



**INSTITUTO DE DIREITO**  
**Curso de Especialização em Ciências Penais 03**

**Acordo de Não Persecução Penal e sua  
Aplicabilidade à Figura Típica do Tráfico  
Privilegiado**

**Marcelo Alberto Chaves Villas**

Matrícula: 202.190.239

Rio de Janeiro  
Novembro de 2022

**INSTITUTO DE DIREITO**  
**Curso de Especialização em Ciências Penais 03**

**Acordo de Não Persecução Penal e sua  
Aplicabilidade à Figura Típica do Tráfico  
Privilegiado**

**Marcelo Alberto Chaves Villas**

Matrícula: 202.190.239

Orientadora: Adriana Vidal de Oliveira

Rio de Janeiro  
Novembro de 2022

## Resumo

A partir da introdução do Acordo de não Persecução Penal no processo penal brasileiro, dá-se uma novel ampliação do processo penal consensual que marca, com profundidade, a influência da teoria do funcionalismo teleológico em nossa dogmática penal. Assim, mesmo que haja algumas razões de ordem estrutural para tal inserção, unidas em parâmetros neoliberais, a verdade é que essa inovação decorre de uma evolução dogmática que passa a acolher de maneira mais contundente as teorias funcionalistas que rechaçam uma função meramente retributiva da pena. Assim, para que haja uma ampla aplicabilidade do novel instituto será necessária uma superação de forças conservadoras, com o auxílio de uma abordagem criminológica, a fim de que a figura do tráfico privilegiado possa ser largamente contemplada no novel acordo criminal, o que poderá vir a permitir, uma sensível redução do contingente carcerário brasileiro, além da não estigmatização de investigados primários e vulneráveis por essa modalidade de crime. Por fim, perscruta-se se haverá uma superação normativa para um futuro reconhecimento do acordo de não persecução penal como um direito subjetivo público de investigados por delitos de média potencialidade lesiva.

**Palavras-Chave:** Acordo criminal; tráfico privilegiado; aplicabilidade.

## Sumário

1. Introdução	5
2. Fundamentos do Acordo de não persecução penal e sua arquitetura	7
2.1. Razões criminais para sua criação e a abertura valorativa ao processo penal consensual	7
2.1.1. Influência do funcionalismo-teleológico de Claus Roxin sobre a dogmática jurídica e a teoria da pena	18
2.1.2. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e a função da pena ante a abertura valorativa ao processo penal consensual	26
3. Da evolução jurisprudencial acerca do crime de tráfico privilegiado e do tratamento mais benigno dispensado aos acusados incursos nessa modalidade	33
3.1. Inexistência de vedação legal para celebração do novo acordo – do sentimento anti-inovação	35
3.2. Da interdisciplinaridade da criminologia para superação de forças conservadoras	37
3.2.1. Da abordagem criminológica para a real compreensão da fenomenologia do tráfico de drogas	37
3.2.2. Da seletividade por vulnerabilidade	39
3.3. Razões de política criminal para aplicação do Acordo de não persecução penal ao tráfico privilegiado	45
3.3.1. Possibilidade de incremento do desencarceramento a partir da aplicação do acordo à figura do tráfico privilegiado	45
3.3.2. Possibilidade de redução da estigmatização de investigados por tráfico privilegiado	50
3.4. Da superação normativa	52
3.4.1. Da refutação de uma doutrina retrospectiva e de uma hermenêutica jurisprudencial retrógrada	52
3.4.2. A evolução jurisprudencial como inovação de custo médio	56
3.4.3. O Acordo de não persecução penal será reconhecido como direito subjetivo público do acusado?	58
4. Conclusão	69
5. Referências Bibliográficas	77

# 1. Introdução

O presente estudo busca analisar a viabilidade da aplicação do Acordo de não persecução penal à figura típica do tráfico privilegiado, que foi recentemente introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 13.964/19, acrescentando o artigo 28-A ao nosso Código de Processo Penal.

A introdução legislativa desse instituto veio a ser influenciada, indubitavelmente, pela criação dessa figura por meio de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público<sup>1</sup>, com escopo de se ampliar o consenso em nosso modelo processual penal. Porém, a melhor forma, certamente, para adoção desse instituto foi a aprovação por lei, votada pelo Congresso Nacional, mesmo porque esse poder normativo exercido pelo aludido órgão havia engendrado discussões sobre a constitucionalidade do aludido acordo<sup>2</sup>.

