imputações combinadas, observando a situação do acusado, no que tange a compreensão total da imputação, os efeitos do aceite do acordo, se o

réu não está sendo persuadido no seu interesse e se este possui conhecimento dos efeitos do não preenchimento de suas garantias processuais (MELO, 2019).

Na ficção artística a respeito do sistema americano de justiça criminal, os acordos penais são frequentemente eclipsados pelo júri. Apesar de serem uma prática comum no sistema americano, os acordos penais são raramente retratados em obras de ficção, como filmes, séries e romances. Isso ocorre porque as obras de ficção geralmente se concentram no julgamento por júri, que é um formato de julgamento mais dramático e envolvente.

Quem analisa a quantidade de casos criminais julgados por júri, espanta-se com a diferença entre eles e a força do imaginário que esse formato de julgamento ainda exerce. Isso ocorre porque os julgamentos por júri são frequentemente retratados em obras de ficção, como filmes e séries, o que contribui para a sua popularidade. De fato, a “forma padrão de resolução para a maior parte dos casos criminais americanos e ingleses é a guilty plea, por meio de uma plea bargaining. Julgamentos pelo júri são antes a rara exceção do que a regra” (FEELEY, 1997).

Segundo George Fischer (2000), a *plea bargaining* é tão prevalente no sistema americano de justiça criminal, que está imutável nos “salões do poder”. Ou seja, significa que a *plea bargaining* é tão dominante que já chegou ao seu limite máximo.

Bruce Smith (2005) viabiliza um panorama das explicações que especialistas de muitas áreas têm dado para o aumento da importância das práticas de *plea bargaining* no sistema americano de justiça criminal. Segundos estas ilustrações, no início do século XIX as práticas de negociar a persecução penal começam a ter uma importância significativa. Por volta de 1860, a grande maioria dos estados dos EUA já haviam aderido tal prática como solução para diminuir os casos criminais.

Mary Vogel (1999) argumenta que a *plea bargaining* é um acontecimento muito mais antigo do que se acredita. Embora seja comumente associada ao período pós-Segunda Guerra Mundial, suas origens remontam ao século XIX.

A ideia central é a mesma, independentemente da área de estudo do pesquisador:

De início, e sob risco de argumentar obviedades, a maioria dos estudiosos da *plea bargaining* – sejam eles historiadores, sociólogos ou juristas – têm analisado a *plea bargaining* como um processo

através do qual promotores, acusados e juízes procuram assegurar benefícios e evitar custos, à sombra do processo penal (SMITH, 2005)

Derivando desse princípio, existem diversas explicações acerca das causas de aumento gradativo na utilização do *plea bargaining*. Uma explicação comum para a ascensão da *plea bargaining*, é o aumento na quantidade de casos (*caseload*) designados aos tribunais, resultando em uma demanda estatal. Essa explicação, no entanto, foi criticada por Feeley (1997), que argumenta que ela está mais ligada a uma nostalgia pelo júri criminal do que a evidências históricas.

Um argumento costumeiro é que a dificuldade dos casos criminais está aumentando. Isso significa que os aplicadores do direito precisam saber mais sobre a lei e a jurisprudência para representar seus clientes de forma eficaz. Além disso, a quantidade de casos também está aumentando, o que torna ainda mais difícil para os aplicadores do direito acompanharem todos os detalhes. Essas duas tendências são tomadas como marco inicial para um pensamento que coincidiria com paradigmas teóricos da seleção racional (SMITH, 2005).

Conforme a quantidade e a complexidade de processos criminais se intensificam em conjunto, o acusado ganha uma vantagem estratégica. Ao mesmo tempo em que o Estado está preparado para julgar ligeira e satisfatoriamente os processos criminais, porém, suas autoridades como juízes e promotores em especial, não possuem encorajamento para barganhar. No momento em que os agentes do Estado percebem que não é possível julgar todos os casos criminais de forma rápida e eficiente, eles ficam mais propensos a negociar.

Pode-se acrescentar isso ao ensinamento de Feeley (1997), que afirma que no decorrer da segunda metade do século XIX até no século XX, fortaleceu-se o protótipo antagonista da *common law*, reivindicando um grande consumo de tempo, enorme qualificação científica e despesas assustadoramente altas, e cria-se um arrazoado suficientemente lógico para o desencorajamento do júri como figura crucial para abater processos penais.

Segundo consta na pesquisa comparativa de Máximo Langer (2004), a idealização dos acordos em processos penais decorrentes de grandes quantidades e complexidade se alastrou. Itália, Alemanha, França e Argentina também aderiram a sistemática motivada pelo *plea bargaining*, dilatando o campo de negociação entre o promotor e o advogado.

A proposta de Mary Vogel é uma das mais significativas nessa associação, pois oferece uma perspectiva diferente da tese preponderante, baseada na quantidade e na dificuldade dos processos penais. Vogel argumenta que o *plea bargaining* só pode ser assimilado a partir de uma análise histórica dos cursos tomados pelas classes mais nobres que organizaram todo o complexo criminal nos primórdios do século XIX (VOGEL, 1999).

As classes mais nobres de Boston, diante das mudanças sociais e econômicas do século XIX, acharam nos acordos penais uma figura para manter o controle sobre a sociedade. Os acordos, que abarcavam as promotorias, eram uma forma de condescendência exclusiva, habitual na *common law britânica*.

Na sociedade oitocentista americana, a inexistência ou a desconformidade na aplicação da pena, era um relevante artifício para dominar a sociedade. Isso porque, os acusados, temendo perder o emprego, eram incentivados a negociar acordos com o Estado (VOGEL, 1999).

Mesmo que haja uma concordância sobre os motivos do surgimento do *plea bargaining* na organização penal americana, não há concordância moral sobre a validade de tais práticas. Isso porque, o *plea bargaining* é visto por alguns como uma forma de justiça e por outros como uma forma de injustiça.

Ao passo que reclama do acusado a desistência de sua defesa, independentemente de um anúncio explícito de culpa, ao concordar com os efeitos penais, sobretudo angustiante, a aplicação do *plea bargaining* acompanham-se de uma idêntica obrigação de fundamentar a imputação da pena. Isto é, assimilar a pena como é determinado pela entidade política, tendo em vista a sua singularidade profundamente angustiante, a introdução de uma exposição de princípios éticos, que buscam combinar-se com os princípios morais tidos como justos pela sociedade.

De acordo com a racionalidade, uma resposta negociada entre as partes envolvidas é melhor do que a determinação de uma resposta, onde as partes não possuem nenhum tipo de possibilidade. Essa lógica é usada para fundamentar as contemporâneas aplicações de *plea bargaining*.

Partindo do princípio da racionalidade dos contratos, um acordo entre as partes busca potencializar a comodidade integral para os envolvidos. Deduz-se que as partes envolvidas no acordo possuem acesso a todos os conhecimentos sobre os perigos que rodeiam tais acordos, como por exemplo possibilidade de êxito e derrota, na hipótese de operarem sozinhas. Também, imaginando um raciocínio lógico,

conclui-se que nenhum indivíduo completaria um acordo, se o favorecimento não fosse bilateral. Independentemente de uma parte sair mais favorecida do que a outra ou se o fruto do acordo não foi o mais vantajoso no momento, não interessa. Entretanto, conforme salienta Zacharias (1998), acordos podem ser uma forma eficaz de resolver conflitos, pois podem economizar tempo e dinheiro, evitar desgaste emocional e promover a cooperação entre as partes.

Na *plea bargaining*, a divisão de elementos é completamente desproporcional, diferentemente das negociações civis. Apenas a acusação tem conhecimento sobre a rigidez que suas provas produzidas dispõem. Somente a defesa tem a informação real a respeito da culpa ou da inocência. Em relação a esses elementos, as partes só possuem condições de prever. O câmbio está limitado a um favorecimento penal ao acusado e a sua renúncia ao direito a um julgamento, restringindo o instrumento da *plea bargaining*. Se a punição é capaz de ser interpretada como uma gratificação, indubitavelmente elas variam a depender dos indivíduos envolvidos no caso, frustrando a estimação de vantagens e desvantagens. O acusado não colabora com a negociação por vontade própria, mas por necessidade. Isso não dá indícios de que o acordo não seja facultativo, mas que o acusado está em uma posição de desvantagem (ZACHARIAS, 1998).

Os debates sobre os marcos das fundamentações dos acordos penais ou sobre sua desconformidade com as premissas morais plausivelmente admitidos não são descabidas. Existem duas causas que levam os tribunais americanos encarregados por ignorarem alguns acordos, conforme Bibas (2011). O primeiro obstáculo seria a própria natureza dos acordos, que, em sua maior porção, são irrecorríveis, estando distante do desejo da Corte. Em razão disso, as Cortes superiores só tiveram a possibilidade de debater sobre a aplicação de *plea bargaining* em casos excepcionais.

Soma-se, a afirmação de Bibas (2011), que a Suprema Corte acredita que o detalhamento das regras dos julgamentos criminais, principalmente o júri, afeta diretamente o *plea bargaining*. Frank Easterbrook (1992) posiciona-se de acordo com a ideia de que o aprimoramento do júri alavancaria, intuitivamente, a adesão pelos acordos penais, buscando fundamentar a supremacia da concordância acerca da indispensável demanda.

Tendo como consequência, manutenção da *plea bargaining* na função de um mercado livre, ou até mesmo de um mercado negro sob o mercado comedido

pelas penas estabelecidas judicialmente, insuficientemente comedido pelas não muitas vezes em que a Suprema Corte se pronunciou sobre o tema.

Para Bibas (2011), é de extrema importância que exista uma uniformização desse mercado livre. A aplicação da analogia com o direito do consumidor, para o autor, é a solução a ser seguida. A *plea bargaining* desenvolveu-se espontaneamente entre 1970, quando a Suprema Corte fora considerada constitucional, e 2002, quando o caso *United States vs. Ruiz* levou a Corte a confrontar de modo direto alguns assuntos consideráveis para a sua constituição prática. Nesse período, os promotores tiveram uma arbitrariedade sobre a sua atuação não muito tratada.

O “mundo real da *plea bargaining*” somente fora alcançado em 2012, no caso *Padilla vs. Kentucky*, onde apontou-se o imprescindível rumo para uniformização de tais práticas, e, futuramente, determinando ínfimos procedimentos na busca para acautelar a espontaneidade dos acordos, declara Bibas (2011). De acordo com o caso *North Carolina vs. Alford*, para legitimar judicialmente o acordo, é essencial “prevenir a condenação de inocentes”, cientificando-os sobre as possibilidades de penas mínimas e máximas, e comprovar uma fundamentação contextual na exordial acusatória.

Isto é, aos acusados, tem de garantir seu total entendimento sobre os efeitos do acordo firmado, independentemente de sua natureza jurídica. Por serem considerados normas, os acordos necessitam de uma regulamentação específica, deixando-o de considerá-los como uma mera extensão das regras estabelecidas aos julgamentos. Bibas (2011) argumenta que a Suprema Corte vem reconhecendo, ainda que não explicitamente, a origem comercial dos acordos, o que pode levar à normatização desse mercado.

Embora alguns argumentem que restringir a independência de contratação dos acordos penais afastaria a liberdade particular dos acusados, o que é uma de suas principais qualidades, é possível assegurar a coerência do mercado, com as restrições amplamente admitidas para o direito contratual ou, seguindo a analogia de Bibas (2011), com as restrições ainda mais nítidas do direito do consumidor.

Embora seja possível considerar tais acordos como válidos, tendo em vista que representam decisões dos acusados, é importante levar em conta práticas de acusação excessiva, ou as diferentes providências dos autores para barganhar, que podem ser influenciadas por fatores externos ao processo, como mídia, repercussão do caso e outros.

Em suma, é rotineiro que apoiadores da justiça penal negocial argumentem que a facultatividade do acusado é garantida pelo fato de ele ter a oportunidade de não aceitar o acordo. No entanto, essa argumentação é questionável, pois ignora fatores externos que podem influenciar a decisão do acusado, como a pressão do promotor ou a possibilidade de receber uma pena mais severa caso o caso vá a julgamento. Assim dizendo, existem contextos em que um terceiro poderia comunicar a existência de constrangimento que, tirou a espontaneidade do acordo, tornando-o inválido.

Assim, Brandalise (2016) aponta:

Deve-se considerar que a involuntariedade existirá quando não houver qualquer possibilidade de escolha por parte de quem tem de agir e/ou omitir, pois os fenômenos acontecerão de qualquer forma, como ocorrem em situações nas quais a pessoa encontra-se completamente fora do domínio de qualquer escolha (no caso das compulsões psicológicas irresistíveis, porque se está fora do domínio racional de escolha). Também quando o indivíduo tem a devida compreensão da escolha; porém, há uma força externa que impõe uma resposta, como no caso da coação imposta entre a vida e o dinheiro, por exemplo, em que há uma alternativa desagradável como forma de não acontecimento de uma outra infinitamente mais gravosa, o que torna a escolha involuntária

Resumindo, para assimilação do exposto: por exemplo, o promotor oferta uma pena mais baixa como opção à uma pena mais alta, guardadas as devidas proporções das demais informações, estamos de frente com uma decisão automática.

Para melhor elucidação, imagine que um indivíduo esteja assaltando o outro, e em troca de poupar a vida da vítima, o assaltante exige dinheiro, assim como o promotor que, em troca de uma pena mais alta, oferece ao acusado uma pena mais baixa, assim, tanto a vítima do assalto, quanto o acusado, acabam por optar entre um pequeno mal certo, que seria perder o dinheiro e aceitar a pena baixa e um grande mal incerto, consistente em perder a vida ou a pena mais alta.

Este argumento que utiliza da analogia entre o assaltante e o promotor, quanto às suas consequências morais, é antigo. Essa comparação, na verdade, deu origem a um importante debate filosófico sobre a espontaneidade como parte fundamental dos acordos penais:

Tanto o assaltante como o promotor exigem das pessoas difíceis decisões entre uma imposição menor muito certa e uma imposição maior incerta. Na situação do assaltante, eu devo escolher entre a

muito certa perda do meu dinheiro e a difícil de calcular probabilidade de que meu agressor está disposto e apto para me matar caso eu resista. Como acusado, sou forçado a escolher entre a muito certa imposição de uma pena menor e uma pena substancialmente maior, cuja probabilidade é difícil de calcular. Na medida em que o tamanho da imposição menor diminui e em que a probabilidade da imposição maior cresce, torna-se mais e mais razoável optar pela primeira (KIPNIS, 1976)

Independentemente da anuência sobre o possível constrangimento, é verdade que o acusado concorda com a determinação de consequências criminais sem ser julgado pelo júri, ou seja, concorda com o acordo e suas determinações, deixando de lado seu direito de não atribuir a culpa para si mesmo e da garantia de um julgamento, tomando toda a culpa pelo fato que lhe é imputado, ou não o argumenta. À vista disso, a Constituição americana proíbe que acordos entre acusação e defesa sejam realizados involuntariamente, ocorrendo uma clara violação desta. Essa proibição é conhecida como princípio da voluntariedade (*voluntariness principle*) (WERTHEIMER, 1979).

Em razão disso, para o direito americano e para o direito brasileiro, a coação é um vício de vontade que ocorre quando o acusado é submetido a uma violência psicológica de terceiros, que restringe severamente sua capacidade de decisão. Os requisitos da coação são: ameaça determinante do ato, temor de dano e que esse temor seja fundado e injusto, ao ponto de que tal injustiça não exista em acordos convencionais, conforme Tartuce (2015), baseando-se na disposição do artigo 151, do Código Civil brasileiro.

Cumprе destacar, que o *plea bargaining* aparece como um dos principais responsáveis pelo cárcere nos Estados Unidos, à luz dos estudos. Embora alguns economistas indiquem um abatimento nas despesas da persecução penal, é preciso admitir que o encarceramento em massa causa um custo adicional extraordinário que prejudica toda a economia realizada ou origina um rombo maior (LOPES JUNIOR, 2019).

A elaboração do U.S. *Sentencing Guidelines*, com a intenção de aproximar uma incompreensão inédita até o momento, correspondeu a uma descrição refém das inúmeras legislações federais que destinam punições impostas (*mandatory penalties*). Como consequência, houve uma equiparação sobre a incompreensão das penas. Deste modo, a determinação de pena de encarceramento tornou-se mais assídua e sua dimensão chegou perto de triplicar. Dois exemplos perceptíveis são as penas dos

crimes referentes à imigração, cuja as alterações se deram nas décadas de 1980 e 1990, e as penas de tráfico e posse ilegal de armas, que também foram duplicadas (ZYSMAN QUIRÓS, 2017).

Para Marc Mauer, o crescimento exponencial das pessoas encarceradas nos Estados Unidos pode ser definido por: um conjunto de aglomeração em progresso político, a suposta guerra contra as drogas, e a frequente alteração na imposição das penas, por estes motivos a população carcerária nas prisões federais triplicou entre 1998 e 2003 (MAUER, 2001).

Destaca-se, que o número de indivíduos encarcerados nos Estados Unidos supera 2,1 milhões de presos, ou seja, 655 presos para cada 100.000 habitantes, conforme levantamento feito em 2020 pelo Internacional Centre for Prison Studies do World Prison Brief (2020).

O esforço antidrogas denominado "*Just Say No*", encabeçado pela primeira-dama Nancy Reagan foi um fracasso. Além de não conseguir reduzir o consumo de drogas, ela potencializou o problema da violência urbana.

A campanha foi baseada na ideia de que os jovens poderiam ser dissuadidos do uso de drogas simplesmente sendo informados sobre seus perigos. No entanto, essa abordagem simplista ignorou as complexidades do problema da dependência.

Além disso, a campanha foi marcada por um tom moralista e punitivo, que contribuiu para o estigma associado ao uso de drogas. Isso, por sua vez, tornou mais difícil para as pessoas que precisavam de ajuda para lidar com o vício procurarem tratamento.

A campanha também foi amplamente criticada por seu foco na droga crack, que era associada à população negra. Isso alimentou a percepção de que a campanha era discriminatória e que seu objetivo real era reprimir os negros.

Em 1986, os Estados Unidos promulgaram o *Anti-Drug Abuse Act*, uma lei que aumentou drasticamente as penas para o tráfico de drogas, especialmente para o crack. A lei estabeleceu uma discrepância de 100 para 1 entre as penas para o crack e a cocaína, o que significa que uma pessoa presa com 5 gramas de crack poderia pegar uma pena de prisão de 5 anos, enquanto uma pessoa presa com 500 gramas de cocaína poderia pegar a mesma pena.

A lei foi criticada por ser discriminatória, pois o crack era frequentemente associado à população negra, enquanto a cocaína era associada à população branca.

A lei também foi criticada por ser ineficaz, pois não conseguiu reduzir o consumo de drogas.

Em 1988, por meio de uma emenda destinada a população americana, posteriormente a morte de dois atletas nacionalmente famosos pelo excesso no uso de drogas, restou decidido que a condenação em caso de posse de drogas seria fixada para qualquer pessoa, tendo em vista o receio com uma possível proliferação, a determinação foi um encarceramento abundante da população negra.

No meio da lei *antiabuse drug* de 1988 e a *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* criada no mandato do ex-presidente Bill Clinton em 1994, mesmo com dois terços dos usuários de crack sendo brancos, sequer um homem branco foi sentenciado pelo crime federal de drogas em Los Angeles.

Em compensação, o número de pessoas negras aprisionadas aumentou em 707% se comparado com o ano de 1985 onde o número era de 16.600 e cresceu para 134.000 em 1995, todos encarcerados por causa dos crimes de drogas (NELSON, 2021).

