



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

Justiça penal negocial: a dupla finalidade da delação premiada pós-sentencial

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Aquiles Perazzo Paz de Melo

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Coorientador: Professor Doutor Eliomar da Silva Pereira

Número do candidato: 30004627

Maio de 2023

Lisboa

Ao meu pai, homem honrado e humano, que
dedicou a vida ao bem-estar das pessoas e à
proteção do meio ambiente.

AGRADECIMENTOS

Como o aprendizado é um processo que se constrói coletivamente, deixo registados meus agradecimentos por todo o apoio e pelos imensuráveis ensinamentos da equipe de docentes da Universidade Autónoma de Lisboa, que trabalhou arduamente para o sucesso do projeto, mais ainda pela dedicação, apoio e estímulo dos orientadores Manuel Valente e Eliomar Pereira, sem os quais o sonho não teria se tornado uma realidade.

Também agradeço a colaboração de familiares e amigos que, convivendo comigo, contribuíram para o desenvolvimento e evolução do tema escolhido para a conclusão do curso, o que aqui faço neste instante, de forma meramente representativa, ao mencionar Tatiana Socoloski, Patrícia Dias, Francisco Lopes, Paulo Cavaco, Fábio Ataíde, Rosivaldo Santos e Walter Nunes.

Finalmente, às minhas filhas Amanda e Samantha, à minha esposa Tatiana, meus pais José e Simone e meus irmãos Arquimedes e Aparecida, um agradecimento especial pela coragem de suportar comigo as adversidades que o aprendizado me permitiu enfrentar, assim também por toda a compreensão à minha ausência e todo o meu silêncio nos últimos dois anos.

“Um dia, os juristas vão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade ou arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas sobretudo no interesse superior da coletividade.”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

A pena de prisão, em que pese ser lembrada, na perspectiva da história das instituições penais, como uma tentativa de solução para as antigas penas físicas, cruéis e violentas, representa, na atualidade, uma dor física, um mal ocasionado ao ser humano, que não serve aos anseios por uma sociedade mais segura, nem se presta a atuar como instrumento eficaz de reforma moral do indivíduo delinquente. Mesmo nas melhores das intenções, essa tentativa de solução para o sofrimento ocasionado por um poder punitivo desenfreado e o fato de alçar a prisão à condição de pena principal criaram outros problemas, dentre eles, o da superpopulação carcerária, ao expor cotidianamente as pessoas a condições também degradantes, se levadas em conta as expectativas de dignidade da pessoa humana, escritas pelas declarações de direito do século XX. Contudo, considerando o problema paralelo da criminalidade organizada, que exige cada vez mais a atenção e a resposta do Estado no século XXI, tem se tornado cada vez mais difícil encontrar uma solução satisfatória para o problema penal contemporâneo. Pensando nessas questões, a presente pesquisa busca apresentar, por meio da colaboração premiada pós-sentencial, uma solução alternativa, mais racional, dentro de uma proposta de direito penal mínimo. Embora se reconheça que a proposta não servirá para resolver todos os problemas enfrentados pelo direito penal atual, acredita-se ser possível, ao menos, servir como um instrumento de maior equilíbrio entre as concepções contrárias, que justificam e criticam a pena. Com essa nova concepção, ainda que saibamos não ser possível resolver todos os problemas do direito penal contemporâneo, tendo em conta exatamente estes mesmos interesses antagônicos, de justificação absoluta e crítica contundente da pena, esperamos, ao menos, oferecer o que nos parece ser uma solução satisfatória dentro de um quadro teórico racional que encontramos na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, ou seja, uma solução viável, jurídica, política e eticamente.

Palavras chave: desafios do direito penal contemporâneo; criminalidade organizada; massificação das prisões; colaboração premiada pós-sentencial; teoria da dupla finalidade da pena.

ABSTRACT

The prison sentence, despite being remembered, from the perspective of the history of penal institutions, as an attempt to solve the old physical, cruel and violent penalties, currently represents a physical pain, an evil caused to the human being, which does not serve the aspirations for a safer society, nor does it lend itself to acting as an effective instrument of moral reform of the delinquent individual. Even with the best of intentions, this attempt at a solution to the suffering caused by an unbridled punitive power and the fact of elevating the prison to the condition of the main penalty created other problems, among them, the prison overcrowding, by exposing people to conditions on a daily basis, also degrading, if we take into account the expectations of the dignity of the human person, written by the declarations of law of the 20th century. However, considering the parallel problem of organized crime, which increasingly requires the attention and response of the State in the 21st century, it has become increasingly difficult to find a satisfactory solution to the contemporary criminal problem. Thinking about these issues, this research seeks to present, through award-winning post-sentence collaboration, an alternative, more rational solution, within a proposal of minimal criminal law. Although it is recognized that the proposal will not serve to solve all the problems faced by current criminal law, it is believed to be possible, at least, to serve as an instrument of greater balance between the contrary conceptions, which justify and criticize the penalty. With this new conception, even though we know that it is not possible to solve all the problems of contemporary criminal law, taking into account exactly these same antagonistic interests, of absolute justification and scathing criticism of the penalty, we hope, at least, to offer what seems to us to be a satisfactory solution within a rational theoretical framework that we find in Luigi Ferrajoli's theory of criminal guaranteeism, that is, a viable solution, legally, politically and ethically.

Key Words: contemporary criminal law challenges; organized crime; massification of prisons; award-winning post-sentence collaboration; dual purpose theory of punishment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A PENA: ENTRE A LEGITIMAÇÃO E A CRÍTICA.....	19
1.1 Das trevas à luz: a concepção filosófica da pena de Beccaria contra a pena-vingança	19
1.2 As escolas penais: o Direito Penal do fato X o Direito Penal do autor	24
1.2.1 Estado liberal: o acervo do século XIX.....	26
1.2.2 Estado Social: o acervo do século XX	30
1.2.3 A pena no direito positivo luso-brasileiro: uma visão comparada	37
2 O MODELO GARANTISTA DA PENA: A PROPOSTA DE RACIONALIDADE JURÍDICA DO PODER PUNITIVO POR LUIGI FERRAJOLI	46
2.1 O espírito do garantismo penal à luz da teoria utilitarista reformada	46
2.2 Os princípios do sistema garantista	49
2.3 Os fundamentos do minimalismo penal	53
2.4 A justificação do Direito de Punir	54
3 OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI E A RACIONALIDADE PENAL CONTEMPORÂNEA	58
3.1 A criminalidade organizada	62
3.2 As prisões no século XXI.....	68
3.3 O problema do como punir na sociedade contemporânea.....	74
4 A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DOS LITÍGIOS PENAIIS	75
4.1 A resolução alternativa dos litígios penais: origem e evolução.....	78
4.2 A RAL numa perspetiva comparada: Portugal e Brasil.....	83
5 COLABORAÇÃO PREMIADA PÓS-SENTENCIAL	93
5.1 A colaboração premiada	93
5.2 A colaboração premiada no Brasil.....	94
5.3 A colaboração premiada pós-sentencial brasileira: um estudo de caso (Operação Pecado Capital).....	106
5.4 A dupla finalidade da colaboração premiada pós-sentencial.....	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125

SIGLAS E ABREVIATURAS

AC	Acórdão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADR	<i>Alternative Dispute Resolucion</i>
ART	Artigo
BR	Brasil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPB	Código Penal Brasileiro
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código Penal Português
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
CPPP	Código de Processo Penal Português
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CE	Conselho da Europa
DEPEN	Departamento Penitenciário
EU	<i>European Union</i>
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INE	Instituto Nacional de Estatísticas de Portugal
INFOPEN	Relatório de Informações Penitenciárias
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia
IPEN	Instituto de Pesos e Medidas do Rio Grande do Norte
LEP	Lei de Execução Penal
N.º	Número
ODR	<i>Online Dispute resolution</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
P	Página
PORDATA	Base de Dados Portugal Contemporâneo
PR	Paraná

PT	Portugal
RAL	Resolução Alternativa de Litígios
RALP	Resolução Alternativa de Litígios Penais
RN	Estado do Rio Grande do Norte
SG	Sistema de Garantias
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)
TPI	Tribunal Penal Internacional

INTRODUÇÃO

Na história moderna, a pena de prisão ocupou a posição das antigas penas físicas, cruéis e violentas, com a finalidade de reformar moralmente o indivíduo delinquente e, ao mesmo tempo, tornar a sociedade mais segura e o poder punitivo mais justo e humanizado. No entanto, pensar sobre ela hoje é inevitavelmente lembrar de todas as dores físicas, morais e emocionais a que as pessoas encarceradas são submetidas, assim como também a própria inutilidade dessa espécie de sanção penal, na medida em que, além de cruéis, não se prestam a promover a segurança da sociedade, muito menos a reforma moral da pessoa que sofre a referida punição. Além do mais, inevitável também lembrar que, ao ser usada como pena principal desde o fim do Estado absolutista, a prisão se tornou um problema em face da superpopulação carcerária, que, ao fim e ao cabo, serve apenas para fortalecer um Direito Penal desumano e a figura da pessoa delinquente inimiga da sociedade, materializados, conseqüentemente, em mais prisões. Como se vê, a transformação da prisão em pena principal findou gerando uma espiral de problemas sem solução, ao menos dentro do modelo desenhado.

A finalidade da pena não é uma discussão nova. Já era alvo de debates desde o surgimento das primeiras sociedades, na Antiguidade. Na História Moderna, a Escola Penal Clássica, formada a partir dos ensinamentos de Beccaria, e a Positivista, lembrada a partir dos ensinamentos de Cesare Lombroso, são exemplos nítidos desta constante preocupação, primeiro, durante o movimento iluminista e, após, no Estado Moderno. A partir dessas primeiras escolas penais, outras foram surgindo no decorrer do século XIX, porém, foi a junção de todas as teorias propostas que prevaleceu no século XX, ou seja, uma pena só seria verdadeiramente útil à sociedade se pudesse acarretar uma retribuição justa pelo mal cometido, a reforma moral do seu responsável e a prevenção de novos delitos. Só assim, segundo a teoria eclética da pena, seria possível alcançar o verdadeiro bem-estar social. No entanto, em que pese ter se tornado a justificativa mais aceita, nem mesmo ela ficou distante das críticas, diante do Direito Penal real.

No final do século XX, Ferrajoli reacende os debates ao publicar a obra *Direito e Razão* e, com ela, a teoria da justificação reformada, que se mostrou ser mais consentânea com as bases humanistas do Iluminismo e com o Estado de Direito pós-guerras. Para o autor, que se apresentou contrário a um Direito Penal extremamente repressivo, era imprescindível que os direitos e garantias fundamentais das pessoas acusadas e condenadas penalmente também fossem, paralelamente ao direito da sociedade de ser protegido pelo Estado, integralmente respeitados, para que a pena fosse de fato útil. Segundo defendeu o autor, sem o devido respeito

à referida premissa, não seria possível alcançar o verdadeiro e completo bem-estar social, ou seja, de toda a sociedade, não apenas para os não-desviantes, mas também aos desviantes.

Para Ferrajoli, a inflação do Direito Penal, a crescente ineficácia das técnicas processuais, o aumento progressivo da prisão cautelar, a mudança das formas de criminalidade (mais organizadas e complexas) e a transformação dos meios de comunicação por meio do fenómeno da globalização e do surgimento da *Internet* são os principais fatores responsáveis por um Direito Penal desproporcional e desigual, causador, para as pessoas acusadas e condenadas por um crime, de uma aflição maior do que a própria aflição ocasionada pelo delito que cometeram, motivo maior para a crise do sistema de justiça criminal enfrentado na virada do século XX para o século XXI e, por esse motivo, fadado ao fracasso¹.

Na verdade, levando-se em conta todas as críticas formuladas por Ferrajoli, os bons propósitos das doutrinas justificadoras e críticas da pena, diante da perpetuação de um Direito Penal do máximo controle social e da mínima garantia individual (dos indivíduos delinquentes) durante o século XIX e grande parte do século XX, mantiveram-se longe de se concretizar, mesmo nas sociedades mais ricas e desenvolvidas².

E ainda não há sinais de mudança. A inflação legislativa e, consequentemente, a sobrecarga dos mecanismos de aplicação do Direito Penal³, maximizadas, dentre outros fatores (políticos e culturais), pelo surgimento de uma nova criminalidade, organizada pelo discurso político populista (reverberado com mais facilidade e em grande escala pela comunicação proporcionada pela *Internet*) e pelo clamor da própria sociedade (contaminada pelo próprio discurso populista), endurecem cada vez mais o sistema penal, por meio de leis mais rígidas que não preveem hipóteses alternativas às sanções penais prisionais.

Os sistemas de justiça, por sua vez, seguem o discurso e o modelo do Direito Penal do inimigo⁴ da sociedade, enquanto os sistemas carcerários, por conta dessa política brutalizada, seguem colapsando em virtude da sua superlotação, gerando gerações inteiras de delinquentes sem acesso à sua própria dignidade⁵, ou seja, sem direitos ou mesmo garantias fundamentais a seu dispor. Resumindo, sociedades inteiras seguem pelo século XXI no sentido inverso ao proposto pela doutrina de Ferrajoli, ou seja, condenando mais, punindo mais e insistindo em

¹ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 329-330.

² ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 64-92.

³ FERNANDES, Fernando – **O processo penal como instrumento de política pública**, p. 95-103.

⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo – **Direito penal do inimigo e cidadania: uma incompatibilidade conceitual**, p. 56.

⁵ “Atributo próprio do ser humano, que consiste na capacidade racional e autónoma de cada sujeito, fundamentada na liberdade, racionalidade e moralidade. A justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais” (ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas; VIERO, Guérula Mello – **Direitos humanos**, p. 149-150).

legitimar essa atuação mais rígida e severa do Estado como única solução para uma suposta segurança geral, que nunca chega. Em Portugal e no Brasil não tem sido diferente.

Portugal sofre com a falta de eficiência do sistema punitivo e sente o peso dos números provocantes da sua população prisional, especialmente quando comparados com os números produzidos pelos ordenamentos judiciais penais dos demais países da Europa⁶. Parte da doutrina portuguesa mais especializada denuncia, não é de hoje, a inaptidão do sistema penal português, seja para impedir o fenómeno criminal, seja para viabilizar a segurança e a pacificação sociais, seja ainda para funcionar como meio eficaz de reforma moral das pessoas em situação de privação de liberdade⁷.

Já o Brasil tem se apresentado ao mundo como exemplo de um país com uma justiça criminal caótica, com altas taxas de litigiosidade e grande número de encarceramentos, cujas principais consequências são, segundo apontado pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), uma gama de situações que geram enorme desrespeito aos direitos fundamentais das pessoas em situação de reclusão, como o de ser tratada dignamente e de não ser exposta à tortura nem a tratamentos degradantes, e, conseqüentemente, a nítida desobediência a pactos internacionais firmados com o objetivo de garantir os direitos humanos⁸.

O sistema prisional brasileiro, por sua vez, levando-se em consideração o excesso de reclusos e a incapacidade do Estado de manter os estabelecimentos penais equipados e construir novas penitenciárias, transformou-se numa enorme estrutura deficiente, degradada e superlotada, que leva centenas de milhares de pessoas, independentemente da gravidade de seus delitos, a conviverem amontoadas em prisões que mais se assemelham às clausuras da Idade Média, sem acesso aos direitos fundamentais mais básicos⁹.

Na busca de uma solução para essa crise enfrentada pelo sistema punitivo moderno, que se alastrou pela contemporaneidade, muitos Estados (alguns interessados apenas em sua expansão económica e política, e outros com foco na utópica paz social), ao invés de implementar um Direito Penal do mínimo controle (social) e da máxima garantia individual (da pessoa delincente), preconizado pela teoria garantista, seguiram o exemplo dos Estados

⁶ ISHIY, Karla Kayumi - **Estatísticas prisionais portuguesas**, p. 4-27.

⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 8-30.

⁸ AURÉLIO, Marco Relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com o n.º ADPF 347 MC/DF**, de 09 de setembro de 2015. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf.

⁹ CONSELHO Nacional de Justiça – **Relatório de Gestão: supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas sócioeducativas**. [Em linha], p. 11-14. [Consult. 23 novembro 2023]. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>.

Unidos da América, passando a inserir em seus ordenamentos jurídicos, ainda nas últimas décadas do século passado, alternativas de direito material e processual que pudessem conter a crise instaurada¹⁰; dentre estas, algumas tímidas hipóteses de descriminalização e, outras (mais acentuadas), de diversificação de ritos processuais da justiça penal, por meio das quais tratou-se de estimular as soluções consensuais, inclusive a negocial¹¹.

A justiça penal consensual na Europa, por exemplo, não é um fenómeno recente. Destaque para a Resolução nº R (87)18, de 17 de Setembro, do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 45/110, de 14/12/1990 (Regras de Tóquio), a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), de 15/11/2001, cujo artigo 26º prevê medidas para reforçar a cooperação de arguidos com autoridades judiciárias¹².

Portugal, por sua vez, passou a utilizar-se de métodos não adversariais na solução de conflitos penais a partir do advento da Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, especialmente pela influência de países comunitários como a Itália¹³, compatibilizando a necessidade de manter a segurança da sociedade com as exigências de respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da inserção dos direitos e garantias fundamentais. Desde então, Portugal passou a sentir um processo de modificação da legislação processual penal, mais evidente a partir de 1987, quando se definiu um inequívoco espaço de consenso para a pequena e média criminalidade, tornando-se ainda mais clara com a revisão do Código Processual Penal no ano de 1995¹⁴.

De lá para cá, Portugal construiu uma legislação específica voltada para a mediação penal de crimes de baixa e média criminalidade, criada pela Lei nº 21/2007, de 12 de junho, que foi expressamente introduzida no ordenamento jurídico português em cumprimento ao disposto no artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, esta relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Essa lei determina que os Estados-membros devem se esforçar por promover a mediação no âmbito de processos de natureza criminal, tendo como características principais ser um processo informal, flexível, de carácter voluntário e confidencial, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a

¹⁰ FERNANDES, Fernando – **O processo penal como instrumento de política pública**, p. 129.

¹¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 133-164.

¹² OLIVEIRA, André Ferreira - **Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante?**, p. 74-75.

¹³ CAPPARELLI, Bruna – **Notas sobre a perene crise do princípio de obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano**.

¹⁴ GONÇALVES, Manoel Lopes Maia - **Código de Processo Penal Anotado**, p. 32-52.

aproximação entre o arguido e o ofendido na tentativa de encontrar um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo ato ilícito¹⁵.

Já no Brasil, findo o período do regime militar, foi a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, que inseriu no ordenamento jurídico nacional, já em seu preâmbulo, a clara intenção do Estado brasileiro em promover uma sociedade fraterna e comprometida com a solução pacífica das controvérsias. Daí em diante, proliferaram legislações que sedimentam de vez o uso da justiça consensual e a substituição da pena privativa de liberdade por outros métodos alternativos, diversos da prisão.

É o caso da Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei n.º 9.099/95, de 26 de setembro), por meio da qual foram regulamentados os métodos mais populares de resolução alternativa de litígios penais no Brasil, direcionados aos delitos menos complexos, quais sejam, composição civil de danos, transação penal e suspensão condicional do processo; também é o caso do instituto da mediação, tratada no âmbito da justiça restaurativa pelas Resoluções n.º 125/2010, de 29 de novembro, e n.º 225/2016, de 31 de maio, do Conselho Nacional de Justiça.

Enfim, a “boa nova” foi vista por muitos como um “instrumento capaz de revolucionar o sistema de justiça criminal vigente”¹⁶ e defendida como um mecanismo capaz de abrandar a pressão sobre o sistema de justiça criminal, fincada na esperança de impor maior celeridade às demandas penais, reduzir o número de processos criminais e diminuir o número de encarceramentos, representando uma verdadeira expectativa de “transformação de um obsoleto, seletivo e estigmatizante sistema de justiça penal”¹⁷.

Todavia, a realidade mostra que, ultrapassadas mais de quatro décadas, tais soluções também não têm sido capazes de diminuir a crise instalada, além de serem bastante questionadas pelas comunidades académicas e jurídicas mundo afora, acusadas sobretudo de cercear direitos e garantias fundamentais, atingindo, por consequência, o valor maior conquistado pela humanidade pós-guerras, a dignidade humana. Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade, Geraldo Prado, Alexandre Morais da Rosa, Aury Lopes Júnior, Luigi Ferrajoli, Gomes Canotilho e Nuno Brandão são alguns de seus maiores críticos.

Em Portugal, que possui hoje um pouco mais de 10 milhões de habitantes¹⁸, foram registados ao final de 2019 mais de 626 mil processos de inquérito e 113 mil processos penais

¹⁵ OLIVEIRA, André Ferreira - **Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante?**, p. 74-75.

¹⁶ *Idem* - *Ibidem*.

¹⁷ PRADO, Geraldo – **Elementos para uma análise crítica da transação penal**, p. 1.

¹⁸ INSTITUTO Nacional de Estatística (INE) - **Censo 2021**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_main&xpid=INE&xlang=pt.

em fase de julgamento, sendo 1 processo penal para cada 88 habitantes (quase 62 mil iniciados apenas em 2019)¹⁹. Em 2020, 51 mil pessoas tornaram-se arguidas, e destas, 35 mil foram condenadas²⁰; em pontos percentuais, são 3,4% de condenados em Portugal por cada mil habitantes, menor índice verificado desde 1993²¹. Nesse mesmo ano de 2020, foram computados quase 300 mil crimes (aproximadamente 1 crime para cada 33 habitantes)²².

No Brasil, analisando os dados oficiais do ano de 2020²³, é possível verificar que, apesar de uma ligeira queda dos casos novos criminais e de uma estabilidade da tendência dos últimos anos de o Judiciário anualmente baixar mais processos criminais do que o número de casos novos (mesmo tendo baixado em 2020, em números percentuais, uma quantidade menor de processos que nos anos anteriores), houve um aumento em 12% do total do acervo, implicando o terceiro maior número de processos criminais durante toda a série histórica, cujo termo inicial data do ano de 2009²⁴.

Também em 2020, em plena pandemia, 1,9 milhões novos processos criminais foram demandados, 311,6 mil execuções penais foram iniciadas, sendo a maioria delas privativas de liberdade, ou seja, um total de 164,2 mil (52,7% do total). O relatório ainda mostra que para cada demanda penal baixada, no Brasil, existem 3,2 processos criminais em tramitação (acervo). Ao todo, casos novos e acervo, no Brasil, no ano de 2020, tem-se aproximadamente 1 processo criminal para cada 37 habitantes, considerando que a população brasileira já ultrapassa os 214 milhões de habitantes²⁵.

Os números mostram que o sistema de justiça penal não descongela e a pena de prisão também não recupera ninguém. Mas o excesso de prisões e seus efeitos nefastos não são os únicos desafios enfrentados pelo direito penal contemporâneo. O enfrentamento da nova criminalidade organizada é outro problema que, por exigir uma resposta eficaz do Estado, dadas as suas consequências negativas para a sociedade de um modo geral, termina por gerar mais prisões, e, portanto, mais caos, em um espiral sem fim. Diante da problemática apresentada, mecanismos consensuais para crimes de maior complexidade, como a colaboração premiada e

¹⁹ ESTATÍSTICA sobre Portugal e Europa (PORDATA). **Justiça e segurança: processos**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://www.pordata.pt/Subtema/Portugal/Processos-56>.

²⁰ *Idem* - **Justiça e segurança: crimes em Portugal**. Disponível em <https://www.pordata.pt/Subtema/Portugal/Crimes-57>.

²¹ *Idem* - **Condenados por mil habitantes**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://www.pordata.pt/Portugal/Condenados+por+mil+habitantes-634>.

²² ESTATÍSTICAS DA JUSTIÇA (EJ). **Os números da Justiça em Portugal**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/>.

²³ CNJ. Conselho Nacional de Justiça – **Relatório Justiça em números 2020**, p. 192-194.

²⁴ *Idem* – **Relatório Justiça em números 2021**, p. 214-215.

²⁵ IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php.

o acordo de não persecução penal, já vêm sendo usados por países como o Brasil, onde se encontram atualmente vigentes a Lei n.º 12.850/2013, de 02 de agosto (organização criminosa) e a Lei n.º 13.964/2019, de 24 de dezembro (pacote anticrime), ambas alvos igualmente de inúmeras críticas doutrinárias.

Do conflito de interesses entre o combate ao crime organizado – que naturalmente exige, dada a complexidade e violência de seus atos, a aplicação de penas mais duras como a prisão –, e o enfrentamento do problema gerado pelo excesso de prisões – que ocasiona o caos do sistema prisional e, conseqüentemente, a perda da dignidade por parte das pessoas em situação de encarceramento –, nasceu o interesse pela presente pesquisa.

Quem trabalha diariamente com o Direito Penal e com pessoas em situação de reclusão sabe o quão nocivo e cruel pode se tornar um sistema punitivo sem freio nem controle, que amontoa, aos milhares, pessoas reincidentes e primárias, perigosas e inofensivas, saudáveis e doentes, todas juntas e misturadas, sem qualquer critério técnico. No entanto, também é certo que o combate à delinquência organizada, dada a sua extrema agressividade e potencialidade ofensiva (decorrentes da violência perpetrada, da complexidade de seus atos e da capacidade de dominação das atividades lícitas, estatais e privadas, com alcance transnacional), não é apenas importante, mas também necessário, e uma obrigação.

Tendo todas essas discussões em consideração, a hipótese que se pretende defender é a de que, dentre os diversos modelos de justiça penal consensual existentes, a colaboração premiada pós-sentencial é um instrumento que dá um significado finalístico ideal para a pena, nos casos de crimes complexos e graves como os cometidos no âmbito das organizações criminosas; e a colaboração premiada pós-sentencial consegue trazer mais equilíbrio entre os dois maiores desafios do direito penal contemporâneo: estancar a desumanização das penas de prisão e combater o crime organizado.

De um lado, porque além de não agredir as garantias e os direitos processuais fundamentais da pessoa arguida (adequando-se, portanto, ao sistema de garantias dos Estados de Direito), também serve como mecanismo de humanização do poder punitivo e de segurança social, ao viabilizar, depois de proferida a sentença, a substituição da pena de prisão por outra menos afliitiva, impedindo assim o contacto da pessoa condenada penalmente com um sistema prisional degredado, e, conseqüentemente, garantindo maior eficácia às finalidades retributiva e preventiva da pena, mas em acordo com a teoria garantista da pena, ao entregar à sociedade um integrante sadio, sem traumas ocasionados pelas aflições do sistema; portanto, com a menor propensão à prática de novos delitos.

De outro lado, para além das características positivas acima delineadas, o objeto de estudo também garante ao Estado, paralelamente aos benefícios gerados para a pessoa delinquente e o sistema carcerário, uma investigação mais eficaz dos delitos graves, por meio das informações prestadas pelos próprios integrantes das organizações criminosas (sem as quais não seria possível desvendá-los), o que favorece o próprio combate à criminalidade organizada.

Enfim, uma solução alternativa, com bases garantistas e minimalistas da pena, que, embora não consiga resolver todos os problemas do Direito Penal contemporâneo – tendo em conta os interesses antagônicos em colisão, de justificação absoluta e crítica contundente da pena –, possa ao menos servir, no âmbito dos crimes graves e complexos, como um mecanismo de equilíbrio entre as diferentes concepções acerca da pena, autorizando uma resposta racional aos problemas, por meio da equação representada pelos princípios da necessidade, proporcionalidade e equidade, viável, portanto, jurídica, política e eticamente.

Todavia, tem-se ciência de que o caminho é árduo e com muitos desafios a enfrentar, a considerar que, para além de uma simples demonstração da hipótese mencionada, há que se avaliar também se o benefício defendido, ao invés de responder de uma forma mais humana aos anseios da sociedade, como se acredita, termine por piorar o que já é bastante ruim, criando, por exemplo, alguma nova espécie de desigualdade (beneficiando um grupo específico), formado apenas por condenados por crimes de organização criminosa, ou, ainda, gerando mais congestionamento processual e o aumento da população carcerária - já que a delação implica, em tese, novos processos e prisões.

O objeto central do estudo direciona-se para a investigação do modelo de colaboração premiada pós-sentencial, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei de Organização Criminosa que entrou em vigência a partir de 2013 (Lei n.º 12.850/2013, de 2 de agosto). Por meio do estudo, busca-se confirmar que o referido instrumento, para além de um meio de prova e de defesa, também pode ser considerado um mecanismo capaz de favorecer a retribuição pelo mal cometido e prevenção de novos delitos na forma preconizada por Ferrajoli, ou seja, de acordo com a teoria garantista da pena e com o Direito Penal mínimo, ao viabilizar depois da condenação a substituição da pena de prisão fixada na sentença por outras penas menos aflitivas.

Buscando confirmar a hipótese desenhada, este trabalho passa por alguns momentos distintos. O primeiro deles tem como objetivo principal trazer à tona as discussões responsáveis pelo surgimento das teorias da pena durante o movimento iluminista do século XVIII. Busca-se, com isso, mostrar também a evolução do pensamento teórico logo após a Revolução

Francesa, bem como os contextos político, social e económico que envolveram o período investigado.

Vingança, retribuição, prevenção, reforma moral, ressocialização, reintegração, segurança social, todas as principais justificativas dadas ao Direito Penal a partir da visão dos adeptos do movimento iluminista, passando pelos desdobramentos do século XIX são abordadas durante essa primeira fase, com o intuito de compreender o que eram, o que defendiam e quais as críticas e os desafios que advieram a partir de então. Nesta mesma oportunidade, a pesquisa aborda as teorias da pena do século XX, incluindo a conhecida disputa entre escolas penais. Teorias retributivas positiva e negativa, teorias utilitaristas positivas e negativas, bem como teorias híbridas e abolicionistas são tratadas no capítulo um. Por fim, encerrando a primeira fase do trabalho, a investigação percorrerá os valores justificantes da pena no Direito Penal português e no brasileiro, em um estudo comparado, com a finalidade de ilustrar o enquadramento dessas mesmas teorias nos sistemas penais desses dois países.

Já o capítulo dois, levando em conta o movimento garantista, bem como a escolha de Luigi Ferrajoli como referencial teórico para o presente trabalho, a investigação avança, abordando mais profundamente o modelo desenhado pelo autor, seu espírito, fundamentos e princípios justificantes, bem como a concepção da teoria utilitarista reformada.

O capítulo três destina-se a abordar os desafios do Direito Penal contemporâneo, o combate à nova criminalidade organizada e o problema do excesso de prisões, apresentando, quanto a esse último ponto, os dados mais atualizados sobre o sistema prisional em Portugal e no Brasil.

O capítulo quatro, por sua vez, contempla o surgimento do instrumento denominado resolução alternativa dos litígios, inclusive penal, sua importância, origem e evolução, encerrando com uma abordagem comparativa, visando descrever os caminhos, referentes ao tema, adotados em Portugal e no Brasil.

A seguir, no capítulo cinco, a pesquisa avança pelo instituto da colaboração premiada, assim como percorre as realidades de Portugal e do Brasil sobre o tema, ocasião em que se realiza uma investigação acerca das tradições e da evolução do instituto nos dois países, para, em seguida, viabilizar o direcionamento da pesquisa para o instituto da colaboração premiada positivada no Brasil, ocasião em que são abordadas suas características principais, além da sua evolução e as principais críticas despendidas pela doutrina.

Em seguida, já caminhando para o encerramento do trabalho, mas ainda dentro do capítulo cinco, a discussão volta-se a investigar o modelo negocial brasileiro denominado delação premiada pós-sentencial e, enfim, a verificar a hipótese construída para o presente

trabalho. Durante este percurso, são levantadas as características principais do objeto de estudo, bem como um caso concreto brasileiro, a fim de auxiliar, dentro de uma perspectiva realista, uma compreensão mais segura do referido instrumento, para só então, ao fim e ao cabo, fazer uma comparação entre o instituto investigado e as bases do garantismo penal, com vista a confirmar (ou não) se o mecanismo estudado, em que pese se tratar de um instrumento negocial, é consentâneo com o Direito Penal ideal de Ferrajoli, ou seja, com o próprio Estado de Direito.

Assim, na esperança de que o presente trabalho navegue por águas mais calmas que as caudalosas ondas de um Direito Penal da máxima punição, inútil à sociedade, desconectado das garantias fundamentais desenhadas para o Estado de direito, convida-se à leitura daquilo que pretende ser um estudo sobre reforma, transformação, pacificação e inclusão; um caminho mais ameno e mais justo, enfim, ao menos até que a humanidade convença-se e adote o Direito Penal da máxima garantia e da mínima aflição, em todas as situações, este sim legítimo, porque garante, tal como preconizado por Ferrajoli, a máxima felicidade dos não desviantes e a mínima aflição dos desviantes, ou seja, o verdadeiro e mais completo bem comum.

1 A PENA: ENTRE A LEGITIMAÇÃO E A CRÍTICA

É melhor prevenir os crimes do que ter que puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma Boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.²⁶

1.1 Das trevas à luz: a concepção filosófica da pena de Beccaria contra a pena-vingança

As penas cruéis e degradantes, justificadas por sentimentos de vingança coletiva, sempre foram causa de desconforto para muitos juristas e filósofos no decorrer dos séculos²⁷, e também esses responsáveis por severas críticas à punição como vingança pelo mal cometido²⁸. No período escolhido para o início da revisão histórica e teórica da pena – a transição entre os Estados absolutista e Liberal –, delito e pecado se confundiam²⁹. O poder punitivo era respeitado como um desdobramento do poder do monarca, que, por sua vez, era visto como uma extensão do poder divino³⁰. Dentro desse sistema, as penas eram aplicadas com extrema crueldade e rigidez, e até então representavam não mais que uma mera vingança divina³¹, um instrumento de retribuição pelo mal cometido e uma oportunidade de expiação e penitência para a pessoa do delinquente, por meio das quais estariam garantidos momentos para reflexões e arrependimento. Uma chance para pagar pelos pecados cometidos³².

Dada a extrema crueldade do sistema punitivo da época, pensamentos filosófico-jurídicos foram sendo construídos, influenciados pelo movimento iluminista deflagrado na segunda metade do século XVIII, fortemente refratários à pena-vindicta e meramente retributiva. Destes pensamentos, surge a teoria utilitarista da pena, que parte de Cesare Beccaria, por meio da obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada pela primeira vez em 1764³³, cuja relevância é reconhecida até hoje pelo mundo jurídico³⁴.

²⁶ BECCARIA, Cesare – *Dos delitos e das penas*, p. 105.

²⁷ TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza – *A privação da liberdade como instrumento de ofensa à dignidade da pessoa humana*, p. 22.

²⁸ ROSSETO, Enio Luiz – *Teoria e Aplicação da Pena*, p. 3.

²⁹ ZEIDAN, Rogério – *Direito penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais*, p. 17.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto – *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais*, p. 83.

³¹ ATAÍDE, Fábio – *Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa*, p. 63-65.

³² COELHO, Luís Carlos Honório de Valois – *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal*, p. 18-27.

³³ BICUDO, Tatiana Viggiani – *Por que punir? Teoria Geral da Pena*, p. 43.

³⁴ BECCARIA, Cesare – *Dos delitos e das penas*, p. 8-15.

Adepto do pensamento filosófico contratualista³⁵, Cesare Beccaria defendeu que o crime não seria mais do que um ato atentatório ao acordo comum de um povo, firmado lá atrás, quando a humanidade decidiu viver em coletividade, abrindo mão dos prazeres de gozar de todas as suas liberdades, em troca de poder desfrutar dos benefícios e facilidades que a organização de um grupo em sociedade proporciona (realização das necessidades e segurança)³⁶.

Segundo o autor, “cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda a parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo [...]. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir”³⁷.

Dito de outra forma, ao aceitarem, de forma definitiva, a imposição das leis, as pessoas também aceitaram a possibilidade de serem punidas³⁸. Nessa configuração, aliás, elas ocupariam a posição original de colaboradoras, mas, ao se desvirtuarem do pacto original, passariam também a ocupar uma segunda posição, de inimigas da sociedade: “O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto; é, portanto, inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele. O menor crime ataca toda a sociedade, e toda a sociedade — inclusive o criminoso — está presente na menor punição. O castigo penal é então uma função generalizada, coextensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos”³⁹.

Em outras palavras, pela teoria contratualista, o sistema legal tinha por missão impedir atos prejudiciais à convivência coletiva, garantindo a ordem e o pacto social, a ponto de exterminar os riscos à paz social, carregando assim dois papéis preponderantes: “o de mensagem às pessoas reunidas em uma determinada organização social e política, no sentido de que se evitasse que praticassem atos potencialmente danosos à sociedade; e o de retribuição de um mal àquele que praticou um delito e, portanto, um dano à ordem social”⁴⁰.

A fonte de inspiração de Cesare Beccaria provém de alguns movimentos anteriores que

³⁵ ROSSETO, Enio Luiz – **Teoria e Aplicação da Pena**, p. 28.

³⁶ COELHO, Luís Carlos Honório de Valois – **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal**, p. 37-46.

³⁷ BECCARIA, Cesare – **Dos delitos e das penas**, p. 23-24.

³⁸ ROSSETO, Enio Luiz – *Ibidem*.

³⁹ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, p. 110.

⁴⁰ BICUDO, Tatiana Viggiani – **Por que punir? Teoria Geral da Pena**, p. 45.

remontam à Grécia antiga, mas principalmente de movimentos filosóficos ocorridos na transição dos séculos XV e XVI, quando se passou a questionar mais diretamente a crença de todo conhecimento ser subordinado à religião e a contestar a figura do monarca como representante de um ser supremo. Sem dúvidas, um marco para a desmistificação das concepções mítico-religiosas e para o rompimento com o teocentrismo que se seguiria, contribuindo fortemente para o fim do que se denominou de Idade das Trevas⁴¹.

A obra de Beccaria tanto acusou de inúteis as penas cruéis, como propôs o seu fim, sob o fundamento de que apenas as sanções penais mais moderadas e de exequibilidade certa seriam capazes de diminuir a frequência dos crimes⁴². Com ele, inaugura-se a Escola Clássica, orientada pelo “abrandamento das penas e, sobretudo, para o revigoramento do direito de defesa”⁴³. Segundo defendeu, não havia utilidade alguma para castigos severos, atos de vingança e penas desumanas⁴⁴.

Conforme explicou Beccaria, a violência aplicada com a pena era tão mais aflitiva que o próprio delito cometido, que favorecia um efeito contrário ao pretendido sobre o imaginário do delinquente quanto à certeza da punição. Muitas vezes “um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto”⁴⁵.

Para Beccaria, a impunidade proporcionada por algumas vantagens, como a compleição física (que permite a alguns aguentar mais do que outros algumas formas de tortura física e psicológica), a posição social ocupada (que permite aos mais favorecidos acreditarem que serão perdoados ou protegidos) ou, ainda, a evolução da própria sociedade (que vai se tornando menos violenta e mais civilizada com o passar do tempo, inclusive deixando de aplicar leis mais severas), ao contrário de impedir o ato criminoso, incentivava a pessoa do delinquente a permanecer cometendo crimes⁴⁶.

Os efeitos do castigo que se segue ao crime, segundo defendeu Cesare Beccaria, deveriam ser em geral impressionantes e sensíveis para os que o testemunharam, mas para isso não precisam ser cruéis⁴⁷. Até porque, dentro de sua percepção, o que realmente importaria para incutir nos indivíduos a memória de que não há crime sem castigo não é exatamente o tamanho da crueldade de uma pena, mas o tempo que o Estado leva para punir um delito; ou seja, “Quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, [...] tanto mais se habituarão a considerar

⁴¹ ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 65-74.

⁴² ROSSETO, Enio Luiz – **Teoria e Aplicação da Pena**, p. 28.

⁴³ ATAÍDE, *Op. Cit.*, p. 68.

⁴⁴ BECCARIA, Cesare – **Dos delitos e das penas**, p. 25.

⁴⁵ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 42.

⁴⁶ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 54.

⁴⁷ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 66.

o crime como a causa da qual o castigo é efeito necessário e inseparável”⁴⁸.