Neste caso, é difícil não notar a sincronia com a explicação de Nils Christie a respeito da descaracterização dos indivíduos condenados, por meio da segregação de condições individuais, virando um “produto para ser depositado por seu desvalor”, no momento em que o criminoso é descartado, onde “mede-se sua dor através de uma interseção automatizada, e aplicada por um botão como no holocausto ou por uma régua sem luto”. O triunfo conquistado pela competência administrativa, pelo “simples fato de que é muito simples, se converte em uma teoria muito útil para agilizar a justiça e despersonalizar ao acusado” (CHRISTIE, 1993).

Para Jonathan Simon (2007), o *plea bargaining* utilizado nos tribunais criminais no decorrer da década de 1960 eram extremamente burocráticos. Foi por meio das *guidelines* que o *plea bargaining* tornou-se bastante organizado e avançado com o passar dos últimos quarenta anos.

Para Simon (2007), ainda, utilizar-se do *plea bargaining* e da condição da fiança (*bail bond*) integrando uma “abordagem profissional, de trabalho em equipe para processar casos, cumprido por procuradores, advogados de defesa, e juízes, em igualdade”.

Restando apenas a “dura justiça”, onde os subsídios são de “transcender a perspectiva tradicional de seu papel em um procedimento adversarial, para uma perspectiva mais compatível com a daqueles políticos executivos eleitos”.

A justificativa do julgamento não alterou o nível de arbitrariedade, mas apenas mudou quem a exerce, palavras outras, o julgamento até então de natureza do juiz, acaba por ser transferido ao acusador, representante eleito pelo povo.

A falta de limites às negociações penais e o aumento da austeridade das penas deram aos promotores de justiça um poder de repressão que os coloca em uma posição de superioridade sobre os acusados (ALSCHULER, 1991). O privilégio elaborado não buscou padronizar as penas, mas sim o de quase inevitável cumprimento de pena.

Neste aspecto, o sistema de justiça criminal se torna um instrumento de coerção dos acusados, em vez de um instrumento de justiça. Nils Christie (1993) argumenta que o sistema de justiça criminal atual é facilmente regido por autoridades fundamentais. Este sistema, que é extremamente defendido e baseado em valores econômicos, científicos e absoluto, é um programa utilitário para a abundante condenação da população.

A prisão, embora não seja um procedimento eficaz de transformação e reabilitação, atende aos pedidos da população por retribuição e proteção pública. (GARLAND, 2008). A constituição de uma organização de justiça criminal dos Estados Unidos, que Zygmunt Bauman (2010) chamou de "gulag americano", descreveu o desfecho todos os tipos de pensamentos relativamente cooperada com a punição. A forma de sentenciar um caso sem julgamento é fundamental para alcançar esses objetivos. Sua restrição ou extinção, provavelmente, será única forma de reprimir o avanço descontrolado no domínio massivo da população por meio da criminalização.

A técnica de julgamento, independentemente dos hábitos jurídicos, é mais essencial do que nunca no ponto de vista moderno.

3.2 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: A LIBERDADE E A VIOLÊNCIA GERIDAS PELO CUSTO BENEFÍCIO

A *doutrina do choque*, exposta por Naomi Klein (2008) em sua obra com a mesma titulação aponta que o neoliberalismo se utiliza de crises políticas para impor políticas não tão amistosas para a realidade daquela sociedade. Com isso, utilizando-se de uma justificativa de custo-benefício, seleciona justificativas que beneficiem interesses específicos, em detrimento de outros. Nesse interim, essas novas políticas acabam por exacerbar desigualdades sociais.

Traçando um paralelo, imagine-se um país tropical, em que um governo não mais tão popular, mas que se encontra no poder há mais de 10 anos, passa a ser alvo de sucessivos escândalos de corrupção oriundos de empresas públicas menos populares ainda. A partir disso, instaura-se uma crise institucional generalizada, resultando na retirada do governante de seu cargo, e a instalação de um governo totalmente opositor ao anterior.

Sem analisar o impacto de novas políticas sobre as comunidades locais, bem como sobre o processo penal até então vigente, ainda com a crise instalada junto aos Poderes, promulga-se um *pacote* de medidas que prometem solucionar a crise, principalmente no seu ponto originário: os escândalos de corrupção e a criminalidade.

O tal pacote, restringindo direitos constitucionais, dentre as medidas, reduz o processo penal sob a justificativa de custo-benefício, objeto do presente capítulo.

Quando da prática de uma infração penal por um indivíduo, surge ao Estado o *jus puniendi in concreto*, uma vez que o ente passa a ter uma “pretensão concreta de punir o suposto autor do fato delituoso” (LIMA, 2016). Nesse momento, impõe-se como função limitadora do poder de punir do Estado o Direito Processual Penal, responsável por aplicar balizas, constitucionais e legais, a fim de que o ente possa exercer a sua atuação.

A partir disso, inicia-se a persecução penal estatal. Inicialmente com a fase investigativa, prévia à ação penal, em que possui por objeto a colheita de elementos informativos e probatórios, necessários para a deflagração de uma ação penal. Nessa toada discute-se acerca da (im)possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações de natureza criminal. Isso porque, o procedimento investigativo processado e realizado pela polícia (procedimento clássico) deve ser presidido tão somente pela autoridade policial. Além disso, é notória a ausência de dispositivo legal que sancione tal legitimidade aos órgãos de acusação.

Apesar da discussão acerca do tema, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em 2006, editou a Resolução n. 13, que acabou por disciplinar a instauração do Procedimento Investigatório Criminal (PIC). O referido procedimento possui natureza administrativa e inquisitorial, tal qual um inquérito policial, contudo, instaurado e presidido por um membro do Ministério Público. A finalidade do procedimento também se assemelha com um inquérito policial, uma vez que possui o escopo de apurar infrações penais de natureza pública e sendo utilizado como ato preparatório e fundamental para eventual deflagração de ação penal. A referida

medida acabou por aumentar – ainda mais – a controvérsia acerca da (im)possibilidade de investigação pelo Ministério Público.

No ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, sob o regime de Repercussão Geral, deu fim à controvérsia, e com a Teoria dos Poderes Implícitos como fundamentos, acabou por reconhecer a possibilidade do Ministério Público realizar, sob sua autoridade e interesse, pelo prazo devido, investigação com objeto de apuração de crimes, desde que sejam respeitadas os direitos e garantias processuais, tal qual qualquer investigação realizada pelo Estado.

Posteriormente, no ano de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 181, responsável por revogar a resolução do ano de 2006. O objetivo da nova normativa era de aprimoramento das investigações presididas pelo *parquet*, de modo que passariam a ser mais céleres, eficientes, desburocratizadas, sob a égide do princípio acusatório, bem como pela atenção aos direitos e garantias fundamentais dos investigados.

Dentre as mudanças realizadas pela legislação do Procedimento Investigatório Criminal, o Conselho acabou por introduzir um instituto até então não utilizado no sistema de justiça criminal brasileira: o acordo de não persecução penal.

Segundo a introdução trazida, ao instituto caberia a resolução consensual e de maneira célere de infrações penais de menor potencial ofensivo pelo Ministério Público. Contudo, tal instituto foi alvo de críticas, tanto na esfera doutrinária, como no dia-a-dia da instituição, de modo que a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal por intermédio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.790 e n. 5.793.

Há época, a resolução consensual do conflito no sistema judiciário criminal brasileiro ainda era pouco debatida, uma vez que somente os institutos do Juizado Especial Criminal encontravam-se vigentes. Palavras outras, não havia uma nítida expansão dos institutos de barganha e negociação processual penal, de modo que a cultura do litígio e adversidade entre a acusação e a defesa era estimulada para que, ao final, o magistrado proferisse uma decisão.

Contudo, conforme a ideia de Vivante (2007), “altro tempo, altro diritto” (apud FUX, 2015), o direito acaba tendo que se adequar às mutáveis relações de convívio da sociedade e, por necessidade, acompanhar os interesses de quem por ele é tutelado, correspondendo aos seus anseios e demandas.

Diante do anseio oriundo do Ministério Público em introduzir tal instituto, além de um reconhecimento estatal (após inúmeras manifestações populares, isto é, o clamor público) do fato de que o crescente número de processos possui relação direta com o aumento do volume de trabalho de magistrados, membros do Ministério Público, servidores judiciais, além da falha no modelo ressocializador de reação ao delito, acaba por ser necessária a introdução de medidas alternativas que possibilitassem o descongestionamento da máquina estatal.

Palavras outras, o Estado precisava julgar mais rápido, aplicar penas mais rápidas, a fim de diminuir a quantidade de processos e a carga de trabalho dos atores envolvidos, apresentando uma resposta ao clamor popular.

Nesse compasso, da lição de Alves (2018), observa-se, em linhas gerais, que a justiça penal consensual é gênero do qual a justiça restaurativa, a justiça negociada e a justiça colaborativa são espécies.

Conforme Cardoso Neto (2018), enquanto a justiça restaurativa se mostra como uma “tentativa de responder ao fenômeno criminal de forma diferente daquela praticada pelo sistema de jurisdição penal tradicional”. Oportuniza, portanto, uma “troca de lentes, pois permite que se enxergue o crime e a própria justiça a partir de uma visão renovada [...]”. A justiça colaborativa se mostra como uma ferramenta essencial no combate à criminalidade, tendo obtido uma maior repercussão diante de acordos de colaboração realizados no âmbito de grandes operações nacionais.

Há de se destacar que a justiça colaborativa não se trata somente de colaboração premiada, prevista na Lei de Organizações Criminosas (n. 12.850/2013). Segundo Lima (2017), a primeira previsão na legislação brasileira que tratou sobre uma justiça penal colaborativa é oriunda da Lei de Crimes Hediondos (n. 8.072/1990). Além disso, é possível verificar a colaboração também no art. 159, § 4º, do Código Penal, bem como nas Leis n. 9.034/1995 (antiga Lei de Organização Criminosa), n. 7.492/1986 (define os crimes contra o sistema financeiro) e n. 8.137/1990 (define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo) etc.

Ainda segundo Lima (2017), a colaboração acaba podendo 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”.

Fato é que a justiça penal negociada toma forma e maior relevância no direito penal brasileiro com a edição da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), responsável por introduzir no ordenamento jurídico um novo modelo de justiça, baseada no consenso entre as partes. O Juizado Especial Criminal passa a ter competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa).

Embora o Brasil seja um país tradicionalmente norteado pelo sistema do *civil law*, a Lei n. 9.099/1995 foi a responsável pela implementação de duas grandes medidas despenalizadoras – transação penal e suspensão condicional do processo – , as quais foram fortemente influenciadas pelo modelo americano (*common law*) de justiça penal.

A transação penal passa a ser aplicada às infrações de menor potencial ofensivo, podendo ser proposta pelo Ministério Público, quando não seja caso de arquivamento do procedimento. A medida consiste na aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

Já a suspensão condicional do processo acompanha a denúncia oferecida pelo Ministério Público e é aplicável aos crimes em que a pena mínima seja igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei dos Juizados Especiais. A suspensão pode ser concedida acaso o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, se presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP). Como condições, podem ser estabelecidas a reparação do dano e a proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz.

Ambos os institutos foram responsáveis por romper com a ideia de justiça penal do conflito entre a acusação e a defesa, passando a aplicação rotineira de acordos, ao passo em que os acusados cumprem condições de natureza restritiva de direitos, a fim de evitar ou suspender processos criminais.

É necessário destacar que a influência do modelo americano de *common law* de justiça negociada, para o sistema de justiça penal brasileiro é oriundo do *plea bargaining*, que, conforme exposto, consiste em um acordo entre acusação e defesa, no qual o réu confessa a prática de uma infração penal (*guilty plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício concedido pela

acusação. Evita-se, assim, por consequência, o desfecho tradicional de um processo criminal (Alves, 2018).

A Lei n. 9.099/1995, portanto, foi um marco histórico na implementação das medidas despenalizadoras. A partir daí, abriu-se maior espaço para a discussão acerca da viabilidade dos procedimentos alternativos de resolução das lides penais, com vistas a disseminar a cultura do consenso (e não do litígio/conflito) entre os jurisdicionados e, conseqüentemente, sob a justificativa de garantir maior efetividade à tutela jurisdicional prestada na seara criminal.

Ainda que a introdução dos institutos tenha resultado em uma ampla aplicação desde o início, ainda assim, não era possível a aplicação em grande parte dos delitos, uma vez que há somente uma pequena parcela enquadrada no conceito de crimes de menor potencial ofensivo no direito penal brasileiro. Assim, ainda que em um primeiro momento possa ter reduzido a carga de processos, fato é que as varas continuam abarrotadas com os mais diversos processos criminais, sem que o Estado possa cumprir promessas de atuação célere e efetiva sobre os crimes.

Em outras palavras, apesar dos institutos, o Estado ainda não conseguiu dar fim aos ditames populares de que a justiça penal brasileira não apresenta o devido funcionamento, tampouco a devida resposta no combate à criminalidade, motivo pelo qual há influência do Ministério Público para a criação de um novo instituto.

Diante da realidade do sistema brasileiro de justiça criminal, bem como da ânsia midiática em punir a qualquer custo, sob quaisquer condições, as pessoas que se encontram processadas, diversas medidas são implementadas sob o escopo de que haveriam alternativas para resoluções céleres nas lides de natureza penal.

A mentalidade do encarceramento é enraizada no seio da sociedade brasileira e vista como a solução para insegurança pública que assola o país (MESQUITA e PEREIRA, 2015). Nesse contexto, o acordo de não persecução penal surge como um instrumento de efeitos pragmáticos, que seria de importância enorme para o combate ao encarceramento em massa, além de que os requisitos lá indicados serviriam para combater a seletividade do sistema penal brasileiro.

Com a nova promessa, esse instituto serviria para reduzir a seletividade penal e o encarceramento em massa, além de atender aos anseios estatais de reduzir a carga processual e dar maior efetividade à justiça penal brasileira.

Sob a ótica do neoliberalismo já exposta em capítulo anterior deste trabalho, a justificativa de redução de gastos e diminuição da atuação estatal aqui se

mostra evidenciada. A justificativa de diminuição de custos ao Estado e o aumento da eficiência demonstram a ótica de custo-benefício.

Fato é que a ampliação da justiça negocial é uma tendência inafastável, entretanto é necessário refletir sobre os limites impostos pelo sistema penal brasileira e que não permitem a importação de um instituto que cuja negociação é tão ampla e ilimitada (LOPES JR, 2019).

E, uma das alternativas que apontam que o sistema seria mais seguro, eficiente e adequado a realidade brasileira, repousa na implementação de um novo modelo de acordo. Com ele, seria estabelecido um sistema com a eleição inteligente de prioridades, levando para julgamento plenário (é dizer, processo penal com instrução e julgamento perante o juiz) somente aqueles casos mais graves. Para os demais casos, de pequena e média gravidade, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o *full trial*, economizando-se tempo e recursos públicos e lançando mão de uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos (CABRAL, 2018).

Nesse interim, no ano de 2017, ao editar a Resolução 181/2017, o Conselho Nacional do Ministério Público enfatizou a necessidade de aprimoramento da investigação criminal no Brasil, além de destacar a imprescindibilidade da instalação de um sistema alternativo à persecução penal integral:

Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa;

Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;

Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais, RESOLVE, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, expedir a seguinte RESOLUÇÃO [...].

O acordo de não persecução penal, previsto, em sua integralidade, no art. 18 da resolução mencionada, é conceituado por Renato Brasileiro de Lima (2018):

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida.

A partir do seu conceito, algumas premissas já podem ser fixadas: a) o acordo de não persecução penal é, necessariamente, realizado na fase extrajudicial da persecução penal, ou seja, em momento anterior à ação penal; b) a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa é pressuposto essencial para a instrumentalização da avença; c) é imprescindível a representação por advogado; d) o autor do fato não cumpre pena (fixada pelo magistrado), mas sim condições de natureza restritivas de direito, fixadas entre ele e o Ministério Público; e) é obrigatória a homologação judicial.

Apesar do instituto apresentar uma similaridade com a transação penal e a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal, também criado sob influência do *commom law* norte-americano, com eles não se confunde. Isso porque, o acordo de não persecução penal pressupõe a confissão do delito pelo réu. Além disso, o referido instituto é subsidiário aos institutos existentes na Lei dos Juizados Especiais. Por fim, há de se destacar que os requisitos exigidos para sua celebração também são diversos, além do acordo de não persecução penal ser uma faculdade do órgão acusador, ao passado em que os demais são direitos subjetivos dos acusados.

É necessário destacar que, parte da doutrina entende que ainda que o acordo pressuponha a confissão formal e circunstancial da prática delituosa, seu formato se assemelha mais ao modelo de *plea of nolo contendere* do que ao *guilty plea*. Nesse sentido, há, no acordo de não persecução, um “reconhecimento da viabilidade acusatória, sem contestação a ela, tal como já ocorre com a transação e a suspensão condicional do processo; nestes casos, porém, não se exige confissão” (Brandalise; Andrade, 2019). Sua aceitação e cumprimento, portanto, “não causam

reflexos na culpabilidade do investigado, pelo que não produz efeitos civis”, diferentemente do que ocorre no *plea bargaining*.

A doutrina entende, ainda, que o acordo (assim como os benefícios previstos na Lei n. 9.099/1995) se caracteriza por ser um instrumento de diversão com intervenção, hipótese em que o acusado/investigado fica sujeito ao cumprimento de certas condições. Se cumpridas de maneira regular, o procedimento investigatório será arquivado, ou o processo será extinto. (LIMA, 2018).

A “diversão” caracteriza-se por ser uma forma de resolução dos conflitos processuais penais em que não há o oferecimento da ação penal ou há a descontinuidade dele, com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado (trata-se, portanto, de uma definição de consenso próxima à ideia do *plea of nolo contendere*). (LIMA, 2018).

Em que pese inicialmente o acordo ser uma medida administrativa ministerial, com a reforma trazida pelo denominado *Pacote Anticrime*, passou-se a aplicação do instituto (com pequenas mudanças da versão do Ministério Público), em todo o território nacional. Assim, desde o ano de 2019 o instituto encontra-se introduzido na legislação pátria, mais precisamente no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, sob as características abaixo relatadas.

Quanto à infração, admite-se o acordo quando (requisitos cumulativos): a) não for caso de arquivamento (*caput* do art. 28-A); b) a pena mínima cominada ao crime for inferior a quatro anos, já consideradas as causas de aumento e diminuição (*caput*); c) o crime for cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (*caput*); d) o crime não for cometido em contexto de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei n. 11.340/2006 (§ 2º, inciso IV); e) não for cabível a transação penal, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/1995 (§ 2º, inciso I).

Por outro lado, não se admitirá a formulação da proposta se ficar comprovado (requisitos alternativos): a) ter sido o autor da infração for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (§ 2º, inciso II); b) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo (§ 2º, inciso III); c) que a celebração do acordo não atende ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (*caput*).

Por parte do investigado, exigem-se (requisitos cumulativos): a) a confissão formal da prática delituosa; e b) o acompanhamento por defensor técnico.

Quanto ao momento, admite-se a negociação: a) no âmbito do Procedimento Investigatório Criminal; b) no âmbito do Inquérito Policial; ou c) na mesma oportunidade da audiência de custódia.

O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado, estipulará de modo claro suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor, necessariamente (§ 3º do art. 18). Em seguida, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial (§ 4º). Feita a proposta, e considerando o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação (§ 5º).

Entretanto, se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao Procurador-Geral ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, que, nos termos da legislação vigente, poderá adotar as seguintes providências (§ 6º): a) oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; b) complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-las; c) reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; e d) manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a instituição.

Uma vez celebrado o acordo, o autor do delito se sujeitará ao cumprimento (cumulado ou alternativo) das seguintes condições, previstas nos incisos I a V do art. 28-A: a) reparação o dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) renúncia voluntária a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou provento do crime; c) 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; d) pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público; e) outra condição estipulada pelo Ministério Público.

Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação (§ 13). Na hipótese de descumprimento injustificado das condições impostas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia (§ 10º), bem como valer-se do descumprimento

como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (§ 11).

Apesar de uma das justificativas do acordo de não persecução penal ter como objetivo a redução da seletividade penal brasileira, é possível verificar que a aplicação prática não é condizente com o discurso, principalmente diante da alteração entre a Resolução do Ministério Público, para com a legislação promulgada.

A redação do artigo 28-A do CPP (BRASIL, 2019), parece repetir a anterior Resolução do CNMP, não fosse um detalhe curioso: retira a proibição da realização do acordo quando o dano for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão. Vejamos:

Resolução 181/17 do CNMP:

Artigo 18 - 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 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

(...)

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

(...)

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

Como se vê, o legislador não repetiu tal proibição no CPP, de modo que independentemente do valor do dano causado, se preenchido os demais requisitos, poderá o crime ser objeto de acordo de não persecução penal.

Diante disso, é possível verificar que determinados indivíduos, eleitos pelo sistema penal brasileiro, como empresários, doleiros, políticos, poderão se utilizar do instituto, independentemente do dano gerado, principalmente aos cofres públicos.

Como dito por Nilo Batista (2007):

[...] Assim, o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas [...] O Sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade [...] quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da

dignidade humana [...] quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela. [...]

É necessário destacar que os crimes responsáveis pela maior quantidade de encarceramento no Brasil são roubo e tráfico de drogas. Somente em relação ao tráfico de drogas, há de se destacar ser ele responsável pela maior quantidade de encarceramento do país, tanto em presos provisórios, como em definitivos.

Não é necessário rememorar com detalhes do já exposto no primeiro capítulo deste trabalho que esses são os crimes cometidos por indivíduos comuns, com baixo grau de instrução, principalmente por indivíduos estigmatizados. De outro norte, os crimes de colarinho branco, são praticados por empresários, políticos e outros membros da sociedade que acabam não sendo considerados, tanto pela legislação, como pela população brasileira como violentos ou hediondos. Isso porque, cometidos por pessoas respeitáveis, de alta posição no status social e no curso de sua ocupação.

Ainda nessa toada, o crime de lavagem de capitais (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012), por exemplo, cuja conduta consiste em “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”, possui pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa, podendo ser objeto do referido acordo.

Ainda para exemplificar: Crimes contra a ordem tributária (artigo 1º da Lei 8.137/90): Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa; Crime de sonegação fiscal (artigo 1º da Lei 4.729/65): Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo; Concussão (artigo 316 do CP): Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; Corrupção passiva (artigo 317 do CP): Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; Corrupção ativa (artigo 333 do CP): Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; Estelionato (artigo 171 do CP): Pena – reclusão, de 01 a 05 anos; Falsificação de documento público (artigo 297 do CP): Pena – reclusão, de 02 a 06 anos.

Retomando a ideia, os dispositivos supramencionados, embora tutelem bens jurídicos e condutas distintas, guardam em si aspectos em comum, quando observados em cotejo com o instituto do acordo de não persecução penal: são crimes considerados não violentos e, todos possuem pena mínima inferior a 4 anos, ao passo

em que a maior quantidade de crimes que resultam no encarceramento em massa no Brasil acabam não sendo objeto de acordos, uma vez que presentes a violência e/ou considerados hediondos.

Isto é, toda a gama de crimes passível de cometimento por pessoas com status social são passíveis de acordos, diante do preenchimento dos requisitos, ao passo em que os crimes cometidos por indivíduos previamente rotulados não são passíveis de acordo.

Palavras outras, o indivíduo que é responsável pelo tráfico de 100g de maconha não é elegível a realização de acordo, ao passo em que o indivíduo que sonega milhões em impostos, ou, ainda, aquele que oculta bilhões através de movimentações conhecidas como caixa dois, uma vez que não repetida a restrição da Resolução na legislação sancionada, torna-se possível o acordo.

Ainda assim, é possível verificar que o acordo de não persecução penal atingirá uma vasta gama de delitos, principalmente os considerados de média gravidade, desde que preenchidos os requisitos do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, o que pode resultar na diminuição de processo e de eventual encarceramento.). De outra sorte, dentre os quatro crimes que mais ocorrem no país, apenas um deles (furto) permite a aplicação do instituto. Nessa senda, percebe-se que o mecanismo acaba por revelar evidente seletividade penal, já que, ao passo que pode ser utilizado em casos de corrupção e de lesões a bens jurídicos exorbitantes, não agraciará boa parte do seletivo público penal brasileiro, posto que inaplicável a crimes como roubo (mesmo na modalidade simples) ou tráfico de drogas.

Assim, é possível verificar que ainda que tenham sido declaradas promessas de redução do seletivismo penal, bem como do encarceramento em massa, embora seja um mecanismo satisfatório ao modelo de justiça negocial, uma vez que aplicável somente a crimes de média gravidade, há a necessidade de mudanças, a fim de apresentar garantias mínimas aos acusados, servindo como redutor das desigualdades do processo penal brasileiro.

Não se questiona se o direito penal é ou não seletivo, pois a resposta parece óbvia. O que importa são as consequências de tal seletividade, e, no caso em apreço, os efeitos da seletividade do acordo de não persecução penal que, no campo da criminologia, parece engodar ainda mais as concepções do processo penal ideal.

Em razão do necessário aperfeiçoamento do instituto do acordo de não persecução penal é que se torna necessário tecer algumas críticas sobre sua

aplicação, principalmente em razão das aplicações similares nos Estados Unidos, correlacionando com a realidade brasileira, o que se mostrará a partir do próximo tópico.

3.3 CRÍTICAS AO MODELO NEGOCIAL E AO INSTITUTO DA BARGANHA NO PROCESSO PENAL

Apontadas as características do modelo negocial e da barganha no processo penal contemporâneo, bem como demonstrado o panorama da justiça penal negocial brasileira, há a necessidade de aprofundamento acerca dos problemas que inevitavelmente incorrem na realização de acordos entre acusação e defesa para a imposição de sanções penais baseadas no reconhecimento da culpabilidade.

Ainda que existam diversas diferenças em relação aos mecanismos negociais do modelo estadunidense em relação ao modelo brasileiro, como a transação, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, algumas características acabam por coincidir, como: a conformidade do acusado, realizada por uma confissão, a renúncia ao direito de defesa, etc.

Diante dessa realidade, os fundamentos aqui elencados acabam por serem extraídos da doutrina americana relacionada ao instituto lá aplicado. Contudo, diante da natureza expansionista do consenso no processo penal, apresentam-se também referências aos institutos europeus e latino-americanos, principalmente em razão da convergência do modelo adotado, de modo que acaba por ser necessária a crítica aos modelos e características fundamentais coexistentes nos sistemas jurídicos.

Em termos gerais, duas perspectivas críticas podem ser adotadas para questionar os modelos de justiça penal negociada. A primeira, envolve a fragilização do ideal de justiça, ou a relativização da busca pela verdade real, ambas amplamente difundidas pelo processo penal. Essa crítica se pauta principalmente pelo rechaço a diminuição da sanção penal a ser imposta ao acusado, sem justificativa plausível para tal. Palavras outras, o acordo seria demasiado benevolente, de modo que haveria um excesso de benefício ao acusado e, conseqüente, a subversão da função de prevenção geral do direito penal. Isso tudo, sem contar com a violação ao princípio da verdade real, o qual seria um dos fundamentos do processo penal (BIBAS, 2003).

Já a segunda crítica refere-se à violação de garantias e direitos fundamentais e processuais dos acusados, deixando o processo de ser um limite do

poder punitivo e passando a ser meio. É necessário destacar que o presente tópico se funda principalmente no presente entendimento, isto é, na proteção de direitos fundamentais do acusado e de consagração da função limitadora do processo em face do poder punitivo estatal (GIACOMOLLI, 2016).

Sem ingressar no debate sobre a busca da verdade real no processo penal, é necessário destacar que a negociação macula as premissas do direito processual penal, uma vez que rechaça a necessidade de que o acusador apresente provas sobre o fato, pressuposto necessário ao rompimento da presunção de inocência.

Em razão disso, acaba por ser necessário que o presente tópico apresente críticas ao acordo entre acusação e defesa como causador de violações a direitos fundamentais e garantias processuais, além de analisar os supostos benefícios trazidos como justificadores para a introdução e aplicação dos institutos de barganha processual, de modo que a redução da carga processual se torna ilusória frente às consequências negativas geradas, além da extinção de qualquer modelo garantista.

Inicialmente, há de se destacar três apontamentos acerca do choque entre a barganha processual e os princípios da justiça penal. O primeiro, refere-se à presunção de inocência, uma vez que acaba totalmente afastado do campo processual pautado pela barganha. Isso porque, trazendo-se a renunciabilidade de direitos fundamentais e processuais, a referida garantia acaba por ser distorcida em uma presunção de culpa, ou até mesmo em um dever de confessar de maneira célere. Em que pese se tente afastar tal violação, principalmente com um não reconhecimento da culpabilidade, como por exemplo na transação penal brasileira, ou maquiando pressões impostas ao acusado, há uma nítida violação ao referido princípio para que seja possível a concretização dos mecanismos negociais (LOPES JR, 2002).

Em segundo plano, há também um afastamento completo do direito a não autoincriminação, principalmente na ausência de necessidade de apresentação de provas pelo acusador, demonstrando que a barganha processual “não foi projetado para ser utilizado aos réus confessos, mas para gerar réus confessos a quem aplicá-lo” (GIACOMOLLI, 2016).

Por fim, é necessário destacar a ausência de necessidade do dever de motivação judicial, uma vez que o ato praticado pelo juízo é somente homologatório, o que, conseqüentemente, deixa de analisar a lide propriamente, passando a uma mera análise formal dos pressupostos para a condenação, o qual é desvalorizado na prática rotineira.

Ou seja, sem adentrar de maneira profunda, mas somente realizando uma exposição introdutória ao objeto do presente tópico, é possível visualizar inúmeras violações ocasionadas pela barganha, isso tudo, a partir da extinção dos fundamentos e paradigmas do processo penal como função limitadora da aplicação de sanções.

Como destacado por Albert Alschuler (1981), a barganha origina a supervalorização de escolhas táticas durante o jogo processual, ou seja, afasta a determinação da sanção penal do fato criminoso praticado e aproxima seus critérios à postura do acusado no transcorrer do seu julgamento e de suas decisões relacionadas ao exercício da defesa. Desse modo, há a necessidade se rememorar – e até comparar – o instituto da barganha com as torturas realizadas pela inquisição durante a Idade Média. Isso porque, conforme Langbein (1978), a consagração da confissão como prova plena e a coerção imposta ao acusado para sua realização acabam por ser semelhantes (embora aponte a distinção em relação à intensidade) a ameaça de sofrimento físico anteriormente utilizada. Contemporaneamente, o sofrimento físico foi substituído pela intimidação de uma sanção penal mais gravosa acaso haja o exercício do direito ao processo.

Tal prática certamente acaba por afetar as relações sociais e criar dois fenômenos que impactam diretamente o campo jurídico-penal: a ideia do risco e a criação de um inimigo. Por um lado, acarreta consequências à dogmática penal – por exemplo, com a desmaterialização de bens jurídicos, o aumento nas incriminações de perigo ou a previsão de delitos de acumulação – e também processual penal – a partir de mecanismos de aceleração procedimental e flexibilizações de garantias.

Nessa toada, a constante lembrança e manifestação acerca da figura do inimigo a quem o poder estatal deve direcionar sua força repressiva sem qualquer garantia ou preocupação, acaba por ser possibilitada de romper com os limites do processo penal. Desse modo, é possível afirmar que o modelo de justiça penal acaba por ser pautado em razão de uma suposta emergência, da necessidade de uma atuação célere pelo Estado, sem qualquer limite, principalmente oriunda de posturas punitivistas, influenciados por manifestações populistas, resultando, assim, em uma sociedade do controle retroalimentada por uma cultura do medo em que se utiliza o sistema penal como instrumento de governamentalidade (SAAVEDRA, 2011).

Costuma-se afirmar que uma das principais causas do triunfo dos mecanismos negociais no processo é a expansão do Direito Penal material. (GIACOMOLLI, 2016) Nos Estados Unidos, por exemplo, sua consolidação

determinante se deu com a promulgação da Lei Seca, que expandiu a atuação repressiva do Estado sobre o uso de bebidas alcoólicas (FISCHER, 2000). Nesse sentido, Dervan (2011) aponta que a utilização generalizada dos institutos negociais com a coerção para renúncia aos direitos de defesa acabou por conduzir à obstacularização do controle judicial sobre a legalidade de novos tipos incriminadores ou de procedimentos investigatórios realizados, uma vez que os acusados acabam por consentir em submeterem-se à sanções penais em uma análise judicial adequada.

Isto é, segundo os autores, a expansão da atuação do direito penal acaba por depender e estar intrinsecamente ligada com a generalização da negociação, principalmente com o aumento da repressão estatal, como era o caso da lei seca, ao passo que por meio desta a justiça criminal consegue responder parte das demandas punitivistas sociais (sem o controle e a limitação do Judiciário), evitando possível colapso que desvendaria a insustentabilidade de tal postura e, assim, poderia ensejar discussões acerca da necessidade de redução do poder punitivo.

Em razão disso, atualmente é possível verificar que inúmeras reformas legislativas acabam por serem legitimadas sob a justificativa da busca por eficiência, isto é, dar a máxima celeridade no processo penal, a fim de responder demandas sociais punitivistas. Em verdade, não se busca qualquer economia processual, uma vez que essa geralmente é justificativa para urgência das alterações legislativas, implementadas a partir de verdadeiras *operações de marketing* que acabam por propor a flexibilização frente à morosidade da justiça (BORGES, 2013).

Ainda quanto a ideia de efficientismo perpetrada para justificar alterações legislativas, essa geralmente acaba por utilizar de sumarização de procedimentos, principalmente com a inclusão de mecanismos negociais, a fim de concretizar resultados. Tal intrigante panorama é descrito, inclusive, como ensejador de um “fast food jurisdicional” que moldou os preceitos da justiça criminal à compulsão por eficiência, caracterizando o fenômeno denominado de “McJustice” (BOHM, 2006).

Desse modo, há o avanço de teorias econômicas em busca de redução de custos: introduzem-se “mecanismos de eficiência” que pretendem possibilitar o máximo de condenações/punições com o mínimo de recursos e tempo possíveis. Conforme Garapon e Papadopoulos (2008), a *plea bargaining* é sedimentada fundamentalmente a partir de premissas do movimento *law and economics*, “uma corrente doutrinária multidisciplinar que tenta apreender as instituições jurídicas com a ajuda da análise econômica”.

Segundo Easterbrook (1983), o processo penal acaba por se tornar como um “sistema de mercado”, um “método de alocação de recursos escassos”, em que as negociações entre acusação e defesa são legítimas ao determinar o custo aceitável (sanção penal consentida pelo réu) da prática do delito.

Anitua (2015) aponta que o referido entendimento, ao pelar para a eficiência, “somente se preocupa em manter a ordem, simbolicamente, na sociedade que está ‘dentro’ do mercado, e almeja manter na periferia, incapacitando ou neutralizando, aqueles que estão ‘fora’”. O referido pensamento, classificado como atuarial, é caracterizado por adotar abordagens estatísticas, a partir de dados, comparando números e prognósticos de riscos. Em outras palavras, o direito passa a substituir doutrinas por gerenciamentos e efficientismo, passa-se do “pensamento que medita” para o “pensamento que calcula” (BUONICORE, 2014).

Assim, é possível verificar a interligação entre a expansão do direito penal, ocorrida por concepções efficientistas e de mercantilismo penal, com a maior utilização de instrumentos de negociação no processo penal, e a conseqüente imposição de sanções penais mais céleres, ao passo em que direitos fundamentais passam a ser flexibilizados e a função limitadora do processo penal passando a ser subvertida, em um círculo vicioso de dependência e retroalimentação.

Em razão disso, o argumento que legitima a introdução e aplicação do instituto da barganha, isto é, apontar a redução da carga de trabalho do Judiciário e dos índices de criminalidade na sociedade como seu pretense objetivo acaba por ser ilusório, uma vez que sua finalidade é a ampliação do controle social por intermédio do poder punitivo (ANITUA, 2015).

É necessário destacar ainda a alteração das funções desempenhadas por juízes, promotores, advogados e acusados, uma vez que seus interesses pessoais acabam por se sobrepor às funções processuais de limitação do poder punitivo. Nesse sentido, Alschuler (1981) estrutura suas críticas ao instituto da barganha a partir da premissa de que há uma indevida subordinação da justiça aos interesses pessoais dos atores do campo jurídico-penal, de modo que se fragiliza a ideia de que o acusador representa os interesses públicos e advogados de defesa exercem os interesses do acusado.

Por uma dedução lógica é possível verificar que o juiz é um dos maiores beneficiados pela negociação entre as partes e o julgamento imediato do processo, ante a inerente redução da carga de trabalho, isto é, com a redução de deveres,

preocupações quanto a julgamentos, revogação de decisões, controles de órgãos externos, etc., além de cumprir suas metas de julgamentos. Isso tudo, sem contar a responsabilidade de determinar se o acusado é realmente culpado ou não. Assim, torna-se recorrente a postura repressora de magistrados diante dos poucos advogados combativos que intentam o questionamento e a fragilização da versão acusatória, pois “os julgadores visam aos reconhecimentos de culpabilidade do mesmo modo que os vendedores almejam encomendas”. Trazendo a aplicação do *plea bargaining* nos Estados Unidos, ainda que sua aplicação tenha ocorrido aos poucos, sem uma imposição estatal, é possível verificar a expressiva generalização no momento em que os atores processuais – principalmente os magistrados – começaram a se beneficiar do instituto (BIBAS, 2004).

E não somente o benefício ocorre em relação aos magistrados, como também ao acusador, que além de reduzir sua carga de trabalho – principalmente em relação a obtenção de provas – os acordos garantem a obtenção de condenações, mantendo a imagem pública de acordo com os anseios de uma sociedade punitivista. Conjurando os interesses do acusador com o julgador, há uma nítida coação ao acusado e a defesa em aceitarem a aceleração da condenação (FISCHER, 2000).

E não diferente, a defesa do acusado também acaba por ter seu papel modificado, uma vez que ressalta seus interesses pessoais à realização do acordo. Além do interesse econômico, uma vez que realizando acordos, o defensor consegue resolver as demandas de uma maneira mais célere, possibilitando o atendimento de uma maior quantidade de acusados, a barganha também possibilita atender aos anseios do acusador e do julgador, garantindo boas relações com os demais atores, de modo que a defesa passa a ter uma postura incentivadora ao consenso, visando, inclusive, benefícios em outros processos de maior importância (ALSCHULER, 1981).

Desse modo, o panorama exposto corrobora a descrição de George Fisher (2000): o inquestionável e inabalável triunfo da barganha no sistema de justiça criminal se dá em razão de sua aderência aos interesses daqueles que detêm o poder na determinação da concretização do poder punitivo estatal. Tal instituto é, portanto, um instrumento a serviço dos interesses do poder, protegido e alimentado pelos atores do campo jurídico, e, assim, determinante na configuração das suas relações intrínsecas e do seu funcionamento.

Ainda que alguns doutrinadores defendam a legitimidade da sanção penal imposta em razão da confissão negociada, acaba por ser evidente a ilegitimidade de

tal prática, convertendo o processo em uma “linha de produção em que acusados são coagidos, privados do devido processo, e valorados como menos importantes que a eficiência” (ALSCHULER, 1968).