Para Beccaria, era a certeza do castigo com base que tornaria as penas mais efetivas, no sentido de impedir novos delitos, esse sim, para ele, o verdadeiro fim da pena⁴⁹. O sistema repressivo, enfim, ao invés de cruel e arbitrário, deveria ser justo e humano; moderado, proporcional, previsto e regulado legalmente, bem como aplicado igualitariamente para os delinquentes que cometessem um mesmo crime, de forma inevitável e numa rapidez que permitisse ser lembrado por todos. Para tanto, o poder punitivo precisaria ser limitado, para diminuir seu ímpeto arbitrário, e ser aplicado de forma justa e humana, o que só seria possível, segundo defendeu, por meio dos seguintes atos: elaboração de leis; estabelecimento de uma justa proporção entre delitos e penas; emolduração dos delitos na exata medida de cada valor tido por socialmente relevante; promoção da igualdade, com a aplicação de penas iguais para crimes iguais; celeridade e inevitabilidade na sua aplicação; e, paralelamente aos demais, disseminação do conhecimento, esse último visando ao aperfeiçoamento da educação dos homens.⁵⁰

A inevitabilidade, a proporcionalidade, a igualdade e a rapidez na aplicação das penas, segundo o autor, garantiria a sobrevivência da sociedade e a realização do bem comum. Em outras palavras, a certeza da aplicação da sanção penal sobre os delinquentes seria tão mais justa e útil, quanto mais certa fosse a aplicação da pena e mais de perto seguisse o delito, porque pouparia os acusados tanto da tormenta causada pela incerteza, quanto da aflição de cumprir uma pena demasiadamente desproporcional ao delito cometido⁵¹.

A pena ideal deveria anular, portanto e finalmente, pelo que dispõe a concepção utilitarista defendida por Cesare Beccaria na Era das Luzes, o benefício experimentado pelo criminoso com a prática do delito que cometeu, pelo malefício causado pelo castigo a si imposto. Isso porque a repercussão negativa da certeza da punição incutida no psicológico do delinquente, bem como a própria perda da vantagem almejada com a prática do crime seriam suficientes para que a sanção produzisse o efeito que dela se espera⁵².

Beccaria de fato foi um humanista e, sem dúvidas, um revolucionário. Seu pensamento contribuiu seriamente para a construção de um modelo liberal de poder punitivo. No entanto, sua obra, ao apresentar a pena como inevitável (não havendo outro meio de impedir novos delitos senão por meio dela) e a privação da liberdade (pena de prisão) como instrumento de

⁴⁸ BECCARIA, Cesare – **Dos delitos e das penas**, p. 66.

⁴⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 68.

⁵⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 20-111.

⁵¹ *Idem* – **Ibidem**.

⁵² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 104-111.

justiça na aplicação de sanções mais igualitárias e proporcionais, foi mais tarde reconhecida como incompleta, apesar da sua inegável importância para a evolução do Direito Penal⁵³. E isso porque, na prática, a prisão (já naquela época) mostrava-se ser não mais do que uma hipótese inútil à sociedade, cruel, desumana, ineficaz, incapaz de servir como freio para novos delitos, ou mesmo como meio de defesa para a sociedade, ou ainda como proposta para o bem comum. Descrita como verdadeiros depósitos que não diferenciavam testemunhas de réus, homens de mulheres, criminosos comuns dos violentos, inocentes de culpados, pessoas saudáveis dos acometidos de doenças graves e transmissíveis⁵⁴.

Durante o Iluminismo, o sistema penitenciário já era questionado, mais especificamente por John Howard, que descreveu as penitenciárias como prédios em péssimas condições de manutenção, onde se faltava água, inclusive. Segundo o autor relatava, doenças, fome, libertinagem e as facilidades promovidas pela corrupção, tudo era visto por lá. É de John Howard a frase: “Muitas vezes se diz que a prisão não paga dívidas, mas eu tenho certeza que também pode ser dito que a prisão não emenda a moral”. Para o autor, a pena de prisão, tida por Beccaria como uma solução humanizada (certamente por não ter sido capaz de antever toda a desumanidade que adviria por meio dela, nos séculos seguintes), era imprestável para a prevenção de novos delitos⁵⁵.

Apesar de toda a nova ordem pregada pelos adeptos do Iluminismo e das denúncias sobre os abusos cometidos, não foi possível enxergar ainda no século XVIII mudanças drásticas do poder punitivo. Os ensinamentos de Cesare Beccaria e de John Howard não foram suficientemente impactantes. As penas de morte e cruéis ainda se estenderam pelos tempos – embora em menor escala –, enquanto a pena de prisão saiu de uma posição secundária para se transformar em principal mecanismo de prevenção dos novos delitos⁵⁶, não obstante sua já escancarada hostilidade, posição esta que ocupa até hoje; principal motivo para a teoria construída por Beccaria ser chamada de “uma abstração teórica, que ignorou a realidade”⁵⁷.

⁵³ ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 68-74.

⁵⁴ COELHO, Luís Carlos Honório de Valois – **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal**, p. 38-40.

⁵⁵ HOWARD, John, *apud*, COELHO, Luís Carlos Honório de Valois – **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal**, p. 40.

⁵⁶ O mito de que a pena de prisão seria uma punição mais humana e mais adequada para a reforma do delinquente a transformou em pena principal a partir do século XIX (BITENCOURT, Cezar Roberto – **Penas alternativas**, p. 15).

⁵⁷ ATAÍDE, Fábio – *Op. Cit.*, p. 74.

1.2 As escolas penais: o Direito Penal do fato X o Direito Penal do autor

Os movimentos reformistas que surgiram ainda no final do século XVIII sofreram influência do movimento iluminista, sem dúvidas, como se demonstra mais adiante, porém, em escala inferior à influência dos interesses claramente expansionistas (da elite europeia) que surgiriam nesse mesmo período – cujo sucesso dependia da implementação de um processo de controle da classe servil para o consequente fortalecimento da economia e da política local⁵⁸.

Dado o interesse pelo controle – porém, com certa mescla com os pensamentos da Era das Luzes –, as reformas terminaram por deslocar o direito de punir do monarca, para o Estado; não mais com o mero intuito de castigar, mas sim proteger a sociedade de novos delitos⁵⁹. A partir desse deslocamento surge o direito moderno, por meio de dois fenômenos: a positivação e a constitucionalização de direitos⁶⁰.

A influência iluminista, todavia, criou, ao lado dos interesses expansionistas, um grande paradoxo entre o discurso libertário que defendia valores humanos, como os da liberdade, igualdade e fraternidade, e os interesses de dominação (da elite), que abrangeram um silêncio (proposital) acerca da condição sub-humana, servil e análoga à escravidão a que parte significativa da população mais vulnerável era submetida pela elite social. O próprio movimento de escravização dos povos das Américas e da África era fomentado por vários expoentes dos dois movimentos (iluminista e reformista), que, aliás, lucraram por muitos anos com a exploração desses povos e também silenciaram no que se refere à onda discriminatória contra mulheres e escravos, bem como à da sacralização do patrimônio em detrimento da vida humana⁶¹.

Um caminho nada humanizante para a civilização moderna, certamente, sobretudo pelo aumento absurdo de pessoas desumanizadas pela escravidão: “se, no início do século XVIII, a população escrava nas Américas somava 330 mil pessoas, saltou para 3 milhões um século depois. Já na metade do século XIX, somava seis milhões de seres humanos escravizados. Era a Grã-Bretanha quem possuía o maior contingente na metade do século XVIII. Quase 900 mil pessoas escravizadas em suas colônias”⁶².

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **O inimigo no direito penal**, p. 29-30.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, p. 101-114.

⁶⁰ ADEODATO, João Maurício – **Teoria dos direitos subjetivos e o problema da positivação dos direitos humanos como fundamento da legalidade constitucional**, p. 84.

⁶¹ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos – **A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos**, p. 46 e 256-276.

⁶² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 263.

O paradoxo criado permitiu que o pensamento reformador pós-Iluminismo chegasse a introduzir valores humanistas direcionados à pessoa do delinquente nas primeiras constituições europeias e nas primeiras declarações de direitos do homem, porém, tendo em mira, como principal investida, priorizar a regulamentação do poder punitivo, não para punir menos, e sim punir (pretensamente) com mais qualidade; não para transformar, mas para dominar. Com uma severidade talvez até abrandada pelo repúdio à tortura e à pena de morte, todavia, fortalecendo a universalidade e a inevitabilidade das penas. Alterou-se a política; não a sensibilidade⁶³.

Não obstante os interesses económicos, os pensamentos humanistas vão ascendendo. A pena vai deixando de ser medida em razão da intensidade da crueldade, para ser medida pela sua fatalidade, ou seja, pela certeza da sua materialização, e segue se deslocando do corpo do delinquente para seus direitos e bens (como a liberdade e o direito de propriedade), tornando-se inevitavelmente mais branda (embora de forma ainda insuficiente); mas não só isso, os atos relacionados à execução das penas deixam de ter aparência de espetáculo⁶⁴. A própria justiça é atingida pelas transformações, pois vai abandonando a ideia de que a publicidade de suas execuções penais seja uma demonstração de força e poder da instituição⁶⁵.

As penas, enfim, vão deixando de tocar os corpos dos culpados; e o sofrimento físico vai deixando de ser elemento constitutivo da pena, desaparecendo paulatinamente dos sistemas judiciais (em uns mais cedo do que em outros; permanecendo, no entanto, vivas em alguns poucos). Uma herança de Cesare Beccaria, sem dúvida. A prisão, os trabalhos forçados, a servidão, a interdição de domicílio e a deportação são punições que passam a ser utilizadas com mais frequência nessa nova fase (pós-Revolução Francesa)⁶⁶; embora a posição de destaque seja assumida e protagonizada pela primeira delas, num fenómeno que se repete até os dias de hoje.

O pensamento beccariano ganha espaço, apesar dos interesses expansionistas da nova elite (moderna) na medida em que consegue ir se infiltrando pouco a pouco nas bases do Estado, por meio do fenómeno da codificação dos comportamentos⁶⁷ – percebido a partir dos movimentos reformistas – os quais estabeleceram regras que (ao menos em tese) atenderiam ao objetivo de diminuir os abusos do poder punitivo, sendo elas⁶⁸:

⁶³ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, p. 102.

⁶⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 12-15.

⁶⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 31.

⁶⁶ FOUCAULT, **Op. Cit.**, p. 12-15.

⁶⁷ ZEIDAN, Rogério – **Direito penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais**, p. 20.

⁶⁸ FOUCAULT, **Op. Cit.**, p. 114-121.

- a punição deve ocasionar ao delinquente um malefício maior que o benefício experimentado com o delito;
- a punição deve ser suficiente a incutir a ideia da desvantagem da prática do crime, nada além disso;
- a pena deve gerar efeitos laterais, de forma a servir de exemplo para os outros indivíduos;
- uma determinada pena deve estar associada a um crime em específico;
- a comprovação do delito deve preceder a punição;
- até a comprovação do delito, o acusado não deve ser considerado culpado;
- a justiça deve utilizar instrumentos empíricos para demonstrar o seu convencimento em torno do crime e de seu responsável; e
- as ilegalidades e suas respectivas penas devem estar especificadas, classificadas, reunidas e codificadas, para evitar a impunidade.

1.2.1 Estado liberal: o acervo do século XIX

Findo o período da escuridão, como já se sabe, o Estado passou a se ocupar em estabelecer regras para o seu próprio poder punitivo, que, em geral, busca equilibrar a intensidade do temor de uma pena e a da atração por um crime, a gravidade do delito e a intensidade da pena, os valores da sociedade e o tempo da pena, bem como as vantagens morais e a utilidade das penas. Porém, não há como ignorar que essa ocupação sempre se fez acompanhar de um problema central: a imprescindibilidade ou a inevitabilidade da pena⁶⁹.

Ferrajoli trata com muita didática o assunto, primeiro lembrando a fase iluminista e a colisão entre os defensores da pena como uma retribuição por mera vingança do rei e os defensores da pena enquanto prevenção, de Cesare Beccaria; depois, classificando as correntes que foram se formando a partir de então, entre justificacionistas, formadas por doutrinadores que defendiam haver razões que tornam o direito de punir estatal justo ou justificável, ou mesmo aceitável moralmente; e abolicionistas, compostas por doutrinas que, ao contrário da primeira, não encontram qualquer justificativa para sua existência e negam legitimidade à intervenção punitiva do Estado⁷⁰.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 199-223.

⁷⁰ *Idem* – ***Ibidem***.

As doutrinas justificadoras ou legitimantes, como também eram conhecidas, eram defensoras da existência de um sentido moral e socialmente irrenunciável para a sanção punitiva, cujas soluções eram apresentadas dentro do Direito. Assim eram as doutrinas originárias, retributiva (ou absoluta) e a preventiva (relativa ou utilitarista)⁷¹. Enquanto as primeiras eram defensoras de uma finalidade puramente negativa (de intimidar, retribuir, reprimir, impedir, excluir e suprimir), as segundas eram defensoras de uma finalidade de conteúdo prospetivo, de socialização, restauração e recuperação, educação e ressocialização⁷².

As doutrinas retributivas, sem esquecer a sua origem secular e presença na tradição hebraica como preceito divino, foram reconhecidas por defender a justeza de “transformar o mal pelo mal”⁷³, não obstante todos os preceitos evangélicos do perdão. Apesar da grande repulsa durante o Iluminismo, o espírito da teoria retributiva foi reavivado com base nas ideias difundidas por Kant, que afirmava ser a pena uma retribuição ética; e por Hegel, que defendeu ser a pena uma retribuição jurídica, muito embora considerava também guardar um sentido ético⁷⁴.

A teoria utilitarista, por sua vez, formada por doutrinas que evoluíram a partir das ideias de Cesare Beccaria (e da Escola Clássica, que ele ajudou a fundar)⁷⁵, é o movimento filosófico responsável pelo surgimento do Estado de Direito e pelo Direito Penal moderno; um elemento da tradição penal liberal e um pressuposto necessário para doutrinas penais dirigidas para discussões acerca dos limites do poder punitivo do Estado, cujos princípios circundantes, inclusive, serviram de base para o modelo garantista⁷⁶.

Durante o século XIX, os seguidores da Escola Clássica propuseram algumas reformas sobre a teoria original utilitarista (preventiva geral) – que até então se resumia na emenda, neutralização e dissuasão –, defendendo que a pena deveria ter uma finalidade voltada não apenas para a defesa social, mas também para a pessoa do preso, nascendo então a teoria da prevenção especial. Desta surgem outras doutrinas, responsáveis por subdividir as teorias utilitaristas geral e especial, conforme a resposta dada (negativa ou positiva). A primeira (prevenção geral), em prevenção por intimidação (também conhecida como doutrina da incapacitação ou da intimidação ou, finalmente, geral negativa), e de prevenção por reafirmação

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 199-223.

⁷² Percepção que se extrai das seguintes obras: RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 31; e, COELHO, Luís Carlos Honório de Valois – **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal**, p. 77-85.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi – *Op. Cit.*, p. 205.

⁷⁴ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 205-206.

⁷⁵ GIMENES, Eron Veríssimo (atualizador); PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio – **Manual esquemático de criminologia**, p. 14.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi – *Op. Cit.*, p. 29-30.

do Direito Penal, que fora violado (também chamada de doutrina correicional, da integração ou geral positiva); e a segunda (prevenção especial), em prevenção especial negativa, cuja finalidade da pena é neutralizar e impedir que o delinquente cometa novos delitos, e em prevenção especial positiva, que defende uma finalidade corretiva (do criminoso) para a pena⁷⁷.

Também no século XIX, a Escola Positivista, anteriormente alicerçada sobre os ensinamentos de Carrara⁷⁸ – defensor da correção como uma consequência da pena e não como um fim específico –, passa por reformas construídas a partir das ideias de Cesare Lombroso – que defendeu ser o crime um fenómeno natural, e o criminoso, um selvagem –, e, diante de divergências internas, termina por segmentar-se, surgindo assim a Escola Crítica, que se opôs ao conceito de criminoso nato e, portanto, incorrigível. Para essa escola, a pessoa não nascia delinquente, mas adquiria essa condição durante sua vida em sociedade⁷⁹.

A passagem do século XIX para o século XX foi marcada por muitos embates sobre os fins da pena, que foram protagonizados pelos teóricos alinhados com o Estado Liberal e a Escola Clássica (voltados para a defesa da prevenção geral, contrários ao Direito Penal do autor); pelos pensadores simpatizantes do Estado Social e da Escola Positiva, defensores da prevenção individual e contrários ao Direito Penal do fato; pelos doutrinadores da Escola Histórica (uma crítica dos códigos e defensora dos costumes nacionais como fonte do direito); e pelos adeptos da Escola Moderna (por meio da qual reforça-se a teoria utilitarista da prevenção especial – para controlar o transgressor da lei –, separando-se Direito Penal, Criminologia e Política Criminal, e propondo-se a figura do juiz replicador da lei e a segregação do delinquente inútil à sociedade)⁸⁰.

Os referidos embates só vão se encerrar no início do século XX, com o reconhecimento do utilitarismo da pena e dos “fatores sociais como causa do crime”, a superação das divergências teóricas e o surgimento de teorias mistas, defensoras da pena como instrumento de retribuição e prevenção. Para essa nova corrente, a prevenção de novos delitos deveria ser promovida com a máxima utilidade possível, porém com o mínimo sofrimento necessário, o que ocasiona uma flexibilização da pena em relação às políticas públicas, que passam a moldar suas funções (da pena), conforme o modelo de Estado vigente⁸¹.

⁷⁷ ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 74-82.

⁷⁸ GIMENES, Eron Veríssimo (atualizador); PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio – **Manual esquemático de criminologia**, p. 16.

⁷⁹ ATAÍDE, Fábio – *Op. Cit.*, p. 74-82.

⁸⁰ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 83-86.

⁸¹ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 86.

Da tensão gerada pelas escolas, portanto, desenhou-se uma grande disputa pela imposição da finalidade mais adequada para a pena, mas que, em vez de gerar um vencedor, findou por ocasionar o surgimento de outra teoria utilitarista (denominada mista, unificadora ou eclética) que vai se desenvolver mais fortemente em pleno advento do Estado Social (pós-Estado Liberal), quando o crime, face à nova característica do Estado de provedor de bem-estar social e regulador da sociedade, transforma-se numa questão política a ser tratada politicamente. Para essa nova corrente, as finalidades da pena seriam retribuir e prevenir, visando à defesa social e especificamente à prevenção especial (individual); todavia, baseada na convicção de que o homem seria suscetível a educação e aperfeiçoamento⁸².

Porém, em que pese aquela brecha inicial aberta por influência do movimento iluminista para a humanização do poder punitivo e apesar da evolução sentida na construção de novas teorias, nenhuma delas conseguiu ficar distante de críticas, em que pese a retórica geral da busca pelo bem comum⁸³. Os adeptos das Escolas Clássica, Positiva e Mista foram acusados de silenciar sobre toda a crueldade praticada por um poder punitivo que permitia o encarceramento de pessoas de forma sub-humana, legitimando (de boa-fé ou não) toda sua injustificável agressividade (desumanidade). Os integrantes da Escola Positiva mais ainda, devido a sua convivência com a violência institucionalizada exacerbada, responsável pela deflagração do Direito Penal do autor⁸⁴.

Em outras palavras, as teorias que previam a pena como um instrumento de defesa social foram consideradas responsáveis pela legitimação de uma postura beligerante, fortemente repressiva, do poder punitivo, porque silenciaram sobre o tratamento degradante dos indivíduos delinquentes pelo Estado, permitindo assim o retorno da crueldade das penas da Idade Média, por meio da pena de prisão; que a esta altura, lembrando, já havia abandonado a posição original (de servir de instrumento para sanções ainda mais cruéis, como a pena de morte e a pena de tortura, da Idade Média), para ocupar uma nova posição, a de pena principal (da Idade Moderna)⁸⁵.

O poder punitivo que se estabeleceu durante as reformas implementadas no século XIX findou significando, enfim, um retrocesso, em relação aos pensamentos originários do

⁸² ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 74-88.

⁸³ “A crise do direito penal contemporâneo também não é contemporânea. Ela vem se arrastando desde os primeiros Estados de Direito. Nesse arrasto de disfuncionalidades e conflitos, ressalta-se a dicotomia entre a liberdade e a segurança, ressoando no âmbito penal grande tensão entre prevenção e garantias, inclusive entre legalidade e política criminal” (ZEIDAN, Rogério – **Direito penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais**, p. 30).

⁸⁴ ATAÍDE, *Op. Cit.*, p. 80-84.

⁸⁵ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, p. 114-139.

Iluminismo, dado o caráter desumano dos sistemas carcerários e seu potencial lesivo significativo, com capacidade concreta para levar criminosos à ociosidade e, por consequência, fomentar sua permanência no mundo do crime, além de gerar desigualdades (a mesma pena para crimes diferentes) e favorecer arbitrariedades por parte de seus guardiões, que, por sua vez, tendem (instintivamente) a praticar com mais naturalidade atos autoritários próprios de quem exerce o poder punitivo, especialmente em um ambiente como o prisional, em que as pessoas são segregadas e isoladas⁸⁶.

Um poder punitivo tão inútil à sociedade (a pena de prisão) quanto as suas antecessoras (penas de morte e tortura), incapaz de produzir efeitos positivos, seja para a pessoa do delinquente, seja para a sociedade, tornando injustificáveis até mesmo as altas despesas geradas com a sua manutenção, incompatível com todo aquele discurso inicial de que a pena só teria utilidade se viesse a gerar o bem comum⁸⁷.

1.2.2 Estado Social: o acervo do século XX

Com a chegada do século XX, testemunham-se o arrefecimento do Estado Liberal e a ascensão do Estado Social. Por meio desse novo modelo, desaparece a posição antagônica entre Estado e sociedade. Agora, o primeiro une-se ao segundo, transformando os problemas sociais em problemas políticos, oferecendo à comunidade defesa contra seus próprios atos (do Estado), tornando-se assim um regulador e um provedor de bem-estar. Nesse mesmo início de século, os embates mais efervescentes sobre os fundamentos da pena surgem em um novo formato. O foco da disputa entre pensamentos passou a ser Direito Penal do fato *versus* Direito Penal do autor. Em defesa da primeira opção, posiciona-se a corrente retributiva; na defesa da segunda, a corrente utilitarista⁸⁸.

Apesar dos novos ventos e da nova roupagem, as doutrinas prevalecentes (da defesa social, até o final do segundo pós-guerra, e, após, da nova defesa social⁸⁹) continuaram projetando sobre a sociedade a política da repressão, da segurança social, da prevenção individual, da educação e o aperfeiçoamento da pena enquanto meio para a consecução do bem-estar, do delinquente inimigo da sociedade. Esta, aliás, foi a construção dominante também durante dois movimentos autoritários que seguiriam e, embora baseados em velhos argumentos

⁸⁶ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, p. 114-139.

⁸⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 134.

⁸⁸ ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 88-90.

⁸⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 111.

(nacionais, raciais, de sangue, religiosos e de segurança social), seriam ainda mais opressivos, anti-iluministas e antiliberais⁹⁰.

O primeiro desses movimentos, abrangendo o período entre as duas grandes guerras mundiais, envolve especialmente políticas de extermínio: dos parasitas, para os soviéticos (marxismo), dos sub-humanos, para os alemães (nazismo), e dos inimigos do estado, para os italianos (fascismo). Em todas elas, o uso de um Direito Penal paralelo, ausente de regras, permitiu um retrocesso enorme (ainda que momentâneo), que durou longas décadas, ao retirar da pena qualquer utilidade que pudesse servir ao bem comum geral; nada mais para além da legitimação do exercício do ódio, da discriminação, da perseguição, do egoísmo, voltado ao bem comum para alguns⁹¹.

O segundo movimento, mais recente, desta feita já ligado ao movimento que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, está ligado a um fenómeno de exposição negativa e estigmatizada, em larga escala, das pessoas delinquentes, por meio de novas formas de comunicação (em massa), que surgem após a Segunda Guerra Mundial, especialmente por intermédio de dois outros fenómenos, a globalização e a revolução tecnológica, que favoreceram sua expansão numa velocidade nunca vista, por meio de instrumentos como a *Internet* e as redes sociais, que findaram por fortificar o aparato publicitário e o chamado populismo midiático desde então⁹².

Dentro do contexto de pós-guerra⁹³, em meio ao condensamento dos direitos humanos por intermédio da ONU⁹⁴ e aos movimentos sociais e contraculturais dos anos 1960-1970⁹⁵, surge, ao lado das teorias já conhecidas, a teoria abolicionista da pena⁹⁶. Para seus defensores, que não acreditavam na recuperação do delinquente, não havia qualquer justificação legítima para o Direito Penal e, por isso, não só defendiam a deslegitimação da pena, como também propunham o fim do próprio Direito Penal e sua tríplice constrição (limitação da liberdade de ação, sujeição a um processo e punição), afirmando não haver fundamento ético que pudesse amparar o direito de punir⁹⁷.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **O inimigo no direito penal**, p. 53-59.

⁹¹ *Idem - Ibidem.*

⁹² *Idem - Ibidem.*

⁹³ PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**, p. 56-57.

⁹⁴ ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas; VIERO, Guérula Mello – **Direitos humanos**, p. 18.

⁹⁵ CAPELLARI, Marcos Alexandre – **O discurso da contracultura no Brasil: o underground através de Luiz Carlos Maciel**, p. 15-30.

⁹⁶ ACHUTTI, Daniel – **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**, p. 93.

⁹⁷ *Idem - Ibidem.*

Em outras palavras, o abolicionismo penal propôs abolir o direito penal e as prisões, substituindo-as por “intervenções comunitárias e institucionais de caráter alternativo”⁹⁸. O principal argumento dos abolicionistas era de que os custos gerados pela limitação imposta eram sempre superiores a qualquer eventual vantagem que fosse defendida para a pena⁹⁹. Para os defensores do abolicionismo penal, a lei penal seria detentora das mesmas premissas repressivas da Inquisição, que, aliás, para além de não conseguir resolver problemas, era responsável por “um processo dessocializador de um número sempre crescente de pessoas”¹⁰⁰.

O movimento abolicionista do século XX impôs certo avanço, detendo o mérito de trazer questões importantes relacionadas tanto às causas sociais, psicológicas e políticas dos delitos no que refere-se aos interesses por eles lesados, bem como, ainda, de impor aos justificacionistas o ônus de explicar a pena de forma moralmente satisfatória, por meio de argumentos logicamente pertinentes¹⁰¹. Porém, as doutrinas abolicionistas nunca chegaram a ocupar uma posição atraente no mundo jurídico, de modo geral, por pregarem modelos de sociedade pouco aceitas. Ou seja, se não institucionalizadas, de toda ordem liberta, como as primitivas e selvagens, nas quais prevalece o domínio do mais forte; se institucionalizadas, com características autoritárias, dada sua peculiaridade de não dispor de qualquer ordem jurídica¹⁰².

Paralelamente ao movimento abolicionista, surge um novo movimento, humanista, igualmente proveniente da experiência vivida com a Segunda Guerra Mundial e os horrores do holocausto, e com eles doutrinas que se direcionaram em favor de uma nova defesa social que não se confundem com as doutrinas da defesa social do início do século, nem podem ser consideradas produto de uma nova escola penal, mas sim um movimento de política criminal que representou apenas uma reação ao drama da Segunda Guerra Mundial (e não um movimento garantista propriamente dito) e revigorou o conceito humanista de pena-utilidade, preocupando-se com o exame da personalidade do agente, a humanização do sistema penitenciário, a efetivação das garantias processuais e para a construção de um processo penal democrático, orientado para a liberdade da pessoa e a igualdade entre acusação e defesa¹⁰³.

De toda sorte, nenhum dos movimentos abordados conseguiu ficar imune a críticas, afinal, como considerar, de um lado, que todo o mal produzido pelo poder punitivo seria capaz

⁹⁸ ZEIDAN, Rogério – **Direito penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais**, p. 30.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 199-200.

¹⁰⁰ ACHUTTI, Daniel – **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**, p. 93.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi – *Op. Cit.*, p. 203-204.

¹⁰² Autoritárias porque, segundo Ferrajoli, sujeita a sociedade “[...] ao jogo livre e desenfreado dos poderes, pouco importando se individuais, sociais ou políticos.” (*Idem - Ibidem*, p. 203).

¹⁰³ ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 111-113.

de gerar algum bem-estar ou mesmo ser útil à sociedade, especialmente quando confrontado com o problema relacionado ao custo social das penas; e, de outro lado, como considerar que esse mesmo Direito Penal seria simplesmente desnecessário (no caso do abolicionismo)?¹⁰⁴

Mesmo defendendo a ausência de utilidade das penas, o abolicionismo penal ofereceu o caos como solução, ao propor o fim por completo do Direito Penal e o retorno de modelos sociais já experimentados pela humanidade, cujas consequências foram as piores possíveis, seja pelas barbáries advindas da vingança privada ocasionada pela ausência do Estado, seja pelas barbáries provenientes do autoritarismo, típico da ausência da ordem jurídica dos Estados absolutos¹⁰⁵.

As teorias justificacionistas, por sua vez, apesar de preponderarem diante dos olhos da sociedade (na medida em que defendem a existência do poder punitivo estatal), findaram por ignorar (intencionalmente ou não) as consequências negativas ocasionadas pela execução de penas desumanas, não apenas silenciando sobre as fragilidades de suas doutrinas, mas também se mantendo inertes, sem se esforçar em responder a todos os problemas relacionados à pena, tornando-se instrumentos de legitimação da violência institucionalizada inserida nos modelos de Direito Penal máximo¹⁰⁶. O movimento da nova defesa social, por fim, também foi criticado, porque voltado à proteção da sociedade pela “eliminação ou neutralização dos perigosos”¹⁰⁷.

Diante de tantas críticas, eis que surgem, ao final do século XX, novas teorias que, em certa parte, findam por mesclar os fundamentos tanto das teorias abolicionistas, como também das justificadoras, ou seja, relacionadas especialmente com a defesa do minimalismo penal. Dentre elas, chamam a atenção duas principais. A primeira, conhecida por Teoria Deslegitimante, Negativa ou Agnóstica da Pena, provém de ensinamentos de Tobias Barreto, ainda no século XIX, mas foi resgatada por Zaffaroni ao propor a revisão (crítica) das teorias da pena, a partir de um enfoque político beligerante¹⁰⁸, e partir de um contexto histórico percebido nas Américas, especialmente na América Latina, e da forte influência sentida em decorrência do poder econômico da América do Norte, particularmente dos Estados Unidos da América¹⁰⁹.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 203-204.

¹⁰⁵ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁰⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 204-208.

¹⁰⁷ ATAÍDE, – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 114.

¹⁰⁸ SILVA, Adrian Barbosa – **Teoria agnóstica da pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia redutora desde a margem**, p. 18-19.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **O inimigo no direito penal**, p. 9.

De forma clara, Zaffaroni (que se afirma descendente de Cesare Beccaria e demais iluministas)¹¹⁰ mostrou que as teorias absolutistas não seriam suficientes para solucionar o problema das penas, mas as teorias justificacionistas também não seriam de todo aceitáveis, porque seus principais pilares estariam todos degradados, em razão da persistência em defender e legitimar, no decorrer dos tempos e desde o início, um poder punitivo marcado pela desumanidade e pela seletividade, que pune e controla de forma desigual os amigos e os inimigos, os iguais e os estranhos, inclusive cautelarmente. Uma contrariedade gritante, portanto¹¹¹.

Esse silêncio constrangedor das teorias justificacionistas seria, conforme apontou o autor, incompatível com a teoria política do Estado de direito, um contentor do Estado de polícia, que não tolera um direito que trata o indivíduo de forma desigual nem como inimigo, exceto em situação de guerra, e mesmo assim limitado às regras internacionais de direitos humanos. Pior ainda na América Latina contemporânea, referida por ele como um produto da “difusão midiática do sistema penal dos Estados Unidos” que impõe um tratamento diferenciado à sua classe subalterna¹¹².

Segundo o autor, a visão histórica (distorcida) de inimigo da sociedade fez que o indivíduo delinquente sofresse consequências desoladoras e aflitivas que se postergaram no tempo e seguem até hoje, como em um regime de exceção permanente que guarda como objetivo o interesse urgente da sociedade na sua eliminação ou segregação, estando claro que essa distorção nem mesmo a doutrina penal impediu; muito diferente disso, fomentou-a, criando obstáculos à realização do Estado de Direito num contexto, enfim, próprio dos regimes absolutistas¹¹³.

Nem mesmo os debates que giraram em volta das teorias abolicionistas e reducionistas do final do século XX foram capazes de enfraquecer o discurso expansionista absolutista do direito de punir, que, por sua vez, continuou pelo século XXI e se transformou em um fenômeno planetário, dadas as facilidades provenientes da revolução tecnológica, do surgimento da *Internet* e da evolução das comunicações em massa, afastando a humanidade, cada vez mais, da possibilidade de vivenciar as concepções baseadas na visão humanitária do indivíduo delinquente¹¹⁴.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **A destruição do direito penal**, p. 77.

¹¹¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 11-17.

¹¹² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 81-82.

¹¹³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 81-84.

¹¹⁴ CAAMAÑO, Cristina – **A destruição do direito processual penal**, p. 107.

Essa obsessão histórica pela legitimação de um poder punitivo, que visivelmente trata o indivíduo delinquente como inimigo, retroalimenta-se e, portanto, renova-se indefinidamente, porque o Estado de direito real carrega consigo um Estado de polícia que serve às tentações tirânicas dos detentores do poder punitivo do mundo real, que o afasta do modelo de Estado de direito ideal: “O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca”; e nem o Direito Penal consegue expurgar, diante da sua limitada função de agente transformador¹¹⁵.

Como o próprio nome indica, a teoria agnóstica surgiu em decorrência de uma ausência de fé em relação às teorias da pena. No que se refere às teorias abolicionistas, porque, ao proporem o fim total do Direito Penal, terminam por legitimar o retorno da barbárie representada pela vingança privada ou pela violência institucionalizada; quanto às teorias justificacionistas, porque, ao insistirem em apresentar justificativas para a pena, terminaram, como visto, por legitimar um poder punitivo autoritário. A pena seria necessária, contudo, não para justificar ou legitimar o poder punitivo, mas para controlá-lo, reduzindo ao menor patamar possível sua violência, finalidade esta mais adequada num Estado de direito, que serve como garantia dos direitos fundamentais do cidadão e, consequentemente, como contenção contra qualquer severidade irracional que venha eclodir do Estado de polícia¹¹⁶.

Assim, apesar de entender necessária a atuação do poder punitivo (não abolicionista), Zaffaroni é, ainda assim, um crítico contundente das teorias retributivas e preventivas. Defende a pena como um instrumento de política criminal, e não de Direito Penal, daí porque afirma equivocadas as pretensões teóricas penalistas de justificar (juridicamente) o poder punitivo. Dito isso, a teoria agnóstica defende, enfim, a reconstrução do Direito Penal para viabilizar a redução da ferocidade do sistema penal, o que acredita só ser possível com a desvinculação das teorias da pena. Nas palavras do autor, portanto: “um ajuste do direito penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios”¹¹⁷.

Resumindo, a teoria deslegitimante (negadora de qualquer justificação jurídica para a pena) propõe a refundação dos conceitos do próprio Direito Penal, a fim de dar precisão aos seus significados, desta feita com base na teoria política, adequando-os, portanto, a balizas do Estado de direito, a fim de, com isso, diminuir os espaços de uma utilização semântica abusiva e confusa (cujas causas repousa, segundo sugere, na falta de comunicação entre os órgãos

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **O inimigo do direito penal**, p. 170-171.

¹¹⁶ *Idem* – **A destruição do direito penal**, p. 77-78.

¹¹⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 26-27.

administrativos, que se destinam a executar o direito de punir, os órgãos legislativos, responsáveis pela elaboração das leis, e a própria ciência, enquanto meio de produção de conhecimento jurídico-penal)¹¹⁸.

Só assim seria possível, enfim, no seu entender, avançar na compreensão do Direito Penal como um instrumento de controle do poder punitivo, e não mais como um instrumento que legitima o tratamento do indivíduo acusado de cometer delitos como inimigo e não como um ser humano desviante e o castiga sem qualquer freio ou limite; sem dó nem piedade.

Todavia, em que pesem os achados de Zaffaroni, a grande disputa entre liberdade e segurança permaneceu entre as sociedades ainda na atualidade um triste diagnóstico: “o Estado de Direito que criamos, até o momento, não foi capaz de colocar em equilíbrio os valores da liberdade e da segurança. Ocorre é que se têm engolido os direitos fundamentais de liberdade em detrimento de uma segurança que não temos. Foi criado o Estado “representativo da sociedade” para proporcionar a harmonia e a felicidade entre os homens que a compõe. Tem-se na realidade uma gigantesca criatura poderosa que devora o seu próprio criador. O Estado deveria ser meio e não fim”¹¹⁹.

Paralelamente à criação da teoria agnóstica, na Itália do final do século XX, Ferrajoli apresenta o Direito Penal mínimo, necessário, porém, em *ultima ratio*, e destinado à preservação dos direitos fundamentais; ou seja, restrito aos fatos delituosos mais graves e com regras capazes de defender tanto a vítima do delinquente, quanto o delinquente da vingança privada e da tirania¹²⁰. Em outras palavras: “O garantismo tutela valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra a opinião pública, é o fim justificador do Direito Penal: a imunidade dos cidadãos contra arbitrariedades, a defesa dos mais fracos mediante regras iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito de sua verdade”¹²¹.

Porém, por se tratar do referencial teórico escolhido como diretriz para o presente trabalho, a teoria ferrajoliana será melhor e mais profundamente abordada no capítulo seguinte. Por hora, o presente capítulo é finalizado por meio do estudo das penas no direito positivo português e brasileiro, a fim de traçar uma comparação entre um e outro.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **A destruição do direito penal**, p. 26-27.

¹¹⁹ ZEIDAN, Rogério – **Direito penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais**, p. 30.

¹²⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 31.

¹²¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 34-35.

1.2.3 A pena no direito positivo luso-brasileiro: uma visão comparada

Portugal é o exemplo de um país europeu que concorreu no século XIX para a construção de uma tradição preocupada com as questões penitenciárias, assim como Alemanha, Espanha e Itália, por meio de nomes como o de Francisco d'Almeida, Vasconcelos e Alvim, Batista Calisto, F. d'Albuquerque e Couto e L. J. Dias de Carvalho, Ayres de Gouveia e Beleza Santos, esse último, inclusive, reconhecido como o responsável por alçar Portugal à posição de “um dos países mais progressivos em matéria de direitos e realizações penitenciárias”¹²².

Após instalado esse primeiro modelo, Portugal prosseguiu no ideal progressista, mas tendo como principal ponto de apoio a doutrina utilitarista especial positiva e sua finalidade socializadora da pena (ou de recuperação social do agente criminoso), afirmação esta que pode ser comprovada pela revisão do Código Penal de 1852, pelo Projeto de Código Penal elaborado entre 1861 e 1864, bem como por leis posteriores que dispuseram acerca de assuntos relacionados ao direito penitenciário, como a liberdade condicional (em 1893), as colônias de infratores (em 1911), a detenção suplementar (em 1936) e a organização prisional (em 1936), tendo como principais incentivadores do século XX, além do já citado autor Beleza Santos, os autores Eduardo Correia e Figueiredo Dias¹²³.

Anabela Rodrigues explica, dentro do contexto europeu, que, até o final do século XX, o pensamento socializador passou por um período de nítido declínio, causado por pautas tanto progressistas quanto conservadoras (decorrentes do aumento da politização e da dramatização da violência, pelos meios de comunicação, favorecido pelo avanço da tecnologia, que transformou o Direito Penal em uma garantia não da liberdade, mas da sociedade, contra a violência, transformando o delinquente em inimigo, e o Direito Penal em um Direito Penal para inimigos¹²⁴)¹²⁵. As primeiras, acusadas de causar um efeito negativo de domesticação do indivíduo delinquente; as segundas, simplesmente de um grande fracasso. E isso porque, a essa altura, segundo explica, pesquisas já comprovavam o quadro negativo do sistema penal: “a criminalidade não decresceu, as prisões ficaram cada vez mais sobrelotadas, o sistema judiciário

¹²² CORREIA, Eduardo, *apud*, RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 8-15.

¹²³ *Idem* – ***Ibidem***.

¹²⁴ A expressão “Direito penal do inimigo” surge em maio de 1985, por intermédio do jurista alemão Jakobs, em um congresso de penalistas alemães, em Frankfurt, como forma de chamar a atenção do mundo acadêmico para o forte endurecimento da legislação penal. (ESTEFAM, André – **Direito penal contemporâneo: temáticas em homenagem ao professor Damásio de Jesus**, p. 56).

¹²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 32.

tornou-se mais moroso, o clima dentro das prisões piorou visivelmente e a motivação profissional do pessoal diminuiu”¹²⁶.

No entanto, Anabela Rodrigues lembra também que, a partir dos anos de 1970, surge uma onda renovatória, refratária à política então instalada, da justa punição, que ganha corpo com o resultado das investigações mais confiáveis sobre o comportamento criminal e torna-se protagonista de programas mais eficazes, comprovados por meio de dados que sugerem que seus resultados exercem efeitos positivos sobre as taxas de reincidência e sobre a socialização do agente criminoso¹²⁷.