E, ainda que se fale em uma celeridade almejada pela introdução dos institutos de barganha, há de se ressaltar que por inúmeras vezes os atores negociadores tentam fragilizar o lado contrário, apresentando documentos, provas, etc., – como também blefes – a fim de obter uma melhor barganha.

De qualquer maneira, acaba por ser curioso o cenário em que as partes, opostas no jogo processual, se beneficiem de uma colaboração mútua, fundamentalmente pautada por tal disfuncional relacionamento burocrático. Abrem-se, assim, espaços e brechas para ilegítimas manifestações de poder, em que arbitrariedades findam por prejudicar àqueles que carecem de condições para a realização de uma efetiva defesa. Nesse compasso, a postura dos atores do processo e a distorção de suas atuações provocadas pela barganha processual é determinante para o agravamento de um dos atos mais graves cometidos pelo judiciário: a condenação de inocentes por intermédio de acordos com a culpabilidade forjada através de coações (ALSCHULER, 1968).

Cabe rememorar que ainda na Idade Média, a inquisição acreditava que as confissões utilizadas como meio de provas para condenação, as quais eram obtidas por intermédio de coação física, eram mais confiáveis que as confissões apresentadas em troca de tratamento benevolente, essas últimas, objeto de desconfiança pelos julgadores da época. Passando a Idade Média até Joana D’Arc e seu dilema de “esperar passivamente a confirmação da sua presunção de inocência, ciente dos riscos que isso implica em um meio coercitivo por natureza, ou aceitar uma dessas regras e decidir resolver a questão do modo mais rápido e econômico disponível”, é como é possível visualizar o cenário atual de expansão dos espaços de consensos (TEDESCO, 2005).

Dentre os inúmeros exemplos de pressões e intimidações que são possíveis de análise oriundos da justiça pena americana, uma vez que rotineiramente apresentam-se casos, é possível a análise de arbitrariedade. Em *Bordenkircher v. Hayes* (julgado em 1978), a Suprema Corte confirmou a admissibilidade de uma barganha realizada nas seguintes condições: o réu era acusado de emitir um cheque falsificado, mas por ser reincidente estava sendo processado com base em lei que autorizava o aprisionamento perpétuo para tais situações (situação frisada

coativamente pelo acusador no momento da negociação); assim, o promotor ofereceu proposta de acordo com sanção penal de cinco anos em uma previsão legal de mínimo dois e máximo dez anos; diante disso, o acusado rejeitou a barganha, exercendo seu direito ao julgamento, em que, ao final, foi condenado à prisão perpétua; interposto o recurso, a punição atribuída em razão da não realização do acordo foi declarada constitucional. Ou seja, “a Suprema Corte fomentou um sistema de justiça bizarro, em que o crime de emitir cheque falso no valor de U\$\$ 88 representa uma sanção penal de cinco anos enquanto o ‘crime’ de exercer o direito ao julgamento é punido com prisão perpétua”, descrição que inquestionavelmente caracteriza um “pesadelo para uma visão continental de justiça” (DERVAN,2013).

Diante desse caso, é possível verificar a coercitividade da proposta de barganha de modo desvelado. Isso porque, é nítido que as sanções penais são abusivamente intensificadas diante da recusa, o que se denomina de “preço de julgamento”, “pena de julgamento” ou “tesoura sancionatória” (LIPPKE, 2011).

Assim, é possível verificar que a voluntariedade na aceitação de acordos acaba por ser algo fantasioso, uma vez que o funcionamento se dá por uma ameaça velada, que gera impossibilidade de qualquer escolha livre. E, trazendo essa ameaça para a realidade de desigualdade social brasileira, em que o sistema jurídico já é permeado por insuficiências na assistência jurídica penal, a possibilidade é de que a coação seja ainda mais gravosa.

Vegezzi (2012) aponta que o discurso de que o réu acaba por ser beneficiado diante de uma redução de pena é hipócrita, uma vez que não há uma melhora na situação do acusado, mas sim um deslocamento da responsabilidade na persecução penal. Ou seja, o Estado acaba por se declarar ineficiente na prestação jurisdicional, uma vez que não busca todas as provas sobre o feito, acabando por coagir ao imputado que renuncie seu direito de defesa e de julgamento. Palavras outras, “diante da impossibilidade – generalizada pela ineficiência estatal – de condenar o prisioneiro, logo após a detenção, se resolve ‘negociar’ com ele, explorando a desigualdade de condições que se coloca desde o primeiro momento”.

Como se a pressão exercida pelo judiciário não fosse suficiente para coagir os acusados a aceitarem acordos, existem ainda outros instrumentos que intensificam a pressão ao aceite no acordo, principalmente com a utilização de prisões cautelares, aumentando – ainda mais – a disparidade entre a acusação e a defesa, demonstrando a disfuncionalidade entre o sistema de justiça criminal brasileiro.

É possível verificar, portanto, que a introdução de mecanismos negociais na justiça penal acaba por acarretar inevitável exasperação de um autoritarismo em aspectos fundamentais do processo penal (ALSCHULER, 1974). Isso porque, ainda que existam construções doutrinárias oriundas de anos de estudo e análise do processo penal como uma histórica, quando da atuação da justiça penal de maneira negocial acaba-se por mitigar ao réu como sujeito de direitos frente à persecução penal estatal.

Assim, é possível verificar que acordos entre o órgão acusador e a defesa, a fim de que a culpabilidade seja reconhecida, acaba-se por ressurgir a confissão como rainha das provas, sustentando toda uma condenação, inclusive auxiliando na condenação de possíveis corréus, de modo a relativizar regras e excluir ilícitos do processo, ao passo em que retira-se qualquer controle sobre o acusador. Isso tudo, sem contabilizar a ausência de publicidade do processo, uma vez que a negociação acaba por incentivar a ocultação de fundamentos da persecução penal em questão, além de afastar totalmente o contraditório do processo, uma vez que todo o acordo é pautado pela investigação preliminar realizada pelos órgãos de persecução penal, além da desnecessidade de um convencimento pleno do acusador, uma vez que – por inúmeras vezes – é o responsável pela investigação que embasará a barganha processual.

Com relação à ofuscação da publicidade, a possibilidade de acordos entre acusação e defesa inevitavelmente fomenta a realização de negociações informais, o que remonta a situações de julgamentos secretos, sem a presença do réu. Conforme Albert Alschuler (1974), o procedimento da barganha se dá de “portas fechadas, sem nem respeitar as regras mais rudimentares”.

É necessário destacar também que em razão do *timing* do acordo, acaba-se por fortalecer a investigação preliminar, visto que a realização e o conteúdo do acordo se determinam com base nos elementos produzidos na fase pré-processual da persecução penal. Ou seja, a produção e valoração das provas que resulta na condenação do acusado ocorre sob a tutela do acusador que visa “reunir o arsenal suficiente ao convencimento do suspeito a receber antecipadamente uma pena sem processo” (BOVINO, 2005).

Por lógica, é possível deduzir que há uma nítida violação da divisão dos poderes de acusar e julgar, basilares do sistema acusatório, uma vez que cabe somente ao promotor a produção, análise e valoração das provas, com a consequente

imposição de pena, subvertendo princípios fundamentais do processo penal (ANITUA, 2015).

Assim, a já existente disparidade de armas entre acusação e defesa, perene ao processo penal, resta exponencialmente exacerbada em um sistema que fundamenta-se no negócio jurídico processual penal. Isso porque, ao assumir as funções de acusador e julgador, o promotor desvirtua qualquer possibilidade de igualdade ou paridade de armas entre as partes. A situação se caracteriza de modo absurdo: diante da inefetividade estatal, que se mostra incapaz de produzir provas lícitas suficientes para afastar a presunção de inocência do acusado, o acusador público oferece benefícios para possibilitar uma condenação consentida, essencialmente pautada por coações ilegítimas, o que “explode por completo a desigualdade de condições em que o acusado se encontra desde o início da persecução” (VEGEZZI, 2012).

Ou seja, “a plea bargaining não constitui uma negociação autêntica entre duas partes no mesmo plano. Não existe igualdade de armas neste procedimento secreto, mais inquisitório que contraditório”. Tal cenário, por certo, resta intensamente problemático no panorama da justiça criminal brasileira, pautada por desigualdades sociais e árdua seletividade persecutória, o que acarretará o fortalecimento dos efeitos perversos da barganha (PRADO, 2015).

Fato é que um dos principais pontos de crítica à justiça penal negociada refere-se à obstacularização ao direito de defesa, uma vez que os mecanismos negociais acabam por afastar o réu da posição de resistência da pretensão punitiva estatal. É necessário destacar que no ordenamento pautado pela possibilidade de negociação, há a completa distorção da atuação defensiva, ocasionada pela corrupção da relação entre o acusado e seu procurador diante de negociações e de supostas vantagens de eventual acordo para reconhecimento da culpabilidade. Assim, é possível verificar contemporaneamente uma redução de espaço do exercício ao direito de defesa, uma vez que na essência da barganha, há também a necessidade de uma assistência defensiva inadequada, uma vez que, “o sistema negocial é um método inerentemente irracional de administração da justiça e necessariamente destrutivo às relações entre cliente e advogado” (ALSCHULER, 1974).

Nesse diapasão, afirma-se que tal arquétipo acarreta inevitáveis tentações à defesa técnica no sentido oposto aos interesses do acusado, de modo que inclusive profissionais preparados e bem intencionados findam por adotar posturas contrárias

à atuação processual legitimamente mais benéfica ao réu. Resta cristalino que o aconselhamento ao réu se realizará por alguém diretamente interessado em seu reconhecimento de culpabilidade, seja por visar a benefícios econômicos, políticos ou ingênua escusa aos temores diante dos riscos do processo (ALSCHULER, 1974).

Nesse cenário, o advogado acaba se afastando de sua posição de origem, passando a ter a função de prever o resultado final de eventual processo criminal e seu julgamento, repassando ao cliente suas chances de absolvição. Há de se chamar atenção que tal cálculo é realizado sob a sombra de ilegítimas pressões, exercidas por ameaças de sanções penais mais severas, acaso não haja o reconhecimento da culpabilidade (ALSCHULER, 1974).

Ainda que já tenha se demonstrada a ilusão na liberdade da decisão do acusado para consentir com a barganha, há que sustente que o aceite/recusa do acordo é uma expressão do exercício ao direito de defesa. Ocorre que, segundo Bovino (2005), para a demonstração do exercício ao direito de defesa, é necessária a adoção de uma mínima postura de resistência ao órgão acusador.

Ainda que existam teses que asseguram a inoccorrência de qualquer renúncia a direito fundamental na realização da barganha, evidencia-se que o reconhecimento da culpabilidade em acordo negocial acarreta o afastamento do direito à prova, à defesa, à presunção de inocência, ao contraditório, entre outros. Contudo, não se quer afirmar que exista proibição à confissão do acusado, mas problematizar a possibilidade de condenação sem a produção de provas incriminatórias e a conseqüente extinção do processo com a imposição de sanção penal.

Nesse sentido, Geraldo Prado (2006) assevera a necessidade de analisar tal renúncia ao direito de defesa sob a ótica de desigualdade social, característico do sistema penal brasileiro, que acaba por influenciar na impossibilidade de autonomia pessoal do acusado para a decisão de abdicar do direito ao processo e à defesa, de modo a determinar a sua irrenunciabilidade concreta.

Por fim, em uma última análise, é possível verificar que justiça penal negociada rompe com a própria noção de processo, uma vez que se mostra fundamentalmente falacioso o argumento de que a sanção penal seria imposta em atenção à jurisdicionalidade motivada: os acordos consensuais entre acusação e defesa ocasionam a renúncia ao processo como instrumento de aplicação do direito e contenção de arbitrariedades (BOVINO, 2005). Esse fenômeno acaba sendo

descrito na doutrina penal americana como o “desaparecimento de julgamentos” (BURNS, 2009), que expõe os ordenamentos jurídicos com aumento expressivo do número de leis, acaba por haver uma redução na quantidade de julgamentos. Palavras outras, finda-se por completo os pilares dos instrumentos constitucionais, “acabando por desterrar o mais importante de todos: o direito a um processo judicial justo” (LOPES JR, 2002).

4 A DOGMÁTICA PENAL CRIMINOLOGICAMENTE ORIENTADA: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS E A REALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Dogmática Penal pode ser considerada com um método que busca racionalizar a interpretação e aplicação do Direito Penal, de modo a elaborar e principalmente estruturar seu objeto em um sistema próprio. Tal sistematização possibilita uma aplicação igualitária da justiça penal, afastando arbitrariedades.

Assim, a dogmática penal busca tutelar bens jurídicos, aqui especificamente bens jurídico-penais, em benefício de direito e garantias fundamentais, ou seja, possui como um norte a constituição, para a racionalização do aparato jurídico.

E, esse modo de dogmática penal que vem sendo aplicado possui a função declarada de possibilitar a maior uniformização e previsibilidade das decisões judiciais, de modo que possuam uma aplicação igualitária face qualquer indivíduo processado, garantindo uma segurança jurídica. Seguindo essa função declarada, evitar-se-ia acaso e arbitrariedades das decisões judiciais, ante a função garantista e racionalizadora do direito penal.

Ocorre que, a partir do momento em que a dogmática deixa de funcionar conforme proposta, isto é, de uma análise técnico-jurídica, operando como uma instância do sistema, acaba por legitimar o controle penal. Em suma, enquanto acredita-se que a dogmática é racionalizada, é técnica e igualitária, garantindo aplicações justas do direito penal, ela também cumpre uma função de legitimar o controle vigente.

Mais especificamente, a dogmática penal criminologicamente orientada busca realizar uma reflexão das categorias do crime, isto é, fato típico, ilícito e culpável, a partir de dados concretos de criminalização e de elementos empíricos, principalmente de seletividade penal (CARVALHO, 2012).

Assim, o atrelamento das teses possibilita que a dogmática penal encontre limites para a aplicação do direito penal, bem como tenha como um referencial a seguir na criminologia, apontando quando, se ou qual recurso punitivo é mais adequado para a solução do conflito.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (1997), a fim de que seja possível uma análise do controle social em determinada sociedade, não é possível somente a análise do sistema penal, ou da dogmática em si, mas há a necessidade de se analisar

toda a estrutura familiar, a educação, o controle ideológico, universidades, liberdade, enfim, inúmeros outros aspectos do *tecido social*.

Daí a importância da comunicação da dogmática penal para com a criminologia, *in casu* a criminologia crítica, uma vez que o sistema penal está inserido em um conjunto de aspectos da sociedade, bem como do controle social, havendo a necessidade de multidisciplinariedade para compreensão das condutas, bem como para a definição de crimes. Há a necessidade de atenção não somente pra as instâncias oficiais, mas também para instâncias extraoficiais, de modo a melhor compreender toda a sociedade.

4.1 EFICÁCIA INVERTIDA: AS FUNÇÕES DECLARADAS E OCULTAS DA DOGMÁTICA PENAL FACE A REDUÇÃO DE GARANTIAS PROCESSUAIS

Uma indagação crucial sobre o direito penal gira em torno da existência de sua função. Para a criminologia crítica, essa função é operar no controle social. No âmbito dogmático, as teorias contemporâneas sobre o "bem jurídico" afirmam que a finalidade do direito penal é proteger os bens jurídicos relevantes para a realização de uma vida digna em sociedade. Observa-se, assim, uma tensão dialética nas respostas, as quais diversificam conforme as perspectivas sobre as funções "declaradas" e "obscuras".

De acordo com a perspectiva crítica, o direito penal é tido como ferramenta para o controle social. Tentar definir ou compreender a função do direito penal é uma questão de ponto de vista. Elaborar o conceito de direito penal é uma tarefa árdua, não muito pacata.

Nilo Batista (2007) afirma que "efeitos sociais não declarados da pena (estigmatização, controle do exército industrial de reserva, criação de bodes expiatórios, retroalimentação de autoritarismos etc) também configuram, nessas sociedades, uma espécie de missão secreta". Para Batista, o direito penal possui um tipo de "missão secreta".

O Direito Penal em sua dimensão normativa, representa uma manifestação complexa manifestação do poder social, contemplado como algo a ser exercido, e não simplesmente possuído, deixando de ser inerte. À luz disso, Zaffaroni (1991) declara que "o sistema penal quis mostrar-se como um exercício de poder planejado

racionalmente”, sendo que “a construção teórica ou discursiva que pretende explicar esse planejamento é o discurso jurídico-penal.”

Por seu turno, esse “é elaborado sobre um texto legal explicitando, mediante os enunciados da ‘dogmática’, a justificativa e o alcance de uma planificação na forma de dever-ser”. (Zaffaroni, 1991).

Essa organização é realizada pela Dogmática Jurídico-Penal por meio da estruturação de normas e conhecimentos voltados para a atuação institucional no que se referem aos comportamentos sujeitos à repressão. Ela afirma se destinar a cumprir um duplo propósito, especificamente, a) estabelecer limites ao exercício do poder punitivo do Estado; e b) assegurar o respeito às garantias individuais.

Frente a esse desafiador propósito apresentado oficialmente, a Dogmática Penal desempenha uma responsabilidade crucial ao procurar organizar a atividade jurídica para atingir a máxima previsibilidade na prolação das decisões judiciais. Isso implica no extermínio de lacunas que possam abrigar incertezas, as quais poderiam conduzir excessos hábeis a prejudicar a imagem de segurança jurídica como produto final almejado.

Para Andrade (1997),

Opondo dicotomicamente irracionalidade (arbitrariedade, acaso, azar, subjetividade, improvisação) e racionalidade (igualdade, uniformização, previsibilidade, calculabilidade, certeza, segurança) no exercício do poder punitivo do Estado que se materializa na aplicação judicial do Direito Penal e identificando racionalidade e justiça, o discurso⁵⁷ dogmático aspira exorcizar a primeira pela mesma via sistemática que promete realizar a segunda.

Portanto, destaca-se uma função explicitamente identificada por Andrade (1997) como importante função racionalizadora/garantidora. Essa age em duas dimensões: uma programadora, na qual orienta a operacionalidade das decisões, e outra humanista, ligada ideologicamente à necessidade de garantir os direitos humanos individuais. Esta última defronta à primeira um “compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas.”

É importante destacar que essa narrativa racionalizadora/garantidora encontra sua base na:

(...) dicotomia liberal Estado (poder punitivo) x indivíduo (liberdade individual), sob o signo dos limites, pois a questão central que o condiciona é como racionalizar, em concreto, o poder punitivo (violência física) face aos direitos individuais (segurança); é como

punir, em concreto, com segurança, no marco de uma luta racional contra o delito.” (ANDRADE, 1997).

Ao focar no princípio da legalidade, a Dogmática Penal concentra uma atenção especial na legitimidade do poder estatal e em seus limites, como evidenciado na problematização apresentada por TERRA (1995);

A sociedade moderna vive um constante paradoxo na proteção de seus bens jurídicos fundamentais. Se nos é permitido dar um nome a tal concepção, trata-se de um verdadeiro ‘dilema instrumental’; O Direito Penal tem a característica de servir - simultaneamente - para combater o delito e para limitar o poder de intervenção estatal. Protege, ao indivíduo de uma repressão ilimitada do Estado, mas igualmente protege a sociedade e seus membros dos abusos individuais. Estes dois componentes - o correspondente ao Estado de Direito protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social preservador do interesse comum inclusive com o sacrifício das liberdades individuais - se levados ao nível de uma abstração conceitual apresenta uma natureza antinômica, que produz uma série de conseqüências importantes.

Apesar de nuances sutis, testemunha-se a elaboração de um discurso oficial fundamentado em premissas habilmente entrelaçadas, geralmente materializando-se da seguinte forma:

Ao cominar as penas o Estado cumpre um papel de prevenção geral representado pela ameaça impessoal da norma. A sentença restabelece o Direito lesionado pelo reconhecimento da culpabilidade do autor, compensada pela retribuição de um mal jurídico denominado pena. E a execução cumpre um objetivo preventivo especial, propugnado pela correção e ressocialização daquele que se desviou da norma. (TERRA, 1995).

Desse discurso jurídico-penal, derivam as seguintes promessas, explicitadas no âmbito declarado pelo Direito Penal: a) Proteger os principais bens jurídicos dos cidadãos ao sancionar condutas que os prejudiquem; b) Ao comprovar a culpabilidade, impor ao infrator da norma penal uma sanção adequada e suficiente para reprimir (prevenção especial) e prevenir a criminalidade (prevenção geral); c) Submeter indivíduos suspeitos a uma investigação formal sobre a responsabilidade penal das ações criminosas imputadas, seguindo os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e respeitando a presunção de inocência; d) Controlar a criminalidade por meio da atuação integrada das agências que compõem o sistema penal, dentro dos parâmetros das promessas mencionadas, assegurando,

assim, a consecução da paz social; e) Facilitar a recuperação do condenado por meio do cumprimento da pena, visando à sua reintegração harmônica na sociedade.

Essas premissas, conforme anteriormente afirmado, são claramente embasadas nos princípios da ideologia da defesa social e têm um claro apoio no pensamento predominante defendido pelos penalistas tradicionais. Elas são explicadas nas instituições acadêmicas e tonificam-se pela sua incorporação e utilização diária pelos profissionais que atuam nas agências do sistema penal.

No entanto, um estudo minucioso do contexto funcional do sistema penal não apenas apontará o não cumprimento das funções instrumentais e socialmente essenciais integradas em sua programação oficial, mas também a execução de outras funções integralmente distintas a essas. Além disso, divulgará que as promessas apresentadas nunca serão cumpridas, seja porque o sistema penal não possui condições de fazê-lo, seja porque não tem a intenção de fazê-lo, circunstâncias que se entrelaçam na constatação de que o sistema penal nunca foi estruturado para esse propósito.

Diante deste contexto, explica Andrade (1997):

(...) enquanto a função de proteção de bens jurídicos universais atribuída ao Direito Penal revela-se como proteção seletiva de bens jurídicos; a pretensão de que a pena possa cumprir uma função instrumental de efetivo controle (e redução) da criminalidade e de defesa social na qual se baseiam as teorias da pena deve, através de pesquisas empíricas nas quais a reincidência é uma constante, considerar-se como promessas falaciosas ou, na melhor das hipóteses, não verificadas nem verificáveis empiricamente.

Numa abordagem que desmantela o discurso construído em torno da pena, citando Cirino dos Santos, reflete Andrade (1997):

Se as funções declaradas da pena se resumem numa dupla meta, a repressão da criminalidade e o controle (e redução do crime); as funções reais da prisão aparecem em uma dupla reprodução: reprodução da criminalidade (recortando formas de criminalidade das classes dominadas e excluindo a criminalidade das classes dominantes) e reprodução das relações sociais.

É inegável que a abordagem penal estigmatizante, ao invés de contribuir para a redução da criminalidade por meio da reintegração do condenado, resulta em efeitos adversos, facilitando a “consolidação de verdadeiras carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de ‘desvio secundário’”. (ANDRADE, 1997).

Após afirmar que a pena não desempenha papel de prevenção, seja de caráter geral ou especial, Zaffaroni (1991) destaca:

Sabemos que a execução penal não ressocializa nem cumpre nenhuma das funções 're' que se tem inventado ('re'-socialização, personalização, individualização, educação, inserção, etc.), que tudo é mentira e que pretender ensinar um homem a viver em sociedade com seu encarceramento e, com diz Carlos Elbert, algo tão absurdo como pretender treinar alguém a jogar futebol dentro de um elevador.

Dessa forma, evidencia-se a distorção do discurso jurídico-penal, que se destaca pelo real impedimento de concretizar os imperativos estabelecidos no âmbito normativo, como alerta Zaffaroni (1991):

O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do 'ser' e refugiar-se ou isolar-se no 'dever-ser' porque para que esse 'dever-ser' seja um 'ser que ainda não é' deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-se em um ser que Jamais será, isto é, num embuste. Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso; torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.

Ao reconhecer que a integralidade do poder do sistema não passa de uma fração mínima utilizada como justificativa para sua operação, Zaffaroni (1991) aponta um dos aspectos distorcidos no discurso de legitimação do sistema penal.

Por sua vez, Zaffaroni (1991) destaca que a legitimidade do sistema penal está essencialmente ligada a duas hipóteses: primeira, que o discurso jurídico-penal seja racional, e segunda, que o sistema penal opere de acordo com suas orientações.

No entanto, na nossa perspectiva, a equilibrada combinação dos argumentos apresentados no discurso oficial é guiada por uma eficaz tendência (pseudo)legitimadora, que expõe uma notável e admirável racionalidade. Assim, apenas a discrepância entre a atuação do sistema penal e suas diretrizes é suficiente para revelar sua total falta de legitimidade.

Finalmente, uma linha evidente desse engano está na expectativa frágil e, sobretudo, enganosa que é cultivada na opinião pública, de que o Direito Penal emprega ferramentas para erradicar a criminalidade. Em última análise, como aponta Hulsman (1997), aguardar por tal resultado será em vão, pois "qualquer um pode constatar que a existência do sistema penal de forma nenhuma impede os homicídios, os roubos à mão armada, ou os furtos em residências."

Ao perceber que os órgãos do sistema penal não seguem a programação legislativa apresentada pelo discurso jurídico-penal, Hulsman (1997) aponta para a ilegitimidade do mecanismo de operação de poder por meio do Direito Penal, como observa:

Quando o discurso oficial (político, jurídico, científico, etc.) faz referência ao sistema penal, implicitamente o considera um sistema racional, concebido, criado e controlado pelo homem. Nada mais mentiroso. Você retoma esta mesma imagem, quando pensa: 'Existem a polícia, os juizes, a administração penitenciária ... Existem o Parlamento que faz as leis e os tribunais que as aplicam. Cada elemento intervém a seu tempo e funciona em harmonia com os outros. É um sistema sério, graças ao qual a justiça é prestada e a sociedade libertada de elementos antissociais que perturbam sua evolução normal. Eis uma visão totalmente abstrata.

Nota-se, que as garantias apresentadas pelo Direito Penal não apenas são negligenciadas, mas também demonstram uma natureza manifestamente enganosa, visto que o sistema penal não verdadeiramente busca os propósitos que elas promovem, e o desempenho de suas instituições não está voltada para esse fim.

Superadas essas considerações iniciais, o próximo passo consiste em realizar um estudo detalhado em torno da maneira pela qual realmente acontece a preparação do sistema penal.

Diante do exposto, percebe-se que o discurso jurídico-penal oficial busca traduzir a criminalidade como um problema social que está em constante deterioração, enfatizando a necessidade da intervenção do Direito Penal como essencial para o saneamento dos conflitos por ele destacados. Essa abordagem sustenta que, ao dominar o poder repressivo, o Direito Penal possibilitará a segurança e a harmonia social pretendidas.

É crucial admitir, que a estrutura normativa do sistema penal, quando analisada em relação ao que deveria ser, não corresponde à sua operacionalização real. Nesse contexto, observa-se a realização de promessas subjacentes que são o foco deste estudo, as quais não se confronta, divergem, às elucidações examinadas anteriormente. Assim, sem que ninguém se surpreenda, revela-se um cenário caracterizado muito mais por evidentes profanações do que pela proteção oficialmente proposta.

É importante observar que, independentemente de a sociedade ter ciência de que o Estado não cumpre suas promessas anunciadas, esta ainda experimenta

uma sensação de maior segurança em comparação com o eventual desaparecimento do Estado (deve ser interpretada como falta de interferência). Nesse sentido, ela se contenta com a (falsa) aparência de custódia que é difundida através da atividade bem-sucedida da função simbólica inerente ao Estado.

Melhor dizendo, é imperativo admitir que o Direito Penal, na realidade, tem realizado com sucesso possíveis funções (não declaradas) essenciais para oportunizar à sociedade um infundado sentimento de segurança por meio de sua interferência, contribuindo assim para a sua manutenção.

Dessa forma, surge a identificação de uma característica operacional intitulada por Andrade (1999) como "eficácia instrumental invertida". Essa noção é assimilada ao analisar a implementação do sistema penal sob a perspectiva ideológica.

Refletindo o estudo até identificar o suporte fornecido por uma eficácia simbólica específica, elucida:

(...) o controle penal se caracteriza por uma 'eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica confere sustentação'; ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema) porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos indivíduos e da sociedade, e contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e poder. (Andrade, 1999).

Assim, além de se manter ao longo do tempo, o sistema penal também se consolidou, mesmo com todos os desafios que foram interpretados como uma coleção de críticas categóricas sobre as falhas e inconsistências destacadas. Dessa forma, parece estar sendo erguida uma estrutura de desacordo que, de maneira velada, atende aos interesses do sistema penal.

Zaffaroni (1991), buscando contrapor a serenidade que envolve as narrativas de igualdade e legitimidade defendidos pelo discurso jurídico-penal, afirma:

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma", esclarecendo que esta escolha é "feita em função da pessoa (o 'bom candidato' é escolhido a partir de um estereótipo). (...) 'O' delito, por sua vez, não existe. A parte especial

de qualquer código penal elenca uma quantidade de ações conflitivas totalmente heterogêneas quanto ao seu significado social.

Emerge a natureza fragmentária do Direito Penal ao percebermos que este não constitui um sistema abrangente de proteção para todos os bens jurídicos, mas tão somente opta por destacar pontos específicos com base no critério do mérito de punição. Isso fica evidente ao examinar a descrição tanto daquele que detém o poder de definir condutas como criminosas quanto daquele que é escolhido por tal critério.

Sob tal perspectiva, Zaffaroni (1991), ao identificar a institucionalização da violência em tal processo, sustenta que “em razão da seletividade letal do sistema penal e da conseqüente impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, deve-se admitir que seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à repressão do delito”.

Pelo exposto, resulta-se em duas conclusões fundamentais. Primeiramente, o reconhecimento de que o Direito Penal não é equitativo, não salvaguarda o bem comum, e sua utilização não é imparcial, uma vez que opera segundo critérios classistas e selecionados. Isso revela uma índole distintamente fragmentário ao punir com austeridade as práticas características de grupos marginalizados, enquanto deixa impunes atitudes frequentemente mais graves e prejudiciais para a sociedade, como é o caso da criminalidade econômica. Em segundo lugar, destaca-se que esse procedimento certifica a ininterrupta realimentação do ciclo no qual está introduzido, confirmando, assim, a efetiva escora do sistema penal, cuja preparação tem solidificado sucesso integral na execução das verdadeiras funções para as quais foi instaurado.

Torna-se incontestável, portanto, uma clara desconformidade entre o protótipo do sistema penal, planejadamente divulgado pelas instâncias oficiais com intenções filantrópicas, retoricamente pronunciadas, e as condições subjacentes experimentadas na prática.

Além de ser simplesmente contraditório, ressalta-se que é como se a realização desse mencionado protótipo nunca tivesse sido efetivamente implementada, mantendo-se desde o início no âmbito fantasioso ou figurado. Entretanto, a manifestação sobre o sistema penal continua a ser moldado por essas concepções que, na realidade, nunca o determinaram, mas persistem em ocultar sua verdadeira natureza.

No entanto, independentemente dessa ostensiva desconexão desempenha sua função essencial, que é a autojustificação e/ou manutenção do sistema penal por meio de sua expressividade alusiva na contenção do crime e, principalmente, na defesa da sociedade. Como destacado anteriormente, a sociedade mais e mais demanda a atividade do poder repressivo do Estado, passando a se sentir mais protegida quanto maior a intervenção das instâncias oficiais no controle da criminalidade.

Isso se evidencia na incessante busca por novas leis que criminalizem condutas adicionais e intensifiquem as penas já estabelecidas, na melhoria do aparato policial repressivo e na construção de novas prisões para permitir o encarceramento de um número maior de presos. Logo, estimula-se o ciclo determinado entre as exigências do senso comum e as expectativas do Estado, responsável por alimentar estas. Além disso, nota-se que toda a participação estatal afirma direcionar-se ao desígnio de cumprir a legislação, tanto no que diz respeito ao equipamento policial encarregado de sua execução quanto à estruturação das penitenciárias destinadas a abrigar a freguesia atendida pelo legislador, responsável pelo primeiro elo dessa engrenagem.

É evidente que todo esse procedimento é caracterizado pela comunicação de diversos afazeres desempenhados por inúmeros agentes, incumbidos de objetivos individuais alinhados com as finalidades particulares das instituições que fazem parte. Esses agentes asseguram ao sistema os elogios pelo suposto êxito de sua inteligente performance. Tal comunicação ocorre nos âmbitos social (relevando a vizinhança, a mídia, a escola e a igreja), policial (polícia militar, civil e frequentemente a polícia especializada) e forense (advogados, juízes, delegados de polícia e promotores de justiça).

Ao buscar resguardar os interesses jurídicos gerais e assegurar a ordem pública, é possível inferir que o propósito central do sistema penal se desvia da promessa formal de reduzir e eliminar a criminalidade. Sua eficácia inversa, seletiva e estigmatizante acaba contribuindo para o aumento e estruturação da criminalidade, reproduzindo, “material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais” (ANDRADE, 2012).

Seguindo essa abordagem teórica, delineia-se o estudo do instituto do acordo de não persecução penal. Isso ocorre devido à considerável abrangência dos mecanismos de justiça penal negociada, desenvolvendo o poder punitivo, à luz da

possibilidade de imposição imediata de pena, independentemente de ser ela alternativa ou privativa de liberdade, e intensifica os processos de criminalização seletiva, sem as limitações do devido processo penal, ou seja, sem um controle jurisdicional eficiente e democrático. Isso aprimora os traços autoritários (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015).

Além disso, os mecanismos de controle no âmbito do negócio penal, como as possibilidades de não homologação, revelam-se essencialmente inexistentes devido a operacionalização do sistema penal, permeado pela lógica da efetividade, pela redução das garantias processuais e pela administração personalizada com base em critérios como classe social, pertencimento étnico e outras fragilidades.

A partir do momento em que não se examina de maneira contemporânea e apropriada a presença de justa causa para a ação penal, conseqüentemente, não seria realizado o devido escrutínio para determinar se as provas apresentadas no processo são claramente insuficientes para embasar uma condenação criminal.

Assim, sem enfrentar barreiras tangíveis e considerações em relação aos indivíduos marginalizados, a homologação do acordo penal é robotizada, de modo semelhante ao que já ocorre com o juízo de admissibilidade da denúncia, apesar da presença de ferramentas de controle no processo. Isso implica na expansão generalizada da aplicação de penalidades e, simultaneamente, na expansão da automação nos processos de criminalização seletiva e desigualdades.

Ademais, em todos os cenários, observa-se a supervalorização do inquérito policial, o qual, apesar de apresentar diversas contrariedades e deficiências nas ferramentas de controle, seria utilizado para orientar os termos da negociação (LOPES JR., 2019). Nesse contexto, poderia autenticar, por exemplo, injustiças derivadas de memórias falsas, frequentemente formadas durante a fase de investigação devido a vários motivos característicos a operacionalização do sistema penal seletivo, como por exemplo, racismo estrutural, entre outros. Essas memórias distorcidas, em contrapartida, influenciariam o acordo penal, validando o processo de criminalização seletiva que o precede e aumentando o risco de condenação de inocentes.

Enquanto, por um lado, novos métodos de perigos e ameaças emergiram, especialmente devido ao processo de globalização, que, concomitantemente trouxe novas oportunidades para a segurança global, sortiu os riscos que afetam os seres humanos em suas diversas práticas de comunicação econômica e social, por outro

lado, a mera expansão do Direito Penal para salvaguardar interesses alheios não se revelou eficaz na prática.

Particularmente destinado a proteger bens jurídicos verdadeiramente lesados, o Direito Penal foi excessivamente expandido para abranger, igualmente, riscos genéricos, sem considerar a (in)compatibilidade desses interesses com os princípios essenciais da Dogmática Penal. Isso sucedeu em um imprescindível descontentamento das perspectivas entregues no modelo de persecução penal, que deveria funcionar como remédio para os desafios emergentes, mas acabou por sobrecarregar o sistema, tornando-o ainda mais ineficiente para lidar com suas questões preexistentes.

Assim, a idealização de assegurar bens jurídicos relevantes e resguardo de riscos transformou-se em um simples discurso ilusório, uma "reação simbólica" do legislador diante da criminalidade desenvolvida e estruturada, conforme expresso por Winfried Hassemer (1994). Isso ocorre ao passo que o sistema de justiça criminal nunca foi (demonstrando ser cada vez menos) capaz de produzir os resultados esperados. Quando é acionado, dificilmente, sua atuação é traumática e onerosa, resultando em efeitos colaterais que, por vezes, implicam despesas mais elevadas (sociais e econômicas) do que o próprio dano (ou risco desse) que se buscava batalhar. Conforme destacado pelo autor:

O aumento do rigor do Direito penal é marcante, mas sua capacidade de resolver os problemas a que é chamado não está provada, antes, é altamente improvável. Examinando a olho nu, constata-se que o Direito penal se amplia nas mesmas proporções em que crescem os problemas que ele deve solucionar – e naturalmente vice-versa. Especialistas podem enumerar boas razões pelas quais, em seus respectivos campos de atuação, o Direito penal não consegue nem intimidar nem ressocializar. As penas se distanciam, para mais e para menos, de um padrão médio, e os processos penais raramente seguem o curso e atingem seu final, como estabelece o Código de processo penal.

Tudo isso não encontra explicação numa Política criminal pouco enérgica ou numa persecução penal pouco empenhada. A explicação tem raízes mais profundas: o Direito penal não está equipado para alcançar esse tipo de prevenção, e isso, por sua vez, não é por acaso ou por descuido, pelo contrário: organizar o Direito penal para esse tipo de prevenção significa destruí-lo.

[...] O Direito penal preventivo alcança êxito apenas sob a condição de destruir seus próprios fundamentos. Ele é simbólico num mau sentido: não serve, como pretende, à proteção dos bens jurídicos; ele serve apenas àqueles que com ele fazem política. Sua utilização parece mesmo tornar público que os governantes levam a sério as grandes crises da época, pois mostra que eles buscam enfrentá-las com o mais

poderoso dos instrumentos: o Direito penal. A longo prazo, esse Direito penal simbólico é destrutivo; a curto prazo, ele atua como sedativo, na medida em que lida com as crises apenas simbolicamente (e, em termos de ambiente e drogas, a situação é de crise mesmo!) e também inibe a busca de soluções reais para elas. A longo prazo, é preciso temer (ou pode-se esperar) que as pessoas, em algum momento, percebam que o rei está nu. (HASSEMER, 2008).

Em face desse contexto de sobrepeso do sistema de justiça criminal e utilização inadequada de seus instrumentos, destaca-se a proposta de uma "política criminal orientada pela liberdade", conforme preconizado por Hassemer (2008). Isso não implica renunciar os mecanismos penais, que ainda são fundamentais em casos mais graves. Ao contrário, dá a entender a adoção de novos instrumentos de cautela e controle, capacitados para encarregar-se, de maneira mais eficaz, com os desafios contemporâneos e de alcançar os frutos que o Direito Penal, tal como é atualmente aplicado, não consegue obter (ou o realiza por meio de graves infringências aos direitos e garantias fundamentais).