Segundo afirma a autora, outros fatores sociológicos também foram significativos para a renovação sentida, especialmente a conscientização coletiva das disfuncionalidades da sociedade e da incapacidade reativa do Estado ao crescimento da pobreza e o da redescoberta da ética nas relações sociais. A tomada de consciência da sociedade acerca da necessidade de mudança no âmbito das relações sociais, enfim, especialmente por estarem atreladas a fatores externos, como falta de emprego e degradação dos laços sociais, foi a mola de propulsão para a renovação do pensamento socializador, tão necessário para gerar na sociedade o sentimento de pertencimento que a levaria a enxergar o delinquente como integrante do grupo e, por assim ser, precisaria ser recebido de volta¹²⁸.

A tônica era a de que não havia espaço no Estado contemporâneo – que a essa altura já se encontrava estabilizado nas bases firmes do Estado de direito democrático e social – para pensamentos diferentes dos insculpidos pelo movimento de defesa intransigente da dignidade da pessoa humana e, por assim ser, nenhuma intervenção com capacidade de gerar lesão de direitos fundamentais poderia mais ser aceita.

Dentro desse modelo, cresce também outro pensamento reformador, o da doutrina socializadora, que transcende o processo penal judicial e influencia também as relações de Direito Penitenciário, reconhecendo a importância e a necessidade do prévio consentimento do delinquente para as intervenções psicossociais, de cunho socializador. Foi o que denominou-se de “consentimento esclarecido”, garantia que desabilita as críticas que levaram o pensamento socializador dos anos sessenta ao declínio, baseadas no fato de o movimento ter favorecido a ampliação do poder discricionário estatal¹²⁹.

¹²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 39.

¹²⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 30-63.

¹²⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 8-15.

¹²⁹ *Idem* – **Ibidem**.

Essa nova concepção, baseada no interesse do delinquente pela sua socialização, não apenas garante a diminuição das taxas de reincidência, como também atinge ainda outros objetivos, tais como promover a igualdade real, acolher os reclusos desfavorecidos, restabelecer a saúde mental, diminuir a incidência dos suicídios e, ainda, favorecer as relações sociais nos estabelecimentos penais, melhorando o clima institucional. Este torna-se especialmente mais aceitável, por gerar a expectativa de que a engrenagem penitenciária não apenas funcione adequadamente, mas também atinja uma finalidade de interesse geral, devolvendo o recluso ao seio do grupo a que pertence, do que a tendência de desistir dos esforços transformadores por considerá-los inatingíveis, quiçá indesejáveis¹³⁰.

Encerrando, enfim, os objetivos desse novo modelo reformador, ao lado do respeito à liberdade de consciência do recluso, têm-se ainda a realização positiva dos direitos fundamentais deste e a obrigação constitucional de intervenção social do Estado, para garantir-lhe a sua não-dessocialização (impedindo sua dessocialização e promovendo a sua não-dessocialização), seja assegurando os direitos que a sua condição de cidadão lhe assegura, seja reduzindo a marginalização e os efeitos criminógenos advindos da reclusão¹³¹.

A posição progressista dos juristas portugueses e sua contínua defesa da finalidade socializadora da pena permitiram que o país avançasse com certa antecipação sobre a onda renovatória que inundou a Europa do final do século XX, citada anteriormente, debruçando-se sobre questões relacionadas aos direitos dos reclusos e à legitimação da finalidade socializadora da pena, bem como, paralelamente, ao fenómeno da dessocialização, gerada pela realidade penitenciária, apontada como limitante, segregadora e marginalizante, ao expor os indivíduos delinquentes a um mundo formado por valores e normas diversos da realidade que se encontra fora das instituições¹³².

A partir desse movimento renovador, foi possível sentir os avanços mais significativos da ordem jurídica portuguesa dentro do tema Direito Penitenciário. Em um contexto rico em proposições doutrinárias que abrangiam a defesa de mudanças capazes de gerar a construção de ações negativas e também positivas pelo Estado Português, para não apenas impedir a dessocialização do recluso, mas, acima de tudo e com maior atenção, promover a sua não-dessocialização, uma nova Constituição da República Portuguesa é promulgada em 1976. Esta

¹³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 30-63.

¹³¹ *Idem* – ***Ibidem***.

¹³² *Idem* – ***Op. Cit***, p. 44-46.

adota expressamente o modelo de Estado de Direito Social ao prever uma série de prestações estaduais ao recluso.

O texto da nova Constituição demonstra um apoio claro ao pensamento reformista e uma aderência evidente às estratégias propositivas de ressocialização, baseada na autodeterminação das pessoas reclusas, ao dispor sobre o direito à liberdade de consciência, sem qualquer ressalva à pessoa do preso.

O Decreto-Lei n.º 265/1979, de 1.º de agosto, que reestruturou os serviços relacionados às medidas privativas de liberdade, também pode ser considerado outro importante exemplo da evolução do sistema jurídico português no que se refere aos direitos dos reclusos, ao exprimir grande preocupação em atenuar o processo que se denominou de “mortificação da personalidade do ingresso”¹³³.

O Código Penal Português (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março), por sua vez, demonstrando sintonia com a Constituição da República Portuguesa, prevê a proteção de bens jurídicos (prevenção geral positiva) e a reintegração do agente na sociedade como pilares de sustentação do sistema punitivo de Portugal (prevenção especial positiva), nos termos do disposto no artigo 40.º.

A atual Lei de Execução Penal de Portugal (LEP), Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, também faz coro com os dispositivos legais acima mencionados, deixando claro que a tradição portuguesa não arrefeceu. Já no início, em seu artigo 2.º, consta como primeira finalidade preparar o delinquente para retornar à sociedade sem cometer crimes, bem como para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável. Só em um segundo plano, aparecem as finalidades de proteção aos bens jurídicos e defesa da sociedade. Como princípios orientadores, a legislação portuguesa informa, por meio do seu artigo 3.º, que a execução das penas e medidas privativas da liberdade deve assegurar respeito à dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa, bem como nos instrumentos de direito internacional e nas leis.

Também é possível perceber, na referida legislação, uma especial atenção para a não dessocialização do recluso, por meio de comandos contidos entre os artigos 4.º e 7.º, que estabelecem garantias especiais aos menores de 21 anos, aos maiores de 65 anos, às mulheres, aos estrangeiros pertencentes a minorias étnicas ou linguísticas e, também, pelo contido no artigo 47.º, que prevê um tratamento prisional baseado em atividades e programas de reinserção social que preparem o recluso para a liberdade, aprimorando o desenvolvimento de suas

¹³³ RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 50.

responsabilidades, e para a aquisição de competências que permitam-lhe optar por um modo de vida responsável, sem cometer crimes.

Finalmente, é possível destacar, ainda, que a legislação portuguesa que trata do cumprimento das penas e das medidas privativas de liberdade promove o incentivo à adesão do recluso aos programas de socialização, por meio do seu artigo 6.º, ao deixar claro que o recluso mantém a titularidade de todos os direitos fundamentais, exceto as que porventura limitem o cumprimento da pena imposta, e também pelo seu artigo 7.º (em sua alínea a), que garante ao recluso a liberdade de consciência. Ainda, pelos artigos 47.º a 49.º, que promovem o incentivo à adesão do recluso em programas e atividades que estimulam seu retorno à sociedade nas bases da primeira parte do artigo 2.º, guardando total sintonia tanto com a atual Recomendação Rec(2006)2-rev, adotada pelo Comité de Ministros em 11 de janeiro de 2006, na 952ª reunião de Delegados de Ministros e revista e aprovada pelo Comité de Ministros em 1º de julho de 2020 na 1.380ª reunião de Delegados dos Ministros, como também com a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, de 04 de novembro de 1950.

A jurisprudência portuguesa segue o mesmo caminho de preocupação com a defesa social e com o retorno da pessoa apenada à comunidade. O Supremo Tribunal de Justiça Português, por exemplo, já teve a oportunidade de assentar, inclusive recentemente, por intermédio do Acórdão n.º 765/15.5T9LAG.E1.S1, de 16 de maio de 2019¹³⁴, caber à justiça penal aplicar as sanções em total observância a valores orientados pela dignidade da pessoa humana e de respeito aos princípios constitucionais da proporcionalidade e individualização da pena (por meio da ponderação de fatores como a gravidade do crime, o grau de intensidade da culpa e as necessidades de reintegração do agente).

Por meio do acórdão acima citado, também, o Tribunal reconheceu, expressamente, a função do Direito Penal de garantia dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade, confirmando caber a ele proteger os bens jurídicos, reagindo às ofensas, a fim de estabelecer a paz jurídica para reafirmar sua legitimação material e sua aceitação e interiorização coletiva. Dessa forma, o STJ reafirma um duplo propósito para as penas no ordenamento jurídico português, todavia com obediência ao modelo garantista, de modo a tutelar não apenas a segurança social (prevenção geral positiva), mas também o direito da pessoa de retornar ao seio

¹³⁴ GONÇALVES, Nuno Relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com o n.º 765/15.5T9LAG.E1.S1**, de 16 de maio de 2019. [Em linha]. [Consult em 23 nov. 2023]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d4936b972749b0e802583fd002da840?OpenDocument>.

da sua comunidade de uma forma equilibrada, harmónica e pacífica (prevenção especial positiva).

No Brasil, a revisão histórica e teórica da pena encontra seu primeiro momento significativo na sua fase colonial, que estendeu-se por mais de 300 anos, período em que seus habitantes vivenciaram com grande intensidade a ira do poder punitivo de seu colonizador, que empregava toda a sua força repressora sobre seus corpos, com o argumento de que, assim, submetendo-se ao trabalho forçado, aprenderiam a ser livres. Todavia, exatamente por ser uma colónia de Portugal, o Brasil passa pelo século XVIII e entra no século XIX inspirado nos movimentos iluministas, de um lado, mas, de outro, sentindo na pele os reflexos dos movimentos expansionistas de seu colonizador, que tanto privilegiava a elite portuguesa, quanto reduzia o povo brasileiro à condição de escravo ou análoga¹³⁵.

Maior independência só ocorreu paulatinamente, por meio de movimentos políticos, como a própria declaração de independência (que data de 1822)¹³⁶, a abolição da escravatura, em 1888¹³⁷ e, finalmente, com a fundação da República Velha (ou oligárquica), um ano depois, que estendeu-se até meados da década de 1930, quando foram promulgados tanto o novo Código Penal (em 1890), quanto a nova Constituição (em 1891)¹³⁸, ambos já com características liberais¹³⁹.

Instalada a República Velha, as leis penais tornaram-se mais brandas e adquiriram um carácter instrumental de prevenção, ao lado de outras finalidades, de repressão e defesa social. Todavia, o movimento liberal sofre retrocesso com a instauração do Estado novo e seu regime militar autoritário, que, por sua vez, outorgou uma nova Constituição em 1937 e elaborou um novo Código Penal, em 1940, fazendo ressurgir a pena de morte¹⁴⁰, e o Código de Processo Penal, em 1941, de modelo autoritário¹⁴¹.

Com o fim do regime militar, em 1945, uma nova Constituição é promulgada no ano seguinte (1946), e cerca de 10 anos depois, entra em vigência a primeira lei brasileira a dispor sobre o regime penitenciário (Lei n.º 3.274/57, de 2 de outubro), que por sua vez adota a

¹³⁵ PRADO, Geraldo – **Elementos para uma análise crítica da transação penal**, p. 89-90.

¹³⁶ Embora já fosse possível sentir algumas mudanças sociais no período imperial brasileiro – por influência do período iluminista em franca evolução na Europa –, como a concessão de alguns direitos individuais pela primeira Constituição Brasileira, outorgada por Dom Pedro I em 1824, bem como a redução dos casos punidos com pena de morte e a abolição das penas infamantes pelo primeiro Código Penal Brasileiro, que entrou em vigência em 1830 (TAKADA, Mario Yudi - **Evolução histórica da pena no Brasil**, p. 3).

¹³⁷ Com a promulgação da Lei Áurea.

¹³⁸ TAKADA, Mario Yudi - *Op. Cit.*, p. 3.

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **A destruição do direito penal**, p. 46-48.

¹⁴⁰ TAKADA, Mario Yudi - *Op. Cit.*, p. 3-5.

¹⁴¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen – **O autoritarismo processual penal brasileiro no século XXI: primeiras impressões**, p. 511-512.

doutrina da prevenção especial positiva, para corrigir e educar o delinquente, a fim de recuperá-lo e inseri-lo na sociedade. Em 1964, instala-se um novo regime militar no Brasil, com características autoritárias, e uma nova Constituição é outorgada em 1967¹⁴², com a concentração dos poderes no Executivo. O sistema penal sofre retrocessos por meio de um novo Código Penal, vigente a partir de 1969, que reduziu garantias e fez ressurgir penas mais duras, como as de morte, perpétua e de reclusão trintenária para crimes políticos¹⁴³.

A situação política no Brasil começa a se modificar em 1974, por meio do início da sua abertura política, movimento que gerou, em 1978, a revogação do Código Penal então vigente e, ainda no mesmo ano, a elaboração de uma emenda constitucional, revogando os atos institucionais então vigentes e proibindo as penas de morte, perpétua e de banimento.

A abertura política no Brasil proporcionou várias reformas no Código Penal de 1940, que voltou a vigir desde a revogação do Código Penal instituído no regime militar, e a revogação da Lei n.º 3.274/57, de 2 de outubro, pela atual Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84, de 11 de julho). Esta, por sua vez, prevê uma tríplice finalidade para as penas: retribuir, prevenir e ressocializar ou reeducar.

O fim do regime militar foi marcado com a promulgação da Constituição de 1988, atualmente vigente, com suas fortes características progressistas. Ela estabeleceu para o Brasil o Estado Democrático de Direito, com profunda atenção às liberdades e garantias não apenas individuais, mas também políticas e sociais, sendo conhecida como a Constituição cidadã. A partir dela, segundo a doutrina, o direito de punir ficou submetido “ao império da lei ditada de acordo com as regras de consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa”¹⁴⁴.

As novas regras constitucionais, fundamentadas em valores como a dignidade da pessoa humana, estabeleceram princípios limitadores do poder punitivo estatal, especialmente os da legalidade, irretroatividade, humanidade (inviolabilidade física e moral), presunção de inocência, pessoalidade, proporcionalidade e individualização. Impediram as penas de morte e as penas de caráter perpétuo, cruéis, de trabalho forçado e de banimento e previram as penas restritivas de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou restrição de direitos¹⁴⁵.

¹⁴² Posteriormente, em 1969, sofre mudanças ainda mais drásticas, por meio de Emenda Constitucional; embora previsse textualmente que os fins da execução penal seriam o de educar para recuperar socialmente o criminoso.

¹⁴³ TAKADA, Mario Yudi - **Evolução histórica da pena no Brasil**, p. 5.

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal: parte geral**, p. 55.

¹⁴⁵ Vide artigo 5.º, incisos XXXIX a L e LVII, da Constituição da República Federativa vigente.

No entanto, inobstante o grande sistema de proteção criado pela Constituição de 1988, que envolveu direitos e garantias para um amplo acesso à justiça, a defesa da integridade física e moral do preso e a preservação da liberdade como regra, cresce a ideia em alguns setores da sociedade brasileira (elitizados) de que o combate ao crime organizado teria sido ignorado pela nova ordem constitucional, fazendo eclodir inúmeras críticas e um movimento favorável à elaboração de legislações autoritárias¹⁴⁶.

Um fenómeno brasileiro, mas influenciado por um movimento extraterritorial antidrogas, antiterrorista e contra o crime organizado (que, aliás, já persiste há pelo menos 40 anos), potencializado pelo discurso midiático e pela revolução da comunicação de massa das últimas décadas, que transformou os direitos fundamentais da pessoa acusada em letra fria, num visível retrocesso do discurso penal liberal que, por sua vez, vem enrijecendo o discurso da garantia da segurança social e do Direito Penal do inimigo¹⁴⁷.

A política criminal desenvolvida no Brasil, baseada na defesa social, lei e ordem, e segurança nacional¹⁴⁸, segue, portanto, as balizas da teoria justificadora da pena, silenciando sobre as atrocidades de um poder que finda por gerar um efeito perverso, de inversão do sistema penal, em que parte significativa da população carcerária passa a ser formada de presos provisórios, num processo que se prolonga por anos e lhe dá ares de definitivo, enfraquecendo o princípio da presunção da inocência e, em seu lugar, instaurando-se nada mais além do que um fenómeno invertido da mera presunção de periculosidade.

O próprio Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do HC97.256/2010, de 16 de dezembro de 2010, ao autorizar a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para crimes da Lei n.º 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecentes) – que textualmente vedava essa possibilidade por intermédio de seu artigo 44.º –, reafirmou a prevalência do propósito polifuncional da sanção penal brasileira.

Na ocasião do julgamento suprarreferido, restou confirmado pelo STF a tradição que advém de normas como a Lei Antidrogas (Lei n.º 6.368/76) e a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), de homenagear o princípio da individualização da pena, a fim de garantir, num balanço de ponderações (dentro dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade), a integração das instâncias retributiva e ressocializadora, com vista a, finalmente, alcançar a justa medida da pena, conciliando segurança jurídica e justiça material, tendo por base os valores

¹⁴⁶ ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 159-162.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **A destruição do direito penal**, p. 59-90.

¹⁴⁸ CARVALHO, Salo; SILVA, Adrian Barbosa – **O que a política de guerra às drogas sustenta? A hipótese descriminalizadora ante a violência institucional genocida**, p. 462.

supremos insculpidos na Constituição Federal (próprios de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos).

Segundo restou assentado no julgamento citado acima, a Constituição brasileira, ao dispor como direito fundamental no inciso XLVI de seu art. 5º a individualização da pena, inclusive estabelecendo por meio de alíneas o rol de sanções admitidas e posicionando a pena privativa ou restritiva de liberdade em primeiro lugar, não o fez por acaso, mas sim para indicar uma predileção pela aplicação proporcional da pena em concreto, garantindo a possibilidade de aplicação das sanções de menor dureza (perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos) em substituição à de maior dureza (prisão), a fim de, finalmente, garantir o cumprimento da função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal.

Finalmente, a responsabilidade do juiz na aplicação da pena também não foi esquecida no julgamento supramencionado. Na ocasião, o STF explicou que: “[...] ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado. Além de inibir, obviamente, condutas de igual desvalia social. Conciliando ele, juiz sentenciante, justiça material e segurança jurídica. Que já significa fazer andar de braços dados a concreta individualização da pena e o sistema da justiça penal eficaz”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ PELUSO, Cezar Relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com o n.º HC 97.256/2010**, de 16 de dezembro de 2010. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20101215_247.pdf.

2 O MODELO GARANTISTA DA PENA: A PROPOSTA DE RACIONALIDADE JURÍDICA DO PODER PUNITIVO POR LUIGI FERRAJOLI

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos; porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.¹⁵⁰

2.1 O espírito do garantismo penal à luz da teoria utilitarista reformada

Antes que o século XX chegasse ao fim, numa reação às diversas crises do Estado contemporâneo, relacionadas com o Direito Penal, Direito Processual Penal e o sistema prisional, bem como ao resultado de décadas de justificação de um sistema que mostrava-se cada vez mais selvagem e feroz¹⁵¹, Luigi Ferrajoli propõe uma reformulação das teorias utilitaristas, cujos pilares se fundaram na tradição garantista do movimento iluminista do século XVIII, e, com ela, um novo modelo de Direito Penal. Desde então, segue iluminando um novo cenário para a ciência jurídica, na medida em que essa mesma ciência segue comprovando que qualquer das justificativas dadas à pena não havia sido capaz de atender às expectativas de bem comum¹⁵².

Crítico da falta de percepção de questões de justificação externa relativas aos motivos determinantes da existência do Direito Penal, relacionados a perguntas centrais do “se e por que punir”, “se e por que proibir” e “se e por que julgar”, Ferrajoli desenvolve uma doutrina que ressignifica as bases legitimantes do poder punitivo. Para ele, a pena só seria verdadeira e plenamente útil à sociedade se, para além de focar unicamente na proteção da segurança social (por meio da prevenção de novos delitos), defendida até então pelas teorias utilitaristas clássicas, também focasse na defesa dos direitos individuais da pessoa arguida (prevenção das penas informais); ou seja, nunca numa ou noutra garantia, isoladamente. Em outras palavras, somente pela garantia do máximo bem-estar possível dos não desviantes e do mínimo mal-estar necessário dos desviantes, a pena seria capaz de gerar o bem comum em sua essência, atingindo

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi – *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 310.

¹⁵¹ ATAÍDE, Fábio – *Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa*, p. 116-119.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi – *Op. Cit.*, p. 199-212.

o maior número de pessoas (não apenas o bem-estar coletivo, mas também o individual; não só para a sociedade, mas também para a pessoa do acusado)¹⁵³.

A teoria utilitarista reformada da pena não apenas permite responder às duas maiores inquietações filosóficas e jurídicas relacionadas aos motivos que levam a sociedade a proibir e punir (até então não respondidas – ao mesmo tempo – pelas demais teorias), mas também encerra a confusão entre o direito e a moral, ocasionada especificamente pelas teorias retributiva e da prevenção positiva, que destinavam uma finalidade moral para o poder punitivo. Confere ao Direito Penal o objetivo de minimizar lesões de uma forma mais abrangente; permite a comparação e a avaliação das penas, por meio de um exercício de justificação e deslegitimação em concreto; finalmente, responde à problemática apresentada pelas teorias abolicionistas dos custos do Direito Penal, oferecendo um modelo de justificação que evidencia os custos de uma anarquia punitiva ocasionada pela ausência do Direito Penal.

Por meio dessa nova fórmula justificativa, enfim, constrói-se uma solução (teórica) para o problema até então negligenciado pelas demais teorias utilitaristas (da superioridade do custo social das penas arbitrárias e excessivas sobre o custo das violências perpetradas pelos delitos), ao propor a prevenção dos abusos cometidos contra a segurança e a liberdade de cada pessoa, ameaçadas não apenas pela delinquência, mas também pelas penas arbitrárias e desproporcionais, assim como pelos processos sumários (sem direito à defesa) e pelo controle policial arbitrário e invasivo, potencialmente capazes de causar “mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos”¹⁵⁴.

Dito de outra forma, o movimento garantista reformado de Luigi Ferrajoli é reconhecido como uma “reação teórica às várias crises pelas quais passa o Estado contemporâneo”, um “modelo de reconstrução teórica dos valores humanos”, um instrumento teórico que constrói respostas contra as “crises da legalidade, do Estado Social e da soberania”, que propõe uma “ampla revisão dos postulados clássicos” do Estado de Direito. Com isso, diz-se que, apesar da sua grande conexão com o Direito Penal - já que boa parte da teoria trata do poder punitivo-, enfrentando o problema das normas que se mostram contrárias aos valores e postulados inseridos nas constituições, tem a característica de se comunicar com qualquer ramo do Direito, ao enfrentar o problema da ilegitimidade de normas contrárias aos valores e postulados

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 271-278.

¹⁵⁴ *Idem – Ibidem.*

inseridos nas constituições, bem como de questões ligadas à sua limitação, a fim de que seja possível promover o bem-estar social¹⁵⁵.

Ao defender não apenas a estrita legalidade - por meio de tipos penais fechados ou taxativos, sem conteúdos que indiquem juízos de valor depreciativos -, mas também a mera legalidade - com normas dirigidas aos juízes, para a aplicação das leis a cada caso concreto -, o modelo garantista de Luigi Ferrajoli representa uma teoria jurídica mais democrática, que tanto protege as escolhas majoritárias, por meio das leis, como impede que a maioria suplante os direitos das minorias em situação de vulnerabilidade, por meio do Poder judiciário e suas decisões, muitas vezes contramajoritárias.

Segundo Ferrajoli, o princípio da estrita legalidade (reserva absoluta da lei) é uma norma dirigida ao legislador, que prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais, e o princípio de mera legalidade (reserva legal) é uma norma dirigida aos juízes, os quais prescrevem a aplicação das leis tais como são formuladas. Sendo assim, é possível também afirmar que o garantismo reformado de Ferrajoli defende o próprio Direito Penal mínimo¹⁵⁶.

Conforme explica o autor, dentro de uma visão garantista, o princípio da legalidade estrita propõe excluir convenções penais discriminatórias, ou seja, direcionadas às pessoas, tal como existiu no passado (bruxas, hereges, judeus, subversivos) e a exemplo do que ainda existe em ordenamentos jurídicos contemporâneos (desocupados, vagabundos, propensos a delinquir, dedicados a tráfico de ilícitos, socialmente perigosos)¹⁵⁷.

O garantismo penal reformado proposto por Ferrajoli penetrou o plano do processo penal, por intermédio de garantias refratárias ao autoritarismo e contrárias à verdade consensual, designando ser imprescindível o exercício do poder punitivo por meio da estrita jurisdicionalidade, pela qual, respeitando-se a igualdade das partes, seriam realizadas as provas e averiguada a verdade processual, assim como, também, a pessoa arguida seria julgada por um juiz independente e imparcial.¹⁵⁸ Porém, também adentrou no plano das sanções punitivas, definindo bases não autoritárias para a pena, orientadas por princípios que findam por ressignificá-la como um mal menor¹⁵⁹, ao enquadrá-la nas mesmas linhas da estrita legalidade e da estrita jurisdição já citadas. Isso significa, na presente situação, uma rejeição às penas *extra* ou *ultra legem*, de modo que só a lei pode fixar a quantidade e a qualidade das penas e só o juiz

¹⁵⁵ ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 116-119.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 31.

¹⁵⁷ *Idem - Ibidem.*

¹⁵⁸ *Idem – Op. Cit.*, p. 119-124.

¹⁵⁹ *Idem – Ibidem.*

pode impor sua aplicação, o que se estende também no âmbito penitenciário, que não pode exercer suas funções fora delas.¹⁶⁰

A finalidade do reposicionamento da pena como um mal menor é, para o movimento garantista de Luigi Ferrajoli, garantir o máximo bem-estar aos integrantes da sociedade (vista por seus adeptos como uma coletividade formada de não delinquentes e delinquentes), o que só seria possível de ser alcançado pela realização do máximo de liberdade e de satisfação, o que implica dizer, com o mínimo de punição, e, por sua vez, significa utilizar penas que não sejam ilimitadas, impessoais ou cruéis, como o são as de morte, as perpétuas e as pecuniárias, ou mesmo restritivas de liberdade demasiadamente longas¹⁶¹.

Apenas por meio do sistema de garantias, enfim, seria possível justificar a pena, ou seja, seguidas suas balizas, a principal função da pena (garantir o bem-estar das pessoas) seria possível não só para as pessoas que não cometeram delitos, mas também para as que efetivamente delinquiram. Essa é a essência da teoria utilitarista reformada de Ferrajoli, que passa, obrigatoriamente, por um sistema de garantias (SG), que o autor denominou de modelo-limite¹⁶².

2.2 Os princípios do sistema garantista

Luigi Ferrajoli expõe pormenorizadamente o modelo garantista de Direito Penal decorrente do pensamento jusnaturalista, que predominou nos séculos XVII e XVIII, para a aplicação justa da pena, por meio do que denominou Sistema de Garantias, o qual é formado pelos seguintes elementos: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa¹⁶³. A partir de tais elementos, foram construídos 10 princípios penais e processuais (que, juntos, formam o conhecido sistema penal garantista, cognitivo ou de legalidade estrita), sendo eles os seguintes: 1) retributividade (ou consequencialidade da pena em relação ao delito); 2) legalidade (nos sentidos *lato* e *estrito*); 3) necessidade (ou da economia do Direito Penal); 4) lesividade (ou da ofensividade do evento); 5) materialidade (ou da exterioridade da ação); 6) culpabilidade (ou responsabilidade pessoal); 7) jurisdicionariedade (sentidos *lato* e *estrito*); 8) acusatório (ou da separação entre juiz e acusação); 9) ônus da prova (ou da verificação); e 10) defesa (contraditório ou falseabilidade)¹⁶⁴.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 34.

¹⁶¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 124-125.

¹⁶² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 73-75.

¹⁶³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 73-76.

¹⁶⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 75.

Os princípios acima descritos ocupam a posição de regras fundamentais que vêm sendo tratadas como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto, sendo incorporadas às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos; e convertidas, portanto, em princípios jurídicos do Estado de Direito, mas, com Luigi Ferrajoli, chegou-se ao esquema abaixo, que resume o modelo ideal de um poder punitivo legítimo e, portanto, justificável¹⁶⁵.

- Garantias da pena (respondem as perguntas de quando e como punir): não há pena sem crime; não há crime sem lei (mera legalidade); e não há lei penal sem necessidade (estrita legalidade).
- garantias dirigidas ao delito (respondem sobre quando e como proibir): não há necessidade sem injúria; não há injúria sem ação; e não há ação sem culpa.
- garantias do processo (respondem as perguntas do quando e como julgar): não há culpa sem jurisdição; não há jurisdição sem acusação; não há acusação sem prova; e não há prova sem defesa.

Resumindo, o modelo garantista apresenta 10 condições, limites ou proibições que podem ser interpretadas como garantias do cidadão contra o arbítrio ou erro penal durante a *persecutio criminis*. Segundo esse modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produza a comissão de um delito, sem sua previsão legal como delito, sem a necessidade de sua proibição e punição, sem seus efeitos lesivos para terceiros, sem o caráter externo ou material da ação criminosa, sem a imputabilidade e a culpabilidade do seu ator e, além disso, sem sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos¹⁶⁶.

A reforma, defendida por Luigi Ferrajoli, decompõe o questionamento central do “por que punir” em seis outros questionamentos (do “quando” e do “como” proibir, punir e julgar), permitindo não uma justificativa única e abstrata, mas um esquema de justificações que estabelece limites para o poder punitivo por meio de garantias ao exercício de direitos individuais e, conseqüentemente, impõe um freio para o arbítrio, os excessos e os erros percebidos concretamente em cada sistema penal¹⁶⁷.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 75

¹⁶⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 83.

¹⁶⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 270-278.

Dito de outra maneira, a reforma proposta por Ferrajoli, ao escolher não defender uma única nova justificação em abstrato para o poder punitivo, mas, ao contrário, um esquema de justificações, revela três vantagens não encontradas nas demais teorias: primeiro, justificar os sistemas penais concretos em seus diferentes graus; segundo, permitir que a ordem jurídica possa se movimentar conforme o grau evolutivo da sociedade que a cerca, variando as penas de acordo com a gravidade e a quantidade de violência dessa mesma sociedade; e, terceiro, deslegitimar de forma parcial e diferente um mesmo ordenamento jurídico, ou seja, uma única norma, algumas delas e até mesmo institutos ou práticas abusivas¹⁶⁸.

Todos os princípios acima elencados são, assim, imperativos negativos que indicam o que o Estado, em matéria penal (dentro das suas funções de legislar, julgar e executar) pode ou não fazer. Essas limitações, incorporadas à Constituição, garantem a tutela de valores humanos essenciais, como a “igualdade, a liberdade pessoal contra a arbitrariedade, os direitos e as liberdades políticas, a certeza jurídica, o controle público das intervenções punitivas etc.”, vinculando as demais leis, hierarquicamente inferiores. É o chamado modelo garantista de Direito Penal mínimo, já mencionado outrora¹⁶⁹.

Em outras palavras, uma vez obedecidos os critérios acima especificados, legitimada estará a punição, porque vinculada aos principais esteios de um poder punitivo desenhado dentro de um Estado de direito: humanidade, igualdade, legalidade e liberdade¹⁷⁰.

Ao que interessa diretamente para o presente trabalho, têm-se os três primeiros axiomas, que tratam de responder às perguntas “quando” e “como” punir. A primeira das perguntas está relacionada às diretrizes “não há pena sem delito” e “não há delito sem lei”, consagrando-se, assim, a concepção do delito enquanto uma condição necessária para a sanção. É a afirmação do princípio da retribuição. Em linhas gerais, a punição não é senão o efeito ou a consequência jurídica de um delito; não uma medida preventiva, anterior ao delito, mas posterior, retributiva¹⁷¹.

As questões relacionadas à pergunta “quando” proibir estão ligadas a critérios valorativos externos negativos ou limitativos (e não positivos, típicos dos critérios produzidos a partir de um juízo de reprovação) de regulação substancial dos pressupostos da pena, sendo eles o resultado (lesividade), a ação (materialidade) e a culpabilidade (responsabilidade). Assim, uma ação só poderá ser classificada penalmente como delito quando ofender, por culpa

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 270-278.

¹⁶⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 293-295.

¹⁷⁰ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁷¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 297.

do seu autor (cujos fundamentos são reprovação, prevenção geral, previsão e regulação), um bem jurídico pertencente a terceira pessoa; não qualquer um, porém, dentro da teoria garantista, um bem jurídico fundamental, ou seja, tutelado penalmente pelo Estado¹⁷².

Já a resposta para a indagação “como” punir se relaciona ao axioma: não há lei penal sem necessidade. É uma afirmação do princípio da legalidade, que, por sua vez, desdobra-se em dois: legalidade ampla e legalidade estrita. A primeira estabelece que o delito precisa estar previsto na lei; ou seja, um delito só será passível de punição se houver previsão legal anterior, vigente na época do seu cometimento. Já a legalidade estrita estabelece ser necessária uma definição legal rigorosa dos elementos que formam o delito, de forma a determiná-lo, portanto, o mais minuciosamente possível¹⁷³.

Das regras relacionadas ao terceiro axioma derivam outros princípios, como o da proibição do uso da analogia – quando as normas referentes a um determinado delito são usadas contra uma ação que, ainda que danosa, não esteja tipificada como crime – e da retroatividade da lei mais prejudicial, quando um crime é punido por uma lei mais rigorosa, que não existia na data em que fora cometido¹⁷⁴.

A resposta para a questão “como punir” liga-se aos critérios humanístico e utilitarista. É a confirmação dos princípios do respeito à pessoa humana e da pena mínima necessária, por meio dos quais se justifica a exclusão das penas desumanas e cruéis, a exemplo das penas de morte, bem como as corporais, infamantes, perpétuas e privativas de liberdade. Por intermédio da presente regra, outros princípios se vinculam, como o da proporcionalidade, da equidade e da certeza das penas¹⁷⁵.

Levando em consideração as respostas à pergunta “como punir”, Luigi Ferrajoli defende a descriminalização de certos delitos, como os de menor gravidade, como as contravenções, delitos puníveis exclusivamente com penas pecuniárias ou alternativamente, com outra privativa de liberdade, assim também os crimes de bagatela. Também os crimes que não sejam cometidos contra a pessoa humana e até mesmo aqueles outros que não chegam a gerar algum resultado danoso concreto, como o de perigo abstrato, a tentativa, a cogitação e a preparação. Uma solução para as contestadas agendas de políticas criminais que se utilizam de meios alternativos para racionalização do sistema penal, de discutível discricionariedade¹⁷⁶.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 297-310.

¹⁷³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 310-319.

¹⁷⁴ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁷⁵ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁷⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 383.

O problema do como proibir resolve-se por meio de normas regulativas, normas estas que, em matéria penal, diferentemente das constitutivas (que apenas estabelecem regras), regulam um comportamento, descrevendo os atos (comissivos e omissivos) capazes de gerar efeitos dentro da seara penal, tutelando assim a própria dignidade do homem, que deixa de ser punido em decorrência de alguma qualidade pessoal que tenha, mas por sua conduta ofender deliberadamente a ordem jurídica.

2.3 Os fundamentos do minimalismo penal

Segundo Luigi Ferrajoli explica, os fundamentos filosóficos do garantismo penal e do sistema de Direito Penal mínimo são encontrados na doutrina iluminista que defendeu a separação entre direito e moral, sendo as demais doutrinas, pré e pós-iluministas, para ele, exemplo de movimentos autoritários. Dentro dessa visão filosófica, o movimento garantista está atrelado à legalidade como fonte de legitimação interna do poder punitivo; porém, sustentando dois significados diferentes: o primeiro, em sentido alargado, ligado à produção da norma proibitiva, que incorpora critérios abstratos de avaliação ou reprovação externa; o segundo, em um sentido concentrado, trazendo a lei ao caso concreto, individualizando as condutas criminosas previstas na norma penal¹⁷⁷.

Portanto, para a doutrina garantista, enquanto o direito está adstrito ao princípio da legalidade (ou seja, delito é aquilo que for previsto como tal, de forma taxativa, pelas leis), a moral está atrelada às questões anteriores, de justificativas externas e com critérios diferentes dos jurídicos, ou seja, de caráter ético-político. Será delito, assim, aquilo que for proibido, e não aquilo que for reprovável. A legalidade, para a doutrina garantista, é um princípio-fonte para a legitimação interna; não externa, cuja questão da reprovabilidade ou não é apropriada e utilizada em momento anterior, o da elaboração das leis¹⁷⁸.

Dito de outra forma, o movimento do minimalismo penal acredita e defende que as questões ligadas ao direito e à moral sempre tiveram uma função, no plano das construções teóricas, de explicar o porquê de o Direito Penal, assim como as respostas filosófico-políticas dadas, relacionadas à justificação externa do Direito Penal, utilizar-se do que a doutrina garantista chama de princípios do sistema de garantias. Por meio dos princípios que compõem o chamado sistema de garantias, a doutrina garantista apresenta os parâmetros para se responder às perguntas relacionadas às razões internas do Direito Penal e Processual Penal (limites

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi – *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 185.

¹⁷⁸ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 186-191.

internos ou condições de validade ou de legitimidade interna das proibições legais), minimizando assim as “aberrações da autoridade social na proibição, na repressão e no processo, para que essa autoridade se mantenha nas vias da justiça e não se transforme em tirania”¹⁷⁹.

2.4 A justificação do Direito de Punir

É evidente que tanto a história das penas, mas também do próprio pensamento jurídico e filosófico em relação a elas são catastróficos. A primeira, em face das atrocidades cometidas em nome da justiça; e a segundo, pela sua defesa e, respetivamente, pelo silêncio sepulcral, a despeito dos males cometidos. De outro lado, também não há outro modelo que possa substituir o poder punitivo estatal, no que se refere à resposta que precisa ser dada aos delitos. É fato que as penas, apesar de todos os males já registados, ainda são um meio necessário para a prevenção dos novos delitos. Por intermédio delas, afirma-se ser possível dissuadir não apenas outros delitos, mas também a própria vingança privada, a conhecida justiça pelas próprias mãos¹⁸⁰.

Em outras palavras, não é porque as penas têm se mostrado inúteis, que deixam de ser necessárias para a inibição do crime, bem como para o cerceamento da justiça pelas próprias mãos. Luigi Ferrajoli, aliás, mostra essa importância, afirmando, todavia, a também importante qualificação e quantificação das penas, a fim de torná-las mais justas. Qualificar para resolver os problemas éticos-políticos dos limites da aflição penal em geral e quantificar para garantir a predeterminação legal das medidas das penas, no que se refere a cada tipo de delito, e da sua determinação judicial no que se refere a cada delito concreto¹⁸¹.

Todavia, a doutrina garantista também critica o que chama de “visão burguesa da pena” (própria da sociedade capitalista), que a enxerga como se mercadoria fosse, ou seja, com valor de troca, quando, na verdade, a questão precisa ser enfrentada dentro de uma relação pública, determinada pela autoridade, sem qualquer relação com o direito civil. Para a doutrina, a medida certa de uma pena está ligada à sua necessidade, conexa, portanto, às questões relativas à pergunta do “como punir”, já citada. Dentro dessa ótica, a pena deve ser, repita-se, não apenas necessária, mas também a mínima dentre as previstas em lei. Esta seria, portanto, a verdadeira

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi – *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 186-191

¹⁸⁰ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 311-312.

¹⁸¹ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 312.

humanização das penas para o garantismo penal, espírito este que surgiu lá atrás, durante o período iluminista, de respeito à dignidade humana¹⁸².

Diante das características mencionadas, chegam-se a dois critérios importantes para a quantificação e a mensuração das penas, pela visão da doutrina garantista (que em nada se iguala à criticada visão “burguesa” da pena): a necessidade da pena e a dignidade da pessoa humana¹⁸³. Com elas, excluem-se as penas “corporais e infamantes”, assim como também as penas de prisão “excessivamente extensas”. Por meio deles, enfim, vincula-se a pena a três qualidades sem as quais não se pode falar em respeito ao ser humano: igualdade, legalidade e pessoalidade. Em outras palavras, com uma execução penal igual para todos, com quantificação e mensuração (individualização) previstas em lei, e sem cunho pedagógico ou corretivo. Essa é a base doutrina garantista¹⁸⁴.

Excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinatória, a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, “não perverta o réu”: quer dizer, que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. E necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho - não obrigatório, senão facultativo - juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; que, por fim, seja promovida a abertura da prisão - os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. - não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos. É provável que tudo isso, ainda que necessário, resulte insuficiente para impedir a função perversa e crimínogena do cárcere: e isto [...] é um dos argumentos mais consistentes em favor da abolição da pena privativa de liberdade.

Dentro da teoria garantista (utilitarista reformada), a qualificação e a quantificação da pena, em relação ao delito cometido, devem ser realizadas pelo legislador e pelo magistrado, com base nos princípios da legalidade e da retributividade, bem como seus colorários, como os princípios da proporcionalidade, da equidade e da certeza das penas. A pena deve ocasionar um mal a quem cometeu o delito, mas não deve superar o mal cometido com este. Um critério ainda impreciso, que serve apenas para orientar legislador e magistrado; porém, a medida deixa de ser meramente “burguesa”, aproximando-se mais de um cálculo mais humanizado¹⁸⁵.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 315-317.

¹⁸³ Valor jurídico fundamental do Estado Democrático de Direito (a dignidade da pessoa humana), que não pode ser abandonado nem mesmo diante do cometimento de delitos (TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza – **A privação da liberdade como instrumento de ofensa à dignidade da pessoa humana**, p. 22).

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi – *Op. Cit.*, p. 319.

¹⁸⁵ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 320-323.

Como se viu, forte influência iluminista, sim, como já mencionado, porém, reformulada, já que o pensamento iluminista findou por transformar o modelo pré-moderno do juiz déspota, num juiz “boca da lei”, o que não foi acatado pelo garantismo penal ao defender que se o arbítrio do juiz era algo a ser extinto, também o seria a ausência total de discricionariedade judicial na valoração da gravidade do delito que surgiu com a Era Moderna. Segundo Luigi Ferrajoli, o abstrato princípio da igualdade legal seria não mais do que uma ausência de compreensão sobre a atividade jurisdicional e de sua indissociável função interpretativa (equitativa) do fato transformado em crime pela norma penal, gerando injustiças com a equiparação de situações fáticas diferentes¹⁸⁶.

Na visão garantista, a ausência de uma interpretação equitativa para a aplicação das penas traz grandes injustiças porque dois fatos criminosos “não são nunca totalmente iguais: serão diferentes, por singulares e irreptíveis os motivos e as modalidades da ação, a gravidade do dano, a intensidade da culpa, as eventuais razões ou justificações.” As circunstâncias de cada fato delituoso exigem do juiz o exercício da interpretação, conforme o princípio da igualdade, autorizada a “graduação equitativa da medida da pena para cada fato singular conotado, dentro dos limites máximos e mínimos (em qualquer caso sob os limites máximos) estabelecidos pela lei para a totalidade dos fatos nela previstos”¹⁸⁷.

Esse exercício de interpretação equitativa pelo juiz se mostra, dentro da ótica da teoria garantista, compatível tanto com o princípio da estrita legalidade das penas como com o princípio da divisão de poderes. A igualdade só é alcançada quando os fatos delituosos, mesmo sendo enquadrados na mesma hipótese normativa abstrata, forem dosados pelo exercício da jurisdição penal, no caso concreto, dentro dos vários critérios que delineiam o próprio tipo penal. Em outras palavras, ao juiz se exige vinculação total ao texto de lei e às provas para seu enquadramento ao caso em abstrato, sem margens para interpretações, porém, totalmente valorativo na aplicação da pena, dentro do caso concreto, “abertamente inspirado nos valores constitucionais”¹⁸⁸.

Dentro das bases da teoria garantista de Ferrajoli, portanto, as penas de morte, as penas pecuniárias, as penas de prisão excessivas (de longa duração) e as medidas alternativas às penas, bem como a alteração das penas na fase da execução são desprezíveis, porque não atentam para os princípios já mencionados e representam a face de um poder sem controle, que condena de

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 323.

¹⁸⁷ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁸⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 326.

forma exemplar e pune para disciplinar, reduzindo a pessoa a uma coisa, deixando-a nas mãos dos outros, atingindo, portanto, frontalmente, sua dignidade¹⁸⁹.

Diante de tudo que foi dito, Luigi Ferrajoli propõe, então, o fim das penas perpétuas, a redução das penas de prisão (tanto em relação às possibilidades de aplicação como em relação ao tempo), com vistas à sua progressiva superação, a transformação das medidas alternativas em penas propriamente ditas (utilizadas tanto para delitos mais leves quanto na condição de penas acessórias), e, na fase executiva, a transformação dos benefícios, tratados como prêmios, em direitos, afinal, é a certeza das penas que as torna mais justas, porque é “parte integrante e essencial desse programa de minimização a garantia de certeza da duração da pena, que é em si mesma um fator de mitigação da execução penal. Sobretudo porque dela depende a liberdade interior do condenado frente ao arbítrio, que é um elemento essencial do bem-estar, bem como a dignidade pessoal do condenado”¹⁹⁰.

Apesar das propostas de Ferrajoli, o sistema de justiça segue pelo século XXI punindo o delinquente na condição de inimigo da sociedade, por meio das penas de prisão, aumentando tanto o tempo de encarceramento quanto as possibilidades de sua aplicação, embora nenhum dado concreto tenha sido capaz de comprovar suficientemente que os “os fins justos podem justificar meios injustos”¹⁹¹. O aumento da população em situação de restrição de liberdade, então, trouxe para o século atual outros desafios ao sistema de justiça criminal, dentre eles o mais cruel, a superpopulação carcerária.

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 327-328.

¹⁹⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 329.

¹⁹¹ TAVARES, Juarez – **Reflexões sobre a relação “violência e criminalidade”**, p. 355.

3 OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI E A RACIONALIDADE PENAL CONTEMPORÂNEA

a criminalidade não decresceu, as prisões ficaram cada vez mais sobrelotadas, o sistema judiciário tornou-se mais moroso, o clima dentro das prisões piorou visivelmente e a motivação profissional do pessoal diminuiu.¹⁹²

Entre os séculos XVIII e XXI, a humanidade experimentou modelos diferentes de Estado, passou por duas guerras mundiais (cujo contexto de reconstrução é bastante conhecido)¹⁹³; estabeleceu direitos fundamentais universais para a pessoa humana por meio da Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana¹⁹⁴; vivenciou movimentos não-democráticos; passou a conviver com a globalização, a *Internet*,¹⁹⁵ a transformação digital¹⁹⁶ - formas diferentes de defesa e controle social (conforme os riscos/ameaças inerentes à dinâmica social de cada época)¹⁹⁷ -, e, por último, desde 2020, vem sofrendo os efeitos de uma grande pandemia ocasionada pelo SARS-CoV-2¹⁹⁸, que tanto infetou como matou milhões de pessoas ao redor do mundo com a Covid-19^{199 200}.

Durante todo esse período, os sentimentos de humanidade foram colocados à prova em diferentes ocasiões, e nessa busca incessante da humanização, constituições foram escritas, direitos humanos foram internacionalizados, pactos foram subscritos²⁰¹, mas o poder punitivo hodierno mostra-nos que as palavras de Boaventura de Sousa Santos (bem atuais) encaixam-se também quando o assunto levado à debate é sistema de justiça penal: “Somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (igualdade, liberdade, fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas. Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de Estados democráticos civilizados por sociedades fascinantes em que os índices de desenvolvimento são

¹⁹² RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 39.

¹⁹³ LOWE, Keith – **Continente Selvagem: o caos na Europa depois da segunda guerra mundial**, p. 9-16.

¹⁹⁴ PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 68-79.

¹⁹⁵ GUERRA, Sidney – **Curso de direitos humanos**, p. 258.

¹⁹⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan – **Era digital e o processo penal brasileiro: busca de uma nova gramática**, p. 615-617.

¹⁹⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 631-632.

¹⁹⁸ ONU News – **Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia**. [Em linha]. [Consult. 09 mar. 2023]. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>.

¹⁹⁹ OSORIO, Fernanda Correa; MACHADO, Mateus Martins; FUSINATO, Júlia Tormen – **Sociedade de risco e seus reflexos contemporâneos no ordenamento jurídico brasileiro: pacote anticrime**, p. 631-635.

²⁰⁰ ONU News – **Excesso de mortalidade associado à pandemia de COVID-19 foi de 14,9 milhões em 2020 e 2021**. [Em linha]. [Consult. 09 mar. 2023]. Disponível em <https://www.paho.org/pt/noticias/5-5-2022-excesso-mortalidade-associado-pandemia-covid-19-foi-149-milhoes-em-2020-e-2021>.

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia – **Op. Cit.**, p. 68-79.

acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão social e degradação ecológica”²⁰².

Não obstante as construções doutrinárias humanizadas do final do século XX, mesmo estando claro que o Direito Penal real está distante do ideal, promovendo injustiças e desigualdades, a sociedade avança pelo século XXI, clamando por mais endurecimento do poder punitivo, enquanto o Estado, ouvindo o clamor social (cada vez mais forte em razão da evolução dos meios de comunicação), segue com um discurso populista²⁰³, socorrendo-se da lei penal como único recurso de controle social²⁰⁴, independentemente da complexidade do delito, prendendo e castigando cada vez mais, em nome de uma segurança que nunca chega, e cujos resultados se mostram sempre negativos, a atestar diariamente que os fins idealizados para as penas são inatingíveis. A história mostra que a evolução social e a realidade vivida em cada momento da história revelam como a sociedade trata o Direito Penal e o Direito Processual Penal²⁰⁵.

O modelo de Direito Penal da máxima opressão, como já descrito, assombra os sistemas de justiça e carcerário pós-moderno²⁰⁶, não só dos países em desenvolvimento (como o Brasil), mas também dos mais evoluídos (como Portugal), a demonstrar o quão perniciosas podem ser teorias justificadoras que apenas legitimam o horror demonstrado pelos números e como são necessárias alternativas ao modelo punitivo, em plena vigência.

David Garland explica com maestria porque o movimento de enrijecimento do Direito Penal se fortaleceu na sociedade contemporânea. Segundo afirmou, o movimento político populista de redramatização do crime fez desaparecer o discurso da pessoa delinquente em situação de vulnerabilidade e, em seu lugar, fazendo inserir imagens e retóricas estereotipadas em torno de predadores perigosos e criminosos reincidentes, potencializando um fenómeno de revolta coletiva na sociedade que, esgotada por viver dominada pelo medo, pressiona o Estado a adotar medidas contundentes, de punição e proteção²⁰⁷.

²⁰² SANTOS, Boaventura de Sousa - **Para uma revolução democrática da justiça**, p. 06.

²⁰³ Discurso que explora o senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito e pelo medo do delito, para conquistar o consenso ou o apoio da população para a imposição de mais rigor penal (mais repressão e mais violência), como “solução” para o problema da criminalidade. É a busca do consenso ou do apoio popular para a legitimação das medidas repressivas cada vez mais duras (GOMES, Luiz Flávio – **Teoria geral do populismo penal**, p. 12).

²⁰⁴ WUNDERLICH, Alexandre; CAVALCANTI, Fabiane da rosa - **Populismo Penal e descriminalização**, p. 132-133.

²⁰⁵ OSORIO, Fernanda Correa; MACHADO, Mateus Martins; FUSINATO, Júlia Tormen – **Sociedade de risco e seus reflexos contemporâneos no ordenamento jurídico brasileiro: pacote anticrime**, p. 631.

²⁰⁶ TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza – **A privação da liberdade como instrumento de ofensa à dignidade da pessoa humana**, p. 24.

²⁰⁷ GARLAND, David – **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**, p. 41-54.

Esse novo discurso consegue inverter a tendência de recuo das taxas de encarceramento testemunhadas nas últimas décadas do século XX, consolidando o novo discurso dos inimigos – agora designados “racionais, refratários aos mecanismos de inibição e totalmente responsáveis por seus atos criminosos”, fazendo o ideal da reabilitação do século XX declinar e os antigos objetivos penais (da retribuição, neutralização e gerenciamento de riscos) retornarem²⁰⁸.

David Garland chama o novo movimento de “teorização do controle” e “criminologia da vida cotidiana”, responsável por difundir o problema da delinquência como um problema de controle inadequado: “As teorias de controle partem de uma visão muito mais obscura da condição humana. Elas preceituam que os indivíduos são fortemente propensos a assumir condutas egoístas, anti-sociais e criminosas a menos que sejam inibidos de fazê-lo por controles robustos e eficazes, e recorrem à autoridade da família, da comunidade e do Estado para sustentar restrições e inculcar controle”²⁰⁹.

Em resumo, a nova tendência retórica, ao engrossar os discursos políticos populistas nas últimas duas décadas, gerou medo e pressão popular (unindo os diversos atores da sociedade civil, dos setores público e privado) pela construção de políticas governamentais de endurecimento do sistema criminal, as quais, conseqüentemente, resvalaram no recrudescimento e no retorno de um Direito Penal retributivo e intimidador. Dentro desta nova abordagem, estabeleceram-se novas fronteiras na medida em que “interesses comerciais passaram a desempenhar um papel no desenvolvimento e produção de políticas penais, de uma forma que seria impensável há vinte anos”²¹⁰.

Estudos mostram que o processo de modernização testemunhado nas últimas décadas do século passado pela sociedade pós-moderna, diverso do que se acreditava, não conseguiu tornar mais racionais nem dotar de maior civilidade as políticas criminais de controle do crime, tampouco a justiça criminal²¹¹, mais parecendo, pelo aceno de sentimentos punitivos que reverberam nos últimos vinte anos, ter “engatado a ré”²¹².

E assim o Estado de direito ideal, teorizado e formalmente estabelecido pela lei, é engolido por um Estado de direito da realidade, submetido a modelos de controle materiais sem legitimidade, preparados para punir o inimigo – em regra os estranhos, especialmente os pobres

²⁰⁸ GARLAND, David – **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**, p. 60-62.

²⁰⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 61.

²¹⁰ *Idem* – **Ibidem**.

²¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César – **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**, p. 8.

²¹² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 41-54.

e os miseráveis –, o que se agrava ainda mais com políticas internacionais beligerantes restritivas, que minimizam direitos e conquistas universais. A constatação é antiga, mas também atual²¹³.

O Direito Penal real, apesar dos movimentos humanistas contrários, mantém sua face mais hostil, opera com agressividade e trata o “inimigo” da sociedade de forma discriminatória, neutralizante e eliminatória, negando-lhe uma condição de pessoa, tratando-o como coisa ou como ente “criminoso”, enquanto o discurso teórico, do saber, em regra, o legitima. Essa percepção também é contemporânea²¹⁴.

Em qualquer contexto, até mesmo nos Estados totalitários, o caminho não pode ser outro para um Direito Penal opressor, controlador e agressivo, que busca impor uma segurança social a todo custo, senão a inoperabilidade, a ausência de funcionalidade e o estabelecimento de uma tensão permanente, entre o ideal e o real, entre a legalidade e as políticas criminais. O resultado não pode ser pior: inflação legislativa, ineficiência, congestionamento processual e dificuldade de se estabelecer uma gestão racional para o sistema²¹⁵.

A situação só piora, tendo em conta fatores como: a intensificação do fenómeno do populismo midiático²¹⁶; a massificação das prisões (cautelares e definitivas)²¹⁷; o surgimento e expansão da nova criminalidade organizada²¹⁸; a ausência de interesse por parte de teóricos e práticos com a fase pós-conhecimento do processo penal²¹⁹; a inaptidão do Estado para impedir a não dessocialização do agente; a desconsideração dos interesses da vítima na reparação em sentido lato; e a incapacidade da justiça penal para assegurar a segurança e a pacificação de comunidades com índices de criminalidade frequentemente crescentes²²⁰.

Porém, dentre todos os fatores apontados, dois parecem ser os maiores desafios da contemporaneidade no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, diante do antagonismo que apresentam entre si, a saber, a superlotação carcerária e o crescimento da nova criminalidade organizada. De um lado, a exigir uma solução para o problema do excesso de prisões, e, de outro, a cobrar um combate eficaz às organizações criminosas e suas diversas faces

²¹³ ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 159-188.

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **A destruição do direito penal**, p. 115.

²¹⁵ FERNANDES, Fernando – **O processo penal como instrumento de política pública**, p. 95-97.

²¹⁶ É um processo cognitivo da construção de uma realidade, tendo a mídia como agente principal (ALMEIDA, Débora de Souza de – **Populismo midiático**, p. 83).

²¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder – **O fundamento dos direitos humanos**, p. 282.

²¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – *Op. Cit.*, p. 329-330.

²¹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda – **Novo olhar sobre a questão penitenciária**, p. 8.

²²⁰ SANTOS, Cláudia Cruz – **O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidade**, p. 8.

(“delinquência económica, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas, tráfico internacional de drogas, criminalidade dos bancos internacionais –, enfim, crimes de colarinho branco”), o que por sua vez exige um “arsenal de novos instrumentos” e mais prisões, muitas vezes, inclusive, mediante o abandono de direitos fundamentais, não obstante se tratar de conquistas históricas da humanidade²²¹.

Tanto o excesso de prisões como o excesso de combate ao crime geram, em última análise, também, aquilo que parece ser a maior de todas as crises, a da legalidade, a da sujeição do Estado e suas instituições internas às leis. Quanto mais se pune, quanto mais se expande o Direito Penal, mais distante o mundo ideal fica do mundo real²²².

3.1 A criminalidade organizada

A história mostra que nos séculos XVII e XVIII já se tinha ciência da existência de criminosos organizados e estáveis, muitas vezes contando com redes de apoio inclusive de alguns Estados, muito comumente para o cometimento de atos de pirataria. Já nos séculos XIX e XX foi possível sentir o crescimento e a expansão de outra espécie de criminalidade, a máfia, especialmente na Itália, China, Japão e EUA²²³.

Cesare Lombroso, aliás, já descrevia as associações criminosas “como um dos fenômenos mais importantes do triste mundo do crime”, não apenas porque potencializa a própria associação, mas também porque tem a força de um “fermento maléfico”²²⁴. E mesmo Sutherland, ao fazer uma crítica à criminologia positivista, também abordou mais tarde o assunto, ao tratar dos crimes do colarinho branco, segundo a teoria que chamou de “associação diferencial”²²⁵.

No século atual, observam-se o nascimento e a expansão de uma criminalidade organizada com identidade multifacetária, aí incluídas, especialmente, as máfias já citadas mais a russa, os cartéis colombiano e mexicano e as organizações criminosas brasileiras, dentre eles,

²²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César – **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**, p. 8.

²²² *Idem* – *Ibidem*.

²²³ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio – **Criminalidade organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias**.

²²⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva – **Crime organizado: a racionalidade penal do século XXI**, p. 86.

²²⁵ MELO, Tatiana Socoloski Perazzo Paz de; MELO, Aquiles Perazzo Paz de – **Direito penal econômico: especificidades, diferenças em relação ao direito penal clássico e a prevenção dos crimes de colarinho branco**, p. 133-134.

o novo Cangaço (cuja origem advém de meados do século XIX, no Nordeste brasileiro)²²⁶, o Primeiro Comando da Capital (PCC), no Estado de São Paulo, e o Comando Vermelho (CV), no Rio de Janeiro, esses dois últimos nascidos nas últimas décadas daquele mesmo século XIX^{227 228}.

As transformações políticas, sociais e culturais da década de 1970 acabaram remodelando as relações humanas (tanto destruindo antigas instituições como produzindo outras tantas novas, assim como reconfigurando padrões éticos e morais), só percebidas depois de instalada a revolução histórica decorrente da globalização. Com a criminalidade organizada não foi diferente. Ela aproveita os efeitos da globalização e da *Internet* para também expandir e evoluir, de organizações criminosas nacionais para transnacionais²²⁹.

A evolução e a modernização da criminalidade organizada, vistas no transcorrer do século XXI, comparadas às organizações criminosas do século anterior²³⁰, decorreram, portanto, da evolução da própria sociedade, a partir da evolução e expansão dos meios de comunicação e transporte²³¹, assim como da transformação dos métodos de processamento de dados²³²:

O uso de tecnologias (dinheiro eletrônico e virtual, expansão da indústria de transferências eletrônicas, serviços de rastreamento via satélite, comércio virtual, a miniaturização dos computadores, a revolução da telefonia, a digitalização de textos, sons e imagens), conheceu enorme impulso na era do chamado capitalismo financeiro estimulando o crescimento dos fluxos financeiros entre os países. O uso de tecnologias tornou-se também poderoso aliado do comércio ilícito (NAÍM, 2006, pp. 22-25; ZIEGLER, 2003, p. 40). Tais facilidades tecnológicas, que acabaram por revolucionar a economia mundial, foram um prato cheio para as atividades dos empresários que lidam com as mais diversas mercadorias ilícitas, possibilitando-lhes lavar o dinheiro obtido dessa forma, com chances remotas de serem identificados, tal o fluxo das movimentações financeiras que cortam todo o globo.²³³

²²⁶ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio – **Criminalidade organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias**.

²²⁷ DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes – **A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**, p. 6-20.

²²⁸ *Idem* – **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência**, p. 83-84.

²²⁹ *Idem* – **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**, p. 65-66.

²³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César – **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**, p. 8.

²³¹ “O mundo não está apenas mudando, mas sim se metamorfoseando, o que implica uma transformação muito mais radical, diante da qual as velhas certezas dão lugar a algo inteiramente novo” (GIACOMOLLI, Nereu José; GIACOMOLLI, Felipe Mrack – **Utilização da inteligência artificial na decisão judicial**, p. 1020).

²³² MENDRONI, Marcelo Batlouni – **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**, p. 5.

²³³ DIAS, Camila Caldeira Nunes Dias – **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**, p. 66.

A sociedade contemporânea, portanto, a par de todo o remodelamento por que passou no decorrer das últimas três décadas do século anterior, presencia, assim, não apenas a origem e a expansão de uma nova criminalidade, mas também da própria construção doutrinária sobre o crime de organização criminosa: “[...] não é apenas um fenômeno da realidade que decorre exclusivamente da inovação do crime pelos sujeitos criminosos; antes e também, é uma inovação conceitual do crime pelos sujeitos penais; é uma construção teórica. Ele decorre de uma nova perspectiva de compreensão criminológica da criminalidade e de sua resposta político-crimal que se vai aglutinar em novas categorias de um direito penal, cuja tradição jurídico-científica liberal se vê aos poucos confrontada por uma crítica comunitarista renovada que adere a um programa político-metodológico internacionalista”²³⁴.

No século XX a criminalidade organizada contava com outros contornos, em especial, ausência de objetivos políticos; hierarquia; participação definida a partir de qualidades individuais específicas; rede paralela de padrões e regras comportamentais; perpetuação por meio de constante agregação de novos membros; impunidade garantida pelo uso da força e da corrupção; especialização e divisão das tarefas; monopólio das atividades ilícitas, objetivando a hegemonia e comando por meio de normas e regras pré-estabelecidas²³⁵.

A partir do século XXI, o crime de organização criminosa passou por uma redefinição conceitual, muito provavelmente incentivada pela Convenção de Palermo de dezembro de 1999, quando se firmou a convicção de que o problema não era só real, mas grave, e precisaria ser combatido mediante uma cooperação internacional. Na ocasião, 124 países assinaram o acordo, tendo sido suplementada por outros três protocolos (de contrabando de pessoas, especialmente mulheres e crianças; de contrabando de imigrantes por terra, ar e mar; e de fabricação ilegal e o tráfico de armas de fogo, inclusive peças, acessórios e munições)²³⁶.

Por meio dela, explicou-se o fenômeno pela comercialização de ilícitos como eixo central da sua definição, passando a ser visualizada em redes difusas e fluidas de atuação econômica; o que não significa dizer, porém, que a concepção clássica tenha sido abandonada, já que, no campo da criminologia, ainda é possível identificar o crime do colarinho branco, cujos integrantes dispõem de posição social vantajosa e respeitabilidade no meio em que se encontram inseridos²³⁷.

²³⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva – **Teorização da criminalidade organizada: contributos para uma discussão científica**, p. 362.

²³⁵ WERNER, Guilherme Cunha – **Cleptocracia: corrupção sistêmica e criminalidade organizada**, p. 23.

²³⁶ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio – **Criminalidade organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias**.

²³⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 25.

As organizações criminosas do século XXI são formadas por uma criminalidade oculta, dissimulada e impercetível, coberta pelo manto de uma aparente legalidade. Por essa nova conceção, também, a corrupção ganha novos contornos. Abandona a posição inicial, de atividade subsidiária, voltada para garantir a perpetuação da atividade criminosa principal da organização, e ganha vida própria, tornando-se o objetivo principal no mundo político, por meio de práticas de desvios e malversações dos recursos públicos, da confusão entre património público e privado²³⁸.

Enfim, o conceito jurídico-penal contemporâneo é formado a partir da sistematização dos seguintes componentes²³⁹: estruturas ordenadas; carácter racional de exploração dos mercados ilícitos; foco na obtenção de vantagem ilícita; e ampliação do campo de atuação, para além das fronteiras nacionais.

Dentro desse novo conceito, a corrupção adquire uma característica de interdependência do público [representado pela administração, compreendendo tanto servidores públicos pertencentes à burocracia de carreira (concursados ou nomeação) como agentes políticos e sua máquina eleitoral], e o privado [representado por empresários e cartéis], por intermédio de pessoas capazes de estabelecer o contato entre ambos, diminuir os riscos e transferir os proveitos da operação, ou seja, garantindo o cumprimento dos acordos e possibilitar a ocultação dos ganhos²⁴⁰.

Ainda dentro do conceito acima – muito possivelmente em decorrência da classificação estabelecida pela própria ONU (a partir da convenção de Viena), que dividiu as condutas criminosas conforme sua especialidade (coisas ilícitas, serviços ilícitos e infiltração em negócios e governo) –, é possível, hoje, inserir como principais atividades das organizações criminosas delitos dos mais diversos, como tráfico de entorpecentes; extorsão; tráfico de armas; corrupção; fraude e falsificação; ameaça e agressão; atentados; exploração de jogos de azar e prostituição; furto; roubo; *cybercrime* e terrorismo²⁴¹, sendo a lavagem de dinheiro uma nota característica, por meio do investimento em atividades legítimas, e uma posição social relevante, por força do poder económico²⁴².

Outra parte da doutrina, tomando por base central conceitos criados pela Convenção de Palermo, define a criminalidade organizada pelas seguintes características: infiltração dos seus

²³⁸ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio – **Criminalidade organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias**, p. 26.

²³⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 27.

²⁴⁰ WERNER, Guilherme Cunha – **Cleptocracia: corrupção sistêmica e criminalidade organizada**, p. 38.

²⁴¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 57-82.

²⁴² SANCTIS, Fausto Martin de – **Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**, p. 12.

agentes no Estado, corrompendo-os ou aliciando-os; alcance difuso, atingindo vítimas indeterminadas; baixa visibilidade dos danos que ocasiona; alto grau de operacionalidade; velocidade na realização dos atos criminosos; grande capacidade de adaptação; com estrutura flexível e descentralizada; e com facilidade para se associar com outras organizações criminosas, inclusive fora do país onde atua, para consecução de seus objetivos²⁴³.

No entanto, Manuel Valente alerta que esse conceito da criminalidade organizada é, no plano jurídico, “confuso” e “difuso”, espelhando a própria dinâmica global da sociedade contemporânea, que associa as atividades ilícitas dos mais diversos grupos criminosos (associação criminosa, terrorismo, bando etc) à criminalidade organizada, e propaga esta associação pelos meios de comunicação social em massa, causando grave temor coletivo, proliferando assim uma “política do medo e da incerteza ou da ameaça”²⁴⁴.

Para o autor, o problema dessa dinâmica desfocada é o seu efeito, que causa, na sociedade, uma visão igualmente desfocada, a igualar os desiguais, promovendo uma “esquizofrenia legislativa interna”, que a nada mais serve senão para semear o medo e colocar a sociedade em sobressalto, a acreditar numa ameaça difusa e sem controle e a legitimar uma devassa ampla dos direitos e liberdades fundamentais, perdendo assim o foco da verdadeira criminalidade organizada²⁴⁵. Nas palavras de Manuel Valente:

Esta aceção coloca em cima da mesa os efeitos negativos da globalização e glocalização desregulada, cujo efeito real se manifesta na desfocagem social [deixa de haver uma axiologia conceitual social – “desaparece a distinção entre inimigo e amigo, soldado e civil, guerra e paz” (Beck)], na desterritorialização das ameaças [criminalidade organizada e terrorismo globalizam--se, organizam-se e interligam-se por meio das novas tecnologias (Beck)] e na desfocagem ou liquidificação dos perigos [toda a criminalidade associada a estes fenómenos tem vários atores, em vários tempos e vários espaços e com vários objetos de trabalho ilícito – tráfico internacional de droga, de armas, de seres humanos, de órgãos humanos, corrupção, branqueamento de bens – e outros fenómenos naturais como alterações climáticas que se expressam diariamente (Beck)].²⁴⁶

É, ao bem da verdade, um instrumento político-legislativo de “discurso fácil”, que termina por massificar as condutas criminosas e fortalecer ainda mais o Direito Penal do autor/inimigo (contrário à influência do iluminismo penal e, portanto, do Direito Penal do fato e do garantismo penal), servindo, ao fim e ao cabo, para favorecer abusos na investigação

²⁴³ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio – **Criminalidade organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias**.

²⁴⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional**, p. 134.

²⁴⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 134-135.

²⁴⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 134.

criminal, assim como também o aumento do controle social, retirando enfim “a fundamentação de que se precisa alterar a teoria da lei penal ou a teoria do crime, e ainda os meios persecutórios – pressupostos materiais e formais –, para melhorar a prevenção e a repressão dessa criminalidade”²⁴⁷.

Segundo o autor, dentro da teoria do garantismo penal, criminalidade organizada é o mais próximo dos ensinamentos de Winfried Hassemer, ou seja, um fenómeno mutável (próprio “de uma sociedade líquida e do risco”), integrando tendências sociais, económicas, políticas e jurídicas conforme a dinâmica que se apresenta em um determinado tempo e espaço; cujas vítimas (diretas) não são determináveis e identificáveis; com ações que se desenvolvem por meio da intimidação das vítimas mediatas (visíveis) e permitem uma atuação plurilocalizada e disfarçada, atuando mediante simulação²⁴⁸.

E mais próximo porque, como se disse, a evolução conceitual acompanha a evolução da própria criminalidade organizada. O conceito sugerido acima foi construído há 20 anos. Atualmente, por exemplo, é possível identificar e separar a criminalidade organizada violenta, da não violenta, bem como explicar essa última por suas principais características (similares, mas não idênticas, à primeira), quais sejam, intangibilidade e impenetrabilidade; invisibilidade de seus agentes principais; indeterminabilidade das vítimas; e elevada lesividade. Dado o entrelaçamento de seus integrantes com o próprio Estado, os operadores judiciais não conseguem alcançá-los com tanta facilidade (sendo mesmo impossível em alguns casos). Além do mais, seus agentes principais conseguem ficar invisíveis exatamente por serem operadores estatais ou com eles estarem entrelaçados. Ademais, dado o objeto do crime, difuso, as vítimas consequentemente também são difusas. Por derradeiro, por atingir uma massa incalculável de vítimas, sua lesividade pode ser classificada como de alto potencial²⁴⁹.

Enfim, de tudo o que foi dito, é possível se chegar à constatação de que a criminalidade organizada renasce no século XXI (a partir de uma roupagem diferente da utilizada pela criminalidade organizada do século anterior), que se aproveitou de eventos significativos como a globalização e a *Internet* para se reinventar. De outro bordo, as organizações criminosas contemporâneas também passaram a ser enfrentadas, no âmbito da criminologia e da política criminal, a partir de uma visão comunitarista global, ou seja, “com base em um paradigma

²⁴⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional**, p. 136-138.

²⁴⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 145-146.

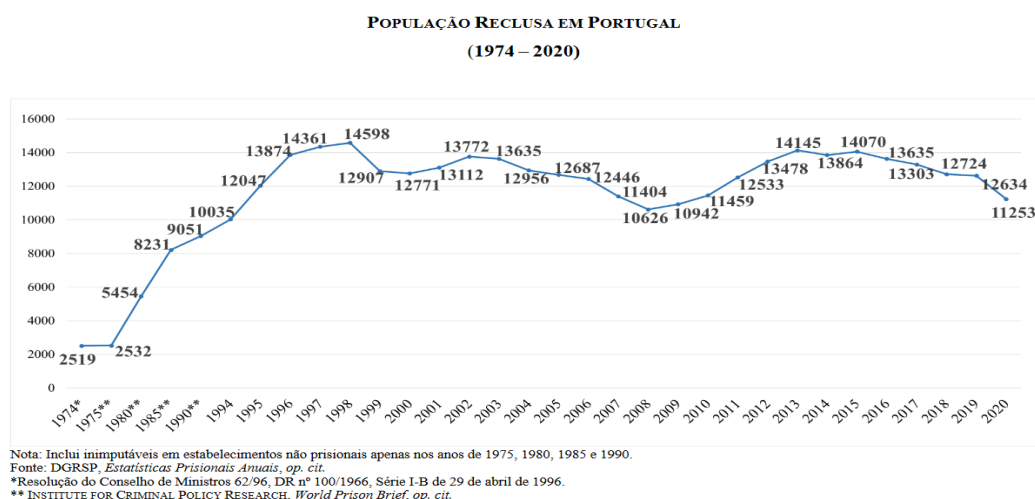
²⁴⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 148-149.

sistêmico de pensamento ético que prioriza a defesa da coletividade em detrimento do valor do indivíduo”²⁵⁰.

3.2 As prisões no século XXI

Os inúmeros estudos e relatórios oficiais apresentados ao longo deste trabalho soam o alarme da grave crise que o sistema de justiça criminal contemporâneo passa na atualidade, permitindo refletir sobre o quão necessário é o repensar a justiça consensual e as portas que podem ser abertas por meio dela, para torná-la mais justo, frente a imensa dificuldade de se mudar o discurso do ódio no Direito Penal.

Os números oficiais de Portugal e do Brasil comprovam a grave crise denunciada pelos doutrinadores. Em Portugal, as estatísticas acendem um alerta²⁵¹. O país chegou em 2020 com pouco mais de 11 mil pessoas encarceradas (destas, quase 20% eram presos preventivos) e um déficit de quase 500 vagas (o segundo menor número, desde 1999). Sua taxa de encarceramento foi de 109,3 por 100 mil habitantes, enquanto a taxa de ocupação geral ultrapassou os 87%. Além do mais, a série histórica da população reclusa em Portugal demonstra certa estabilidade nos números, sem um decréscimo significativo em relação ao início da contagem, na década de 1970, embora com uma pequena melhora quando comparado aos dados dos últimos 10 anos.



Fonte: ISHIY, Karla Kayumi - **Estatísticas prisionais portuguesas**, p. 5.

²⁵⁰ PEREIRA, Eliomar da Silva – **Crime organizado: a racionalidade penal do século XXI**, p. 59.

²⁵¹ ISHIY, Karla Kayumi - **Estatísticas prisionais portuguesas**, p. 4-27.

Outro dado bastante preocupante é o índice de mortalidade por suicídio, que em 2019 foi de 28%, o quarto maior desde 1999. A taxa de suicídio nos presídios de Portugal, medida a cada grupo de 100 mil habitantes, foi de 186,6%, enquanto a da população geral foi de apenas 9,5%²⁵².

Esses números, quando comparados aos números dos outros países integrantes do Conselho da Europa, revelam uma posição nada favorável de Portugal, por exemplo, o de se achar, de um total de 49 países, na 37.^a posição do *ranking* de população reclusa (o 13.^o país com maior número de população reclusa), na 32.^a posição do *ranking* relativo à taxa de encarceramento (o 18.^o país com maior índice de encarceramento), e na 35.^a posição no que se refere à taxa de ocupação (o 16.^o pior índice de ocupação)²⁵³.

Não menos preocupante é a atual posição de Portugal em relação aos outros 26 países que compõem a União Europeia. De um total de 27 países, esse país ocupa a 19.^a posição no que se refere à população reclusa e à taxa de encarceramento (o 9.^o país com o maior número de pessoas reclusas e a maior taxa prisional), bem como a 16.^a posição em taxa de ocupação (o 12.^o com maior taxa de ocupação)²⁵⁴. Em relação à taxa de suicídio, a posição de Portugal também não é nada feliz, quando comparada aos países que fazem parte do Conselho da Europa (o 19.^o em número de mortes decorrentes de suicídio)²⁵⁵.

No Brasil, os números são avassaladoramente piores. Em 2014, já se noticiava uma população carcerária formada por 622 mil presos (40% provisórios), atrás apenas dos EUA, China e Rússia. Os dados apresentaram o sistema prisional brasileiro daquele ano com a 6.^a maior taxa de encarceramento (300 presos para cada 100 mil habitantes) de toda sua série histórica (duas vezes maior do que a média mundial, que é de 144 presos por 100 mil habitantes), com um incremento anual de 7% de novos presos, formados na sua maioria por homens jovens, negros e com baixa escolaridade²⁵⁶.

Os dados oficiais brasileiros também indicam que, do início da década de 1990 para 2014 (intervalo de 25 anos), o número de presos praticamente quintuplicou e gerou um déficit de vagas que exigia o aumento de 50% do número de celas existentes; só entre 2000 e 2014, o aumento da população foi acima de 167%²⁵⁷.

²⁵² ISHIY, Karla Kayumi - **Estatísticas prisionais portuguesas**, p. 49-52.

²⁵³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 54-56.

²⁵⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 57-59.

²⁵⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 62.

²⁵⁶ DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional – **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. [Em linha]. 2014, p. 6-20. [Consulta em 14 mar. 2023.] Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2014.pdf>

²⁵⁷ *Idem* – **Ibidem**.

A crise do sistema penitenciário brasileiro é tão crônica que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil²⁵⁸, reconheceu, em 09 de setembro de 2015, por meio da medida cautelar pleiteada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347, o estado de coisas inconstitucional pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos, não apenas em razão do quadro de superlotação carcerária, mas também pelas condições degradantes das prisões brasileiras, que redundou na responsabilização, por ações e omissões, dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Esse foi um marco para a justiça brasileira na defesa dos direitos das minorias e excluídos, conforme retratado pelo relator, hoje aposentado, o Ministro relator Marco Aurélio de Melo: “Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar”²⁵⁹.

Na ocasião, o sistema carcerário chegou a ser comparado às masmorras medievais, de tão grave a situação percebida, em que boa parte dos prisioneiros era continuamente exposta às mais deploráveis condições decorrentes de toda sorte de desumanidades, conforme se depreende da seguinte passagem: “[...] superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual”²⁶⁰.

A deplorável situação carcerária, segundo consta da decisão proferida, foi confirmada pelo próprio Parlamento durante uma investigação sobre a crise do sistema penitenciário brasileiro, realizada por meio de uma Comissão Parlamentar de Inquérito criada para esse fim,

²⁵⁸ “O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição da República” (**Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>).

²⁵⁹ AURÉLIO, Marco Relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com o n.º ADPF 347 MC/DF**, de 09 de setembro de 2015, p. 4. [Em linha]. [Consulta em 16 fev. 2022]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf.

²⁶⁰ *Idem - Ibidem.*

conforme se observa do seguinte trecho retirado da decisão proferida no STF: “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”²⁶¹.

Consta da referida decisão judicial que outras inspeções foram realizadas, inclusive pelo próprio CNJ, e também demonstraram a situação vexatória do sistema punitivo brasileiro, como presos convivendo espremidos, em pé, em celas abarrotadas e se revezando para dormir, sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, em condições salubres mínimas, em instalações inadequadas à existência humana, com estruturas “hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação, representando perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas”, além de áreas comuns de banho de sol dividindo espaço com esgotos abertos, pelos quais escorrem urina e fezes. Nem mesmo condições de acesso à água ou à alimentação de mínima qualidade, segundo atestou-se, eram oferecidas aos detentos.

Os relatórios, aliás, descrevem que os alimentos são oferecidos já azedos ou estragados, e os presos se alimentam, em alguns casos, com as próprias mãos ou em sacos plásticos. Mas a catástrofe não para por aí:

Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.

Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha.

Quanto aos grupos vulneráveis, há relatos de travestis sendo forçados à prostituição. Esses casos revelam a ausência de critério de divisão de presos por celas, o que alcança também os relativos a idade, gravidade do delito e natureza temporária ou definitiva da penalidade.

O sistema como um todo surge com número insuficiente de agentes penitenciários, que ainda são mal remunerados, não recebem treinamento adequado, nem contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias atribuições.

O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro.²⁶²

²⁶¹ AURÉLIO, Marco Relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com o n.º ADPF 347 MC/DF**, de 09 de setembro de 2015, p. 4. [Em linha]. [Consulta em 16 fev. 2022]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf.

²⁶² *Idem* – **Ibidem**.