4.2 A NECESSIDADE DE DISCUSSÃO CRIMINOLÓGICA PARA A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Como resumo do capítulo anterior, percebe-se uma contradição: o sistema penal é escolhido como principal meio de resolver conflitos, apesar de os princípios essenciais para determinar penas que restringem a liberdade (incluindo a prisão em si) não serem adequados para a maioria dos crimes abordados pela justiça penal negociada. O recurso é incompetente e acarreta efeitos colaterais indesejados, conforme Silva Sánchez:

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão ad absurdum da outrora ultima ratio. Mas sobretudo porque, ademais, tal expansão é inútil em boa medida, porque submete o Direito penal a cargas que este não pode suportar. Ao menos enquanto se mantiver um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação (2011, tradução livre).

Assim, o Direito Penal não atinge nem mesmo sua finalidade preventiva global, uma vez que a constatação de sua inutilidade neutraliza os impactos despersuadidos almejados pela simples introdução de novos tipos penais e pela imposição de penas restritivas da liberdade, por mais rigorosas que possam ser.

Para Hassemer (2008), o melhor caminho é transcender o paradigma punitivista que fundamenta o Direito Penal contemporâneo, substituindo-o por um sistema de justiça criminal mais orientado para o sobreaviso de delitos, não somente com impactos figurados e uma capacidade aprimorada para lidar com os novos desafios sociais surgidos na pós-modernidade.

Ainda para Hassemer (2008), a busca por uma nova abordagem na política criminal, mais alinhada aos desafios contemporâneos, requer a alteração no significado do que ele chama de "prevenção normativa", atributo do Direito Penal clássico e de natureza predominantemente figurada, pela concepção de "prevenção técnica ou organizacional". Essa abordagem implica tutelar disposições institucionais inovadoras, capacitadas para alcançarem de maneira mais satisfatória os objetivos preventivos que o sistema de justiça criminal deve atingir, "desenvolvendo instrumentos legais ou favorecendo a aplicação dos já existentes, os quais não apenas simulem seu caráter preventivo, mas realmente tenham efeito preventivo", destaca o autor.

Dessa forma, a cautela institucional surge como a abordagem adequada diante da criminalidade estruturada, proporcionando, ao mesmo tempo, a expansão dos direitos do cidadão. Isso contrasta com a cautela normativa, que frequentemente está associada a ameaças e deteriorações desses direitos.

Roxin (2008), de mesma forma, admite o crescimento da supervisão estatal em áreas estratégicas como um elemento essencial do Direito Penal do porvir, no qual a sanção, progressivamente, será substituída por medidas preventivas, limitando as punições a uma parcela central de condutas.

Isso proporciona um terreno propício para o surgimento de novos mecanismos de poder menos impactantes do que as características do Direito Penal tradicional, uma vez que se afastam da obrigação de penas que restringem a liberdade. Em vez disso, abre espaço para penalidades e outras razões despersuadidas que definitivamente conseguem atrapalhar o ciclo delitivo e acautelam futuros descumprimentos aos bens jurídicos comunitários.

A dogmática penal, desde seu surgimento na Alemanha e na Itália e sua subsequente herança na América Latina e no Brasil, consolidou-se como uma ciência prática e metódica. Seu propósito é contribuir para um gerenciamento judiciário mais coerente, visando um resguardo jurídico e equidade nas resoluções judiciais. No contexto dogmático, é possível identificar uma responsabilidade oficialmente

nomeada e atormentada, que intitulamos como função instrumental racionalizadora/garantidora.

Somente por ter concentrado a promessa de isonomia e preservação jurídica, valores essenciais ao conceito de Estado de Direito, que na amostra adaptada das ciências penais, a dogmática penal assumiu o papel principal, sendo coroada como soberana. Ao mesmo tempo, os outros campos da vasta ilusão das denominadas ciências criminais, como a Criminologia positivista e a política criminal, contentaram-se e foram reconhecidos como ciências colaboradoras da dogmática penal, ocupando posições de segunda e terceira importância.

Representando a salvaguarda jurídica, concebida como a síntese central das perspectivas da dogmática penal, esta busca, tradicionalmente, esclarecer sua longa aparição e seu conceito de ciência. Enquanto isso, a palestra acerca da segurança jurídica encontra-se profundamente consolidado e estável na intelectualidade dogmática como um todo. Contrariamente, argumenta-se que a falta de uma dogmática penal resultaria no domínio da insegurança jurídica.

Nesse contexto, a disparidade e a discriminação evidentes nas associações do sistema de organização criminal no Brasil são negligenciadas devido a fábula da equidade penal, promovido pelo princípio de legitimação pela defesa social.

Uma das mais destacadas instituições encarregadas de promover a suposta igualdade no sistema jurídico, além dos juízes, é o Ministério Público. Essa entidade alcançou um patamar constitucional significativo na proteção dos direitos coletivos através de ações judiciais, desempenhando um papel crucial na ampliação do acesso à justiça no país (CARVALHO, 2010). Contudo, impera no órgão uma "visão conservadora da política e da sociedade brasileira (...), para os quais o papel de um órgão público na defesa dos direitos de cidadania é fundamental em razão da fraqueza da organização da sociedade civil brasileira, a qual se caracteriza por sua 'hipossuficiência'" (ARANTES, apud, AZEVEDO, 2009).

O Ministério Público, além do mais, se posiciona de maneira obsoleta diante da política criminal, respaldando a busca por punição por meio de diversas ações, entre as quais:

(...) aumento na representação por prisões cautelares; propositura indiscriminada de ações penais independentemente da intensidade de lesão ou da qualidade do bem jurídico tutelado; adoção de política de

recursos automáticos em casos de decisões favoráveis aos imputados no processo de conhecimento ou aos condenados de execução entre outras (CARVALHO, 2010).

Pode-se entender a aceitação e implementação do dogma do direito penal do inimigo, que preconiza a restrição de garantias fundamentais para aqueles considerados inimigos, determinando, assim, uma visão mais favorável ao punitivismo inquisitorial para crimes e indivíduos percebidos como ameaças à sociedade.

O principal papel do Direito Penal consiste em transformar os princípios do Estado Democrático de Direito em bases para a resolução de questões jurídicas específicas. Isso deve ser realizado pela incorporação dos direcionamentos da política criminal no âmbito sistemático da dogmática penal, conforme destacado por Roxin (2008).

Por este motivo, apesar da relevância da política criminal, sua influência na construção da dogmática penal não deve ser demasiada ou desarmoniosa, deparando-se nos extremos dos direitos individuais que constituem o Estado Democrático de Direito. Tais direitos atuam como restrições contra o estímulo desempenhado pela política criminal acerca da compreensão da lei, assegurando o equilíbrio e nexos do sistema dogmático.

Por isso, é crucial estabelecer certos marcos capitais para a intervenção da política criminal durante a compreensão e subsequente execução das leis penais a casos específicos, uma vez que essa tarefa repercute significativamente na organização e estruturação da dogmática penal.

Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003), o cumprimento do direito através de princípios possibilita a apreciação valorativa do caso específico, pois renuncia a uma parte de austeridade, universalidade e concepção, buscando se tornar um direito mais adaptado à situação específica:

Com isso, é possível observar que a interpretação do direito por meio de princípios apresenta uma consequência paradoxal: aquilo que era extremamente abstrato a ponto de não conter uma descrição legal de comportamento, necessita, para que gere efeitos no ordenamento, de seu encontro direto com o fato da vida, que desta forma substitui a descrição legal ausente (GOMES, 2003).

Dado que os direitos individuais possuem um teor valorativo profundamente especulativo, estes são receptivos a uma ampla gama de princípios propostos pela política criminal, possibilitando que o aplicador do Direito defenda uma ou outra

política, conforme as diretrizes estabelecidas pelo Estado. Contudo, quando examinados em relação ao caso específico, esses princípios e garantias têm a aptidão de rejeitar posturas político-criminais que violem seus fundamentos.

Os direitos individuais desempenham um papel fundamental na restrição da política criminal patrocinada pelo Estado, não somente no estágio de preparação das normas, mas principalmente na aplicação dessas leis em situações concretas. Ao contrário das leis inferiores, os direitos individuais não são rígidos e puramente estabelecidos. Isso possibilita a incorporação de um amplo assunto valorativo pela política criminal. No entanto, devido à sua maior posição hierárquica, seja institucional ou indispensável, essas garantias têm a aptidão de determinar a porção valorativa apresentada pela política criminal, possibilitando somente avaliações que estejam em conformidade com seus princípios.

A postura com os direitos individuais desempenha um papel crucial não somente no estágio de preparação das normas, mas principalmente no cumprimento prático das normas penais em casos específicos. Nessa próxima fase, a diretriz política-criminal patrocinada pelo Estado exerce uma influência significativa sobre o operador do Direito. A compreensão da lei, considerando o panorama valorativo estabelecido pela política criminal, deve ser submetida à análise de constitucionalidade, a fim de que possa incorporar as classes ou componentes do crime e, desse modo, contribuir para a formação do sistema dogmático-penal.

No meio dos abundantes direitos individuais que sustentam o Estado Democrático de Direito e atuam como restrição à interferência da política criminal no campo da dogmática penal, é essencial realçar, em primeiro lugar, a dignidade humana. Conforme expresso por Antonio Luis Chaves Camargo (2002), tal princípio é “a fonte de todos os direitos humanos, pois exerce a função de base destes direitos, servindo de conexão entre o ser e seu agir social”.

Para Helena Regina Lobo da Costa (2008), a dignidade humana desempenha diferentes papéis no âmbito do Direito Penal, atuando como princípio, fundamento jurídico e hipótese normativa. Na função de princípio aplicável ao Direito Penal, direciona pontualmente o acolhimento de algumas condutas e princípios factuais que instrumentalizam seu cumprimento. No contexto do fundamento jurídico, sustenta-se a ideia de que o Direito Penal deve focar-se na pessoa e em sua dignidade, permeando todos os seus domínios com conteúdo material. Assim, a dignidade humana oferece fundamentos para determinar os objetivos protegidos pelo

Direito Penal, bem como os recursos que ele pode utilizar para alcançar esses objetivos. Finalmente, como hipótese normativa, representa o processo material para compreender as leis penais, independentemente de serem de natureza material ou processual. Esses elementos se mostram capitais para configurar um Direito Penal adequado ao Estado Democrático de Direito.

Isso porque, sob pena de colocar o Estado Democrático de Direito em risco, não é possível aceitar que sejam instauradas políticas criminais preventivas que delimitem pessoas como inimigos do Estado, ou então como objetos ou coisas, removendo sua dignidade. Nessa perspectiva, as garantias individuais, garantidas pelo simples fato do indivíduo ter nascido, não podem ser mitigadas por fins político-criminais de prevenção, sejam eles positivos ou negativos, gerais ou individuais, ou até mesmo repressivos de manutenção da ordem.

Assim, como garantias oriundas do princípio da legalidade, é possível inferir a reserva legal, a taxatividade e a irretroatividade da lei penal. A garantia da reserva legal garante que o poder punitivo estatal possui como balizas os limites da lei, ou seja, tanto o ilícito como a penalidade a ser imposta precisam estar previstos formalmente na legislação. Já a garantia da taxatividade garante que não haverá, ou apresenta limites de discricionariedade ao julgador quando da análise do crime. Segundo o princípio, as leis precisam apresentar o máximo de clareza e objetividade possível. Por fim, a irretroatividade da lei penal garante que somente os fatos previamente delimitados em normas poderão estabelecer o que é crime, bem como a pena a ser imposta (GOMES, 2003).

No direito penal, a partir de convencimentos produzidos com o tempo, condições retóricas de sentido acabam sendo formadas, dentre as quais: a) Que o legislador é racional e busca criar um sistema penal coerente, econômico e preciso; b) Que o sistema jurídico brasileiro, principalmente no Âmbito penal, não possui lacunas, contradições e redundâncias; c) que ao judiciário é justo e protege todos os interesses dos indivíduos; d) que o julgador é neutro quando da análise das lides; e) que o julgador do processo penal busca a verdade real e não encontrar provar que o convençam segundo seu pré-julgamento (CUNHA, 1979).

Cabe destacar que esse convencimento se encontra fundado em princípios como a culpabilidade, a presunção de inocência, a legalidade, a irretroatividade da lei penal, etc. Em verdade, é necessário destacar que tais princípios somente

servem como balizas argumentativas para o direito penal, apresentam limites à discricionariedade do julgador (CUNHA, 1979).

Rosa Maria da Cunha (1979) afirma ainda que, em que pese o julgador sempre busque elementos estranhos à lei penal escrita quando da interpretação, nesse processo há a racionalização por meio da condição retórica de sentido, buscando descaracterizá-lo como tal. Assim, ele racionaliza por meio do princípio da legalidade, passando a legitimar, a explicação invertida de um processo de constituição de sentidos.

Dessa maneira, utilizar-se da política criminal como influência na interpretação dos tipos penais acaba por ser válido, principalmente em razão de que garante critérios efetivos, concretos e atuais para análise do fato em face da lei penal. Isso porque, hoje, a interpretação do tipo penal para com o fato em análise, acaba por ser variável de acordo com os valores sociais de cada indivíduo.

Nesse sentido, para que a dogmática penal possa se aproximar mais da realidade trazida pela criminologia, é necessário que o princípio da legalidade deixe de ser analisado sob a sua forma clássica, isto é, como uma limitação da atuação do Estado sobre os indivíduos, passando a ser visto sob sua forma funcional, ou seja, como um limitar da atuação da política criminal quando da interpretação e aplicação legislativa, pelo julgador.

Anitua (2005) aponta que no momento da contraposição entre a norma e o fato objeto da lide, o princípio da proporcionalidade deve trazer ao julgador a análise de se é possível, no caso específico, adotar a proposta de política-criminal trazida pelo Estado, sem mitigar as demais garantias individuais que o limita, de modo a estabelecer de qual maneira e sob quais circunstâncias aquela proposta poderá ser recebida pela dogmática penal.

Como o direito penal vem sofrendo com uma crise de efetividade, não conseguindo estar atualizado às novas formas de criminalidade, há a necessidade de que novas propostas dogmáticas, principalmente as de cunho penal, sejam compatíveis com as garantias individuais constantes na Constituição Federal. Palavras outras, faz-se com que as garantias individuais se tornem eficazes na limitação das políticas criminais adotadas pelo Estado, principalmente no momento de aplicação de novas leis penais.

Anitua (2005) assim afirma:

Tudo o que foi dito não quer dizer que a Constituição cumpra só um papel de 'trincheira', de limite aos poderes para evitar a sua arbitrariedade e violência. Pelo contrário, a Constituição obriga a pensar a política criminal – e à política criminal – com grandes doses de imaginação e considerando o caminho dos direitos como um caminho sem fim. O singular destes princípios políticos constitucionais e das liberdades proclamadas desde o fim do século XVIII é que são indissociáveis do nascimento do debate democrático.

É necessário, portanto, qualquer concepção que utilize do direito penal como um instrumento diário de governo do Estado, promovendo uma política criminal de um governo de maneira desenfreada e inconsequente (DIAS, 1999).

Ainda que o principal ponto (e também ideal) seja a orientação de que as políticas criminais sejam pautadas principalmente pela progressiva diminuição da aplicação do direito penal, é necessário iniciar com a aproximação entre a dogmática e a realidade vivenciada na sociedade de modo a iniciar uma redução da criminalização. Isso significa que as políticas criminais devem estar pautadas na diminuição de incidência e aplicação do direito penal, em detrimento das políticas que o alarguem, a fim de reduzir posturas autoritárias em desrespeito às garantias individuais.

Dessa maneira, é possível verificar que a inserção de elementos empíricos, fundados no pensamento de problemas oriundos da análise de casos concretos, isto é, o saber criminológico, para se chegar a determinados pontos, acaba por trazer eficiência e eficácia ao sistema penal.

Para além disso, a influência da dogmática penal sobre as políticas criminais há de encontrar limites nas garantias individuais, de modo a evitar posturas autoritárias em detrimento de um Estado Democrático de Direito.

Em suma, é necessário adotar informações, saberes e valores trazidos pela criminologia para a construção de uma sistema de dogmática penal, de modo a aproximar a dogmática da realidade e promover a racional e correta aplicação da lei penal aos casos sob judicío, com o fim de diminuir a crise de efetividade que as leis penais vêm enfrentando, de modo que a criminologia, as políticas criminais e a dogmática penal trabalhem juntas, bem como as primeiras acabem por influenciar e limitar a última.

4.3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO

Apresentadas as características da justiça penal negociada, há a necessidade de se discutir também os mecanismos de funcionamento, principalmente no que tange à obrigatoriedade e a oportunidade da ação penal. Isso porque, são esses os princípios que acabarão por indicar as possibilidades e previsões legais do ordenamento jurídico no que se refere às modalidades de barganha da pena.

Roberto Kant de Lima e Gaucia Mouzinho (2016) acabam por diferenciar os princípios entre obrigatoriedade como sendo o não cumprimento das ações prescritas, seja por erro ou por omissão, gerando a responsabilização do agente público, independentemente das razões e do resultado atingido com o ato. No tocante ao cumprimento de eventuais obrigações predeterminadas, não há bonificação, mas tão somente o agir conforme seu dever.

No que tange ao princípio da oportunidade, os autores indicam que a ação praticada decorre da escolha do agente público. Ainda que seja uma escolha livre, o agente precisa atuar conforme parâmetros fixados previamente pelo órgão em que opera. Além disso, cabe ao agente público justificar suas ações e prestar contas, demonstrando o resultado obtido, a fim de perseguir eventual gratificação.

Ainda que não haja uma previsão legal sobre a adoção pelo direito brasileiro acerca do princípio da obrigatoriedade, analisando o artigo 24, do Código de Processo Penal, é possível compreender que esse foi o intuito do legislador, uma vez que há a determinação legal de que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público [...]”.

Nereu Giacomolli (apud DRAGO, 2016) afirma que a diferenciação entre o princípio da legalidade e da oportunidade se origina do *civil law* alemão, em que “um sistema jurídico penal se rege pela oportunidade quando os encarregados do *ius persecuendi* podem selecionar os fatos que investigarão e também os possíveis autores dos mesmos, frente à *notitia criminis*”. (GIACOMOLLI, 2006)

Dessa maneira, uma vez que o Estado não possui capacidade de atuar em todas as infrações penais que ocorrem diariamente, buscando uma eficiência no processo penal, é aceitável utilizar-se do princípio da oportunidade da ação penal em casos excepcionais.

Para Vinícius Vasconcellos (2022), o princípio da legalidade administrativa e da obrigatoriedade são distintos, uma vez que, enquanto a legalidade é utilizada para delimitar, na legislação, os espaços de atuação do Estado no âmbito criminal em uma perspectiva mais ampla, o princípio da obrigatoriedade atua em uma perspectiva mais restrita, dentro da legalidade, mas especificamente no que diz respeito à propositura de ação penal. Isso porque, é admissível uma margem de excepcionalidade dentro da legalidade, em casos expressamente previstos em lei.

Ainda segundo o autor, há uma necessária diferenciação para com a discricionariedade, consistente em permitir a tomada de decisões pautadas em critérios subjetivos, como por exemplo, o foro íntimo, e a legalidade, que possibilita exceções ao princípio, mas nunca o vedando.

Em razão disso, essa margem de decisões a serem tomadas pelo acusador acabam por estarem regidas por uma “oportunidade legalmente regulada”, isto é, ainda que seja possibilitado ao acusador deixar de exercer sua atribuição de oferecer denúncia, para que, utilizando-se de parâmetros legais pré-fixados, além de visar uma economia processual, políticas criminais, duração razoável do processo e afins, seja possibilitado o oferecimento de acordos, com a ressalva de que a justificativa nunca ocorra a partir de personalidades do titular da ação (VASCONCELLOS, 2022).