A conclusão do STF não poderia ter sido outra além da constatação de uma violação generalizada de direitos individuais e atentatória à dignidade, à higidez física e à integridade psíquica, um tratamento verdadeiramente degradante, ultrajante e indigno, que transforma penas de prisão em penas cruéis e desumanas; e, presos, em lixo, a quem se nega o próprio direito à existência segura e salubre. Uma realidade que ofende não apenas a Constituição ou a Lei de Execução Penal, mas também várias regras internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Para o STF, restou claro não haver espaço no sistema carcerário brasileiro para a ressocialização dos presos; muito pelo contrário, as diversas atrocidades confirmadas pelos ministros, à unanimidade “[...] implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em ‘monstros do crime’. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”²⁶³.

Não obstante o significado do julgamento da ADPF n.º 347, fato é que quatro anos depois da declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro pelo STF, o Brasil chegou à infeliz marca dos 755 mil presos (dentre eles, quase 30% de pessoas encarceradas sem uma sentença judicial sequer proferida), e a uma taxa de encarceramento acima de 359 presos para cada 100 mil habitantes. Nesse período, havia um déficit de quase 313 mil vagas²⁶⁴.

Os números oficiais brasileiros mostram que, só entre 2003 e 2019, a população carcerária triplicou, e o percentual de reentrada no sistema prisional (contado de 2015 em diante) ficou acima dos 40%. Nesse mesmo ano de 2019, o Brasil já ocupava o terceiro lugar no ranking mundial de número de encarceramentos²⁶⁵.

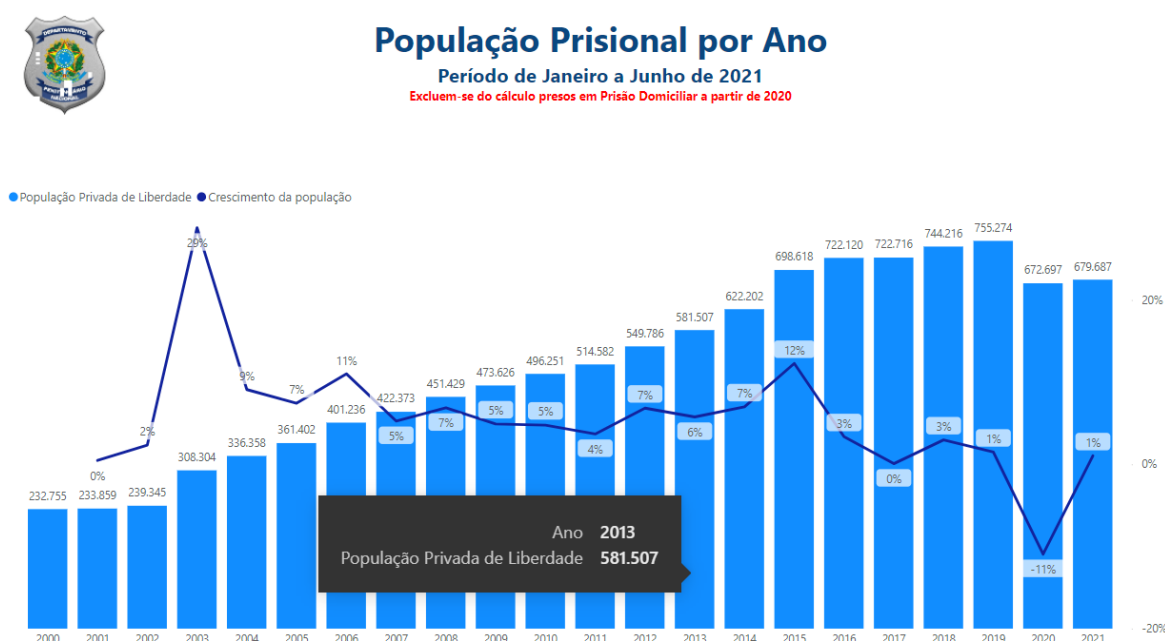
²⁶³ AURÉLIO, Marco Relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com o n.º ADPF 347 MC/DF**, de 09 de setembro de 2015, p. 4. [Em linha]. [Consulta em 16 fev. 2022]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf.

²⁶⁴ DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional (DEPEN) - **Presos em Unidades Prisionais no Brasil**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieWVlYXZlI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

²⁶⁵ CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) – **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas sócioeducativo e prisional brasileiros**, p. 45-57.

Os anos se passaram, mas a situação caótica permanece, embora haja sinais de melhora, especialmente durante a pandemia (e talvez, muito provavelmente, em razão dela). Em meados de 2021, segundo observa-se do último levantamento realizado pelo DEPEN, foi possível constatar certo declínio do número de prisões, para algo em torno de 673 mil prisões (a menor, desde 2014), ainda que o número de presos provisórios mostre estabilidade em relação aos anos anteriores (30,7% do total de presos).

A taxa de encarceramento também recuou para 321 presos (a cada 100 mil habitantes), assim como o déficit de vagas, que caiu para algo em torno de 190 mil vagas. Abaixo é possível observar a evolução da população de encarcerados brasileiros, nos últimos 20 anos, e sua comparação com a linha de crescimento populacional do país²⁶⁶.



Fonte: Sistema de informações do DEPEN.

Como se pôde observar, o índice de crescimento da população carcerária é bem superior ao índice de crescimento da população brasileira. Mesmo considerando a informação na parte superior do gráfico (em vermelho), esclarecendo que o número das prisões domiciliares foi retirado do cálculo a partir de 2020, ainda assim, os índices são bem díspares.

²⁶⁶ DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional (DEPEN) - **Presos em Unidades Prisionais no Brasil**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieWlXyYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFiN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

3.3 O problema do como punir na sociedade contemporânea

Como foi possível verificar neste capítulo, a sociedade contemporânea tem dois grandes desafios a enfrentar, o crime organizado e a superlotação carcerária. De um lado, a necessidade de prender para dissuadir a nova criminalidade organizada, muito mais complexa, violenta e preparada do que em séculos anteriores; de outro, minimizar o Direito Penal, estancando o excesso de prisões, para devolver a dignidade perdida nas celas dos cárceres, encontrando, enfim, um ponto de equilíbrio entre o direito de o Estado punir crimes violentos e complexos, garantindo a segurança social, e o uso de outras penas mais brandas, alternativas à prisão, garantindo a minimização da pressão que os sistemas penitenciários contemporâneos vem sofrendo com o excesso de encarceramentos.

Há, sem dúvidas, uma consciência de que os crimes graves precisam ser enfrentados, especialmente a criminalidade organizada, uma chaga contemporânea que “destrói o Estado de direito, e muito mais, o Estado constitucional democrático material e social”, ao tornar o sistema de justiça criminal refém de sua dominação, mas, de outro lado, mantendo o Direito Penal no âmbito do seu dever ser, tutelando efetivamente os bens jurídicos e garantindo o exercício dos direitos do delinquente perante o poder punitivo do Estado²⁶⁷.

No entanto, também compreende-se a necessidade premente de se estabelecer uma consciência de que o Estado não pode punir, da mesma forma, a todos os delinquentes, sempre da mesma maneira, por meio do encarceramento, sob pena de se desrespeitar princípios fundamentais conquistados pela humanidade para sua defesa contra a tirania do Estado.

Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho avança para apresentar um modelo que, embora não se proponha a resolver todos os desafios delineados, apresenta-se como um meio capaz de promover a segurança da sociedade em relação aos delitos mais graves, cometidos pela criminalidade organizada e, ao mesmo tempo, permitindo a atuação de um poder punitivo mais humano; e isso porque tanto se mostra como um instrumento de repressão, portanto, de segurança para a sociedade, como de garantia do exercício de direitos fundamentais, para a pessoa do arguido, e de acesso à própria dignidade.

Referida solução não apenas parece trazer uma solução (ainda que limitada) aos desafios apontados, como também, uma vez confirmada, pode apresentar-se como um ponto de interseção entre críticos e justificacionistas da pena.

²⁶⁷VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional**, p. 149.

4 A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DOS LITÍGIOS PENAIS

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam.²⁶⁸

As experiências vividas pela humanidade no século XX, com a crise do liberalismo económico e com as duas grandes guerras mundiais (especialmente a segunda), foram o motor de aceleração do fenómeno responsável por inserir a pauta dos direitos humanos na ordem mundial, e, com ele, um outro, de ordem planetária, o da intensificação da procura do Poder Judiciário para implementação dos direitos fundamentais; e, a partir dele, ante a baixa capacidade de resposta da justiça, o atraso, a morosidade e o acúmulo de processos mostraram a face de uma justiça inoperante²⁶⁹.

Contextualizando, os direitos fundamentais ainda eram bastante restritos na era pós-Segunda Guerra Mundial, não obstante todas as conquistas recentes da humanidade. O acesso à justiça, por exemplo, ainda era interpretado como um direito das pessoas à tutela jurisdicional; não mais do que isso. Certamente uma porta de entrada, mas para um mundo desconhecido, complexo, caro, reservado à elite. Em todos os ramos do direito, apenas aqueles indivíduos com conhecimento, posição social e dinheiro conseguiam demandar judicialmente e enfrentar a dinâmica de processos extremamente formais, com uma linguagem nada fácil de compreender; um mundo estranho, bem exigente, muitas vezes envolto por interesses escusos e, claro, a exigir tempo para litigar e dinheiro para financiar os custos de um processo judicial e seus advogados²⁷⁰.

Foi dentro desse cenário que teóricos preocupados com o repensar filosófico-jurídico do acesso à justiça e sua verdadeira função²⁷¹ promoveram um movimento que termina por provocar a evolução do que, até então, entendia-se por direito à proteção judicial, saltando do acesso meramente formal para o efetivo, significando que não bastava mais que o direito estivesse positivado. Seria necessário, também, que o Estado viabilizasse uma justiça capaz não só de oferecer uma resposta aos litígios, mas também que essa resposta fosse rápida, além de simples e barata, capaz de atender pessoas de todas as classes sociais²⁷². Um conceito mais

²⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – **Acesso à justiça**, p. 9.

²⁶⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 9-13.

²⁷⁰ *Idem* – **Ibidem**.

²⁷¹ TORLIG, Elias Gonçalves da Silva; BUTA, Bernardo Oliveira – **A relação entre o acesso potencial e efetivo na justiça brasileira**, p. 1.

²⁷² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – **Op. Cit.**, p. 9-13.

humanitário para o direito de acesso à justiça o qual rapidamente se alastra no âmbito internacional²⁷³.

Dois trabalhos acadêmicos foram significativos. No final da década de 1980, surge o primeiro deles, que defende a criação de políticas públicas voltadas à ampliação do acesso à justiça. Cappelletti e Garth, acompanhando o movimento da época, de modernização e melhoria dos tribunais e de ampliação do acesso à justiça, trouxeram a lume o que chamaram de “as três ondas renovatórias”, cujo propósito era oferecer aos menos abastados a mesma oportunidade que os mais ricos tinham de demandar judicialmente, por meio de três frentes: gratuidade das custas, defesa dos direitos coletivos e representação judicial gratuita²⁷⁴.

A importância do trabalho de Cappelletti e Garth, nos anos 1980, não está fincada apenas nos fundamentos justificadores para um acesso efetivo à justiça. Para além desses fundamentos (e principalmente), os autores também deram uma imensa contribuição para o “repensar” da justiça, sobretudo por meio das então propagadas ondas renovatórias, que apontaram caminhos concretos para a realização de direitos até então sonegados. Por meio desses pilares, os autores defendiam que seria possível impingir mais simplicidade e celeridade ao Poder Judiciário a um custo menor.

As três ondas renovatórias significavam a solução (talvez não definitiva, mas certamente de maior efetividade) para o acesso à justiça mais igualitária, porque previam políticas públicas que, de um lado, garantiriam à camada mais vulnerável da sociedade a isenção de taxas ou encargos cobrados pela justiça e a isenção dos custos relacionados às despesas com honorários dos advogados; de outro, permitiriam que pequenas causas pudessem ser levadas à justiça por meio de tribunais alternativos, gratuitos, com procedimentos simplificados e permitissem a participação da sociedade e das partes interessadas na solução dos próprios litígios.

Segundo explicaram os autores, esses mecanismos (isenção de custos, defesa de direitos coletivos pelo Ministério Público, atuação da Defensoria Pública e criação da “Justiça Alternativa”), por serem menos formais, além de mais simples, baratos e céleres, seriam ferramentas importantes, que teriam a missão de construir um caminho pavimentado para o estabelecimento de sociedades mais justas e igualitárias. E isso porque, reduzindo as barreiras de acesso a um Judiciário mais efetivo, o sistema tornar-se-ia acessível aos indivíduos comuns, “[...] tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais”²⁷⁵.

²⁷³ SOUZA, Edna Lima de - **O direito fundamental ao acesso à justiça: efetivo exercício da cidadania**, p. 71.

²⁷⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 31-73.

²⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – **Acesso à justiça**, p. 73-94

O outro importante trabalho académico do final do século XX, sobre acesso à justiça, foi escrito, alguns anos depois das três ondas renovatórias, por Boaventura de Sousa Santos. Na oportunidade, o autor defendeu que a ampliação do acesso à jurisdição para fins de concretizar sua efetividade passava pela democratização do Estado, da sociedade e da própria justiça, e seria inevitável uma grande revolução do direito (desde as faculdades, passando pelas leis, até atingir o Judiciário) para sua consecução²⁷⁶.

Para o autor, o movimento de expansão da concepção clássica da RAL (que perpassa especialmente pela terceira onda renovatória de Cappelletti e Garth) exigia a ampliação do próprio conceito de justiça, por meio da qual os tribunais perderiam o protagonismo e passariam a ser vistos como parte de um conjunto de instrumentos direcionados à resolução de litígios.

A solução de litígios por métodos alternativos consensuais, para além de uma estratégia de política pública fria, voltada para uma simples diminuição da pressão sobre o sistema de justiça, era defendida como um meio para diminuir a cultura do litígio e instalar a verdadeira paz social. Afinal, a reunião espontânea e livre dos litigantes interessados e empenhados na pacificação da disputa por meio do consenso gera não apenas a esperança de haver uma diminuição do acirramento das próprias disputas judiciais – dotadas de um nítido caráter beligerante – mas também uma confiança de que a solução prematura das lides possa refletir positivamente sobre o próprio sistema de justiça, diminuindo índices e taxas, como os relativos ao número de novas demandas, litigiosidade e tempo de tramitação, e aumentando outros, como o número de julgamentos e arquivamentos²⁷⁷. Uma política judiciária que se consolidou em inúmeros países, não sendo diferente em Portugal ou no Brasil. A crença na paz não é apenas contagiante, mas também inebriante, ao menos para uma parte considerável da humanidade.

As lições de Cappelletti e Garth, tampouco as de Boaventura, direcionaram-se para o processo penal, mas poderiam, já que encontram relevância dentro da realidade dos países com menor tradição humanística e cuja população prisional é formada, em grande parte, por pessoas com pouca ou nenhuma instrução, pobres e minorias em situação de vulnerabilidade social, como no Brasil.

Como dito antes, um acesso efetivo à justiça, para além de significar apenas uma mera formalidade, corresponde também à igualdade de condições, à minimização da pobreza em todas as suas faces (intelectual, legal, financeira), de maximização da dignidade das pessoas. Enfim, plenamente compatível com o Direito Penal e Processual Penal. Em posição de indiscutível vulnerabilidade, a pessoa acusada de cometer delito tem sua liberdade posta em

²⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa - **Para uma revolução democrática da justiça**, p. 31-32.

²⁷⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 5-6.

risco, e pior, por um estranho poder, que não conhece e não entende, acusada muitas vezes por palavras e termos que desconhece. Incapaz, portanto, de alcançar o seu significado ou as consequências que podem surgir a partir deles e à mercê de uma parcela especializada de pessoas (a quem é obrigada a entregar toda a sua esperança em se fazer ouvir e defender) que, embora consiga compreender o discurso acusatório e a dialética do sistema criminal, é cara, e muitas vezes inatingível.

Por óbvio, a inserção de políticas que melhorem o acesso das pessoas arguidas, por meio da representação judicial gratuita de qualidade, sempre foi não só necessária, mas, acima de tudo, urgente. Porém, não é só isso. O acesso a uma justiça efetiva, no âmbito do processo penal, também passa por políticas públicas capazes de tornar o processo mais rápido, o que, no sistema criminal, significa menos suplício. A proteção dos direitos humanos, finalmente, é um veículo importante de acesso pelas pessoas arguidas a uma justiça efetiva, na medida em que oferece balizas livres do autoritarismo.

No entanto, importante destacar, o caminho adotado para a introdução da resolução alternativa de litígios no sistema penal em nada se pareceu com as balizas defendidas acima. O seu grande potencial de garantia de soluções mais simples e céleres dos conflitos, com menor dispêndio de tempo e recursos, seria o mote principal, não para garantir proteção ao indivíduo arguido, mas para garantir a perpetuação do modelo de Direito Penal opressivo, do máximo controle e da mínima garantia.

4.1 A resolução alternativa dos litígios penais: origem e evolução

Na história moderna, desde a década de 1960, ouve-se falar em justiça consensual nos Estados Unidos da América do Norte. Porém, os métodos não beligerantes só passaram a ser tratados mais concretamente no âmbito da justiça criminal apenas na década seguinte, inicialmente também nos EUA. Na referida época, ultrapassadas as duas Grandes Guerras Mundiais e em plena evolução da chamada Guerra Fria (estabelecida entre países capitalistas e países socialistas, mas encabeçada pelos EUA e a então União Soviética), o país estava envolto por uma política conservadora que o mantinha em um cenário interno de guerra (contra movimentos civis, contra o comunismo, contra os movimento de contracultura e contra as

drogas), e com uma política externa arrojada, com interesses expansionistas da sua ideologia liberal e, também, de seus interesses económicos²⁷⁸.

Por meio da política interna, os EUA tornam-se responsáveis pela construção de uma política criminal da máxima repressão, aumentando, alargando e endurecendo as normas penais incriminadoras, assim como também enrijecendo o discurso do Direito Penal do inimigo, punindo as pessoas delinquentes não pelo fato criminoso, mas pelas suas características e opções pessoais. Em consequência, houve uma significativa ampliação do Direito Penal, assim como também as forças policiais foram fortemente estruturadas, resultando no aumento do número de encarceramentos e na ampliação do sistema prisional²⁷⁹.

Algo parecido havia sido observado nos EUA entre as décadas de 1920 e 1930, embora em menor proporção, contra os grupos criminosos então chamados de *gangsters*. O período de Lei Seca e o movimento *noble experiment* ficaram registados na história dos EUA por seu impacto negativo, não apenas sobre a justiça criminal, que teve um especial aumento dos seus índices de litigiosidade, mas também para a sociedade de modo geral, por ter gerado, dentre outros inúmeros problemas, um mercado ilegal de bebidas alcoólicas que envolveu a prática do contrabando e a formação de máfias e, com estas, disputas territoriais e a consequente corrupção policial e política, além de ter sido responsável pela proliferação de outros tantos crimes. Num período de 10 anos, nada menos que 5 novas penitenciárias federais foram construídas pelos EUA²⁸⁰.

O fim da Lei Seca acarretou a diminuição da criminalidade a patamares similares ao período anterior a ela e assim permaneceu até que, na década de 1970, eclode aquela segunda onda de expansão criminal citada acima, ainda hoje considerada de uma agressividade sem precedentes, que guardava em si interesses escusos, de fomento a políticas tanto discriminatórias como de domínio. O resultado da política adotada pelos EUA na década de 1970 foi avassalador para seu sistema de justiça, que chegou ao ano de 2003 sendo responsável por 25% dos presos do mundo, embora possuísse apenas 5% da população global²⁸¹.

Nessa mesma década de 1970, em plena ascensão do Estado Neoliberal, como já dito, os EUA também se posicionavam na política externa como superpotência mundial. Sua política económica interna (de intervenção mínima e livre comércio), assim como também a externa

²⁷⁸ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos – **A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos**, p. 213-233.

²⁷⁹ *Idem* – *Ibidem*.

²⁸⁰ *Idem* – *Ibidem*.

²⁸¹ *Idem* – *Ibidem*.

estavam voltadas à globalização²⁸², com o propósito de promover a expansão da sua própria ideologia de mercado, para influenciar e dominar outros mercados.

A hegemonia da política económica liberal dos EUA passava não apenas pela expansão, mas também pelo fortalecimento de suas multinacionais, que por sua vez dependiam de sistemas de justiça fortes para se estabelecer e lucrar. No caso da América Latina, formada por países menos desenvolvidos, seria necessário fomentar também o enrijecimento dos sistemas de justiça, para garantir que as atividades criminosas como o comércio das drogas – consideradas um obstáculo para a expansão e domínio de mercados pelos EUA – fossem controladas²⁸³.

E assim a supremacia dos EUA foi sendo potencializada e reverberada no decorrer dos anos pela América Latina, sem maiores barreiras, dado o terreno fértil encontrado a partir dos regimes militares autoritários, então dominantes. A política adotada pelos EUA e pelos países periféricos da América Latina foi crucial para o estabelecimento de uma crise sem precedentes de seus sistemas de justiça e prisional²⁸⁴.

No que se refere à Europa, que àquela altura já vivia o colapso do Estado do Bem-Estar Social, também houve uma sucumbência à política de expansão das leis penais (muito devido à ideologia Neoliberal que ganhava espaço no mundo cada vez mais globalizado) e, por isso, igualmente passou a sofrer com o congestionamento processual penal (talvez até mais do que os Estados Unidos da América, diante da sua peculiar preocupação com os direitos e garantias das pessoas humanas e sua “correlativa rigidez conceitual do dogma da legalidade (material e processual)”²⁸⁵.

Contudo, a análise sobre os motivos que levaram a RALP²⁸⁶ a ser amplamente utilizada no âmbito penal precisa ser investigada, também, por estudos antropológicos, face à sua inclinação para a explicação dos fenómenos sociais por intermédio do movimento cultural dos povos e tudo que os cerca, como crenças, valores e costumes.

Oscar Chase²⁸⁷ traz algumas explicações que precisam ser apresentadas, a fim de trazer mais lucidez a este trabalho, especialmente enquanto justificativa para a validação da justiça

²⁸² Movimento responsável pela quebra das barreiras culturais então existentes entre os povos (SARAIWA, José Flávio Sombra e outros – **História das relações internacionais contemporâneas: da sociedade internacional do século XIX à era da globalização**, p. 256).

²⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **A destruição do direito penal**, p. 51-69.

²⁸⁴ *Idem* – **Ibidem**.

²⁸⁵ FERNANDES, Fernando – **O processo penal como instrumento de política pública**, p. 96-97.

²⁸⁶ SAAVEDRA, Giovani Agostini – **Investigações corporativas e justiça criminal negocial: avanço ou crise do devido processo penal?** p. 1198.

²⁸⁷ CHASE, OSCAR G. – **Law, culture and ritual: disputing systems in cross. Cultural context** (foreword by Jerome S. Bruner).

penal consensual por algumas sociedades e não por outras ou, ainda, o seu franco uso por umas e mais limitadamente por tantas outras.

Conforme esclarece o autor, os processos de disputa de cada sociedade são, em grande parte, uma decorrência do resultado de escolhas conscientes e inconscientes que são feitas dentro das restrições do conhecimento, crenças e estrutura social disponíveis. Não é um sistema autónomo, formado apenas por especialistas. São instituições pelas quais a vida social e cultural é mantida, desafiada e alterada²⁸⁸.

Por assim ser, os processos de disputa só são validados por uma sociedade quando em sintonia com a sua própria cultura, até porque fatores outros, a economia, por exemplo, não seriam capazes por si de explicar a positivação de processos ritualísticos e religiosos, como se observa em alguns países africanos. O colonialismo ou, mais claramente, a influência das elites colonizadoras sobre os povos colonizados é outro fator que explica a escolha de um determinado povo por um ou outro processo de disputa²⁸⁹.

No caso da RALP, o autor argumenta que a adjudicação da solução dos próprios litígios pelas próprias partes cresceu nos EUA, em decorrência de fatores não apenas institucionais e políticos, mas também culturais, influenciados pela mudança de valores envolvendo desconfiança do governo, privatização, humanização de instituições de grande escala, progresso social, ceticismo pós-moderno sobre uma realidade objetiva²⁹⁰.

Feita essa advertência, fato é que o positivismo jurídico, o discurso do inimigo e o enrijecimento penal, reforçados pelas revoluções tecnológica e cultural, seriam os maiores protagonistas da crise enfrentada pelo sistema criminal no final do século XX, crise esta que, aliada aos movimentos humanísticos da época, contribuíram para a inserção da RALP nos ordenamentos jurídicos democráticos ocidentais a partir de então. Porém, referido instituto sofreu grandes resistências, sendo alvo de um forte tensionamento ocasionado por doutrinas jurídicas antagónicas²⁹¹.

De um lado, os defensores das garantias processuais e da redução do carácter intervencionista do Direito Penal, que afirmavam, dentre outros pontos positivos, ser uma solução alternativa mais rápida, barata e objetiva, com menos chances de prescrição²⁹²; de outro, os adeptos da concepção do Direito Penal máximo enquanto garantia da segurança e

²⁸⁸ CHASE, OSCAR G. – **Law, culture and ritual: disputing systems in cross. Cultural context** (foreword by Jerome S. Bruner), p. 1-2.

²⁸⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 8-10.

²⁹⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 94.

²⁹¹ PRADO, Geraldo – **Elementos para uma análise crítica da transação penal**, p. xxi-xxii.

²⁹² SARRUBBO, Mario – **Justiça penal negociada no Brasil e Ministério Público**, p. 71.

proteção sociais. Paradoxalmente, é da confluência de ideias desses mesmos grupos antagônicos que a ideia de uma justiça penal consensual alarga-se definitivamente para além dos EUA, ao lado de outros modelos de diversão ou desjudiciarização (solução não jurisdicional dos litígios penais)²⁹³; tanto de direito material como processual –, por exemplo, a descriminalização de condutas de menor gravidade e o aumento de controle sobre o exercício da ação penal²⁹⁴.

Os instrumentos de RALP, dentre eles os acordos consensuais, passam a ser percebidos (pelas duas correntes) como uma boa solução também para a justiça penal, significando a promessa de uma justiça mais simples, rápida, barata e funcional, mas sem riscos de se tornar uma inconveniente ameaça à política criminal expansionista de defesa social contra a criminalidade dita grave. Uma solução estratégica de fácil absorção, a exigir apenas certo desapego do poder punitivo em relação à sua histórica preferência pela aplicação de sanções meramente prisionais (relativamente fácil, já que reconhecidamente desumana), e a incorporação de alguns institutos alternativos processuais e sancionadores (que também eram facilmente digeríveis pelo significado que ostentavam de não violência).

E foi assim, então, que a experiência norte-americana, com a implantação de sistema jurídico-penal não contencioso, ainda na década de 1970, difundiu-se para a maioria dos países na década seguinte. Todavia, apesar das promessas de servir para a diminuição dos problemas relacionados à legitimidade do Direito Penal, à morosidade da justiça e à estigmatização do delinquente (permitindo uma ressocialização real), o processo de inserção de medidas de desjudiciarização nos sistemas judiciais não tem sido um processo fácil, o que, acreditamos, deve-se muito às exigências de mudanças de concepção e ao esforço de adaptação da comunidade jurídica, especialmente no que se refere a princípios elementares, como o da obrigatoriedade, culpabilidade e necessidade da pena; seja por repúdio (em relação ao primeiro e ao segundo deles), seja por desconhecimento (em relação ao terceiro).

E isso porque as mudanças exigem a outorga de certa dose de discricionariedade ao órgão acusador para o exercício da ação penal (rechaçada pelo princípio da obrigatoriedade), bem como a aplicação de medidas com características penalizadoras sem a prova da culpa (rechaçada pelo princípio da não-culpabilidade) e a inserção de novos princípios de direito material (como intervenção mínima, *última ratio* e proporcionalidade) e de direito processual (como economia e celeridade processuais, consensualidade, voluntariedade, confidencialidade,

²⁹³ Em outras palavras: um “Desvio antes de chegar à locução jurídico-penal”. (JAKOBS, Gutnther, *apud*, FERNANDES, Fernando – **O processo penal como instrumento de política pública**, p. 133).

²⁹⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 105-129.

informalidade, celeridade, oralidade, dentre outros)²⁹⁵, ambos com características do Direito Penal mínimo, nada adequado para a política criminal que avançou nas últimas décadas da máxima opressão.

Em outras palavras, ainda que o consenso no âmbito penal signifique para muitos um processo penal mais humano e mais legítimo (na medida em que aumenta a disponibilidade dos envolvidos para aceitar os resultados), é visto, com certa dificuldade, por muitos outros, que baseiam suas convicções na certeza de que, além de estar bem longe de garantir legalidade ou igualdade, seria uma barreira para valores imprescindíveis do Direito Penal, como a revelação da verdade, a produção das provas e o exercício integral de diversos direitos fundamentais, como o devido processo legal e a ampla defesa (cuja plenitude só seria possível de ser alcançada ao final do processo), assim também como um atropelo de outros tantos de igual relevância, como o da obrigatoriedade, da culpabilidade e o da presunção da inocência.

A implantação desse modelo de Direito Penal (que, aliás, vem sendo apresentado na doutrina como o principal fator para o número excessivo de prisões nos EUA)²⁹⁶, assim como se viu em outros movimentos disruptivos históricos, não foi, não é, nem será rápida (especialmente quando o mundo ainda entende justa e razoável a utilização de sistemas penais baseados no cerceamento da liberdade por meio de encarceramentos desumanos e cruéis), tanto que ainda exige grande esforço de justificação (em alguns países mais que em outros, dependendo de fatores como tradição, cultura etc). É um modelo em construção, embora inserido na ordem jurídica internacional, não sendo diferente em Portugal ou no Brasil, que também sucumbiram às “boas novas” (talvez não tão boas assim), criando soluções próprias, a fim de garantir ao máximo a sobrevivência de suas tradições.

4.2 A RAL numa perspectiva comparada: Portugal e Brasil

A Europa reconheceu a RAL enquanto associada ao movimento de expansão dessa nova concepção de acesso à justiça durante a década de 1970²⁹⁷, mais precisamente a partir de 1973,

²⁹⁵ MELO, Tatiana Socoloski Perazzo Paz de; CHAVES, Luciano Athayde – **A imparcialidade e o dever de confidencialidade do juiz facilitador da mediação dos conflitos judiciais**, p. 8-9.

²⁹⁶ RAPOZA, Hon Phillip – **A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra**, p. 208-209.

²⁹⁷ BALESTIERI, Alessandra – **Resolução Alternativa de Litígios: mediação de paz via meios eletrônicos**, p. 91.

quando o Conselho da Europa reconheceu ser direito do cidadão “um sistema de jurisdição fácil e pouco dispendioso em causas de pequeno valor”²⁹⁸.

Anos depois, bem mais próximo do século XXI, o Conselho da Europa passa a considerar também a RALP, por intermédio da Recomendação n.º R(87)18, de 17 de setembro²⁹⁹, encorajando experiências voltadas para a prática de mediação entre ofensores e vítimas-, e dos atos normativos R (85)11 e R (87)21, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, cujo propósito principal era o de incentivar a incorporação do instituto da mediação penal nos ordenamentos jurídicos³⁰⁰.

Já a ONU mostra o primeiro registo desse novo interesse (RALP) a partir da Resolução n.º 45/110, de 14.12.1990, em que convoca os Estados a reverem suas legislações penais, a fim de viabilizar a inserção de procedimentos simplificados para acordos que dispensassem julgamentos, em seus ordenamentos jurídicos penais. Mais à frente, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, datada de 15.11.2001, regista, em seu artigo n.º 26.º, a possibilidade de os Estados signatários adotarem medidas capazes de encorajar a cooperação dos indivíduos arguidos nas investigações criminais, sendo esta, talvez, a medida (de incentivo) mais importante, de repercussão internacional, para o instituto da colaboração premiada, enquanto modelo consensual de resolução alternativa de litígios penais direcionados à criminalidade grave³⁰¹.

Destaque também para a Recomendação R (99) 19, do Conselho da Europa – que tratou especificamente da matéria relacionada à mediação penal, estabelecendo, apesar de uma forma não vinculativa, princípios gerais, com ênfase na importância de se criar meios de torná-la um serviço acessível, em todas as fases do processo penal, e pela qual foram delineados contornos específicos, como o consentimento voluntário (do ofensor e do ofendido) e a confidencialidade (do conteúdo tratado). Finalmente, também regista-se a Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001, que estabeleceu, sob a presidência de Portugal, desta feita de forma impositiva para os Estados-membros, que a mediação penal fosse incorporada nas legislações de seus respectivos países até o ano de 2006, bem como a Resolução 2002/12, do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, que inseriu em seu texto princípios relacionados à utilização da justiça restaurativa em matéria criminal³⁰².

²⁹⁸ MELO, Tatiana Socoloski Perazzo Paz de; CHAVES, Luciano Athayde – **A imparcialidade e o dever de confidencialidade do juiz facilitador da mediação dos conflitos judiciais**, p. 4.

²⁹⁹ ARANTES, Francine Nunes – **Justiça consensual e eficiência do processo penal**, p. 22.

³⁰⁰ SANTOS, Artur – **A mediação penal e o princípio da oportunidade**, p. 45.

³⁰¹ OLIVEIRA, André Ferreira - **Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante?**, p. 74.

³⁰² SANTOS, Artur – *Op. Cit.*, p. 45-48

Em Portugal, a expansão da RAL ocorre um pouco mais tarde, por meio do Instituto Português de Mediação Familiar³⁰³. Importante registrar que a própria Constituição da República Portuguesa vigente, de 1976, ao tratar da função jurisdicional, direciona a nação à possibilidade de institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos (artigo 202, n.º 4), por lei.

A partir de então, Portugal cria os seguintes instrumentos consensuais: 1) julgados de paz (Lei n.º 78/2001/ de 13 de julho); 2) mediação laboral (Protocolo assinado em 2006 pelo Ministério da Justiça e diversas Confederações e Associações Sindicais); 3) mediação penal (Lei n.º 21/2007, de 12 de julho); 4) mediação familiar (Despacho n.º 18.778/2007, de 22 de agosto, do Ministério da Justiça) –, já revogada; 5) medidas de descongestionamento dos tribunais em 2008, que transpuseram para a ordem interna a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho (2008/52/CE), em especial as leis n.ºs 61/2008, de 31 de outubro, 07/2009, de 12 de fevereiro, e 29/2009, de 29 de junho; 6) centros de arbitragem (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro); 7) princípios da mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril); 8) resolução extrajudicial de litígios de consumo (Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro), que transpôs para a ordem interna a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho (2013/11/EU); e 9) conciliação e mediação no âmbito do Código do Trabalho (Lei n.º 29/2016, de 23 de agosto)^{304 305}.

Com raiz em fundamentos próprios da tradição romano-germânica (*Civil Law*), cujo sistema de justiça sempre esteve sedimentado nas premissas de um sistema diferente dos EUA (*Common law*), acompanhou os ventos, das últimas décadas do século XX, de diversificação do procedimento penal tradicional, como política criminal de enfrentamento da ineficácia do seu sistema jurídico penal. Todavia, fê-lo com cautela, adotando procedimentos que necessariamente deveriam ser compatíveis com as garantias fundamentais e atender aos objetivos de uma política criminal então firmada, de não estigmatização do delinquente, de respeito ao seu direito à autodeterminação e de tutela da presunção de inocência, os quais, por sua vez, tanto atendiam aos seus objetivos de prevenção (geral e especial).

Em outras palavras, Portugal sucumbe ao “eficientismo” a partir do final da década de 1980, mas timidamente, ainda muito ligado à sua tradição de promover o processo penal com fidelidade irrestrita aos princípios fundamentais, portanto sem espaço para juízos de oportunidade sobre a persecução penal. Legalidade, igualdade perante a lei, presunção de

³⁰³ BALESTIERI, Alessandra – **Resolução Alternativa de Litígios: mediação de paz via meios eletrônicos**, p. 9.

³⁰⁴ MELO, Tatiana Socoloski Perazzo Paz de; CHAVES, Luciano Athayde – **A imparcialidade e o dever de confidencialidade do juiz facilitador da mediação dos conflitos judiciais**, p. 4.

³⁰⁵ BALESTIERI, Alessandra – *Op. Cit.*, p. 10-11.

inocência, obrigatoriedade da ação penal eram princípios inarredáveis, que não poderiam ser relativizados em decorrência de acordos.

Apesar da cautela, o método não saiu ileso, tendo sofrido duras críticas. Jorge de Figueiredo Dias, por exemplo, defendia que o referido instrumento consensual, no universo do Direito Penal, significava mais um distanciamento do Direito Penal ideal, um método que, apesar de sofisticado e sintético, permitia manipulação política, favoritismos, práticas venais, limitação da liberdade e arbítrios³⁰⁶.

A política adotada por Portugal, enfim, trouxe-lhe alguns custos, como o de tornar-se um dos países mais lentos na simplificação dos procedimentos e de não alcançar a eficácia desejada³⁰⁷.

O Código de Processo Penal Português de 1987 (ainda vigente) é apontado como responsável pelo nascimento, dentro do ordenamento jurídico interno, do instituto do consenso e, com ele, do princípio da oportunidade, o qual, apesar de não aparecer expressamente no seu texto, foi contemplado, segundo definido pela doutrina, em decorrência da abertura (intencional) dada pelo legislador português ao princípio da legalidade³⁰⁸.

Nesse contexto, então, vão surgindo os primeiros procedimentos de diversão (desjudicialização) dentro do Código de Processo Penal português, mas com pouquíssima aproximação dos métodos negociais, quais sejam: a) iniciativa privada para a propositura de certas demandas penais (artigo n.º 49.º, do CPP); b) ritos mais céleres, como o sumário (artigo n.º 381.º, do CPP), o abreviado (artigo n.º 391.º-A, do CPP) e o sumaríssimo (artigo n.º 392.º, do CPP); c) desvio de competência (artigo n.º 16.º, 3, do CPP); d) alteração substancial dos fatos (artigo n.º 359.º, 2, do CPP); e) arquivamento em caso de dispensa da pena (artigo n.º 280.º, do CPP); f) simplificação do processo por meio de uma confissão livre e integral (artigo n.º 344.º, do CPP); e g) suspensão provisória do processo (artigos n.ºs 281.º, 282.º e 307, do CPP).

Esse movimento de inserção de instrumentos processuais de desjudicialização no ordenamento jurídico penal, apesar de indicar a atenção que Portugal teve com a simplificação do processo penal, não configurava verdadeiras soluções de consenso (já que não viabiliza larga participação das partes processuais, e a participação do arguido se resumia a aceitar ou não as indicações elaboradas pelo órgão acusador), fato que parece demonstrar, dentro de uma

³⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**, p. 487.

³⁰⁷ FERNANDES, Fernando – **O processo penal como instrumento de política pública**, p. 433-435.

³⁰⁸ CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro - **Os acordos sobre a sentença em processo penal: um novo consenso no Direito Processual Penal**, p. 14.

interpretação obtida das leituras realizadas até aqui, que a timidez de Portugal com o uso da RALP, numa ponderação entre direitos fundamentais e celeridade processual, optou por garantir os primeiros em detrimento do segundo.

O amplo debate negocial no âmbito penal começa a ganhar força em Portugal a partir da mediação penal, por intermédio da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho,³⁰⁹ porém ainda com um alcance bem limitado, ou seja, especificamente para delitos de pequena e média gravidade, ainda na fase do inquérito e num contexto de proteção dos direitos da vítima, ou seja, destinado a demandas penais específicas que exigiam prévia queixa (quando se tratasse de crime contra as pessoas ou de crime contra o património) ou acusação particular.

Dessa forma, foram excluídos do sistema de mediação penal crimes de maior gravidade, como os delitos contra a liberdade sexual, bem como os de peculato, corrupção e tráfico de influência, além de todos os outros cuja pena prevista fosse superior a 5 anos, assim como os crimes contra vítimas menores de 16 anos e sem discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa ou que tivessem morrido sem ter renunciado à queixa; e, finalmente, os crimes contra os quais já fossem previstos os ritos sumário ou sumaríssimo.

Mais recentemente, o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade (Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro) tratou de transpor para o referido instituto a figura da mediação penal, por meio do seu artigo 47.º, n.º 4, direcionando-o especificamente às pessoas do recluso e do ofendido. Assim encontra-se expresso: “O recluso pode participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido”.