Para Aury Lopes Júnior (2022), a introdução do negócio jurídico penal já introduzido pela Lei dos Juizados Especiais podem ser classificados como uma discricionariedade regrada da ação penal. Ou seja, o legislador não teria aberto exceções às regras, mas – tão somente – teria atenuado a rigurosidade dos princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade.

Nereu Giacomolli (2015) apresenta uma análise diversa e propriamente mais condizente com o entendimento deste trabalho. Isso porque, para ele, as modalidades de negociação introduzidas pela Lei dos Juizados Especiais não possibilitam uma discricionariedade acusador, haja vista que, com o preenchimento dos requisitos, há a necessidade de oferecimento de acordo, isto é, o Ministério Público é obrigado a propor uma solução mais favorável ao acusado. Com isso, o órgão não deixaria de exercer a sua titularidade de persecução penal, mas a realiza na forma dos negócios jurídicos penais.

Não se desconhece a diferença entre as oportunidades, tanto de benefícios, como da própria negociação entre a Lei de Juizado Especiais e o acordo de não persecução penal e até mesmo as colaborações premiadas. Isso porque, a

transação penal, por exemplo, não ensejará em uma sentença penal condenatória, vez que a decisão é homologatória. Tal fato se dá em razão da desnecessidade do acusado admitir sua culpa, ao passo em que nos demais acordos há a necessidade de admissão de culpa, havendo a necessidade de cumprimento junto aos juízos de execuções penais.

Em uma outra visão, Afrânio Jardim (1994) assevera que não seria possível mitigar o princípio da oportunidade. Para ele, ou há aplicação em sua integralidade, ou não, não sendo possível a mitigação uma vez que ensejaria ao Ministério Público o “dever-agir se julgar conveniente”, atribuindo aos acusadores uma discricionariedade arbitrária. Por essa lógica, somente seria permitido a não atuação em situações penalmente irrelevantes, como por exemplo em casos de aplicação do princípio da insignificância ou de menor relevância jurídica.

Não se desconhece que o fim da impunidade é uma utopia, tampouco defende-se que a acusação deva inflacionar persecuções penais com diversos delitos, a fim de atingir uma “condenação merecida”. Fato é que necessária se faz uma breve crítica à utilização seletiva do princípio da oportunidade, principalmente diante de faculdades concedidas aos acusadores, que acabam por utilizar de justificativas questionáveis, para oferecer (ou não) acordos processuais, quando é possível verificar que a justificativa decorre de foro íntimo.

Também é fato que o ANPP, sob a ótica da celeridade processual, pode ser visto como uma inovação positiva, haja vista que o investigado não sofre todas as amarguras de uma persecução penal, que poderá levar anos até o seu deslinde., resolvendo o feito ainda em uma fase pré-processual.

As alterações trazidas pelo Pacote Anticrime no que diz respeito ao negócio jurídico processual, apresentou um viés de inovação na ordem processual brasileira. Caminhando ao que também busca o Código de Processo Civil, há uma busca pela solução consensual dos litígios, de modo que no processo penal mitiga-se a obrigatoriedade da ação penal, buscando analisar o processo penal com racionalidade bom-senso, a fim de buscar uma maior efetividade. Ainda que o ANPP não seja uma inovação revolucionária no processo penal, é possível verificar a ampliação dos espaços de debate e consenso, apresentando uma nova forma de transação penal.

Ainda que haja um certo “elogio” ao instituto, é necessário ressaltar todas as críticas anteriormente aventadas, além da impossibilidade de contabilização de confissões falsas ou obtidas sob pressão, a fim de evitar uma persecução penal.

Contudo, desnecessário neste momento o retorno à todas as críticas de ordem criminológica e de seletividade penal, sob pena de redundância do trabalho.

Ressalvadas as controvérsias, a introdução da consensualidade no processo penal acaba por acarretar vantagens para os envolvidos, principalmente no que tange a efetividade, uma vez que há a condição de confissão pelo infrator, bem como a concordância com as medidas de cumprimento impostas, a fim de haja celebração do acordo. Do outro lado, há a possibilidade de ser amenizar os custos ocasionados pela persecução penal, sejam eles de caráter econômico, sociais ou psicológicos, o que por lógica acaba por influenciar positivamente para a celebração da avença.

Conforme Schunemann (2002), a introdução de acordos penais deveria representar uma quebra ao punitivismo, uma vez que a ideia do processo penal para as partes deveria ser de prevenção e não mais de repressão. Isso tudo, visando a economia processual, ao passado em que se fortalecem as normas e as dinâmicas de ressocialização, as quais deixam de ser estigmatizantes.

É necessário também compreender as dificuldades de realização dos acordos na prática, ao passo em que hoje o Ministério Público representa interesses de caráter indisponível, limitando sua margem de negociação e sempre havendo a necessidade de buscar o ressarcimento integral do dano e a imposição de medidas suficientes para substituir uma prisão.

Palavras outras, Vasconcellos (2022) afirma que as reformas ainda não são suficientes, uma vez que não há ampliação de oportunidade aos acusadores no que tange a persecução penal, uma vez que impedidos de oferecer denúncias por critérios de existência e comprovação do delito, salvo o ANPP quando cabível.

Dentre as discussões aqui introduzidas, após a aplicação do ANPP na prática, iniciou-se uma série de questionamentos junto aos Tribunais, dentre eles acerca da natureza jurídica do instituto. Tal discussão decorre, por óbvio, de justificativas para o não oferecimento do acordo, ao passo em que parte entende ser um direito subjetivo do acusado, enquanto parte diversa entende ser uma faculdade do Ministério Público o oferecimento do acordo.

Ainda que já existam decisões no Superior Tribunal de Justiça, como também no Supremo Tribunal Federal acerca da faculdade ministerial, fato é que: a) as decisões ainda não são unânimes, carecendo de uniformização de toda a jurisprudência e da consolidação de um único entendimento; b) é necessário o avanço

do direito penal, de modo que os institutos ali contidos sempre sejam aperfeiçoados a fim de que atendam os anseios dos procedimentos em tramitação, voltados para garantias dos acusados.

Decorre daí o questionamento se o instituto representa um direito subjetivo do investigado, em que preenchidos os requisitos legais, o investigado faz jus ao acordo, ou uma faculdade atribuída ao Ministério Público, em que caberia ao órgão deliberar se é cabível (ou não) o acordo em cada caso analisado, podendo deixar de propô-lo conforme sua discricionariedade.

Sobre o tema, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 191.124/RO, se manifestou no sentido de que o acordo de não persecução penal não se trata de direito subjetivo do investigado, ao passo em que cabe ao órgão acusado deliberar se o acordo é ou não cabível, desde que ocorra de maneira fundamentada (BRASIL, 2021).

Nessa toada, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Ordinário no Habeas Corpus 161.251/PR, seguindo o entendimento já exarado pelo Supremo Tribunal Federal, afirmou que a verificação da possibilidade ou não do oferecimento do acordo de não persecução penal é exclusiva do Ministério Público, motivo pelo qual não haveria discussão que o instituto é direito subjetivo do acusado e, conseqüentemente, impedindo que o Judiciário determine a sua celebração (BRASIL, 2022).

Reforçando o entendimento adotado pelas Cortes acerca da exclusividade no que tange a titularidade do órgão acusador, o Enunciado 19, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal afirma que o oferecimento do acordo de não persecução penal constitui uma faculdade ministerial, haja vista que somente o titular da ação penal poderia dizer se é suficiente para reprovação e prevenção do delito.

No tocante à doutrina que coaduna com o pensamento adotado pelos tribunais superiores, a faculdade ministerial em oferecer ou não o acordo vai de encontro com o reconhecimento de um direito subjetivo do investigado. Além disso, para a doutrina, não poderia o Judiciário tomar a decisão de oferecer o acordo, sob pena de subversão das atribuições dos órgãos, de modo que somente possui a legitimidade o titular da ação penal (SOUZA, DOWER, 2019).

Sob essa ótica, tal qual o Ministério Público é responsável pela deliberação sobre o mérito do acordo, suas cláusulas e condições, cabe ao magistrado tão somente, em caso do não oferecimento do ANPP, analisar acerca do recebimento ou rejeição da denúncia. Em razão disso, é necessário que o acusador se pautem pela balize do acordo ser ou não suficiente à prevenção e à repressão do delito (AVENA, 2022).

Nesse interim, a principal crítica apontada ao entendimento do acordo de não persecução penal ser considerado um direito subjetivo do investigado consiste na necessidade de participação ativa das partes envolvidas no ano, em que exista unidade de desígnios em realizar a avença. Isso porque, ainda segundo a crítica, haveria uma violação do sistema acusatório, haja vista que, diante de eventual não oferecimento do acordo por parte da acusação, o juiz obrigasse sua celebração de ofício (LIMA, 2020).

Gustavo Badaró (2022) afirma que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal seria de negócio jurídico processual, de modo que inexistiria direito subjetivo do investigado. Segundo ele, em razão do sistema acusatório impor a separação das funções aos magistrados e acusadores, não seria possível impor um acordo. Apesar disso, o doutrinador assevera ser necessária motivação expressa acerca do não oferecimento do acordo, sob a penalidade de que eventual denúncia posteriormente ofertada seja rejeitada.

Para Vasconcellos (2022), não é possível que o Judiciário se incumba de determinar a realização de acordos, haja vista que o Ministério Público é um órgão capacitado para discussões sobre políticas criminais. Contudo, eventual não oferecimento do acordo não poderia ficar sob o subjetivismo e ideais de um promotor isoladamente, de modo a apresentar balizas para o exercício diário da função.

Cabe ressaltar que enquanto vigente a Resolução 181/2017, do CNMP, o entendimento de doutrinadores já era de que o instituto era uma faculdade ministerial e não um direito subjetivo dos investigados (GARCIA, 2018). Assim, já na época, quando não existente o Pacote Anticrime, já havia a discussão acerca da natureza jurídica do instituto, sendo esse o entendimento aplicado.

Independentemente do entendimento adotado, seja uma faculdade, seja um direito subjetivo do investigado, fato é que os entendimentos se coadunam no sentido de que não há uma discricionariedade irrestrita do Ministério Público para celebração do acordo, devendo seus atos sempre serem motivados. Nessa toada,

Oliveira (2022) aponta que, apesar de considerar o acordo de não persecução penal como uma faculdade ministerial, quando preenchidos os requisitos objetivos para a sua celebração, deve o *parquet* emitir manifestação sobre a impossibilidade de oferecimento, sob pena de violação legal.

Ainda que elucidados os argumentos doutrinários e jurisprudenciais dos motivos que a propositura do acordo de não persecução penal seja uma faculdade do Ministério Público, é necessário apontar as posições em sentido contrário, a fim de aferir a possibilidade de o acordo ser interpretado como direito subjetivo do investigado.

Nesse viés, Mauro Messias (2020) aponta que no julgamento do Habeas Corpus n. 131/108RJ (BRASIL, 2013), o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, preenchidos os requisitos legais, a suspensão condicional do processo seria considerada um direito subjetivo do acusado, impondo ao Ministério Público o oferecimento do benefício.

Ainda segundo o autor, o mesmo fundamento há de ser aplicado ao acordo de não persecução penal, haja vista também tratar-se de medida de cunho despenalizador. Isso porque, a indicação de que o acordo seja suficiente para reprovação e prevenção delitiva como requisito, possibilita discricionariedade ao acusador para apresentar qualquer justificativa para seu não oferecimento.

É importante verificar que o legislador realmente se utiliza de conceito abstrato para impor balizas ao cabimento do acordo de não persecução penal, o que deveria ser utilizado com parcimônia no âmbito prático, sob pena de se restringir a aplicação do instituto, o qual deveria ser utilizado para buscar eficiência de todo o sistema judiciário. É certo que, sendo atribuição exclusiva do acusador oferecer o acordo, preferências, ideias, ideias e manifestações individuais do membro ministerial acabam por desvirtuar a finalidade do acordo.

Streck e Raatz (2017) rememoram que no que se refere à hermenêutica jurídica e ao dever de fundamentação das decisões judiciais, há uma imposição constitucional que determina ao magistrado ponderar todos os argumentos aventados pelas partes, aplicando a decisão juridicamente coerente e compatível com o ordenamento jurídico, de modo que não se considerará fundamentada a decisão baseada em juízos morais e políticos. Trazendo o entendimento à justiça penal negociada, eventual recusa no oferecimento do acordo há de apresentar embasamento legal sólido, não sendo possível a discordância pessoal do promotor.

Ainda que o presente trabalho não tenha, tampouco seja seu objeto neste momento, realizar uma pesquisa jurisprudencial, é necessário trazer à baila julgados paradigmáticos, principalmente diante de que o entendimento atualmente adotado pelos julgadores ser daí oriundo, corroborando a necessidade de uma fundamentação devida para eventual não oferecimento de benefícios.

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça entender não ser direito subjetivo do acusado a suspensão condicional do processo, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 131.108/RJ (BRASIL, 2013), aplicou-se o entendimento de que deveria o Ministério Público, em caso de não oferecimento, apresentar justificativa plausível e legalmente embasada, não sendo cabível fundamentos inidôneos e sendo possível a avaliação judicial após a devida provocação. É o que se observa mediante a transcrição do julgado abaixo:

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/95. NEGATIVA POR PARTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. MOTIVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. Embora o órgão ministerial, na qualidade de titular da ação penal, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário (HC 131.108/RJ, Relator (a): Min. Gilson Dipp, julgado em 24/06/2013, Dje 27/06/2013) (BRASIL, 2013).

Da mesma maneira, o Supremo Tribunal Federal aplica o entendimento de que preenchidos os requisitos para a suspensão condicional do processo, trata-se de direito subjetivo do acusado, conforme é possível a compreensão por intermédio do julgado abaixo:

PROCESSO –SUSPENSÃO CONDICIONAL –REQUISITOS – ATENDIMENTO –ACUSADO –DIREITO SUBJETIVO. Uma vez atendidos os requisitos do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995, cumpre implementar a suspensão condicional do processo, podendo o Juízo atuar, nesse campo, de ofício (HC 136.053, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/08/2018, Dje 21/09/2018) (BRASIL, 2018).

Dos julgados, é possível denotar que quando da aplicação da justiça penal negociada, os Tribunais entendem que os institutos não podem ser impedidos em razão de pressupostos de caráter subjetivo. Ou seja, o entendimento até então aplicado é de que a recusa em oferecer tais acordos seja pautada em critérios

concretos, que demonstrem a inaplicabilidade e/ou ineficácia da medida para a solução dos conflitos.

Assim, ainda que seja utilizado como justificativa na prática, por exemplo, a gravidade em abstrata do delito não poderia ser considerada, por si só, como um impedimento para a realização do acordo, isso porque, se o legislador estabelece requisitos genéricos sobre os delitos em que é cabível o acordo, é possível presumir que a gravidade de tais delitos seja reduzida.

Barros e Romaniue (2019) afirmam que o acordo há de ser considerado direito subjetivo do investigado, uma vez que não caberia ao Ministério Público a vedação de modo arbitrário. Para os autores, preenchidos os requisitos, há a necessidade de oferecimento do acordo. Os autores, contudo, apontam uma ressalva de que não seria qualquer situação que ensejaria a realização do acordo, devendo haver uma análise criteriosa a respeito do cumprimento dos requisitos legais, existindo a necessidade de uma fundamentação detalhada acaso não entenda pelo não cabimento.

Aury Lopes Júnior (2022) em recente manifestação aponta que no momento em que o investigado preencha os requisitos legais, há um verdadeiro direito subjetivo que lhe assiste. Apesar disso, o autor defende o sistema acusatório de modo que apesar de reconhecer tal direito subjetivo, não existe a possibilidade de atuação do magistrado como um protagonista, cabendo-lhe tão somente a função de garantir de direitos constitucionais. Palavras outras, somente caberia a atuação do Judiciário quando provocado, não ocorrendo o oferecimento de ofício pelo juízo.

Há de se ressaltar também que o acordo de não persecução penal está intrinsecamente ligado ao direito fundamental de liberdade à locomoção. Isso porque, o propósito da aplicação do instituto, além da efetividade processual, é de reduzir o encarceramento, de modo que se cumpram medidas diversas da prisão a fim de prevenir e de reiterar novos delitos. Desse modo, o não oferecimento do acordo pelo Ministério Público veda aos investigados acesso à direitos constitucionais, sendo tal conduta evidentemente abusiva (RESENDE, 2020).

Se o instituto introduzido busca atender a demanda de uma intervenção penal mínima, restringindo a atuação do direito penal às hipóteses que os demais ramos do direito não consigam atender as tutelas dos bens jurídicos (LUISI, 1991), há a necessidade de um aumento da aplicação de tal instituto, de modo que os órgãos acusadores foquem sua atuação em crimes penalmente relevantes, ao passo em que

diminuam a atuação sobre condutas que não merecem ser reprimidas por intermédio de uma pena privativa de liberdade.

Com isso posto, compreender o acordo de não persecução penal como um direito subjetivo do acusado acaba por favorecer a atuação da justiça penal negociada em benefício aos investigados, ao passo em que os acordos somente não seriam realizados quando não preenchidos os requisitos ou quando não fossem convenientes aos indivíduos. Dessa maneira, conforme afirma Karam (1991), as sanções penais realmente não seriam utilizadas como meio de resolução de conflitos.

Fato é que, utilizando-se das lições de Ferrajoli (2010), não há mais espaço para o punitivismo desenfreado, principalmente com a adoção do garantismo penal pelo ordenamento jurídico brasileiro, a fim de vedar atitudes arbitrárias pelo Estado. Com isso, criar obstáculos desarrazoados para o oferecimento de acordos aos investigados evitarem persecuções penais, criando elementos subjetivos para impedir acesso a direitos pelos indivíduos, vão de encontro à própria estrutura dogmática vigente.

Encerrando, não há que se falar que considerar o acordo de não persecução penal como um direito subjetivo do acusado feriria a natureza consensual do negócio jurídico, uma vez que as partes continuarão dispendo de discricionariedade para delimitar condições de cumprimento do acordo, as quais não se encontram taxativamente na lei.

Assim, adotar ao ANPP uma natureza jurídica de direito subjetivo do investigado possibilita aos indivíduos uma isonomia de tratamento, isto é, uma igualdade para os que se encontram em uma mesma situação jurídica, analisando-se de modo racional e objetivo a conduta praticada, a fim de celebrar o acordo, isto é, quando preenchidos os requisitos legais. Isso porque, criar obstáculos e limitar a aplicação do instituto para casos específicos, sem fundamentos suficientes, não é compatível com o ordenamento jurídico vigente, tampouco com o princípio da segurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

Analisando as informações aqui reproduzidas, é possível verificar que os lugares de consenso no direito penal vêm se expandindo desde a criação da Lei dos Juizados Especiais, percorrendo normas de colaboração premiada, acordos de leniência, até o acordo de não persecução penal. Isso demonstra que, cada vez mais, o direito norte-americano, bem como o direito europeu acabam por influenciar no direito brasileiro.

Em uma perspectiva ampla, o acordo de não persecução penal é um instituto interessante para a justiça penal brasileira, uma vez que possibilita ao investigado uma certa negociação com o órgão acusador, a fim de dar cabo à estigmatização perante a sociedade. Além disso, é possível afirmar que a celebração do acordo possibilita uma desburocratização de parte do sistema de justiça penal, principalmente em crimes menos gravosos, haja vista que aplicável em ilícitos com pena mínima inferior a quatro anos.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (1997), a fim de que seja possível uma análise do controle social em determinada sociedade, não é possível somente a análise do sistema penal, ou da dogmática em si, mas há a necessidade de se analisar toda a estrutura familiar, a educação, o controle ideológico, universidades, liberdade, enfim, inúmeros outros aspectos do *tecido social*.

Daí a importância da comunicação da dogmática penal para com a criminologia, *in casu* a criminologia crítica, uma vez que o sistema penal está inserido em um conjunto de aspectos da sociedade, bem como do controle social, havendo a necessidade de multidisciplinariedade para compreensão das condutas, bem como para a definição de crimes. Há a necessidade de atenção não somente pra as instâncias oficiais, mas também para instâncias extraoficiais, de modo a melhor compreender toda a sociedade.

Isso porque, a não comunicação do direito penal, da dogmática penal, para com as demais áreas do direito, mais precisamente, para com o debate criminológico, acaba por apresentar um direito penal desigual e raso, sem discutir as características da sociedade e do contexto ali inserido, mantendo-se a seletividade penal e a rotulação dos indivíduos.

E, a discussão da dogmática penal junto a criminologia garante com que a justiça penal negociada consiga deixar de atuar como uma reprodução de prisões e

penalidades, tolhendo direitos fundamentais dos indivíduos, para conferir uma resposta célere à sociedade. Não se busca, aqui, deixar de aplicar o instituto, até mesmo porque seria utópico crer no fim de um modo de aplicação do direito que apresenta respostas céleres à população em geral, mas, aplica-lo de modo com que melhor atenda aos anseios dos indivíduos processados, garantindo direitos básicos, sem a imposição de penas e prisões reiteradas, como ocorridos desde a década de 1970, nos Estados Unidos.

Na prática, essa não aplicação do acordo de não persecução penal, em razão da faculdade ofertada de modo genérico, isto é, *desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime* (BRASIL, 2019), faz com que acusadores muitas vezes interpretem os fatos conforme seus próprios entendimentos, deixando-se de lado uma análise objetiva, atentando-se unicamente à sua moral.

Em razão da abstração da norma, muitos acusadores acabam por se tornarem audaciosos, reivindicando para si a capacidade de fixar tais conceitos abstratos, conferindo um significado mais preciso. Os acusadores são diferentes entre si, mas não raro, sucumbem às pressões populares, de grupos, preocupando-se em atender o clamor social, de modo a limitar suas capacidades de perceber e avaliar os fatos imputados ao acusado.

Há a necessidade de se afastar o que é de fácil percepção no cotidiano do judiciário, em que acordos deixam de ser oferecidos para atender o clamor popular e outros interesses particulares do acusador, como por exemplo, a rotulação prévia de indivíduos.

Aplicar ao acordo de não persecução penal como um direito subjetivo do investigado, nada mais é que seguir a linha de entendimento adotada no instituto da suspensão condicional do processo, em que preenchidos os requisitos, há a necessidade de que a acusação proponha o acordo, somente sendo possível o não oferecimento em casos específicos e previamente delimitados em lei.

Ainda que hoje somente a manifestação, positiva ou negativa, quanto à aplicação do instituto seja um direito subjetivo do investigado, fato é que já é tempo de evoluir o entendimento adotado, de modo que acordos não deixem de ser oferecidos por caprichos acusatórios.

O instituto não foi criado somente para resguardar o agente do delito, mas também o Estado das desvantagens próprias da instauração do processo criminal

sobre fatos desnecessários e/ou irrelevantes, que não precisariam de toda uma estigmatização do acusado para se chegar à um fim.

O propósito do acordo é o de poupar o investigado e o aparelho estatal dos desgastes inerentes ao processo penal, de modo que de nada adianta a incorporação de mecanismos de consenso na justiça penal, se os acusadores não abandonarem seus perfis demandistas e a busca por uma condenação maquiavélica, em que os fins justificam os meios.

Daí a necessidade de se expor toda a crítica criminológica em relação à rotulação dos indivíduos, a busca pelo efficientismo punitivista, bem como a seletividade penal brasileira, de modo a aproximar a dogmática penal da realidade vivenciada pela justiça penal.

Para além disso, é necessário apontar a origem do acordo de não persecução penal, e as características do *plea bargaining* americano, a fim de ressaltar as semelhanças e diferenças, compreendendo propriamente os institutos, a fim de verificar a possibilidade de uma aplicação prática distinta entre ambos.

Ainda que não seja um instituto perfeito, havendo a necessidade de elevar as críticas, como aqui realizado, mas utilizando-se da célebre frase de Oliver Wendell Holmes (2003), juiz da Suprema Corte Americana, quando disse que o seu papel como juiz *é verificar se o jogo está sendo jogado segundo as regras, gostando delas ou não*, a fim de aproximar também a criminologia crítica da realidade da dogmática penal, buscando avanços, principalmente no que se refere às garantias dos indivíduos processados, até uma ulterior evolução do direito penal para o fim dos estigmas e até mesmo das prisões.

Analisar o acordo de não persecução penal como um direito subjetivo do réu, aplicando-se de maneira objetiva, acaba por permitir um debate amplo em todos os níveis acerca do objeto da penalidade, diminuindo a incidência de processos falhos ou erros judiciários. Para além disso, coíbe a possibilidade de não oferecimento de acordos, seja pela rotulação dos indivíduos, seja pelo clamor popular, seja por interesses outros do acusador. Nesse sentido, determinar a obrigatoriedade do oferecimento, acaba por possibilitar uma razoável negociação, aproximando-se as partes para um debate a fim de celebrar o acordo, de modo que a acusação deixe de também ser o órgão julgador.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ALSCHULER, Albert W. **The changing plea bargaining debate**, University of Chicago. 1981.
- ALSCHULER, Albert W. **The defense attorney's role in plea bargaining**, University of Chicago. 1974
- ALSCHULER, Albert W. **The prosecutor's role in plea bargaining**, University of Chicago. 1968.
- ALSCHULER, Albert. **The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea For Less Aggregation**. University of Chicago Law Review. 1991.
- ALVES, Jamil C. **Justiça consensual e plea bargaining**. In: Cunha, Rogério Sanches et al. (coord.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- AMARAL, Claudio do Prado et al. **Bases e fundamentos da justiça penal negociada: uma tendencia inevitável no processo penal brasileiro**. São Paulo: Fdrp/usp, 2019. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2019/08/EBook-Laboratorio-.pdf>.
- ALMEIDA, Gelsom Rozentino. **A crise do Sistema Penitenciário: Capitalismo, Classes Sociais e a Oficina do Diabo**. XXV Simpósio Nacional de História. Fortaleza, 2009. Disponível em: <https://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/anpuhnacional/S.25/ANPUH.S25.1416.pdf>.
- ANDRADE, V. R. P. de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Florianópolis: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A construção social dos conflitos agrários como criminalidade**. In.: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: Mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. V. 16, n. 30, 1995. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/49618186_Do_paradigma_etiologico_ao_paradigma_da_reacao_social_mudanca_e_permanencia_de_paradigmas_criminologicos_na_ciencia_e_no_senso_comum.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e Sistema Penal**: em busca da segurança jurídica prometida. Florianópolis, 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre, 1996.

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

ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. 2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do Trabalho: ensaios sobre a negação e a afirmação do trabalho**. São Paulo: Ed. Boitempo, 2009.

ARAÚJO, F. C. **A teoria criminológica do Labelling Approach e as medidas socioeducativas**. 2010. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

AVENA, NORBERTO. **Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil**: causas e conseqüências da demanda punitiva. In: Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 03, ed. 04, 2009, p. 104. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/42/40>>

BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Marginalidade social e justiça**. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, Editora Revista dos Tribunais, n. 21-22, jan.- jun. 1976.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas em Fragmentos**. Sobre a Ética Pós-Moderna. Zahar, 2010.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos da sociologia do desvio. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BIANCHINI, Alice. **Dogmática jurídico-penal e controle social**. 2012. Disponível em <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814343/dogmatica-juridico-penal-e-controle-social>>.

BIBAS, Stephanos. **Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure**. 2003.

BIBAS, Stephanos. **Plea bargaining outside the shadow of trial**. 2004.

BIBAS, Stephanos. **Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection**. California Law Review. 2011.

BOHM, Robert M. **“McJustice”**: on the McDonaldization of criminal justice. Justice Quarterly, v. 23, n. 1, p. 127-146, mar. 2006.

BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013

BOURDIEU, Pierre. 1989. **O poder simbólico**. Tradução de: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil.

BOVINO, Alberto. **Procedimiento abreviado y juicio por jurados**, Buenos Aires, 2005.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; Andrade, Mauro Fonseca. **Resolução n. 181 do CNMP – art. 18**. In: Fischer, D.; Andrade, M. F. (org.). Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2. ed., rev. e atual. de acordo com a Resolução 183/2018 do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 186289**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 28 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5922937>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 199.892**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 07 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755956838>.

BRASIL. Lei nº 13964, de 24 de dezembro de 2019. **Pacote Anticrime**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 131.108**, rel. Min. Gilson Dipp, j 24/06/2013, Dje 27/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 161.251/PR**, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j 10.05.2022, Dje 16.05.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.790/DF**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 5/06/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 136.053**, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j 07.08.2018, Dje 24.09.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. **Sentença Penal Condenatória. Processo: 0017441-07.2018.8.16.0013**. Publicado em 19 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/negro-razao-racaintegra-grupo.pdf>.

BUONICORE, Bruno Tadeu; Silva, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. **Boletim IBCCrim, n. 257**, ano 22, p. 12-13, São Paulo, abr. 2014.

BURNS, Robert P. **The death of the american trial**. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

CABRAL, Rogério Leite Ferreira. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal** (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: Cunha, Rogério Sanches et al. (coord.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de criminologia**. 5. ed. Niterói. Impetus, 2009.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAPELLA, Juan Ramon. **Fruto Proibido**. Uma Aproximação Histórico-Teórica ao Estudo do Direito e do Estado. Editora Livraria do Advogado. 2002.

CARDOSO NETO, Vilobaldo. **Justiça restaurativa no Brasil: potencialidades e impasses**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Criminologia Crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ed. 104, 2013.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (O exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/carvalho_o_papel_dos_atores_-_final.pdf>

CHESNAIS, François. **A Mundialização do capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. **Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>.

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema Prisional em Números**. Brasília, DF: CNMP, 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>.

CONDE, Francisco Munoz. **Introduccion al derecho penal**. Barcelona, 1975.

CONTRUCCI, José Roald. **A seletividade do sistema penal no Estado Democrático Brasileiro**: uma afronta ao princípio da igualdade. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 12, p. 181-208, fev. 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/166>.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DAVIS, Angela. **O sentido da Liberdade: e outros diálogos difíceis**. Boitempo Editorial; 1ª ed. 2022.

DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualizado em 25 de junho de 2020. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?>

DERVAN, Lucian E. and Vanessa A. Edkins Ph.D., **The Innocent Defendant's Dilemma**: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem, 103 *J. Crim. L. & Criminology* 1, 2013.

DERVAN, Lucian E. **Overcriminalization 2.0**: The Symbiotic Relationship Between Plea Bargaining and Overcriminalization. 7 *J.L. Econ. Pol'y* 645. 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delincente e a sociedade criminógena. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delincente e a sociedade criminógena. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial**: A Criminologia do fim da história. 2012. Tese (Doutor em Direito) - Programa de Pós- Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [S. l.], 2012.

DOS SANTOS, Mauro Guilherme Messias. **Acordo de não persecução penal**: confusão com o plea bargaining e críticas ao Projeto Anticrime. Disponível em: https://www.academia.edu/download/61816054/Acordo_de_nao_persecucao_penal_confusao_com_o_plea_bargaining_e_criticas_ao_projeto_anticrime20200117-21195-188aif1.pdf.

DRAGO, Vinicius Ehrhardt Julio Drago. **Aspectos dogmáticos da colaboração premiada**: instrumento legítimo ou afronta ao garantismo penal? Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

EASTERBROOK, Frank H. **Criminal procedure as a market system**, 12 Journal of Legal Studies 289, 1983.

EASTERBROOK, Frank H. **Plea Bargaining as Compromise**. The Yale Law Journal. VI. 101. 1992.

FEELEY, Malcolm M. Legal **Complexity and the Transformation of the Criminal Process**: The Origins of Plea Bargaining. Israel Law Review. Vol. 31, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph**. Yale Law Journal. VI. 105. No. 5, 2000.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão**: O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 16ª ed., 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

FRAGOSO, Heleno Glauco. **Lições de direito penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro:

FUX, Luiz. **Novo Código de Processo Civil temático**. São Paulo: Mackenzie, 2015.

GARAPON, Antonie; Papadopoulos, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Emerson. **O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo ministério público**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 68, abr./jun. 2018.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Ed. Revan, 2008

GAZOTO, Luís Wanderley. **Exercício da Ação Penal Pública no Brasil, EUA e Europa: Legalidade, Accountability e Política Criminal**. Disponível em: <https://sites.google.com/site/luiswanderleygazoto/exercicio-daaop-penal-pblica-no-brasil-eua-e-europa>.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, v. 20, n. 3, set.-dez. 2015.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005

GOMES, Luiz Flávio. **Origens da Delação Premiada e da Justiça consensuada**. 2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/origens-da-delacao-premiada-e-da-justica-consensuada/14866>.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a política e o estado moderno**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2012.

HARVEY, David. **O Novo Imperialismo**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meireles et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma Moderna Política Criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, p. 41-51, out/dez. 1994.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernât de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2.ed. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro : Luam, 1997.

ISTOÉ. **No Brasil, sete em cada dez ex-presidiários voltam ao crime, diz presidente do STF**. Agência Brasil. Publicado em 5 de setembro de 2011. Disponível em: https://istoe.com.br/157533_NO+BRASIL+SETE+EM+CADA+DEZ+EX+PRESI

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública - princípio da obrigatoriedade**. 2 ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1991.

KIPNIS, Kenneth. **Criminal Justice and the negotiated plea**. Ethics. 1976.

KLEIN, Naomi. **A Doutrina do Choque: A ascensão do capitalismo do desastre**. Nova Fronteira. 1ª ed. 2008.

LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. University of Chicago Law Review: Vol. 46: Iss. 1, Article 3. 1978.

LANGER, Máximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**. Harvard International Law Review. VI. 45, 2004.

LEAL, Jackson Silva. **Criminologia da Dependência: Prisão e estrutura social brasileira**. Casa do Direito, 2021.

LEAL, Jackson Silva. **Criminologia e Neoliberalismo: Gênero, religião e punitivismo nas reformas legislativas brasileiras**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Glaucia Maria Pontes. **Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas**. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 505-529, set-dez 2016.

LIPPKE, Richard L. **The ethics of plea bargaining**, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice). 1st Edition, 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo e outros escritos**. São Paulo: Abril, 1995.

LOPES JR, Aury. PACZEK, Vitor. **O plea bargaining no projeto anticrime**: remédio ou veneno?. Revista Duc In Altum, Cadernos do Direito. Vol. 11, n. 23, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022

LOPES JR., Aury. **Justiça negociada**: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: Carvalho, Salo; 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 JÚNIOR, Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”**: remédio ou veneno?, 2019. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimere remedio-ou-veneno>>

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MARTINS, Fernanda. **A criminologia, o direito penal e política criminal na revista de direito penal e criminologia (1971 – 1983)**: a (des)legitimação do controle penal. 2014.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970. I, 3, pp. 192-193.

MAUER, Marc. **The Causes and Consequences of Prison Growth in the United States. Punishment & Society**, vol. 3, n.1, 2001.

MELO, João Ozorio de. **Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI- XIX)**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva; PEREIRA, Natália Ila Veras. A audiência de custódia como direito humano fundamental à luz das garantias constitucionais e internacionais. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**. e-ISSN: 2526-0022, Minas Gerais, v. 1, | n. 2

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**: introdução e seus fundamentos teóricos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **O que é criminologia?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. **O § 4º do art. 394 do CPP e o procedimento penal na Lei de Drogas** (Lei n. 11.343/2006). Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.60, ago. 2014. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Rafael_Moreira.html

NASCIMENTO, Abdias. **O Genocídio do Negro Brasileiro** –Processo de um Racismo Mascarado. São Paulo: Perspectiva, 2016.

NAVES, Ana Luisa Augusto Soares. **Aspectos gerais da utilização da colaboração premiada** – Lei 12.850/13. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/264643/aspectos-gerais-da-utilizacao-da-colaboracao-premiada-lei-12850-13>.

NELSON, Stanley. **Crack: Cocaine, Corruption and Conspiracy**. Netflix, 2021

OLIVEIRA, Décio Viegas. As hipóteses excepcionais de cabimento do acordo de não persecução penal no decorrer do processo criminal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 83, pp. 19-33, jan./mar. 2022.

PAVARINI, Massimo. “**Castigar al enemigo: Criminalidad, exclusión e inseguridad**”. Quito: FLACSO, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Editora Lumen Juris. 2006

PRADO, Geraldo. **Transação penal**, Almedina, 2015.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um Direito Penal Mínimo**, Ed. Del Rey, 2. ed. revista e atualizada, 2002.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020.

RODRIGUES, Saulo Tarso. **Criminologia: A política criminal alternativa e os princípios de direito penal mínimo de Alessandro Baratta: na busca da (re) legitimação do sistema**. São Paulo: Sisan, 2003.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Traduzido por Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Expansão do Direito Penal e Relativização dos Fundamentos do Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, no. 42, p. 123-142, jul./set. 2011.

SACK, 1971, p. 14 apud BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011

SILVA, Danni Sales. **Justiça Penal Negociada**. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Jurídico Criminais, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf.

SILVA, R. Z. L. **Labelling Approach**, o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo de criminalização. Revista Liberdade, nº 18 jan/abr. 2015.

SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime**. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear. Oxford University Press, New York, 2007.

SKIDMORE, Willian. **Pensamento Teórico em Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

SMITH, Bruce P. **Plea Bargaining and the Eclipse of the Jury**. Annu. Rev. Law Soc. Sci. VI. 1, 2005.

SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de; CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil**: uma análise de direito estrangeiro.. Revista de Pesquisa e Educação Jurídica, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 57, 2 dez. 2017. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9636/2017.v3i2.2405>.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério. **Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica ao direito. **Revista Opinião Jurídica**, v. 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**, 4ª ed, 2022.

Tedesco, Ignacio F. **Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación**. In: Maier, Julio B. J.; Bovino, Alberto (comps.). El procedimiento abreviado. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

TERRA, Willian de Oliveira. **Inovação legislativa em matéria penal**; uma delicada solução no combate ao delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 12, out./dez. 1995.

TODESCHINI, Gabrielle Thomaz. **Sentença penal negociada e verdade processual**: Uma análise de riscos a partir da experiência estadunidense. 2018. 27 f. Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/gabrielle_todeschini.pdf.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (pls 156/09).. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 9, n. 3, p. 1737-1758, 3 ago. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2016.20135>.

VEGEZZI, Santiago. **Juicio abreviado**: su recepción en el orden jurídico argentino. 2012.

VOGEL, Mary. **The Social Origins of Plea Bargaining**: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-180. *Law & Society Review*. VI. 33. No. 1.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Editora Freitas Bastos, 2007.

WERTHEIMER, Alan. **The prosecutor and the gunman**. *Ethics*. 1979.

ZACHARIAS, Fred. C. **Justice in Plea Bargaining**. *Willian & Mary Law Review*. 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El sistema penal en los países de América Latina**. In.; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio; atos do colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro ; Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. **Direito Penal Brasileiro**. Teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1 v.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A.** Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines. Empório do Direito, Florianópolis, 2017.