Em resumo, a postura que Portugal adota permite acompanhar o movimento da justiça negocial como política de descongestionamento da justiça penal, mas sem descurar de outras políticas criminais igualmente consideradas importantes na sua tradição jurídica, como a não estigmatização do delincente. Ou seja, apresentando soluções para desafogar a engrenagem judicial com delitos menos graves e, conseqüentemente, abrindo espaço para o processamento e o julgamento da criminalidade mais grave que, dentro dos seus costumes, por englobar valores mais significativos para a sociedade, precisariam estar abarcados necessariamente pelas garantias fundamentais, sem espaço para a desjudicialização³¹⁰.

³⁰⁹ Tendo como causa a já mencionada Decisão-Quadro, de 15 de março de 2001, do Conselho da União Europeia, então presidida por Portugal.

³¹⁰ DELGADO, Ruben Bahamonde; MIRANDA, Daniel Henrique – **Mediação penal e a valorização da vítima: uma análise comparada entre as legislações portuguesa e brasileira sobre a mediação antes do exercício da ação penal**, p. 79-82.

O movimento em favor do uso dos métodos consensuais no âmbito penal não passou despercebido pelo Supremo Tribunal de Justiça. Por meio do Acórdão n.º 16/2009, de 18 de Novembro, o Tribunal não apenas mostrou-se simpático ao consenso para a construção de soluções alternativas ao litígio penal, como também foi além, dando respaldo para que a comunidade jurídica renovasse suas concepções acerca dos princípios da legalidade e da compulsoriedade do exercício da ação penal³¹¹.

À época, os tribunais portugueses já contavam com uma “elevada taxa de condenações pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, face a uma longa demora na finalização dos processos”³¹². Com uma preocupação em diminuir essa tensão, surge, em 2011, o primeiro trabalho académico que tratava do que se convencionou chamar de acordos sobre a sentença, instrumento especialmente próximo do modelo *Urteilsabsprachen*, criado na Alemanha, país cuja tradição dos acordos em processo penal também remonta à década de 1970.

O precursor desse novo modelo em Portugal, professor Jorge de Figueiredo Dias, considerava ser possível a celebração de acordos sobre a sentença em processo penal a partir do disposto no artigo 344.º do CPP, quando articulado com os artigos 72.º e 73.º. Para tanto, defendeu que os pressupostos seriam a confissão livre, com moldura de acordo, de crimes cuja pena máxima não ultrapassasse os cinco anos, mediante a intervenção de todos os sujeitos processuais e a fiscalização por parte do tribunal, divulgado mediante ampla publicidade, sem a possibilidade de haver renúncia ao recurso ou mesmo formação de prova, acaso infrutífero o acordo aventado. Para o criador do novo modelo, o sistema do processo penal português tradicional seria mantido, desde que obedecidos os pressupostos supramencionados³¹³.

No entanto, surgiram experiências concretas dentro do sistema de justiça português que, diante da relutância de parte da doutrina, findaram por levar o novo modelo a ser recusado pelo Supremo Tribunal de Justiça antes mesmo de ser testado. Restou assentado, assim, em 2013, que, embora o STJ reconhecesse que a reforma do CPP de 1987 pretendia viabilizar um processo penal mais eficiente, por meio de métodos que pudessem acelerar o andamento dos processos, sobretudo para a pequena e média criminalidade, faltaria base legal de sustentação

³¹¹ VIDAL, Pedro Vinícius Ferreira – **Colaboração premiada: aspectos críticos da possibilidade de negociação com o Ministério Público**, p. 20.

³¹² CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro - **Os acordos sobre a sentença em processo penal: um novo consenso no Direito Processual Penal**, p. 9.

³¹³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 55-56.

para os acordos negociados de sentença, além de a confissão do arguido, obtida mediante a promessa de acordo configurar-se prova proibida³¹⁴.

Daí em diante, não se perceberam mais avanços do instituto da justiça penal negociada no ordenamento jurídico-penal português, que, por sua vez, permanecia mostrando-se refratário tanto ao aumento das hipóteses de consenso, como ao seu direcionamento para a criminalidade mais grave³¹⁵, mantendo-se assim fiel à sua tradição de um enorme respeito aos direitos humanos.

Sobre a figura da colaboração premiada, há de se abrir um parêntese. Apesar de Portugal dispor em seu ordenamento jurídico interno de um instrumento premial de atenuação e dispensa da pena para os crimes mais graves (de corrupção, branqueamento de capitais, terrorismo, tráfico, assim como também dos crimes cometidos pela criminalidade económico-financeira e antidportiva), seu modelo tem contornos diversos dos modelos consensuais, de natureza bilateral, previstos nos Estados Unidos, na Itália e no Brasil. Tem um formato unilateral, de confissão integral, em que o arguido pode ser beneficiado pelo sistema de justiça, se optar, por conta própria, esclarecer os fatos investigados, mas desde que integralmente e livre de qualquer pressão, mediante a apresentação de elementos de prova eficazes para o esclarecimento dos fatos investigados ou informações seguras que levem até esses mesmos elementos³¹⁶.

Segundo se extrai das palavras de João Miranda Alves de Oliveira, ao tratar da relevância do arrependimento, ou seja, “da conduta do agente posterior ao facto destinada a reparar as consequências do crime ou ainda actos demonstrativos de arrependimento sincero, para a atenuação da pena”³¹⁷, para a promoção da colaboração premiada em Portugal, é possível traçar um paralelo entre este e o instituto do arrependimento previsto no artigo 16 do Código Penal brasileiro³¹⁸.

No Brasil, a utilização da RAL começou timidamente na década de 1980, com o Juizado de Pequenas Causas (Lei n.º 7.244/84, de 11 de julho). Posteriormente, em 1988, a própria Constituição brasileira inseriu em seu preâmbulo, dentre outros objetivos, a construção de soluções pacíficas para as controvérsias³¹⁹. No início do século XXI, por meio da Emenda

³¹⁴ CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro - **Os acordos sobre a sentença em processo penal: um novo consenso no Direito Processual Penal**, p. 68-75.

³¹⁵ VIDAL, Pedro Vinícius Ferreira – **Colaboração premiada: aspectos críticos da possibilidade de negociação com o Ministério Público**, p. 20.

³¹⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 23-28.

³¹⁷ OLIVEIRA, João Miranda Alves de - **A delação premiada no sistema jurídico português: breves notas explicativas**, p. 26.

³¹⁸ “Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

³¹⁹ SARRUBBO, Mario – **Justiça penal negociada no Brasil e Ministério Público**, p. 68.

Constitucional n.º 45/2004, de 30 de dezembro, surge o Conselho Nacional de Justiça, um marco para a justiça brasileira, ante sua especial finalidade de promover políticas públicas voltadas ao aperfeiçoamento e à efetividade do Poder Judiciário.

Atualmente, o sistema brasileiro é composto pelos seguintes instrumentos alternativos para solução de litígios: 1) Juizado Especial Cível e Criminal (Lei n.º 9.099/95, de 26 de setembro); 2) Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/1996, de 23 de setembro); 3) Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015, de 16 de março); e a Lei da Mediação (Lei n.º 13.140/2015, de 26 de junho)³²⁰. A justiça restaurativa é incentivada por políticas públicas criadas pelo CNJ, por meio da Resolução 225/2016, de 31 de maio, mas ainda não foi regulamentada por lei³²¹.

A figura da RALP começou a desenvolver-se e a expandir-se mais seriamente no Brasil, ainda no final do século passado³²², tendo como marco para a desjudicialização processual penal na legislação brasileira moderna a Lei n.º 9.099/95, de 26 de setembro (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), especialmente voltada aos delitos de menor potencial ofensivo³²³. Uma inovação decorrente, em grande parte, de movimentos anteriores de redemocratização do país, da forte influência dos movimentos sociais circundantes, mas também em razão de uma forte influência de uma suposta eficiência da justiça consensual norte-americana, já amplamente explanada no início deste capítulo³²⁴.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais conta com um rito acelerado, devido à previsão do procedimento sumaríssimo, e destina-se aos crimes com menor potencial ofensivo (artigo n.º 60.º), fixando a competência a partir da intensidade da sanção abstrata (artigo n.º 61.º), sendo orientada pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Objetiva, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (artigo n.º 62.º)³²⁵.

Além da celeridade do próprio rito, a referida lei também prevê uma audiência preliminar a ser realizada pela justiça após a confecção do Termo Circunstanciado pela polícia. Porém, antes de oferecida a denúncia pelo Ministério Público, tendo como principal objetivo viabilizar a utilização de instrumentos de resolução alternativa dos litígios penais (artigo n.º

³²⁰ MELO, Tatiana Socoloski Perazzo Paz de; CHAVES, Luciano Athayde – **A imparcialidade e o dever de confidencialidade do juiz facilitador da mediação dos conflitos judiciais**, p. 5.

³²¹ ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella – **Levando a justiça restaurativa a sério: análise crítica de julgados do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul**, p. 537.

³²² BERTONI, Felipe Faoro – **O “dilema do inocente” no acordo de não persecução penal**, p. 843.

³²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; GALÍCIA, Caíque Ribeiro – **Consenso e acordos na justiça criminal diante do devido processo penal: contribuições de Giacomolli à dogmática processual penal**, p. 1246.

³²⁴ PRADO, Geraldo – **Elementos para uma análise crítica da transação penal**, p. 96-97.

³²⁵ FERREIRA, Thiago Augusto Barbosa – **Transação penal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública: dever ou faculdade do Ministério Público**, p. 10-30.

72.º), como a conciliação entre as partes envolvidas (suposto autor do fato e ofendido), mediante a composição dos danos civis ou, não sendo concretizada a conciliação, pela aplicação imediata da pena não privativa de liberdade (restritivas de direito e/ou multa), por proposição do Ministério Público, por meio do instrumento processual que a doutrina convencionou chamar de transação penal.

Além das hipóteses de diversificação descritas no parágrafo anterior, a Lei dos Juizados Especiais também prevê outros dois instrumentos que igualmente impõem maior celeridade ao processo penal, sendo eles:

- representação prévia pelo ofendido nos casos de lesão corporal leve e/ou culposa (artigo n.º 88.º), sendo reconhecida na doutrina como um verdadeiro instituto despenalizador que, apesar de não retirar o caráter da ilicitude do fato, dificulta a aplicação da pena de prisão; e
- suspensão condicional do processo (artigo n.º 89), utilizada quando – uma vez impossibilitada a composição dos danos civis ou a imediata aplicação de pena não privativa de liberdade – já tiver sido oferecida a denúncia, mas sem que esta tenha sido recebida pelo juiz, com o intuito de viabilizar a proposição (pelo Ministério Público) e a aceitação (pelo arguido), sem a intervenção da vítima, de medidas que, uma vez aceitas, deverão ser cumpridas num período não inferior a 2 anos, nem superior a 4 anos.

Como se vê, a Lei dos Juizados Especiais permitiu, no âmbito penal, vários mecanismos de desjudiciarização, mas, dentre estes, uma única hipótese de método verdadeiramente negocial, admitir amplo debate entre supostos acusados e ofendidos, dentro de um modelo de conciliação. Todas as demais hipóteses de diversão processual ali contidas negam amplitude para a negociação entre as partes processuais envolvidas, na medida em que reservam para a pessoa do arguido praticamente apenas o direito de aceitar ou não as medidas propostas pelo Ministério Público.

A mediação penal, por sua vez, diversamente do caminho adotado por Portugal, só vai ser fomentada por meio de políticas públicas no Brasil, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, regulamentadas a partir da Resolução n.º 125/2010, de 29 de novembro, que determinou aos tribunais a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e, depois, mais detalhadamente, também pela Resolução n.º 225/2016, de 31 de maio, que regulamentou

a prática da Justiça Restaurativa no âmbito dos tribunais. Até este momento, no entanto, não há no país uma legislação específica em vigência³²⁶.

Outra hipótese consensual no âmbito do processo penal brasileiro chama-se colaboração premiada. Pensada para ser aplicada especificamente nos casos que envolvem a criminalidade grave, sua justificativa difere da que refere-se aos delitos menos graves, porque pretende não apenas desafogar a máquina judiciária, mas também, e especialmente, facilitar a elucidação e a comprovação daqueles crimes de difícil alcance por parte da polícia investigativa.

O modelo negocial direcionado aos grandes crimes encontra-se atualmente inserido no ordenamento jurídico interno por meio da Lei de Organização Criminosa vigente (Lei n.º 12.850/2013, de 02 de agosto), que, por sua vez, tanto definiu parâmetros para sua identificação, como também dispôs sobre a investigação criminosa, os meios de obtenção de prova, as infrações penais correlatas, o procedimento criminal a ser aplicado e os métodos negociais de resolução alternativa dos litígios penais.

Finalmente, em 2019, um novo instituto jurídico-processual, denominado acordo de não persecução penal, foi inserido no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Por meio da Lei n.º 13.964/2019, de 24 de dezembro (Lei Anticrime), não sendo caso de arquivamento e tendo o arguido confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público passa a ter autoridade para propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Por meio da nova ordem, o Código de Processo Penal e outras legislações, como a Lei de Crime Organizado, foram alteradas.

De tudo o que foi apresentado até aqui, verifica-se que, diferentemente da realidade lusitana, o Brasil disparou nas últimas décadas na direção da construção de soluções negociais no âmbito do Direito Penal, passando a aceitar várias hipóteses de acordos consensuais para a solução de litígios penais, não apenas para os delitos de pequena gravidade, mas também para delitos de média e grande complexidade, mostrando-se bastante influenciado pela política criminal dos EUA. Certo ou errado, essa é a realidade atual do sistema judicial brasileiro.

³²⁶ DELGADO, Ruben Bahamonde; MIRANDA, Daniel Henrique – **Mediação penal e a valorização da vítima: uma análise comparada entre as legislações portuguesa e brasileira sobre a mediação antes do exercício da ação penal**, p. 96.

5 COLABORAÇÃO PREMIADA PÓS-SENTENCIAL

A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido, que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja.³²⁷

5.1 A colaboração premiada

Segundo descreve parte da doutrina, a colaboração premiada surge no século XVII, na Inglaterra, por meio do instituto *plea bargain*, com o intuito de diminuir as punições excessivas, mas a primeira decisão reportada data de 1804, proveniente dos Estados Unidos³²⁸.

Na história moderna, como já mencionado *en passant*, foi os EUA que teve início o uso dos mecanismos do instituto denominado RAL no âmbito penal, nos idos de 1970, por intermédio do mecanismo acima descrito, o *plea bargain*. Isso significa dizer que o modelo desenhado por lá está ligado inquestionavelmente a uma tradição (anglo-americana), cujo sistema de justiça encontra-se vinculado muito mais (e principalmente) aos princípios/costumes, como fonte primeira do direito, do que à lei, como ocorre na Europa e na maioria dos países da América Latina, inclusive no Brasil (de tradição greco-romana e seu sistema *Civil Law*).

Para os países com sistemas *Common Law*, a prioridade é a “paz legal” e não a conquista da verdade. Dito isto, a sentença homologatória de acordo é, para estes sistemas, um caminho mais importante do que as sentenças de mérito³²⁹. Dentro deste modelo, a figura do juiz é posicionada no centro do sistema de justiça, porque é exatamente ele o agente que, em face dos costumes locais, “desabrocha (para alguns, cria) o direito dos/nos casos concretos”, donde retira-se, portanto, a máxima de que o Direito, no sistema jurídico *Common Law*, é uma “criação jurisprudencial”³³⁰, diferente, assim, do modelo romano-germânico do sistema jurídico *Civil Law*, em que é a lei, basicamente, que atua como protagonista e dita o Direito.

³²⁷ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 331.

³²⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni - **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**, p. 131.

³²⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 131-134.

³³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da – **Delação premiada no limite**, p. 11.

No Brasil, há um modelo similar ao italiano, no qual admite-se a negociação entre acusado e Ministério Público, todavia, diferentemente do modelo brasileiro, sem direito a acordos sobre a imputação e com limites demarcados, não podendo a pena superar cinco anos. Já na Espanha, o modelo admite que o ministério público indique a imputação e a pena ao acusado, abreviando assim o tempo de tramitação do procedimento, desde que a pena de prisão não seja superior a 6 anos³³¹.

Em Portugal não há espaço para a colaboração premiada³³². É bem verdade que o Tribunal Constitucional já pronunciou-se no ano de 2006 sobre a constitucionalidade da renúncia das partes à submissão do caso em julgamento – reconhecendo, nas hipóteses em que não haja um “desfavorecimento da posição do arguido”³³³, a legitimidade da decisão do Ministério Público em não levar arguidos a julgamento –, porém, ainda assim, acredita-se, não é possível considerar essa decisão como uma porta que abre-se em favor do uso do instituto no país, por dois motivos centrais. Primeiro, a mitigação do princípio em Portugal só é aceitável na legislação para delitos de pequena e média complexidade, não alcançando, portanto, os crimes mais violentos; segundo, por haver arraigada na tradição jurídica portuguesa a crença de que essa solução, apesar de ser mais favorável aos arguidos delatores, é restritiva de direitos para os arguidos delatados³³⁴.

Já no Brasil, a situação é diferente.

5.2 A colaboração premiada no Brasil

Dada a lentidão natural para mudanças estruturais de uma justiça vinculada à tradição greco-romana e seu sistema *Civil Law*, que precisa primeiro alterar as leis para que só depois o novo surja, o Brasil sofre fortemente com os efeitos da instalada política repressora e suas leis penais duras (especialmente daquelas voltadas para os crimes mais requintados, e mais difíceis

³³¹ LOPES JR., Aury – *Adoção do plea bargaining: remédio ou veneno?*, p. 605.

³³² TENDEIRO, Catarina Maria Aleixo – *A figura da delação premiada e as possibilidades de implementação em Portugal*, p. 199-20.

³³³ “não belisca a independência funcional do juiz de instrução a circunstância de o Ministério Público submeter a concordância judicial uma decisão sua, que obteve já a aceitação dos restantes sujeitos processuais e que consiste em renunciar à submissão imediata do caso a julgamento, sempre que as exigências de prevenção geral e especial não requeiram a efectiva aplicação e cumprimento de uma pena. Os termos em que o juiz decidirá se deve ou não dar a sua concordância não dependem senão do que, em sua consciência, decorra da situação de facto revelada pelo processo e dos comandos legais” (SANTOS, Cláudia Cruz – *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidade*, p. 204).

³³⁴ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 205.

de serem demonstrados, como os provenientes das organizações criminosas) e, por conseguinte, com o aumento exacerbado de processos penais.

Buscando diminuir os efeitos negativos dessa política de Direito Penal máximo, parcela da doutrina contemporânea justifica a inserção do modelo de solução consensual estadunidense no sistema jurídico brasileiro no final do século passado (até então não experimentado nem testado em território nacional), defendendo ser a garantia, de um lado, da eficácia do combate às atividades criminosas organizadas e de massa – especialmente a corrupção e o tráfico – e, de outro, da celeridade da justiça penal³³⁵, em nada parecendo com a justiça consensual desenhada por Cappelletti e Garth ou Boaventura, de garantir o amplo acesso à justiça (inclusive para os arguidos), ou mesmo a paz social defendida pelos apreciadores da justiça restaurativa.

Desde então, consegue-se arrolar um sistema de normas vocacionadas para a justiça negocial penal e, quando comparadas, mostram uma certa evolução no que se refere ao tema:

- Lei n.º 8.072/90, de 25 julho (Lei dos Crimes Hediondos – ainda vigente);
- Lei n.º 8.884/94, de 11 de junho (antiga Lei Antitruste);
- Lei n.º 9.034/95, de 3 de maio (antiga Lei de Organizações Criminosas);
- Lei n.º 9.080/95, de 19 de julho, ainda vigente (que alterou as leis nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990 – Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro e Contra a Ordem Tributária, Económica e Relações de Consumo, respetivamente);
- Lei n.º 9.269/96, de 24 de junho, ainda vigente (que alterou o artigo 159, §4.º, do Código Penal);
- Lei n.º 9.613/98, de 3 de março, ainda vigente (Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro);
- Lei n.º 9.807/99, de 13 de julho, ainda vigente (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas);
- Lei 10.409/02, de 11 de janeiro (antiga Lei Antidrogas);
- Decreto Presidencial n.º 5.015/2004, de 12 de março;
- Lei n.º 11.343/2006, de 23 de agosto (atual Lei Antidrogas); e
- Lei n.º 12.850/13, de 02 de agosto (Lei de Organização Criminosa)³³⁶.

³³⁵ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos – **A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos**, p. 55-58.

³³⁶ Para aprofundamento do tema, ler: VIDAL, Pedro Vinícius Ferreira – **Colaboração premiada: aspectos críticos da possibilidade de negociação com o Ministério Público**, p. 35-40 e SANTOS, Marcos Paulo Dutra – **Colaboração (Delação) Premiada**, p. 115.

Inicialmente, a colaboração era vista como um ato de simples confissão espontânea que gerava não mais do que a diminuição da pena do delator pelo altruísmo constatado pela admissão da sua participação no delito (art. 65.º, III, do Código Penal). Apenas na década de 1990, ela passa a ser vista como um ato espontâneo que leva ao esclarecimento de infrações penais, e sua autoria, passível de causar a diminuição da pena do colaborador (art. 6.º da Lei n.º 9.034/1995, de 3 de maio)³³⁷.

Nessa mesma década, porém, o instituto evolui, primeiro admitindo, além da diminuição da pena restritiva de liberdade, a possibilidade da substituição da prisão pela pena restritiva de direitos e até mesmo sua total isenção (Lei n.º 9.613/98, de 3 de março); segundo, passando a conceber a colaboração como negócio bilateral passível de ser premiada inclusive com a extinção da punibilidade, de natureza jurídica absolutória que implica a extinção, também, de qualquer efeito proveniente da condenação (Lei n.º 9.807/99, de 13 de julho).

Porém, foi a partir da promulgação do Decreto Presidencial n.º 5.015/2004, de 12 de março, que o disciplinamento das organizações criminosas no Brasil ganhou novos contornos, incorporando ao ordenamento pátrio a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida também por Convenção de Palermo³³⁸.

A partir de então, novos horizontes formam-se. A Lei n.º 11.343/2006, de 23 de agosto, entra em vigência, a permitir a colaboração premiada no âmbito dos crimes de tráfico de substâncias entorpecentes ou drogas ilícitas, com a possibilidade de não aplicar a pena ou de simplesmente reduzi-la; e a Lei n.º 12.850/13, de 02 de agosto, surge para tipificar o crime de organização criminosa, revogando a Lei n.º 9.034/1995, de 3 de maio, disciplinando o instituto da colaboração premiada³³⁹.

A novel Lei de Organização Criminosa enfim apresenta-se como um instituto de Direito Processual Penal que atende à forma de negócio jurídico bilateral e cujos principais pressupostos estão baseados na utilidade e no interesse (públicos), tendo como propósito atender a princípios específicos - próprios dos métodos de resolução alternativa de litígios (como a consensualidade e a confidencialidade); e, ao mesmo tempo, servir como meio de obtenção de prova, permitindo a coleta de todos os fatos ilícitos, provas e elementos de

³³⁷ NUNES, Walter - **Sentença da 2.ª Vara Federal da 5.ª Região, Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, com o n.º 000005-12.2013.4.05.8400**, de 18 de dezembro de 2015, p. 77-81.

³³⁸ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius – **Crime organizado**, p. 21.

³³⁹ SAAD, Marta – **Direito de Defesa no inquérito policial diante dos meios de obtenção de provas previstos na lei brasileira das organizações criminosas**, p. 187.

corroboração que guardem relação direta com os fatos investigados ou com outros que ainda não sejam alvo de investigações (e para os quais o colaborador tenha concorrido)³⁴⁰.

Em outras palavras, a atual legislação que trata da colaboração premiada brasileira oferece um modelo de negócio jurídico processual orientada para o controle da criminalidade grave³⁴¹, utilizada como meio de obtenção de prova³⁴², com características de cooperação, em que o indivíduo arguido, mais do que apenas confessar crimes cometidos por si ou dar um simples testemunho sobre delitos de que tenha conhecimento, vai além e atua tanto como colaborador preventivo, ao evitar que outras infrações venham consumir-se, bem como colaborador repressivo, auxiliando com a recolha de provas contra coautores. Bem mais amplo, portanto, do que a delação prevista nas legislações anteriores, inclusive por também guardar em si o objetivo de atingir não apenas a existência da organização criminosa, mas também os atos de promoção, constituição, financiamento e integração desta³⁴³.

Além dessas peculiaridades acima apresentadas, o modelo brasileiro previsto pela Lei n.º 12.850/2013, de 02 de agosto, também prevê três momentos diferentes para a realização da colaboração premiada (investigação, processo judicial e pós-sentencial)³⁴⁴, além de vários benefícios, a saber: 1) uma causa extintiva da punibilidade por meio do perdão judicial; 2) uma causa de substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos; 3) uma causa de fixação do regime inicial por outro menos severo; 4) uma causa de redução de pena; e, finalmente, 5) uma causa de exclusão ou atenuação dos efeitos da sentença condenatória, permitindo ao magistrado homologar o acordo mediante a prévia análise acerca da regularidade e legalidade, adequação dos benefícios pactuados, voluntariedade, bem como nos casos possíveis, o mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena³⁴⁵.

Enfim, esse novo modelo, instituído a partir da Lei n.º 12.850/2013, de 2 de agosto, alterada pela Lei n.º 13.964/2019, de 24 de dezembro, da forma como está configurada, é vista como um novo sistema de administração da justiça criminal, baseado em um modelo consensual, tendo como princípio vetor o que denominou-se de devido processo penal

³⁴⁰ SANTOS, Marina Oliveira Teixeira dos – **Entre a colaboração premiada e o consenso: qual o caminho para o futuro do Direito Processual Penal**, p. 20.

³⁴¹ PRADO, Geraldo – **O controle da legalidade da colaboração premiada e a tipicidade probatória**, p. 886.

³⁴² FELDENS, Luciano; HOFMEISTER NETO, Rubens – **Colaboração premiada e sobreposição sancionadora**, p. 755-756.

³⁴³ SILVA, Eduardo Araújo da, *apud*, CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno – **Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**, p. 141-151.

³⁴⁴ SAAD, Marta – **Direito de Defesa no inquérito policial diante dos meios de obtenção de provas previstos na lei brasileira das organizações criminosas**, p. 189.

³⁴⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra – **Colaboração (Delação) Premiada**, p. 94-95.

consensual, baseado em princípios próprios, em especial autonomia da vontade, eficiência, lealdade e boa-fé objetiva³⁴⁶.

O próprio STF já teve a oportunidade de reconhecer a constitucionalidade instituto da colaboração premiada por meio de pronunciamento unânime em sede de *habeas corpus* (127.483/PR), em 27 de agosto de 2015³⁴⁷. Na época, o STF firmou o entendimento de que o instituto está previsto nas Convenções Internacionais das Nações Unidas contra o Crime Organizado e contra a Corrupção – conhecidas respectivamente pelos nomes de Convenção de Palermo e Convenção de Mérida, as quais, por sua vez, foram recebidas pelo ordenamento interno brasileiro desde os anos de 2004 e 2006, encontrando-se vigentes no âmbito interno, o que indica que o país tem o dever de criar medidas adequadas de colaboração no âmbito dos crimes cometidos por organizações criminosas, mediante cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos demais integrantes, descortinando sua estrutura e identificando coautores e partícipes em troca da mitigação da pena³⁴⁸.

Durante o julgamento, o ministro relator do voto vencedor explicou que a colaboração, como negócio jurídico que é, para gerar efeitos, precisa ser confirmada no plano da existência, da validade e da eficácia, estando a declaração de vontade no plano da validade, devendo resultar, necessariamente, de um processo volitivo, com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade, deliberada sem má-fé³⁴⁹.

Na ocasião, ficou assentado que nem a liberdade do colaborador, nem o princípio da voluntariedade estariam frustrados pelo simples fato de a pessoa condenada interessada em colaborar estar presa, porque a exigência para o exercício do direito de colaborar é a da liberdade psíquica, ou seja, que não esteja com sua liberdade de consciência restringida: “[...] não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (critério de *discrimen*) e a vedação ao acordo de colaboração (discriminação decidida em virtude daquele critério), uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a liberdade psíquica do imputado, vale dizer, a ausência de coação, esteja ele solto ou não. Tanto é verdade que, mesmo que esteja preso por força de sentença condenatória, o imputado poderá formalizar, após seu trânsito em julgado, um acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13)”³⁵⁰.

³⁴⁶ FELDENS, Luciano; HOFMEISTER NETO, Rubens – **Colaboração premiada e sobreposição sancionadora**, p. 756.

³⁴⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra – **Colaboração (Delação) Premiada**, p. 80-95.

³⁴⁸ CAPEZ, Rodrigo – **O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal**, p. 125.

³⁴⁹ TOFFOLI, Dias Relat. – **Acórdão só Supremo Tribunal Federal, com o n.º HC 127.483-PR**, de 27 de agosto de 2015, p. 21-22. [Em linha]. [Consult em 23 nov. 2023]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=HC&numero=127483>.

³⁵⁰ *Idem* – ***Ibidem***.

O STF encerra o julgamento, esclarecendo que qualquer entendimento em sentido contrário levaria à compreensão de ser possível, também ao indivíduo imputado, ser negado o direito de colaborar pelo simples fato de encontrar-se preso, o que representa, na realidade, um manifesto descumprimento do princípio da isonomia, o que não soa razoável nem justo, especialmente diante da ausência de legitimidade constitucional para tanto.

No entanto, como já introduzido anteriormente, há inúmeras críticas doutrinárias, tanto internacionais como nacionais, ao modelo consensual de colaboração premiada brasileira. Apresentar as mais relevantes, uma a uma, antes de ser um exercício simples de investigação e conhecimento, é uma atividade complexa que envolve não apenas o reconhecimento de um terreno que se pretende penetrar mais à frente, mas também o respeito por aqueles que dedicaram inúmeras horas de estudo ao assunto.

O estudo científico de autoria de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, por exemplo, publicado entre o final do século XX e o início do século XXI, traz algumas reflexões que merecem destaque, por elencar várias críticas ao instituto da colaboração premiada enquanto negócio jurídico, especialmente porque, no entender dos autores³⁵¹: garante uma incursão inequívoca do Ministério Público no domínio dos tribunais, reduzindo-os a meros homologadores de acordos estabelecidos entre a acusação e a defesa, permanecendo distante das provas; abre espaço para a subversão de alguns dos princípios basilares do processo penal clássico, como a presunção de inocência e a verdade material, face à ausência do contraditório; favorece desigualdade processual, diante de uma incontestável superioridade da posição do Ministério Público em relação à defesa, não só por ser o *dominus litis*³⁵², que garante-lhe a vantagem de poder escolher a capitulação jurídica da acusação (geralmente acusadas de serem excessivas), mas também por ser dotado de todo o aparato que garante-lhe a utilização de estratégias desconhecidas da defesa, inclusive no que se refere às provas que estão em seu poder, igualmente desconhecidas da defesa; transforma o arguido numa figura incômoda, nos casos de rejeição do acordo pela defesa, que acaba sofrendo, como num castigo, uma pena mais pesada; transfere ao arguido uma carga de pressão que tende a acarretar, em muitas ocasiões, uma confissão fictícia, especialmente dos mais inexperientes, que não suportam nem encaram com naturalidade fazer-se apresentar perante um juízo penal, com o risco de ser condenado; e gera desigualdade material, ao permitir que, em alguns casos, crimes e delinquentes sejam

³⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**, p. 484-492.

³⁵² *Dominus litis* aqui é usado para representar aquele que detém o *mínus* acusatório em um processo penal, também conhecido como o dono da lide.

privilegiados em detrimento de outros, especialmente quando entram em cena, dentro de visões criminológicas e sociológicas do autor, escolhas baseadas na consistência da prova, no estereótipo acusatório ideal dos envolvidos no processo – juiz (severo), vítima (respeitável) e arguido (perigoso) – na complexidade do caso, no envolvimento emocional da sociedade com o crime cometido, na pressão midiática, enfim, em tudo o que possa garantir o caminho da vitória à acusação.

Aliás, segundo esse mesmo estudo, tanto a criminologia como a sociologia reconhecem uma propensão da acusação em eleger os casos que podem ser direcionados para acordo ou para julgamento, com base numa dignidade penal da conduta concreta e vantagens da punição de certos tipos de pessoas, por exemplo, aquelas que têm reconhecida respeitabilidade ou são colaborativas; na forma inversa, aquelas que contam com antecedentes criminais ou que se encaixam no estereótipo de um típico delinquente, em que encontram-se os poderes económicos e políticos do arguido, assim como também a sua posição na sociedade e, por fim, questões mais sensíveis que relacionam-se à sua cor.

Outras importantes considerações também relevantes surgem a partir de críticas do início do século XXI, da autoria do professor Geraldo Prado, direcionadas à política judiciária de impor celeridade processual por métodos consensuais, cujas reflexões servem para uma análise crítica também dos acordos de colaboração premiada no Brasil, daí por que merecem ser abordadas igualmente aqui. São elas as seguintes³⁵³: desigualdade social – causada pela seletividade sedimentada na realidade do processo penal brasileiro, gravitando entre o discurso iluminista herdado da Revolução Francesa – que defende a igualdade entre os povos – e a sua prática, fincada em um discurso luso-brasileiro reformado, que trata a sociedade sob dois polos distintos, os sujeitos à lei e os sujeitos de direito; desvantagem estratégica – causada pelo desequilíbrio escancarado das partes contratantes, ocasionada pelo componente coercitivo insito aos detentores do monopólio do exercício legítimo da força (Ministério Público), age como elemento limitador do consenso enquanto livre manifestação de vontade; racionalidade invertida – causada pela captura do processo penal (que visa controlar o poder estatal para minorar os riscos advindos de uma possível manipulação política), pela empresarial (da busca de resultados), e gera a subversão da função tipicamente pública (do Estado) pela instalação da funcionalidade de empresa; desvio de função – causado por um desalinhamento entre o objetivo perseguido pelo negócio penal e a garantia constitucional de que a ninguém deverá ser imposta uma pena, sem que haja antes a comprovação da sua culpa, uma vez que o argumento

³⁵³ Sobre os efeitos nocivos da justiça penal consensual: PRADO, Geraldo – **O controle da legalidade da colaboração premiada e a tipicidade probatória**, p. 180-206.

legitimante para o oferecimento de uma proposta naturalmente desvantajosa para a pessoa do arguido está posicionado em indícios, colhidos em fase inquisitorial, antes, portanto, do crivo do contraditório e da ampla defesa; e manipulação de vontades – causada pelo próprio exercício do direito ao consenso, que, natural e instintivamente, favorece a manipulação dos interesses pelo uso estratégico da vantagem pessoal a advir da negociação.

Seguindo agora para os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, que também traz relevantes argumentos contrários aos acordos no âmbito penal, destaque para o que afirma ser uma fonte de injustiça, um “escambo perverso”, que atinge vários princípios garantidores de direitos fundamentais, como o contraditório, a igualdade, a certeza, a legalidade e a individualização da pena. Também revela uma disparidade dentro de um “confronto desigual com a acusação” que muitas vezes termina por acarretar uma verdadeira declaração de culpabilidade de inocentes³⁵⁴.

Resumindo, para Luigi Ferrajoli, esse novo método processual seria responsável por uma devastação do sistema de garantias, um gerador de grande perigo, a depender do que a prática do acordo ou transação penal produza. Em outras palavras: “uma grave perversão burocrática e policialesca de uma boa parte da justiça penal, e transformar o juízo em um luxo reservado àqueles quantos dispostos a afrontar as despesas e os riscos, e que o processo possa reduzir-se a um jogo de azar no qual o imputado, embora inocente, é colocado diante de uma escolha entre a condenação a uma pena reduzida e o risco de um juízo ordinário que pode concluir-se com a absolvição mas, também, com uma pena enormemente alta”³⁵⁵.

Cláudia Santos também tece diversas críticas ao instituto penal consensual, destacando, especialmente, o ataque ao princípio da legalidade da promoção processual. Para ela, a estrutura acusatória do ministério público, integrada ao sistema europeu continental (contraposta, portanto, ao modelo anglo-saxónico), exclui juízos de oportunidade, “a não ser no âmbito da criminalidade menos grave, onde se admitem solução de diversão processual”, ficando, assim, o ministério público, proibido de “decidir sozinho que agentes de crimes graves [...]” “[...] sejam submetidos a julgamento com vista à sua punição e que agentes de crimes graves não carecem de punição”³⁵⁶.

Já no que se refere especificamente ao modelo adotado no Brasil, merecem atenção outras críticas. Primeiro a que se apresenta contrária à apropriação do modelo norte-americano (*plea bargaining*)³⁵⁷, desenvolvido dentro de um sistema de justiça cuja tradição em nada se

³⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 601.

³⁵⁵ *Idem* – **Ibidem**.

³⁵⁶ SANTOS, Cláudia Cruz – **O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidade**, p. 197.

³⁵⁷ PRADO, Geraldo – **O controle da legalidade da colaboração premiada e a tipicidade probatória**, p. 889.

assemelha à brasileira³⁵⁸; segundo, a que atenta para o fato de, a pretexto de permitir um melhor controle da criminalidade grave, findou por criar um “supersistema inquisitório”³⁵⁹, dependente da “atitude autoinculpatória do colaborador”³⁶⁰, responsável por destruir diversas garantias individuais conquistadas ao final do século XX, por ocasião da promulgação da ainda vigente Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Dentro dessa linha, destaque também para os professores Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes, que seguem para além das críticas acima delineadas e ainda apontam a frieza do instituto, na medida em que abrem amplo espaço para análises de custo/benefício acerca do momento certo para a tomada da decisão (de colaborar). Segundo explicam, as informações que geram prêmio guardam um valor de barganha, transitório e volátil, ou seja, interessantes quando novas e relevantes, mas tornam-se desprezíveis (derrubando seu valor inicial), sempre que perdem conteúdo, o que ocorre quando outros colaboradores partem na frente oferecendo as mesmas informações em primeiro lugar³⁶¹.

Nada de errado, não fosse o estabelecimento de um dilema (dissonante das regras que norteiam o processo penal), por exigir dos jogadores enxergar “qual o ponto de virada em que a análise dos benefícios supera a dos custos” e assim eleger o momento certo para colaborar. Resumindo: “Quem demora muito a ‘fechar negócio’ pode ter a informação que valia cem e perder preço no mercado da delação. O fator *time* será decisivo e, por isso, jogadores profissionais e com habilidade de negociação saem-se melhor”³⁶².

Um jogo de sorte. Ganha quem tem mais experiência, sangue frio, visão estratégica etc. Os professores são rigorosos ao defender que a incapacidade do Estado em investigar ou recolher provas não deveria ser abrandada por mecanismos que teriam a característica de ostentar (nas suas palavras) uma “legalidade à *la carte*”, com um emaranhado de possibilidades (o “império da barganha”), transformando o processo penal em um grande mercado de pena e culpa perigoso. E, para piorar, considerando o contexto político e o econômico que o envolve, atentaria também contra valores democráticos e o pluralismo de ideias, segundo extrai-se da doutrina supramencionada: “As aspirações expansionistas penais não toleram qualquer modo de vida democrático e que tenha o pluralismo das ideias como pressuposto, já que você deve estar em um dos lados: corruptos ou caçadores de corruptos. O maniqueísmo é evidente. A

³⁵⁸ LOPES JR., Aury – Adoção do *plea bargaining*: remédio ou veneno?, p. 603.

³⁵⁹ PEREIRA, Gustavo Alberine – Considerações sobre os limites à delação premiada no Brasil, a partir da experiência comparada, p. 17-19.

³⁶⁰ PRADO, Geraldo – O controle da legalidade da colaboração premiada e a tipicidade probatória, p. 893.

³⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da – Delação premiada no limite, p. 52-53.

³⁶² *Idem* – *Ibidem*.

liberdade de expressão ainda é um marco democrático que nos autoriza a dizer que os pressupostos teóricos da delação à brasileira estão equivocados e que as práticas reais são performáticas, especialmente porque feitas à sorrelfa”³⁶³.

Aury Lopes vai um pouco mais além e afirma: “O ponto nevrálgico é: qual o espaço de negociação que nosso sistema admite e tolera, sem gravíssimo prejuízo para a qualidade da administração da Justiça? É preciso pensar nesse limite a partir da compreensão da nossa realidade social e prisional e também dos erros que já cometemos com a banalização da transação penal (Lei n.º 9.099/95). Se a transação penal já se mostrou uma perversa mercantilização do processo penal, o sentido mais depreciativo da expressão, imagine-se o imenso estrago que causará uma ampliação excessiva ou ilimitada desse espaço?”³⁶⁴.

Para o autor, o quadro fica ainda mais preocupante em um sistema, como o brasileiro, em que o magistrado, sendo mais valorizado por sua produção quantitativa do que propriamente pela qualidade de suas decisões, mostra-se mais interessado no fim do processo do que propriamente na lógica do sistema penal. Esta é, para ele, a face mais cruel do processo penal, que subverte sua finalidade precípua e finda por lançar a pessoa arguida em um caminho que exige dela espírito aventureiro e um poder de barganha que, de novo, subverte a ordem do sistema, viabilizando a aplicação de penas sem prévio processo, sem prévia produção de prova sob o crivo do contraditório, bastando para a sua conclusão, uma confissão e um acordo³⁶⁵.

Consequentemente, Aury Lopes posiciona-se contrário ao instituto (nas fases pré e processual), primeiro, porque importa um modelo estadunidense (adequado ao sistema *common law*), diferente do sistema brasileiro (*civil law*); segundo, porque a ausência de um limite máximo de pena (como ocorre com Portugal e Espanha) permite a negociação de qualquer crime e de qualquer pena; terceiro, porque viola a relação entre a gravidade do fato e a quantidade da pena; quarto, porque supervaloriza as provas produzidas na fase investigativa, retirando os direitos à ampla defesa e ao contraditório perante um juiz imparcial; quinto, porque a coerção é inevitável, na medida em que a pessoa arguida vê-se pressionado com a possibilidade de cumprir penas altas, inclusive de forma antecipada, caso não se “voluntarie” a negociar; sexto, porque desconsidera o impacto carcerário gerado com mais prisões, porque permite a aplicação da pena sem processo anterior; sétimo, porque gera encarceramento em massa dentro de um sistema carcerário caótico, medieval e extremamente deficitário de vagas,

³⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da – **Delação premiada no limite**, p. 55-57.

³⁶⁴ LOPES JR., Aury – **Adoção do *plea bargaining*: remédio ou veneno?**, p. 603.

³⁶⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 608-609.

e oitavo, porque a economia é ilusória, já que em médio e longo prazos gera aumento das despesas com a necessidade de construção e manutenção de novos presídios³⁶⁶.

Também merecem registo algumas críticas relacionadas a uma crise de ética na utilização, pelo Estado, de provas produzidas por um duplo traidor, que primeiro atentou contra o pacto social ao cometer crimes e, depois, para ver-se livre das imputações legais contra sua pessoa, comete nova deslealdade, desta feita contra integrantes do seu próprio grupo criminoso. Para esses críticos, não se trata de concordar com quem entrega seus comparsas, mas de discordar da postura (i)moral assumida pelo Estado ao estimular e premiar a deslealdade e a traição³⁶⁷.

Por derradeiro, destacam-se aquelas críticas ao instituto da colaboração premiada por considerar que ele não se justifica, haja vista a existência de outros similares, usados mesmo antes do seu surgimento, prevendo privilégios ao réu colaborador, como é o caso da desistência voluntária (art. 15.º) e do arrependimento eficaz (art. 16.º), ambos previstos no Código de Processo Penal, tanto como causas de diminuição de pena como atenuantes (art. 65.º, III, b)³⁶⁸.

Seguindo para o encerramento deste item (embora com a consciência de que o tema está longe de um fim), importante trazer à colação algumas conclusões de Gomes Canotilho e Nuno Brandão, formuladas por ocasião de análise acerca da jurisprudência fixada pelo STF em 2015 pela constitucionalidade da norma, dada a profunda contribuição oferecida à discussão acerca da colaboração premial enquanto método da justiça penal negocial³⁶⁹.

Na ocasião, os autores pontuaram que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, antes de serem meros atos de vinculação do poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou mesmo de subvaloração do interesse público, guardariam em si, considerando sua principal função – de proteção à liberdade dos cidadãos –, a responsabilidade de manutenção da atividade punitiva em “níveis de tolerância” (mesmo quando o assunto envolve o combate à criminalidade organizada e à corrupção).

Dito isso, também advertiram haver um grande perigo na utilização de mecanismos de combate ao crime organizado e à corrupção (como a colaboração premiada) em desarmonia com os direitos humanos, especialmente pela possibilidade de transformarem-se em um “sistema autopoietico que se reproduz a ele próprio tendencialmente à margem dos princípios

³⁶⁶ LOPES JR., Aury – *Adoção do plea bargaining: remédio ou veneno?*, p. 610-611.

³⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César – *Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

³⁶⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra – *Colaboração (Delação) Premiada*, p. 72-73.

³⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno – *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*.

estruturantes da ordem jurídico-constitucional”, além da possibilidade de gerar perdas gigantes para a sociedade, relacionadas à “reserva de juiz”, à “reserva do Ministério Público” e à “reserva judicial de execução da sentença”³⁷⁰.

Com isso, os autores concluíram ser imprescindível o uso da colaboração premial em sintonia com o princípio da legalidade, considerando-se as seguintes dimensões:

- material – seu uso deve estar relacionado a crimes previamente definidos em lei;
- processual – as promessas e vantagens devem ter expressa base legal;
- Juiz natural – não é possível a utilização fora da jurisdição; e
- legalidade estrita – não se admite colaboração fora do âmbito normativo descrito na lei, ou seja, que não esteja relacionada com os crimes de e da organização criminosa, que não seja firmada por quem não seja integrante, bem como que não seja firmada nem gere efeitos fora do processo em que foi negociada.

De toda a leitura realizada até aqui, foi possível ter uma perspectiva sobre o quanto o instituto de colaboração premiada, inclusive o modelo brasileiro, vem enfrentando resistências por boa parte da doutrina mais especializada (pré-processual, ou seja, concebida antes do oferecimento da denúncia, e processual, prevista para o momento entre o recebimento da denúncia e a sentença), tendo como principal justificativa o desrespeito do instituto a diversas garantias e direitos processuais penais fundamentais.

De fato, as críticas trazidas ao trabalho são incrivelmente reveladoras no que se refere à colaboração premiada pré-sentencial; mas o que dizer sobre o modelo pós-sentencial? Estaria ele de acordo com a teoria garantista do Direito Penal e da dupla finalidade da pena de Luigi Ferrajoli? Há algum significado nobre para sua existência, capaz de justificar sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro e até mesmo sua inserção no sistema português na condição de substituta das penas privativas de liberdade provenientes dos crimes cometidos por organizações criminosas?

³⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno – **Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**, p. 139.

5.3 A colaboração premiada pós-sentencial brasileira: um estudo de caso (Operação Pecado Capital)

Conforme o próprio nome indica, o instrumento penal negocial denominado colaboração premiada pós-sentencial, positivado no Brasil pela Lei das Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850/2013, de 02 de agosto), é passível de ser concretizado desde a sentença penal condenatória do próprio colaborador.

Segundo consta do parágrafo 5.º, do art. 4.º, da suprarreferida lei, a pessoa que for condenada por algum dos tipos previstos pela Lei de Organização Criminosa pode colaborar com o Estado mesmo depois de condenado e ser, por isso, beneficiada com a redução do tempo da sua prisão em até a metade ou com a progressão do regime prisional, ainda que ausentes os requisitos objetivos.

O dispositivo não limita o momento da sua efetivação, se antes do trânsito em julgado ou mesmo depois. Por essa razão, há quem defenda ser possível a colaboração em qualquer momento depois de proferida a sentença condenatória, inclusive após seu trânsito em julgado. Para o caso de haver recurso ainda pendente, considerando que a colaboração trará para os autos fatos novos que não passaram pelo contraditório no primeiro grau (o que configura explícito caso de supressão de instância, proibida pelo CPPB em seu art. 617.º), sua análise caberá ao juízo *a quo* (por distribuição ou prevenção), assim sendo também no caso do trânsito em julgado já ter se verificado, enquanto ao juízo da execução caberá apenas o seu acatamento³⁷¹.

Para parte dos doutrinadores, a exemplo de Marcos Paulo Dutra Santos, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renato Brasileiro de Lima, Cleber Masson e Vinícius Marçal, no entanto, a colaboração premiada pós-sentencial deve ser “extraída no curso da execução da pena, definitiva ou provisória, consubstanciando incidente do processo de execução, atacável por meio do recurso de agravo”³⁷², ao juízo da execução caberia também decidir sobre os benefícios conferidos pelo negócio processual, já que, em regra, ele é competente para aplicar os incidentes posteriores à sentença condenatória, uma vez exaurida a competência do juízo da fase do conhecimento com o proferimento da referida decisão.

A colaboração premiada, enfim, só não seria possível em sede revisional, segundo assentou o próprio Superior Tribunal de Justiça, por sua jurisprudência já pacificada, em virtude

³⁷¹ MASSON, Kleber; MARÇAL, Vinícius – **Crime organizado**, p. 275-278.

³⁷² SANTOS, Marcos Paulo Dutra – **Colaboração (Delação) Premiada**, p. 176.

de o referido instrumento prestar-se unicamente ao mero reexame de fatos e provas que já existiam e já eram do conhecimento do colaborador³⁷³.

A compreensão a respeito da delação premiada pós-sentencial brasileira fica melhor compreendida por meio do estudo de caso que a seguir se apresenta.

Em 2011, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte deflagrou a Operação “Pecado Capital”, com a missão de investigar vários fatos delituosos relacionados a desvios de recursos públicos, ocorridos entre os anos de 2007 e 2010, dentro da autarquia estadual Instituto de Pesos e Medidas do Rio Grande do Norte (IPEM/RN).

Por meio das provas colacionadas durante a operação, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ofereceu, no ano de 2012, várias denúncias, perante o Judiciário estadual; dentre estas, uma em particular, proposta contra 08 pessoas, entre agentes públicos e empresários, por meio da denúncia o referido órgão acusatório não requereu apenas a condenação de todos os envolvidos, mas também a reparação integral dos danos causados ao patrimônio público³⁷⁴.

A seguir, constatada pelo juízo de origem que a verba desviada provinha dos cofres da União, sua competência foi declinada para a justiça federal, tendo o processo sido redistribuído à 2.^a Vara da Seção Judiciária do RN, situada na capital (Natal), quando então recebeu o número 000005-12.2013.4.05.8400. Referido juízo federal aceitou a competência declinada, recebeu a denúncia e deflagrou a fase da instrução processual probatória, tendo o respetivo processo tramitado por todas as fases legais, até a sentença de mérito, que foi proferida no ano de 2015, ocasião em que restou declarada a responsabilidade criminal e civil de todos os arguidos face à comprovação dos crimes de dispensa de licitação ilegal, peculato, lavagem de dinheiro.

Segundo explicou a sentença, um dos arguidos, que na época dos fatos delituosos exercia a função gratificada (sem concurso público) de diretor geral do IPEM/RN, chegou a desviar, entre os anos de 2007 e 2010, em conluio com as pessoas que então ocupavam os cargos de diretor administrativo, coordenador financeiro e chefe da assessoria jurídica da citada autarquia, em proveito próprio e alheio, recursos públicos que deveriam ter sido empregados

³⁷³ CORDEIRO, Nefi Relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no AREsp, com n.º 1704043/TO**, de 22 de dezembro de 2020. [Em linha]. [Consult. 23 nov 2023]. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001189846&dt_publicacao=29/09/2020.

³⁷⁴ NUNES, Walter - **Sentença da 2.^a Vara Federal da 5.^a Região, Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, com o n.º 000005-12.2013.4.05.8400**, de 18 de dezembro de 2015, p. 77-81.

no custeio de atividades, programas e ações pertinentes ao exercício da competência delegada ao IPEM/RN, pelo Instituto Nacional de Metrologia (INMETRO).

O juízo, na ocasião, aceitou o argumento da acusação de que os arguidos, no quadriênio considerado, valendo-se das facilidades propiciadas pela condição de funcionários públicos e a pretexto de contratarem entidade comercial especializada na execução de serviços de limpeza automotiva, realizaram negócio com uma empresa especializada em lavagem de veículos automotores, sem licitação. Esta, na verdade, em vez de proceder à lavagem e à limpeza dos veículos oficiais da autarquia, atendia veículos agenciados por uma segunda empresa, de propriedade do citado diretor geral do IPEM/RN, embora constassem formalmente do quadro societário da referida empresa o seu pai e o seu irmão, além de uma terceira pessoa, todos denunciados juntamente com o gerente comercial da época. Juntos, os servidores acusados eram responsáveis pelos processos licitatórios, pela ordenação de processos administrativos, contratos e pagamentos, pelo gerenciamento de despesas, bem como pelo controle e checagem de talonários, notas fiscais e faturas.

Durante as investigações, foram autorizadas judicialmente intercetações telefônicas e buscas e apreensões, bem como realizadas auditorias internas, que findaram, segundo fundamentou a sentença, por desvelar todo o esquema criminoso do grupo, revelando, ainda, que para o sucesso da empreitada criminosa os servidores que até então ocupavam as funções de confiança já citadas foram substituídos, exatamente pelos mesmos arguidos que na época da deflagração da operação estavam ocupando estes mesmos cargos.

Consta relatado na sentença também que em momento anterior cinco dos oito arguidos decidiram firmar acordos de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, identificando efetivamente outros integrantes da organização criminosa em apreço, bem como outros fatos relacionados ao esquema ilícito denunciado, dentre estes a própria estrutura do grupo, sua respetiva divisão das tarefas e o destino de parte da verba desviada (utilizada em campanhas políticas por intermédio da prática do conhecido mecanismo denominado “caixa 2”).

A colaboração ofertada foi de tal sorte eficaz para a elucidação dos crimes que o próprio magistrado chegou a registrar na sentença, expressamente, a relevante contribuição dos colaboradores para o aprimoramento da política de segurança institucional da autarquia. Por causa dessas colaborações, os cinco arguidos colaboradores foram beneficiados no processo que ora está servindo para estudo de caso, uns com a redução do tempo fixado para cumprimento das penas restritivas de liberdade e, conseqüentemente, com a sua substituição por restritiva de direitos, e outros, ainda, com o perdão judicial.

Importante esclarecer, também, que dos arguidos delatados, apenas um defendeu a nulidade da delação, por cerceamento do direito de defesa, ao argumento de ter sido impedido de acessar os termos de acordo firmado entre o Ministério Público e os arguidos colaboradores, mas que foi indeferido pelo juiz sentenciante, sob o fundamento de as provas ali produzidas não foram utilizadas para condená-lo.

Depois de proferida a sentença condenatória dos três arguidos remanescentes que preferiram não oferecer qualquer espécie de colaboração, condenado-os pelo crime de peculato a uma pena de reclusão, em regime inicial semiaberto, de 7 anos, 4 meses e 10 dias, e multa de R\$71.400,00, um dos condenados, que até então tinha optado por não delatar (o gerente comercial da empresa de propriedade do diretor geral do IPEM na época dos fatos delituosos), mudou de posição e procurou o Ministério Público Federal para celebrar acordo de colaboração premiada, na promessa de revelar fatos delituosos novos, referentes a uma suposta compra e venda de decisões judiciais no âmbito da Operação Pecado Capital, bem como revelar o patrimônio de um outro integrante do grupo criminoso, até então desconhecido, que seria também o principal beneficiário do esquema de desvio de recursos públicos do IPEM/RN.

A partir da referida delação, portanto, surgiam fatos novos que contribuíram tanto para futuras investigações (por meio da apresentação de novas provas), desta feita direcionadas à apuração de outros crimes, como também (por meio da identificação do patrimônio do beneficiário dos desvios) para uma futura reparação dos danos causados pelos desvios que até então estavam ocultos.

Os fatos novos revelados pelo colaborador foram considerados de significativa gravidade, inclusive porque teriam a capacidade de atentar contra a credibilidade da própria justiça, possibilitando não apenas a revelação do caminho do dinheiro, como também a identificação real dos verdadeiros beneficiários dos desvios e seus bens, razões estas que levaram o acordo a ser firmado e homologado judicialmente, nos autos do processo n.º 0004322-82.2015.4.05.8400 que igualmente tramitaram, em segredo de justiça, na 2.ª Vara da Seção Judiciária do RN.

Segundo consta do referido acordo, o então condenado comprometeu-se a colaborar na elucidação dos fatos em apuração no âmbito da Operação Pecado Capital, tanto nos procedimentos investigatórios, como nos processos judiciais já em tramitação, bem como quaisquer outros que futuramente fossem instaurados, inclusive desdobrados ou decorrentes da citada operação, mediante as seguintes recompensas: extinção da pena de multa; redução pela metade do tempo fixado para a pena privativa de liberdade; substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade

pelo período de 1 ano e 8 meses e na apresentação periódica mensal em juízo; e não ser denunciado pelos crimes desvendados em virtude dos fatos novos por si revelados.

Por fim, foram acordadas, ainda, as seguintes condições, para serem cumpridas pelo colaborador: voluntariedade e sigilo; delimitação do alcance da delação (identificação de delinquentes, revelação do esquema criminoso, da estrutura hierárquica e divisão de tarefas, recuperação de valores, fornecimento de provas materiais); cooperação irrestrita nas investigações, procedimentos e processos judiciais; não impugnação do acordo; afastamento de toda e qualquer atividade criminosa; autorização para o acesso livre ao correio eletrônico; regularização das contas bancárias abertas no exterior; e renúncia à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio.

Da leitura do caso concreto ora apresentado, é possível perceber, já de início, que muitas das críticas direcionadas aos modelos penais consensuais pré-processuais (firmados entre o início das investigações e o momento anterior ao recebimento da denúncia) e processuais (realizados entre o recebimento da denúncia e o momento anterior à sentença condenatória) não recaem sobre ele (o que é óbvio), já que realizado depois de finalizada a instrução probatória e proferida a sentença penal de mérito (condenatória), o que não significa, no entanto, estar imune a toda e qualquer crítica, como será visto a seguir.

5.4 A dupla finalidade da colaboração premiada pós-sentencial

O estudo de caso trazido a conhecimento por meio deste trabalho demonstra que o modelo em análise (delação premiada pós-sentencial), em que pese não servir de solução para todas as mazelas apresentadas no decorrer do presente trabalho (porque ao menos em princípio – a depender de futuras pesquisas empíricas – pode gerar mais prisões), ocasionando mais caos ao já caótico sistema prisional³⁷⁵, permite a utilização de penas alternativas, diversas da prisão, o que, ao menos a princípio, mostra-se como um modelo não só garantista, mas também humanizado, nos termos preconizados por Luigi Ferrajoli.

Para confirmar a assertiva acima, no entanto, é necessário averiguar os pontos positivos e negativos do instituto. Nesse passo, primeiramente, há que se destacar o fato de que muitas das críticas direcionadas aos modelos de justiça penal consensual pré-processuais ou processuais (descritas no item 5.2) já não se aplicam ao modelo ora estudado, que só se realiza

³⁷⁵ LOPES JR., Aury – *Adoção do plea bargaining: remédio ou veneno?*, p. 609-610.

ao final do devido processo legal, após, consequentemente, o exercício de todos os direitos processuais fundamentais a ele inerentes, e respeitadas as garantias constitucionais para ele previstas.

Porém, outras críticas persistem no âmbito do modelo pós-sentencial, inclusive contra o já citado entendimento esposado pelo STF, em 2015; essas críticas precisam ser enfrentadas para que, ao final, seja possível (ou não) confirmar a hipótese da presente pesquisa. O emprego da falsa delação é a primeira das críticas. De fato, uma possibilidade concreta, própria da fraqueza humana que assume posturas ardis, egoístas, moralmente questionáveis, como a mentira, o falso testemunho e a traição. Todavia, também não se pode negar que o seu exercício está diretamente ligado ao direito à ampla defesa³⁷⁶ (que permite ao indivíduo arguido não apenas falar, contrapor-se, mas também silenciar e até mesmo mentir), cuja garantia se estende mesmo depois de encerrada a fase de conhecimento, ou seja, pela fase da execução penal³⁷⁷; portanto, por se tratar de um direito fundamental, não pode ser restringido sob o frágil argumento de que pode ser falso.

A ausência da liberdade psicológica do colaborador, por sua vez, é fonte para outra forte crítica ao instituto. Todavia, há que se fazer uma ressalva: não é qualquer pressão psicológica que ofende a liberdade da pessoa condenada em participar ou não de um negócio processual. Na esteira do já citado entendimento proferido em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal, as emoções (naturais) geradas a partir do advento de uma sentença condenatória não são suficientes para sugerir sem dúvidas que o indivíduo condenado tenha, a partir delas, perdido por completo a sua liberdade de escolha de negociar a colaboração ou não. Chance, aliás, bastante reduzida na medida em que a participação da defesa técnica durante todo o processo negocial é exigida pela própria lei (artigos 3.º-B, § 5.º, 3.º-C, § 1.º, e 6.º, III, da Lei n.º 12.850/2013, de 3 de agosto).

É possível encontrar também na doutrina esse mesmo posicionamento firmado pelo STF (e defendido pelo presente trabalho), em relação à necessidade de haver ausência de coerção, conforme verifica-se a seguir, a partir da seguinte transcrição: “A voluntariedade inerente à delação não se confunde com espontaneidade – se o infrator pudesse escapar da responsabilização penal sem delatar os comparsas e/ou o esquema criminoso, assim o faria. Importa ausência de coercitividade”³⁷⁸.

³⁷⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra – **Colaboração (Delação) Premiada**, p. 165.

³⁷⁷ ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**, p. 126.

³⁷⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra – *Op. Cit.*, p. 146.

Além das críticas já referidas, o descompasso com os princípios da isonomia, da individualização das penas e do devido processo penal é outra fonte de ataques que recaem na modalidade negocial em apreço. Quanto aos dois primeiros (isonomia e individualização das penas), a corrente defensiva do instituto explica que não há ofensa alguma, tanto que condutas menos reprováveis que as assumidas pelo colaborador já recebem não é de hoje sanções maiores, quando não há cooperação do arguido, ocasionando, assim, um tratamento diferenciado entre ambas as situações³⁷⁹.

O princípio da individualização da pena, para garantir que a sanção seja proporcional ao delito perpetrado, já permite a análise discricionária pelo juiz, durante a dosimetria da pena, de questões ligadas à reprovabilidade do fato e às circunstâncias pessoais do agente (artigo 59 do CPB), assim como também a verificação e a ponderação relacionadas a atos de arrependimento, sentimento natural do ser humano; tanto que figuras como desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior já são positivadas no Brasil muito antes da vigência da Lei de Organização Criminosa, a permitir a atenuação da pena na condição de atenuante genérica, tanto quanto a confissão [artigos n.ºs 15.º, 16.º e 65.º, III. Alíneas b) e d)]³⁸⁰.

Ademais, se o mero arrependimento dá ensejo à minoração da reprimenda, muito mais motivos há para que a pena de quem decide colaborar seja minimizada, afinal, trazendo à baila fatos criminosos graves, sabe-se que o colaborador impreterivelmente correrá riscos, como o de morrer e o de assistir a seus entes queridos sendo perseguidos, usados como instrumento de vingança, ou seja, sofrendo todo tipo de represália, inclusive de morte. Ao que parece, ao invés de o Estado preservar o princípio da isonomia ao não permitir o uso do instituto, estaria, na verdade, sendo omissa, ao não prever benefícios mais significativos do que os previstos para delitos de menor gravidade; a configurar, aí sim, uma ofensa gritante contra os princípios da isonomia e da individualização da pena³⁸¹.

As questões éticas relacionadas à delação também geram críticas ao modelo de colaboração premiada pós-sentencial. De fato, o Estado premia e aproveita como meio de prova as informações produzidas por meio da traição cometida por pessoas que até então estavam envolvidas por laços de confiança com outras, para o fim de cometer ilícitos, que preferiram abrir mão em troca de não se verem obrigadas a cumprir longos períodos de prisão; de fato,

³⁷⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra – **Colaboração (Delação) Premiada**, p. 72.

³⁸⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 74.

³⁸¹ *Idem* – **Ibidem**.

também, a premiação da traição passa a impressão de que, para o Estado, os fins justificam os meios³⁸².

Para muitos, o uso da traição não mostra apenas fraqueza de caráter do traidor, mas também do próprio legislador, que dela abre mão em nome da segurança social, quando, na verdade, deveria se ocupar de criar meios legítimos para a consecução dos fins buscados por meio da *persecutio criminis*³⁸³.

Marcos Paulo Dutra Santos ainda acrescenta as seguintes explicações: “De um lado, à luz do devido processo legal substancial, que perpassa pela lealdade processual e boa-fé, argumenta-se não ser concebível potencializar a ética entre criminosos, glosando o Estado por premiar a traição dentro do seio delituoso, até porque são grupos guiados por valores e leis próprias, bem distantes daqueles que norteiam a sociedade como um todo, consoante observa Renato Brasileiro Lima. Por outro lado, não se pode perder de vista o processo como instrumento de composição de conflitos, sendo mister assegurar-lhe a funcionalidade e a eficiência na resposta à criminalidade, até porque outro não poderia ser o anseio social, que não tolera a impunidade”³⁸⁴.

Não obstante ser possível a colaboração premiada subsidiar discussões éticas importantes, não há como desconsiderar o fato de se tratar de um direito subjetivo da pessoa que pretende exercê-la, correlato ao próprio direito fundamental à defesa, sendo um dever do Estado viabilizar ao arguido todas as formas legais possíveis de autoproteção, inclusive o arrependimento e a colaboração, esta última, aliás, ainda que seja apenas com o intuito de minimizar ou mesmo colocar um fim às suas aflições decorrentes de uma condenação penal que está na iminência de efetivar-se; mesmo ausente qualquer outro interesse além da própria salvação³⁸⁵.

Ademais, acredita-se que o conteúdo ético que deve guardar real relevância para um ordenamento jurídico que esteja pautado pelo Estado de direito não é o (pseudo) compromisso com organizações criminosas e seus integrantes, mas o de lealdade com a própria sociedade, de dizer a verdade esclarecendo fatos que atentam contra a ordem jurídica e contra o próprio bem comum. Por isso mesmo, diante da relevância do ato, cujo interesse e utilidade são públicos (art. 3.º-A da Lei 12.850, de 2 de agosto) – porquanto destinado a auxiliar o Estado no combate a crimes complexos – bem como, diante também da grandiosidade da atitude – e dos riscos

³⁸² SANTOS, Marcos Paulo Dutra – **Colaboração (Delação) Premiada**, p. 74.

³⁸³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 73.

³⁸⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 75.

³⁸⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 134.

naturais provenientes da quebra da confiança entre delinquentes graves – justifica a retribuição pelo benefício conferido a toda uma comunidade por meio de uma recompensa. Ao contrário de gerar uma cultura antivalorativa, a colaboração premiada pode significar tanto um ato derivado do arrependimento como do exercício da autodefesa; portanto, de ética e moral, assim como coragem, ambos inquestionáveis.

Enfim, não haveria razão para vedar a redução da pena ou a concessão de outros benefícios para um condenado da justiça criminal, se o infrator age de maneira colaborativa com o Estado, muitas vezes correndo risco de morte. O instituto é admissível e encontra amparo não apenas na ausência de definição do momento estanque para a celebração do acordo pela Lei das Organizações Criminosas, mas também, como bem lembrado por Guilherme Nucci, pela própria Lei de Lavagem de Capitais, que dispõe expressamente, no parágrafo 5.º do seu artigo 1.º, essa possibilidade, a qualquer tempo³⁸⁶.

Até mesmo o devido processo penal, em relação à pessoa delatada, resta preservado, conforme foi possível observar do estudo de caso apresentado, já que, não sendo prova, mas meio para obtenção de novas provas, a ele é permitido exercer a plenitude de seu direito de defesa, assim como percorrer todas as fases do processo penal deflagrado para apuração desses novos fatos, ou seja, por meio de um novo processo penal; jamais sendo, portanto, inserido em um processo antigo, em que encontre-se inserido o seu delator, que, aliás, conta com um processo já encerrado com uma sentença penal condenatória proferida.

Ainda, e para além das críticas acima enfrentadas, que tanto servem para modelos pré como pós-sentenciais, há uma outra crítica que atinge apenas os modelos de colaboração premiada pós-sentencial, qual seja, o de uma possível agressão à coisa julgada. Nessa parte, contudo, e em dissonância com os argumentos que a defendem, faz-se necessário lembrar que a proteção que se procura dar com a inserção da coisa julgada, como garantia fundamental e universal no âmbito do processo penal, é a de proteger a pessoa do arguido que foi absolvido de um determinado fato delituoso, vedando qualquer possibilidade de rediscussão do caso levado a julgamento, ou mesmo impedir que sua situação seja piorada em caso de condenação. Tanto é verdade que o instituto processual da revisão criminal só é admitido como mecanismo de defesa; tanto é verdade, também, que a revogação ou a declaração de inconstitucionalidade de uma norma penal desfavorável à pessoa do condenado, bem como a estabilização de

³⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza – **Organização criminosa**, p. 95.

jurisprudência mais favorável a ela são aplicadas de forma retroativa, em seu benefício, portanto³⁸⁷.

Essa é a essência da garantia da coisa julgada no âmbito do processo penal, que se encontra inscrita tanto na CFB (art. 5.º, XXXVI), como no artigo 8.4 da Comissão Americana de Direitos da Pessoa e no artigo 14.6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁸⁸. Por consequência lógica, tem-se que a coisa julgada jamais seria afetada pela modificação (para melhor) da pena fixada na sentença condenatória em razão de um negócio consensual realizado de acordo com a lei, após sua publicização; de igual modo, também, atos processuais realizados, assim como as decisões e sentenças proferidas nos autos do processo criminal que gerou a condenação do arguido (que posteriormente decide delatar) não serão afetados pelo conteúdo da delação, mantendo-se assim, portanto, imutáveis as matérias de fato deduzidas em juízo. Caso fosse possível, aí sim estaria comprovada a violação à coisa julgada.

Resumindo, exatamente em decorrência do referido dispositivo constitucional acima referido, nenhuma nova prova poderá ser inserida nos autos do processo criminal findo por meio de uma sentença de mérito, ainda que depois venha surgir uma colaboração premiada, assim como nenhuma questão relacionada aos fatos delituosos deduzidos na denúncia, já decidida, será modificada, de modo que a colaboração servirá apenas, nos autos que levaram o arguido a ser condenado e, posteriormente, a delatar, para diminuir o tempo conferido à pena de prisão fixada em sentença penal condenatória (após o devido processo penal e uma vez concedidos todos os direitos relacionados ao direito à ampla defesa), e de modo a viabilizar, a depender do tempo inicialmente fixado na sentença, a substituição do regime por outro menos rigoroso, ou da própria prisão por outra pena diversa da restritiva de liberdade; e desde que efetivamente sirva como meio de obtenção de novas provas.

Este é o verdadeiro espírito da colaboração premiada pós-sentencial: favorecer a pessoa que, num ato valoroso de arrependimento ou no simples exercício de autodefesa, decide de forma corajosa ajudar o Estado, contrapondo-se aos seus próprios companheiros do crime, apresentando provas que demonstrem crimes graves relacionados a organizações criminosas, os quais até então estavam ocultos e cuja origem só seria possível desvendar a partir da ajuda do colaborador e sem a qual os delitos permaneceriam, portanto, encobertos.

Por derradeiro, destaca-se também a censura ao instituto negocial ora estudado, baseada numa suposta crença de o Brasil ter simplesmente copiado e arrastado para a ordem jurídica

³⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, p. 310-311.

³⁸⁸ *Idem* – *Ibidem*.

nacional o modelo norte-americano (considerado inadequado para a realidade brasileira). Na verdade, para além de considerá-la inadequada para modelos criados dentro de um sistema diverso das tradições jurídicas brasileiras, há uma corrente (defendida por este trabalho) que considera esse cruzamento de sistemas um reflexo natural de um fenómeno próprio da sociedade contemporânea, que, dentro da sua incomparável pluralidade e complexidade, estaria a admitir a coexistência de institutos, de forma que, ao contrário de simplesmente ser uma cópia imprópria do modelo estadunidense, o sistema processual penal brasileiro teria absorvido, enfim, algumas de suas características, não necessariamente maléficas, sem perder a essência das suas próprias tradições, favorecendo a criação de um microssistema de justiça penal consensual híbrido que termina por se encaixar com mais precisão na sua própria realidade³⁸⁹.

³⁸⁹ PEREIRA, Gustavo Alberine – **Considerações sobre os limites à delação premiada no Brasil, a partir da experiência comparada**, p. 18-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do Estado Moderno, os direitos humanos foram codificados e internacionalizados, passando a fazer parte de diversos pactos internacionais e das constituições de grande parte das sociedades democráticas. A pena de prisão, por sua vez, passou a ser vista e utilizada como fonte de humanização do poder punitivo, uma resposta às penas físicas e cruéis do Estado absolutista que vigorava até então.

O fim do regime absolutista e a inauguração do Estado de Direito, na última parte do século XVIII, implicou uma rutura drástica para o poder punitivo, que até então guardava em si uma função vindicta, de pagar o mal com o mal, e mística, de expiação, dada a convergência entre os postulados do Estado e da religião. Porém, com o início de uma nova era, o poder punitivo passou a ser interpretado como um veículo necessário para a prevenção dos delitos, esse sim visto como útil à sociedade. Como consequência, as penas começaram a se distanciar dos corpos das pessoas criminosas, tornando menos frequentes as penas excessivamente cruéis, como as de tortura e de morte.

Daqueles dias finais do século XVIII, até meados do século XX, boa parte das doutrinas que surgiram gravitaram em torno das finalidades clássicas, mas com alguns desdobramentos. Entre idas e vindas, criam-se correntes defensoras das penas meramente retributivas (umas com base ética e outras com base jurídica) e das preventivas (cujas doutrinas se diferenciaram, conforme a finalidade defendida: correção, eliminação, integração ou intimidação). Do confronto entre escolas penais, forma-se um consenso: a pena, para ser útil à sociedade, deveria conter um misto de funções, de acordo com as teorias supracitadas.

Depois da Segunda Guerra Mundial, contudo, em decorrência dos horrores cometidos naquele período, outras teorias foram construídas, muito em razão do silêncio oferecido até então para a desumanidade da prisão, que já era apontada como desproporcional até mesmo aos próprios delitos cometidos. Surgem, então, de um lado, as correntes defensoras da total abolição do Direito Penal (tamanha a descrença no Direito Penal), mas que nunca se tornaram de fato relevantes, já que não conseguiram demonstrar haver uma solução melhor do que o poder punitivo estatal; e, de outro lado, as que se mantiveram defendendo o Direito Penal, ante a ausência de outro modelo mais justo, com viés, porém, de reforma e uma fiel e estrita observância dos princípios garantistas e direitos fundamentais processuais penais das pessoas arguidas, vistas por essa corrente como parte da sociedade, e não mais como um inimigo que devesse ser banido do corpo social.

Surge, assim, no final do século XX, um movimento garantista, desta feita tendo na pessoa de Luigi Ferrajoli um dos seus principais idealizadores, responsável por criar o que se convencionou chamar de teoria utilitarista reformada, vista como uma das representações mais próximas do Direito Penal ideal, dadas as suas peculiaridades.

Para Ferrajoli, só o sistema de garantias poderia controlar o poder punitivo e sua predisposição em exercer suas funções por meio de ações com características autoritárias. Para ele, legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, jurisdição, acusação e defesa são os pilares do Estado de Direito, que, uma vez utilizados, reduzem o arbítrio institucionalizado, não apenas no âmbito do processo penal, mas também do sistema prisional, produzindo, enfim, uma segurança mais ampla e irrestrita, ou seja, para todos os integrantes da teia social, não desviantes e desviantes.

Mais claramente, o movimento defendeu que, para que o poder punitivo fosse verdadeiramente útil à sociedade, ou seja, para que gerasse a maior felicidade e bem-estar social, o Estado também precisaria garantir a menor aflição possível aos desviantes, o que só seria viável pela garantia do exercício de todos direitos fundamentais, para as pessoas arguidas. Isso porque as aflições ocasionadas por processos penais e penas desvinculados das bases garantistas do Estado de Direito que nem permitem a ressocialização e ainda geram mais dessocialização e, indubitavelmente, mais insegurança (diante da predisposição de quem conseguiu retornar dos sistemas de justiça e carcerário e manter-se transgredindo).

Independentemente do percurso dos doutrinadores na elaboração das teorias da pena, a verdade é que o Direito Penal ideal (teorizado) e o Direito Penal real (aplicado) sempre andaram por caminhos diferentes. Seja por interesses económicos, seja por interesses políticos, expansionistas ou de dominação, seja em razão da cultura, tradições e valores de cada sociedade, ou mesmo por todos esses fatores juntos, amplificados pelos discursos populistas e midiáticos, o Direito Penal real seguiu sendo excessivamente repressivo, controlador e cruel; tanto por não parar de criar novos tipos penais, como por continuar ocupando-se com penas mais severas, como a de morte e as de prisão de longa duração.

O distanciamento do Direito Penal real, em relação ao ideal, previsto em leis, em outras palavras, representou e ainda representa um contrassenso, porque, em vez de promover uma retribuição justa, proporcional e razoável para cada delito cometido, ou mesmo preveni-lo (tal como argumentado pelas teorias justificadoras da pena), ocupa o poder punitivo de penas gravemente aflitivas, acusadas não só de ocasionarem um mal maior do que o próprio delito cometido, mas também de não servirem como modelo de prevenção para novos delitos.

Dito de outra forma, a inclinação perversa do Direito Penal real promove, em vez da pretendida segurança social, uma insegurança gigante, que atinge tanto os não delinquentes, porque expostos a crimes cada vez mais violentos, quanto as pessoas acusadas de cometerem delitos, por estarem expostas a processos penais com resquícios de autoritarismo, comprometendo seu direito de liberdade sem qualquer fundamento legal, ou seja, desprovido de qualquer respeito à dignidade da pessoa humana, expostas que são a situações degradantes e desumanas quando presas. Sem qualquer utilidade para a sociedade.

Para piorar, a humanidade adentra pelo século XXI gerando resultados ainda mais tenebrosos, tanto pelo incremento dado pela globalização e a evolução tecnológica à criminalidade organizada contemporânea, como pelo excesso de prisões, outro fenómeno contemporâneo, cuja massificação termina por transformar em caos o sistema prisional.

Além do surgimento de crimes ainda mais graves e complexos, como os cometidos por meio de novas organizações criminosas, a política de guerra ao crime adotada pelas sociedades modernas (contra as drogas, contra a corrupção e contra o terrorismo) expande-se facilmente pela sociedade digital, tornando-a refém do medo, que, por sua vez, cobra do Estado mais rigor e mais repressão, o que se concretiza, principalmente, em governos mais populistas. Como consequência, as normas penais, ao invés de retrocederem, expandem-se ainda mais, tanto em quantidade quanto em qualidade, aumentando a área de abrangência do Direito Penal, a congestão e a demora do sistema de justiça, bem como reforçando a pena de prisão como a principal punição para os processados penalmente e para os condenados; e tudo isso com a mínima garantia aos direitos das pessoas processadas penalmente. Pronto. O caos está estabelecido.

Sem condições de dar conta de tantos processos e de tantos presos, países pouco desenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, enfrentam uma grande crise que resvala no sofrimento intenso de milhares de presos, obrigados a viver no mais completo abandono estatal, num total estado de coisas inconstitucional, ao arrepio de valores universais, como a dignidade da pessoa humana, razão de ser dos direitos fundamentais. Na Europa, o fenómeno não é diferente, guardadas as devidas diferenças e proporções. Problemas relacionados à demora do processo penal, índice de litigiosidade e percentual de pessoas que morreram nas prisões por suicídio são apenas algumas das preocupações contemporâneas dos europeus. Portugal, por exemplo, não ocupa posições confortáveis no *ranking* dos ordenamentos jurídicos penais dos países da Europa.

A falta de disposição para enfrentar os desatinos de um Direito Penal extremamente repressivo termina por legitimar ainda mais o poder punitivo real na atualidade (e ainda mais

distante do ideal), reforçando a perpetuação de uma situação que há muito se tornou incontrolável, mas não apenas isso. A falta de uma oposição forte e concreta ao Direito Penal real contemporâneo também termina por legitimar políticas criminais que relativizam os princípios garantistas em nome do eficientismo (dada a necessidade de tornar o sistema penal mais célere e menos congestionado), como é o caso dos instrumentos de resolução consensual penal, modelos estes que, aliás, apesar do esforço, é importante que se diga, também parece não mostrar para que vieram.

Enfim, apesar da inserção da justiça penal negocial nos ordenamentos jurídicos penais como uma solução eficaz para a situação caótica de muitos sistemas criminais (e seus efeitos criminógenos), tribunais e prisões continuam sem oferecer respostas positivas. Ao contrário do esperado, os sistemas se apresentam ainda mais congestionados, seus processos mais lentos e os presídios ainda abarrotados; e tudo isso mesmo depois de quase meio século de império dos métodos alternativos de solução de litígios penais.

Porém, apesar das características negativas do Direito Penal real do século XXI e da ausência de respostas positivas concretas dos institutos alternativos consensuais, há uma evidente indisposição do próprio tecido social contemporâneo (influenciada pelos discursos políticos populistas e midiáticos, reverberados pelos já citados fenômenos globais), em admitir a urgência da aproximação entre o Direito Penal real e o ideal. Como consequência, os mecanismos de solução consensual seguem sendo usados cegamente como a principal arma das políticas criminais contra o caos penal, e mesmo diante de um forte movimento contrário deflagrado contra seus excessos, apontados como responsáveis por criar uma significativa subversão da ordem jurídica ao promover a desvinculação da verdade processual como pressuposto para aplicação da pena, em total dessintonia com as balizas (garantistas) do Estado de Direito.

É evidente que outras alternativas mais consentâneas com o Direito contemporâneo, que não admitam razões fora dos direitos humanos fundamentais, precisam ser pensadas e aplicadas. Foi nesse contexto, a par das críticas aos modelos penais consensuais pré-processuais e processuais (anteriores à sentença condenatória), tecidas por teóricos importantes, que este trabalho destinou-se a investigar se modelos consensuais posteriores à atividade jurisdicional (como a delação premiada pós-sentencial brasileira) poderiam servir a uma política criminal mais próxima do Direito Penal ideal, ainda que não sirvam como solução adequada e satisfatória para todas as mazelas já desenhadas.

A conclusão a que se chega, sem, contudo, qualquer pretensão de ser um ponto final para o debate, é que sim. A colaboração premiada pós-sentencial mostra características mais

consentâneas com o Direito Penal garantista. Dito em outras palavras, além de não atentar contra as balizas do sistema de garantias do Estado de Direito, o modelo ainda serve como instrumento para a aplicação de penas alternativas mais humanas, permitindo ao poder punitivo reagir contra os crimes de forma mais ponderada e controlada, minimizando excessos e abusos do próprio Estado.

Como se pôde verificar, o método negocial estudado, por ser inviável enquanto não encerrada a fase de conhecimento, esvazia a crítica que o acusa de ser um modelo que viabiliza a incursão do Ministério Público no domínio dos tribunais e reduz os juízes a meros homologadores, distante das provas. Por meio do instituto da delação premiada pós-sentencial, portanto, mantêm-se incólumes os princípios da obrigatoriedade e da jurisdição.

A peculiaridade de só ser viável depois de proferida a sentença penal condenatória também garante às pessoas arguidas o exercício dos direitos processuais penais, em especial aqueles ligados ao sistema acusatório, à submissão à jurisdição, à colheita da verdade material, à presunção de inocência, ao devido processo legal e à oportunidade de defesa. Não podendo, portanto, ser acusado de subverter princípios.

Da mesma forma, o instituto da delação premiada pós-sentencial também não favorece a desigualdade. Muito pelo contrário, ao permitir a dosagem da pena após a sua fixação em sentença, amplia o direito de individualização da pena, (em sintonia, portanto, com os axiomas garantistas do direito de punir), ampliando também o próprio direito de defesa, que estende-se, via instituto estudado, para além da fase do conhecimento, permitindo assim uma oportunidade a mais, a última de todas as que teve durante todo o transcorrer do processo penal, de se ver distante do sistema carcerário.

Ademais, a possibilidade de redução drástica da pena torna inócua qualquer tentativa do Estado de se vingar e castigar a pessoa arguida que decidiu não colaborar durante a fase do processo penal, por simples ranço decorrente da sua relutância em manter-se em silêncio. Por esse modelo que ora se defende, também não há como se afirmar que o colaborador não é livre para negociar. Muito pelo contrário, a pressão inicial sobre o arguido, criada pelo risco de uma futura condenação, já não mais existe na delação premiada pós-sentencial. Agora, é o Ministério Público que fica à espera de uma próxima cartada por parte do arguido, que, se não ocorrer, poderá significar o sepultamento de qualquer nova oportunidade para o Estado desvendar outros crimes graves ou descobrir outros integrantes da organização criminosa do arguido condenado.

Ainda, a escolha político-criminal pelo uso da colaboração premiada pós-sentencial também não pode ser acusada de seletividade. Sendo a colaboração um direito de defesa, como se concluiu ser, ela é, também, e antes de tudo, assim acredita-se, um direito subjetivo do

próprio colaborador, daí por que não ser possível ao Estado respeitar as balizas legais e, ao mesmo tempo, optar entre firmar o acordo ou não. Estando obedecidos todos os pressupostos legais, o negócio deve ser firmado, sob pena de o Estado ser acusado de colaborar com o crime, omitindo o que descobriu a partir da ajuda de integrantes de organizações criminosas. Como consequência, a atuação do Ministério Público se restringe ainda mais.

Em outras palavras, o instituto pesquisado encerra o problema ocasionado pelos demais modelos consensuais, que, ao contrário de permitirem um melhor controle da criminalidade grave, findaram por criar um sistema inquisitorial ainda mais rígido. Por meio dele, diferente dos demais modelos, mantém-se intacto o sistema de garantias.

Também é possível afirmar, a favor do instituto estudado, que ele não se mostra frio ou mesmo cruel, muito pelo contrário, a decisão por colaborar ou não depois de uma condenação é bem apropriada, porque permite ao colaborador enxergar todas as cartas da acusação, que, após obter a condenação do arguido, resume-se em desvendar outros crimes de organização criminosa que até então não foram expostos.

O modelo pós-sentencial, ademais, permite ampla liberdade ao arguido. Depois de condenada, depois de ter oportunizadas todas as formas de defesa, a pessoa pode optar, livre de pressões (já que a essa altura o arguido condenado já não tem mais o que perder) por cumprir a pena ou colaborar com o Estado.

Além de todas as características positivas acima afirmadas, ainda é possível afirmar que a colaboração realizada depois de encerrada a fase de conhecimento também tem a qualidade de evitar que o colaborador entre em contacto com o sistema prisional, demasiadamente aflitivo até mesmo nos sistemas mais humanos (dado seu carácter criminógeno), por meio do estabelecimento de regras, de comum acordo com a pessoa condenada, as quais podem não apenas legitimar a função retributiva da pena, prevendo sanções (alternativas) em resposta ao mal ocasionado, só que mais brandas, mas também a função preventiva, na medida em que as penas tornam-se mais eficazes e menos desumanas.

Diante de tudo o que foi acima sugerido, este trabalho encerra-se, compreendendo haver total adequação do instituto processual denominado colaboração premiada pós-sentencial e o Estado de Direito com o modelo garantista teorizado por Luigi Ferrajoli, inclusive para a própria pessoa delatada, que terá direito de exercer o seu direito à ampla defesa, valendo-se, para tanto, do devido processo penal que será iniciado após a colheita de provas autorizadas a partir da delação.

A colaboração premiada pós-sentencial, portanto, em que pese não resolver todas as imperfeições do sistema penal, especialmente o da massificação das prisões, já que, a princípio,

produz mais prisões, é um modelo cujo condão é tanto de garantir a paz social, servindo de instrumento para o desvendamento de crimes, quanto de garantia individual, tanto ao arguido colaborador, a quem não é negada a possibilidade de exercer o seu direito sagrado de ampla defesa e demais direitos processuais penais fundamentais, como ao arguido delatado, que poderá exercer, dentro do devido processo penal, todos os direitos garantidos ao seu delator, previstos no sistema de garantias desenhado por Ferrajoli, por um processo autónomo e independente.

É ética, porque atende às finalidades político-criminais e à proteção do bem jurídico; útil, pelo fato de permitir a descoberta precoce de crimes e seus autores ou partícipes, facilitando o trabalho de todos; estratégica para as partes, inclusive para a defesa, porque o arguido condenado pode aguardar o final do processo para oferecer a cooperação³⁹⁰; e, ainda, uma fonte de humanização das penas, por não limitar o uso dos diversos instrumentos garantidores da verdade e da liberdade no âmbito do processo penal, garantindo direitos como o de contradizer todas as acusações formuladas contra sua pessoa, inclusive pessoalmente (por meio do seu interrogatório), dentro de um processo orientado pela ritualização, oralidade, publicidade e motivação de seus atos, sem qualquer brecha para mitigações dos princípios da jurisdição, obrigatoriedade, da legalidade da indivisibilidade ou acusatório.

Enfim, um reforço ao modelo garantista ferrajoliano, ao minimizar o uso da pena de prisão (tanto em tempo quanto em hipóteses) e autorizar a utilização de penas alternativas menos dramáticas. Ao fim e ao cabo, um poder punitivo mais humano, que aplica concretamente os axiomas direcionados ao direito de punir do Estado (necessidade, proporcionalidade e equidade) e respeita o valor máximo de uma nação: a dignidade da pessoa humana, não apenas dos não desviantes, que nunca cometeram delitos, mas também dos desviantes.

No entanto, como já afirmado, a presente pesquisa é encerrada com uma afirmação, a de que não pretendeu, tampouco pretende, transformar-se em uma verdade absoluta, ao contrário, servir para despertar a discussão de pesquisadores, no futuro, incentivá-los a promover o aprofundamento dos estudos sobre o tema, especialmente a partir das limitações que foram sendo observadas no decorrer desta investigação, as quais impedem de explicar, por exemplo, se a justiça penal consensual pós-sentencial, além de se mostrar consentânea com o garantismo penal e sua proposta minimalista, seria capaz de diminuir os índices de reincidência

³⁹⁰ SANCTIS, Fausto Martin de – **Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**, p. 70.

e a própria superpopulação carcerária, já que tais respostas passam pela leitura de dados que inexoravelmente precisam ser coletados a partir de pesquisas empíricas sérias sobre os processos penais e as colaborações premiadas postergadas para depois da sentença criminal.

Sendo possível demonstrar, ao final dos estudos empíricos, que a aplicação de penas mais humanizadas aos crimes mais graves diminui a reincidência e os próprios delitos de organização criminosa, também será possível reafirmar o que foi dito por Luigi Ferrajoli no final do século passado, ou seja, que, além de “uma instituição ao mesmo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas”³⁹¹, a pena de prisão é tanto inócua como desnecessária, até mesmo no caso de delitos mais complexos³⁹²; ao final, um incentivo não apenas para o uso de outros mecanismos pós-sentenciais, mas também para o estabelecimento do Direito Penal idealizado pelo próprio teórico, ou seja, com a redução drástica do tempo de duração legal das penas de prisão, em curto e médio prazos, e sua abolição total, em longo prazo, por intermédio da sua substituição por penas alternativas mais brandas (desta feita não mais como medidas alternativas, e sim como penas principais), como a restritiva de direitos, a prisão domiciliar, a limitação de final de semana, a semiliberdade, a liberdade vigiada, dentre várias outras possibilidades.

³⁹¹ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 331.

³⁹² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 330-333.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia

- ACHUTTI, Daniel – **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-472-0896-7.
- ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella – Levando a justiça restaurativa a sério: análise crítica de julgados do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 537-554. ISBN 978-65-5627-388-4.
- ADEODATO, João Maurício – Teoria dos direitos subjetivos e o problema da posituação dos direitos humanos como fundamento da legalidade constitucional. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício, coord. – **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 79-96. ISBN 978-85-309-2822-3.
- ALMEIDA, Débora de Souza de – **Populismo midiático**. In BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio Gomes coord. - **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico (Coleção Saberes Monográficos)**. São Paulo: Saraiva, 2013, 83-209. ISBN 978-85-02-19796-1.
- ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas; VIERO, Guérula Mello – **Direitos humanos**. Porto Alegre: Sagah, 2018. ISBN 978-85-9502-537-0.
- ARANTES, Francine Nunes – **Justiça consensual e eficiência do processo penal**. Lisboa, 2016. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade de Lisboa, 120 p. [Consult. Em 23-02-2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/26360>.
- ATAÍDE, Fábio – **Colisão entre Poder punitivo do Estado e a garantia constitucional da defesa**. Curitiba: Juruá, 2010. ISBN 978-85-362-3026-9.
- BALESTIERI, Alessandra – **Resolução alternativa de litígios: mediação de paz via meios eletrônicos**. Lisboa, 2020. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa. [Consult. em 20-02-2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11144/4764>.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan – Era digital e o processo penal brasileiro: busca de uma nova gramática. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes;

- WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 613-630. ISBN 978-65-5627-388-4.
- BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2022. ISBN 978-65-5559-670-0.
- BECCARIA, Cesare – **Dos delitos e das penas** (trad. Paulo M. Oliveira). São Paulo: Edipro, 2019. Título original: Dei delitti e delle pene. ISBN 978-85-521-0051-5.
- BERTONI, Felipe Faoro – O “dilema do inocente” no acordo de não persecução penal. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 841-862. ISBN 978-65-5627-388-4.
- BICUDO, Tatiana Viggiani – **Por que punir? Teoria geral da pena**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61672-1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 24.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-472-3160-6.
- BITENCOURT, Cezar Roberto – **Penas alternativas**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18820-4.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César – **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-22706-4.
- CAAMAÑO, Cristina – A destruição do direito processual penal. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; WEIS, Valéria Vegh; coord. - **Bem-vindos ao lawfare: manual de passos básicos para demolir o direito penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 107-134. ISBN 978-65-5908-170-7.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno – Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. [Em linha]. N.º 133 (julho, 2017), p. 133-171. ISSN 1415-5400. [Consult. em 07-03-2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/43348> .
- CAPELLARI, Marcos Alexandre – **O discurso da contracultura no Brasil: o underground através de Luiz Carlos Maciel**. Lisboa, 2020. Tese de Doutorado em História, apresentada à Universidade de São Paulo. [Consult. 11.03.2023]. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-14052008-132129/publico/TESE_MARCOS_ALEXANDRE_CAPELLARI.pdf.

- CAPEZ, Rodrigo – O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. **Revista Cadernos Jurídicos**. [Em linha]. Ano 17, n.º 44 (julho/setembro, 2016), p. 117-130. ISSN 1806-5449. [Consult. em 16-03-2022]. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%209.pdf?d=636685514639607632>.
- CAPPARELLI, Bruna – Notas sobre a perene crise do princípio de obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. [Em linha]. V. 18, n.º 1 (janeiro/abril, 2017), p. 118-149. ISSN 1982-7636. [Consult. em 26-03-2023]. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/27994/20577>.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – **Acesso à justiça** (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988. Título original: Access to Justice - The worldwide movement to make rights effective. ISBN 85-88278-29-4.
- CARVALHO, Salo; SILVA, Adrian Barbosa – O que a política de guerra às drogas sustenta? A hipótese descriminalizadora ante a violência institucional genocida. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 459-470. ISBN 978-65-5627-388-4.
- CHASE – OSCAR G. – **Law, culture and ritual: disputing systems in cross. Cultural context**. (foreword by Jerome S. Bruner). New York: New York University Press, 2005. ISBN 978-0-8147-1651-9.
- COELHO, Luís Carlos Honório de Valois – **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. São Paulo, 2012. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. [Consult. em 25-01-2022]. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02042013-105037/pt-br.php>
- COMPARATO, Fábio Konder – O fundamento dos direitos humanos. In LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito [et. Al.], coord. – **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 282-293. ISBN 978-85-970-0656-8.
- CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro – **Os acordos sobre a sentença em processo penal: um novo consenso no Direito Processual Penal**. Coimbra, 2014. Dissertação em Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da

- Universidade de Coimbra. [Consult. em 09-03-2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/35080>.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais – **Delação premiada no limite**. Florianópolis: Emais, 2018. ISBN 978-85-94142-33-7.
- CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio – Criminalidade organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias. **Revista do Núcleo de Antropologia da USP, Ponto Urbe**. V. 1, n.º 8 (agosto, 2011). [Em linha]. ISSN 1981-3341. [Consult. em 22-02-2023]. Disponível em <https://doi.org/10.4000/pontourbe.1752>.
- DELGADO, Ruben Bahamonde; MIRANDA, Daniel Henrique Silva – Mediação penal e a valorização da vítima: uma análise comparada entre as legislações portuguesa e brasileira sobre a mediação antes do exercício da ação penal. **Revista de Direito e Economia Galileu**. [Em linha]. V. XXI (janeiro/junho, 2020), p. 77-110. ISSN 2184-1845. [Consult. em 22-02-2022]. Disponível em <http://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.1.4>.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes Dias – **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. São Paulo, 2011. Tese de Doutorado em Sociologia, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. [Consult. em 22-02-2023]. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-13062012-164151/publico/2011_CamilaCaldeiraNunesDias_VOrig.pdf.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes Dias – PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência. In BIANCHINI, Bianca; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio Gomes coord. - **Coleção Saberes Monográficos**. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-19728-2.
- DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes – **A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2018.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997. ISBN 972-32-0069-4.
- FELDENS, Luciano; HOFMEISTER NETO, Rubens – Colaboração premiada e sobreposição sancionadora. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 753-770. ISBN 978-65-5627-388-4.

- FERNANDES, Fernando – **O processo penal como instrumento de política pública**. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-1570-X.
- FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo real** (trad. Ana Paula Zomer, [et. al.]). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Título original: Diritto e ragione. ISBN 85-203-1955-6.
- FERREIRA, Thiago Augusto Barbosa – **Transação penal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública: dever ou faculdade do Ministério Público**. Rio Branco: ArteSam, 2017. ISBN 978-85-5697-237-8.
- FOUCAUT, Michel – **Vigiar e punir: nascimento da prisão** (trad. Raquel Ramalhete). 20.^a ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Título original: Surveiller et punir. ISBN 85-326-0508-7.
- GARLAND, David - **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea** (trad. André Nascimento). Rio de Janeiro: Revan, 2008. Título original: The culture of control: crime and social order in contemporary society. ISBN 978-85-7106-379-2.
- GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-8830.
- GIACOMOLLI, Nereu José; GIACOMOLLI, Felipe Mrack – Utilização da inteligência artificial na decisão judicial. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 1019-1054. ISBN 978-65-5627-388-4.
- GIMENES, Eron Veríssimo (atualizador); PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio – **Manual esquemático de criminologia**. 12.^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. ISBN 978-65-5362-109-1.
- GOMES, Luiz Flávio – **Teoria geral do populismo penal**. In BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio Gomes coord. - **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico (Coleção Saberes Monográficos)**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12-82. ISBN 978-85-02-19796-1.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen – O autoritarismo processual penal brasileiro no século XXI: primeiras impressões. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 509-522. ISBN 978-65-5627-388-4.

- GONÇALVES, Manoel Lopes Maia - **Código de Processo Penal Anotado**. 11.^a ed. Coimbra: Almedina, 1999. ISBN: 97-40-1266-2.
- GUERRA, Sidney – **Curso de direitos humanos**. 7.^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. ISBN 978-65-5559-620-5.
- ISHIY, Karla Kayumi - **Estatísticas prisionais portuguesas 2020**. [Em linha]. Coimbra, 2021. [Consult. em 20-11-2021]. Disponível em https://idpee.fd.uc.pt/pdfs/bd_2020.pdf.
- LOPES JR., Aury – Adoção do plea bargaining: remédio ou veneno? In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 601-612. ISBN 978-65-5627-388-4.
- LOWE, Keith – **Continente Selvagem: o caos na Europa depois da segunda guerra mundial**. (trad. Rachel Botelho e Paulo Schiller). Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Título original: Savage continente: europeu in the aftermath of word war II. ISBN: 978-85-378-1659-2.
- MASSON, Kleber; MARÇAL, Vinícius – **Crime organizado**. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. ISBN: 978-85-309-9304-7.
- MELO, Tatiana Socoloski Perazzo Paz de; CHAVES, Luciano Athayde – A imparcialidade e o dever de confidencialidade do juiz facilitador da mediação dos conflitos judiciais. In **Encontro de Administração da Justiça: Actas**, 2020. Curitiba: ENAJUS, 2020, p. 1-18. ISSN 26748401. [Consult. em 22-02-22]. Disponível em [Trabalhos do EnAJUS 2020 - EnAJUS](#).
- MELO, Tatiana Socoloski Perazzo Paz de; MELO, Aquiles Perazzo Paz de – Direito penal econômico: especificidades, diferenças em relação ao direito penal clássico e a prevenção dos crimes de colarinho branco. **Revista Direito e Liberdade**. [Em linha]. V. 23, nº 2 (2021), p. 131-154. ISSN 2177-1758. [Consult. Em 03-03-2023]. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/2569.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni – **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. ISBN 978-85-97-02563-7.
- NUCCI, Guilherme de Souza – **Organização criminosa**. 5.^a ed. Rio de janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-85-309-9284-2.
- OLIVEIRA, Andre Ferreira de – Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? **Revista Brasileira de Direito Processual**

- Penal.** [Em linha]. V. 3, n.º 1 (2017), p. 71-102. ISSN 2525-510X.[Consult. Em 03-02-2022]. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.39>.
- OLIVEIRA, João Miranda Alves de - **A delação premiada no sistema jurídico português: breves notas explicativas.** Lisboa, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. [Consult. em 19-04-2023]. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/40482/1/ulfd140315_tese.pdf
- OSORIO, Fernanda Correa; MACHADO, Mateus Martins; FUSINATO, Júlia Tormen – Sociedade de risco e seus reflexos contemporâneos no ordenamento jurídico brasileiro: pacote anticrime. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli.** São Paulo: Almedina, 2022, p. 631-646. ISBN 978-65-5627-388-4.
- PEREIRA, Eliomar da Silva – A teorização da criminalidade organizada: contributos para uma discussão científica. **Revista Brasileira de Ciências Policiais.** [Em linha]. V. 13. N.º 8 (Março, 2022), p. 359-381. ISSN 2318-6917. Disponível em <https://doi.org/10.31412/rbcp.v13i8.940>.
- PEREIRA, Eliomar da Silva – **Crime organizado: a racionalidade penal no século XXI.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. ISBN 978-65-5908-325-1.
- PEREIRA, Gustavo Alberine – Considerações sobre os limites à delação premiada no Brasil, a partir da experiência comparada. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR.** [Em linha]. Ano 4, n.º 2 (outubro, 2019), p. 17-42. ISSN 2525-6483. [Consult. em 22-02-22]. Disponível em: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES À DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL, A PARTIR DA EXPERIÊNCIA COMPARADA. – Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR (oabpr.org.br).
- PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 9.ªed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-5361-019-8.
- PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 19.º ed. São Paulo: Saraiva, 2021. ISBN 978-65-5559-578-9.
- PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 20.º ed. São Paulo: Saraiva, 2022. ISBN 978-65-536-2163-3.
- DICIONÁRIO infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora. [consult. 2022-07-12 12:12:28]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/>.

- PRADO, Geraldo – **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. ISBN 85-738-7376-0.
- PRADO, Geraldo – O controle da legalidade da colaboração premiada e a tipicidade probatória. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 883-904. ISBN 978-65-5627-388-4.
- RAPOZA, Hon Phillip – A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra. **Revista Julgar**. [Em linha]. N.º 19 (2013), p. 207-220. [Consult. Em 19-04.2023]. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>
- RODRIGUES, Anabela Miranda - **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ISBN 85-203-2103-8.
- ROSSETO, Enio Luiz – **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-9264-0.
- SAAD, Marta – Direito de Defesa no inquérito policial diante dos meios de obtenção de provas previstos na lei brasileira das organizações criminosas. In PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes coord. – **Criminalidade organizada: investigação, direito e ciência**. São Paulo: Almedina, 2017. ISBN 978-85-8493-201-6.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini – Investigações corporativas e justiça criminal negocial: avanço ou crise do devido processo penal? In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 1189-1204. ISBN 978-65-5627-388-4.
- SANCTIS, Fausto Martin de – **Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-0261-665-3.
- SANTOS, Artur – **A mediação penal e o princípio da oportunidade**. Lisboa, 2012. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa. [Consult. em 20-02-2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11144/159>.
- SANTOS, Boaventura de Sousa - **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3.^a ed. São Paulo: Cortez, 2011. ISBN 978-85-2491-658-8.
- SANTOS, Cláudia Cruz – **O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidade**. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-8468-8.

- SANTOS, Marcos Paulo Dutra – **Colaboração (Delação) Premiada**. 2.^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. ISBN: 978-85-442-1534-0.
- SANTOS, Marina Oliveira Teixeira dos – **Entre a colaboração premiada e o consenso: qual o caminho para o futuro do Direito Processual Penal?** Coimbra, 2019. Dissertação em Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [Consult. em 09-03-2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/90345>.
- SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos – **A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos**. 2.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. ISBN: 978-85-947-70-60-8.
- SARAIVA, José Flávio Sombra e outros – **História das relações internacionais contemporâneas: da sociedade internacional do século XIX à era da globalização**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-11068-7.
- SARRUBBO, Mario – Justiça penal negociada no Brasil e Ministério Público. In ESTEFAM, André coord. - **Direito penal contemporâneo: temáticas em homenagem ao professor Damásio de Jesus**. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 68-76. ISBN 978-65-5559-748-6.
- SILVA, Adrian Barbosa e – Teoria agnóstica da pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia redutora desde a margem. **Revista Jurídica do Sesupa**. [Em linha]. V. 1, n.º 1 (Jul-Dez 2019), p. 1-8. ISSN 1809-2551. [Consult. Em 25-01.2022]. ISSN 2675-7788. Disponível em: <http://periodicos.cesupa.br/index.php/RJCESUPA/article/view/24/10>.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo – Direito penal do inimigo e cidadania: uma incompatibilidade conceitual. In ESTEFAM, André coord. - **Direito penal contemporâneo: temáticas em homenagem ao professor Damásio de Jesus**. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 56-61. ISBN 978-65-5559-748-6.
- SOUZA, Edna Lima de - **O direito fundamental ao acesso à justiça: efetivo exercício da cidadania**. Lisboa, 2016. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa, 83 p. [Consult. em 21-02-2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11144/3026>.
- TAKADA, Mario Yudi - Evolução histórica da pena no Brasil – **Revista Encontro De Iniciação Científica Das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio De Toledo"**. [Em linha]. V. 6, n.º 6 (2010), p. 1-8. ISSN 1809-2551. [Consult. Em 25-01.2022].

Disponível

em

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2428>.

TAVARES, Juarez – Reflexões sobre a relação “violência e criminalidade”. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 353-366. ISBN 978-65-5627-388-4.

TENDEIRO, Catarina Maria Aleixo – **A figura da delação premiada e as possibilidades de implementação em Portugal**. Lisboa, 2020. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Autônoma de Lisboa. [Consult. em 20-02-2022]. Disponível em: https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4905/1/Disserta%20a7%20a3o%20de%20Mestrado%20UAL_Dela%20a7%20a3o%20Premiada.%20CT.docx.

TORLIG, Elias Gonçalves da Silva; BUTA, Bernardo Oliveira – **A relação entre o acesso potencial e efetivo na justiça brasileira**. [Em linha]. In Encontro de Administração da Justiça: Atas, 2020. Curitiba: Anais do ENAJUS, 2020. ISSN 2674-8401. [Consult. em 22-02-22]. Disponível em: <1-a-relac-a-o-entre-acesso-potencial-e-efetivo-na-justic-a-brasileira.pdf> (enajus.org.br).

TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza – A privação da liberdade como instrumento de ofensa à dignidade da pessoa humana. In CRUZ, Ariele Chagas; SARMENTO, George; SEIXAS, Taysa matos, coord. – **Direitos humanos fundamentais: estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 22-29. ISBN 978-85-02-61646-2.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional. In PEREIRA, Eliomar da Silva [et al] coord. - **Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017, p. 17-78. ISBN: 978-85-8493-201-6.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; GALÍCIA, Caíque Ribeiro – Consenso e acordos na justiça criminal diante do devido processo penal: contribuições de Giacomolli à dogmática processual penal. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 1245-1258. ISBN 978-65-5627-388-4.

VIDAL, Pedro Vinícius Ferreira – **Colaboração premiada: aspectos críticos da possibilidade de negociação com o Ministério Público**. Lisboa, 2020. Dissertação de Mestrado em

Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [Consult. em 22-02-22]. Disponível em: [PEDRO VINÍCIUS FERREIRA VIDAL - DISSERTAÇÃO PDF.pdf \(uc.pt\)](#).

WERNER, Guilherme Cunha – Cleptocracia: corrupção sistêmica e criminalidade organizada. In PEREIRA, Eliomar da Silva [et al] coord. - **Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017, p. 17-78. ISBN: 978-85-8493-201-6.

WUNDERLICH, Alexandre; CAVALCANTI, Fabiane da rosa - Populismo Penal e descriminalização. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre coord. – **Direito e liberdade: estudos em homenagem ao prof. Dr. Nereu José Giacomoli**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 131-150. ISBN 978-65-5627-388-4.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl – **O inimigo no Direito Penal** (trad. Sergio Lamarão). 3.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011 (Pensamento Criminológico; 14). ISBN 85-7106-358-3.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl – A destruição do direito penal. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; WEIS, Valéria Vegh; coord. - **Bem-vindos ao lawfare: manual de passos básicos para demolir o direito penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 77-105. ISBN 978-65-5908-170-7.

ZEIDAN, Rogério – **Direito penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais**. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-20298-6.

Fontes documentais

América

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – **Declaração Interamericana de Direitos Humanos**. [Em linha]. San José, 1948. Disponível em: [Convencao Americana \(oas.org\)](#).

Brasil

AURÉLIO, Marco Relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com o n.º ADPF 347 MC/DF**, de 09 de setembro de 2015. [Em linha]. [Consult 23 nov. 2023]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf.

CÓDIGO de Processo Penal: Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. 3.^a ed. Brasília: Senado Federal, 2020. ISBN 978-85-528-0080-4.

CÓDIGO Penal: Decreto-Lei n.º 2.848/1940, de 7 de dezembro. 4.^a ed. Brasília: Senado Federal, 2021. ISBN 978-65-56-064-3.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) – **Relatório Justiça em Números (2021)**. [Em linha]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) – **Relatório Justiça em Números (2020)**. [Em linha]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) – **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas sócioeducativo e prisional brasileiros**. [Em linha]. Brasília: CNJ, 2019. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) – **Relatório de Gestão: supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas sócioeducativas**, [Em linha]. Brasília: CNJ, 2017. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) - RESOLUÇÃO n.º 225/2016. **Dje/CNJ**. [Em linha]. N.º 91 (02-06-2016), p. 28-33. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) - RESOLUÇÃO n.º 125/2010. **Dje/CNJ**. [Em linha]. N.º 219 (01-12-2010), p. 2-15. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil - **Diário Oficial da União, Seção I**. [Em linha]. N.º 191-A (05.10.1988), p. 1-32. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CORDEIRO, Nefi Relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no AREsp, com n.º 1704043/TO**, de 22 de dezembro de 2020. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001189846&dt_publicacao=29/09/2020

- DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional (DEPEN) – **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. [Em linha]. Brasília: DEPEN, 2021. [Consult. 14 Abr. 2022]. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>.
- DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional (DEPEN) – **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. [Em linha]. Brasília: DEPEN, 2019. [Consult. 14 Abr. 2022]. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>.
- DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional (DEPEN) – **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2014. [Consulta em 14 mar. 2023.]. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2014.pdf>
- DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional (DEPEN) – **Presos em Unidades Proisionais no Brasil**. [Em linha]. Brasília: DEPEN, 2022. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWlYjYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.
- INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) – **População estimada**. [Em linha]. [Consult. em 06-07-2022]. Disponível em [IBGE | Portal do IBGE | IBGE](#).
- LEI n.º 13.964/2019. **Diário Oficial da União, Seção I**. [Em linha]. N.º 248-A (24-12-2019), p. 1-7. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/12/2019&jornal=600&pagina=7&totalArquivos=10>.
- LEI n.º 13.140/2015. **Diário Oficial da União, Seção I**. [Em linha]. N.º 121 (19-06-2015), p. 4-6. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=29/06/2015&jornal=1&pagina=4&totalArquivos=148>
- LEI n.º 12.850/2013. **Diário Oficial da União, Seção I**. [Em linha]. N.º (05-08-2013), p. 3. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12850&ano=2013&ato=5f1kXWU50MVpWT780>.
- LEI n.º 11.343/2006. **Diário Oficial da União, Seção I**. [Em linha]. N.º 163 (24-08-2006), p. 15033-1537. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/08/2006&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=200>.

- LEI n.º 10.409/2002. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (14.01.2002), p. 1.
Disponível em [L10409 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/L10409).
- LEI n.º 9.807/1999. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (14.07.1999), p. 1.
Disponível em [L9807 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/L9807).
- LEI n.º 9.613/1998. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (04.03.1998), p. 1.
Disponível em [L9613 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/L9613).
- LEI n.º 9.296/1996. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (25.07.1996), p. 13757. Disponível em [L9296 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/L9296).
- LEI n.º 9.307/1996. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (24.09.1996), p. 18897. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm.
- LEI n.º 9.034/1995. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (04.05.1995), p. 6241. Disponível em [L9034 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/L9034).
- LEI n.º 9.080/1995. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (20.07.1995), p. 10713. Disponível em [L9080 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/L9080).
- LEI n.º 9.099/1995. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. N.º 186 (27-09-1995), p. 15033-1537. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=27/09/1995>.
- LEI n.º 8.884/1994. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (13.06.1994), p. 14303. Disponível em [L8884 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/L8884).
- LEI n.º 8.072/1990. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (26.07.1990), p. 8437. Disponível em [L8072 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/L8072).
- LEI n.º 7.210/1984. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (13.07.1984), p. 10227. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm.
- LEI n.º 7.244/1984. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (13.07.1984), p. 10227. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=7244&ano=1984&ato=f05o3ZU9EeBpWT853>.
- LEI n.º 6.368/1976. **Diário Oficial da União, Seção I.** [Em linha]. [sn.º] (22.10.1976), p. 15557. Disponível em [L6368 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/L6368).
- NUNES, Walter - **Sentença da 2.ª Vara Federal da 5.ª Região, Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, com o n.º 000005-12.2013.4.05.8400**, de 18 de dezembro de 2015.

PELUSO, Cezar Relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com o n.º HC 97.256/2010**, de 16 de dezembro de 2010. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023] Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20101215_247.pdf.

TOFFOLI, Dias – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com o n.º HC 127.483-PR**, de 27 de agosto de 2015. [Em linha]. [Consult em 23 nov. 2023]. Disponível em [Supremo Tribunal Federal \(stf.jus.br\)](http://www.stf.jus.br).

Europa

CONVENÇÃO Europeia de Direitos Humanos (CEDH) – **Declaração Europeia de Direitos Humanos**. [Em linha]. Roma, 1950. Disponível em [European Convention on Human Rights \(coe.int\)](http://www.coe.int/t/t49/european_convention_on_human_rights/).

DECISÃO-QUADRO n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março de 2001. **Jornal Oficial da União Europeia**. [Em linha]. (22-3-2001), p. 1-4. Disponível em http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2001/220/oj.

DIRETIVA n.º 2012/29/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. **Jornal Oficial da União Europeia**. [Em linha]. (14-11-2012), p. 57-73. Disponível em <http://data.europa.eu/eli/dir/2012/29/oj>.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos (OEA) - **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. [Em linha]. San José: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

ONU News (ONU) – **Excesso de mortalidade associado à pandemia de COVID-19 foi de 14,9 milhões em 2020 e 2021**. [Consul. 09 mar. 2023]. Disponível em <https://www.paho.org/pt/noticias/5-5-2022-excesso-mortalidade-associado-pandemia-covid-19-foi-149-milhoes-em-2020-e-2021>.

ONU News (ONU) – **Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia**. [Consult. 09 mar. 2023]. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **Estatuto de Roma**. [Em linha]. ONU, 1998. Disponível em [Rome Statute \(un.org\)](http://www.un.org).

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos**. [Em linha]. ONU, 1966. Disponível em [Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos \(unicef.org\)](http://www.unicef.org).

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. [Em linha]. Paris: ONU, 1948. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

RECOMENDAÇÃO n.º R (87) 18, de 17 de setembro, do Conselho da Europa. [Em linha]. Disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804e19f8.

RECOMENDAÇÃO n.º R (99) 19, de 15 de setembro, do Conselho da Europa. [Em linha]. Disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168062e02b#globalcontainer.

Portugal

BASE de Dados Portugal Contemporâneo (PORDATA) – **Relatório Estatístico de Tramitação de Processos em Portugal** [Em linha]. Lisboa: 2020. [Consult. 04 set. 2020]. Disponível em <https://www.pordata.pt/Subtema/Portugal/Processos-56>.

CÓDIGO Penal: Decreto-Lei n.º 48/95. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 63 (15-03-1995), p. 1350-1416. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/48/1995/03/15/p/dre/pt/html>.

CÓDIGO de Processo Penal: Decreto-Lei n.º 78/87. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 40 (17-02-1987), p. 617-699. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075>.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976), p. 738-775. Disponível em <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>.

DECRETO Presidencial n.º 5.015/2004, de 15 de março. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 50 (15-03-2004), p. 1-10. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=15/03/2004&jornal=1&pagina=10&totalArquivos=184>.

DECRETO-Lei n.º 265/79, de 08 de janeiro. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 176 (08-01-1976), p. 738-775. Disponível em <https://files.dre.pt/1s/1979/08/17601/00050036.pdf>.

- DESPACHO n.º 18.778/2007, de 22 de agosto. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 161 (22-08-2007), p. 24051 – 24052. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/despacho/18778-2007-3046940>.
- ESTATÍSTICA da Justiça (EJ) - **Relatório de Avaliação da Justiça em Portugal**. [Em linha]. Lisboa: Estatísticas da Justiça, 2020. [Consult. 04 set. 2020]. Disponível em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/>.
- ESTATÍSTICA da Justiça (EJ) – **Os números da justiça em Portugal**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/>.
- ESTATÍSTICAS sobre Portugal e Europa (PORDATA) – **Justiça e segurança**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://www.pordata.pt/subtema/portugal/processos-56>.
- ESTATÍSTICAS sobre Portugal e Europa (PORDATA) – **Crimes em Portugal**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://www.pordata.pt/subtema/portugal/crimes-57>.
- ESTATÍSTICAS sobre Portugal e Europa (PORDATA) – **Condenados por mil habitantes**. [Em linha]. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em <https://www.pordata.pt/Portugal/Condenados+por+mil+habitantes-634>.
- GONÇALVES, Nuno Relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com o n.º 765/15.5T9LAG.E1.S1**, de 16 de maio de 2019. [Em linha]. [Consult em 16-fev-2022]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d4936b972749b0e802583fd002da840?OpenDocument>.
- INSTITUTO Nacional de Estatística (INE) - **Relatório de Avaliação da Justiça de Portugal (2020)** [Em linha]. Lisboa: Instituto Nacional de Estatística, 2020. [Consult. 04 set. 2020]. Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_tema&xpid=INE&tema_cod=1113.
- INSTITUTO Nacional de Estatística (INE) – **Censos 2021**, [Em linha]. Lisboa: Instituto Nacional de Estatística. [Consult. 23 nov. 2023]. Disponível em https://censos.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=censos21_main&xpid=CENSOS21&xlang=pt.
- LEI n.º 29/2016. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 161 (23-08-2016), p. 2829-2831. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/29/2016/08/23/p/dre/pt/html>.
- LEI n.º 144/2015. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 175 (08-09-2015), p. 7251-7258. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/144/2015/09/08/p/dre/pt/html>.

LEI n.º 29/2013. **Diário da República, Série I.** [Em linha]. N.º 7 (19-04-2013), p. 2278-2284.
Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/29/2013/04/19/p/dre/pt/html>.

LEI n.º 63/2011. **Diário da República, Série I.** [Em linha]. N.º 238 (14-12-2011), p. 5276-5289. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/63/2011/12/14/p/dre/pt/html>.

LEI n.º 7/2009. **Diário da República, Série I.** [Em linha]. N.º 30 (12-02-2009), p. 926-1029.
Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/7/2009/02/12/p/dre/pt/html>.

LEI n.º 29/2009. **Diário da República, Série I.** [Em linha]. N.º 123 (29-06-2009), p. 4192-4208. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/29/2009/06/29/p/dre/pt/html>.

LEI n.º 115/2009. **Diário da República, Série I.** [Em linha]. N.º 197 (12-10-2009), p. 7422-7464. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/115/2009/10/12/p/dre/pt/html>.

LEI n.º 61/2008. **Diário da República, Série I.** [Em linha]. N.º 212 (31-10-2008), p. 7633-7638. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/61/2008/10/31/p/dre/pt/html>.

LEI n.º 21/2007. **Diário da República, Série I.** [Em linha]. N.º 112 (12-07-2007), p. 1-5.
Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/21/2007/p/cons/20130419/pt/html>.

LEI n.º 78/2001. **Diário da República, Série I-A.** [Em linha]. N.º 161 (13-07-2001), p. 4267-4274. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/78/2001/p/cons/20130731/pt/html>

REGULAMENTO n.º 564/2019 - **Diário da República, Série I.** [Em linha]. N.º 135 (17-07-2019), p. 176-197. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/regulamento/564-2019-123255891>.