Dessarte, agora os requisitos legais exigidos para celebração do novel acordo e a jurisprudência consolidada de nossos Tribunais sobre o tratamento a ser dispensado ao tráfico de drogas, na modalidade privilegiada, não consubstanciam óbices à aplicação desse acordo em prol daqueles investigados por essa modalidade de crime. Em suma, inexistente, propriamente, qualquer vedação legal ou jurisprudencial para tanto. Mesmo porque o novo paradigma trazido pelo acordo de não persecução penal passou a veicular uma política de racionalização da orientação seletiva do poder das agências de criminalização secundária.

Ademais, o principal fundamento para a introdução desse tipo de acordo em nosso Ordenamento Jurídico é o de permitir a racionalização do sistema de Justiça Criminal mediante a seleção regrada de casos, excepcionando-se da regra da obrigatoriedade da ação penal os casos menos graves.

A presente análise busca esgrimir com os entendimentos recorrentes e contrários à adoção de medidas despenalizadoras ao tráfico de drogas, na modalidade privilegiada, mormente com aqueles pensamentos anti-inovadores,

---

<sup>1</sup> A criação do acordo se deu pelo art. 18 da Resolução nº 181/17-CNMP, com alterações conferidas pela Resolução nº 183/18-CNMP.

<sup>2</sup> Insta salientar que tanto a Associação de Magistrados do Brasil (AMB), como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ajuizaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com pedido de concessão de medida liminar, arguindo a inconstitucionalidade do instituto, que foram distribuídas à relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (ADIs nºs 5.790 e 5.793).

envoltos na falsa premissa de que a despenalização desse crime desaguardaria no desatendimento do cumprimento das funções político-criminais do sistema penal.

Nesta abordagem propõe-se, assim, superar as noções pré-concebidas acerca das funções político-criminais de nosso sistema penal, rejeitando os dogmas hauridos do histórico programa de seleção secundária discriminatória das agências de poder na América Latina, desenvolvidos sob os auspícios da ideologia da ‘segurança urbana’, inspirada ainda na década de 1980 pela outrora ‘ideologia da segurança nacional’, como explica o jurista argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, ao discorrer sobre a sua teoria da vulnerabilidade (ZAFFARONI, 2003, p. 59).

Para defender a celebração do novel acordo também para as hipóteses de tráfico privilegiado, o desenvolvimento do trabalho em voga alicerça-se nas premissas da corrente do funcionalismo-teleológico, desenvolvida por Claus Roxin, uma vez que tal corrente rompeu com a barreira lisztiana que separava o Direito Penal da Política Criminal.

Com efeito, em consonância com as aludidas premissas funcionalistas, a aplicação do Acordo permitiria um tratamento ainda mais condigno aos investigados por essa modalidade de crime, o que se daria com base nos novos fins do nosso sistema penal a partir da reorientação sistêmica feita pela redação do novel artigo 28-A do Código de Processo Penal.

## **2. Fundamentos do Acordo de não persecução penal e sua arquitetura**

### **2.1. Razões criminais para sua criação e a abertura valorativa ao processo penal consensual**

Como salienta o professor Rodrigo Leite Ferreira Cabral, da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), há uma gama de propostas para o problema do excesso de trabalho no Sistema de Justiça Criminal, sendo que a primeira delas seria o aumento proporcional do número de juízes e promotores para fazer face ao aumento continuamente crescente de novas demandas criminais. Todavia, essa ampliação substancial de quadros do Judiciário é extremamente custosa, mesmo para países desenvolvidos, quiçá para um país com dificuldades econômicas e sociais (CABRAL, 2021, p. 48).

Por outro lado, no Brasil, se não se houvesse optado outrora por mecanismos de consensualidade, como, a exemplo dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei nº 9.099/95, a alternativa na atualidade do aumento dos quadros do Judiciário e do Ministério Público seria inevitável, principalmente ante o nosso extensíssimo projeto de criminalização primária, que inclui ainda uma crescente edição de novas leis penais especiais. Além do mais, o quadro de aumento crescente de demandas criminais, no país, vem sendo há muito acarretado pelo grau de violência existente na sociedade brasileira, que se consubstancia numa sociedade desigual e com índices de desenvolvimento humano ainda muito distantes do desejável.

Assim, se não avançarmos ainda de modo mais contundente em prol da consensualidade, a necessidade de ampliação massiva dos membros do Judiciário e do Ministério Público, em um futuro próximo, não poderá ser olvidada, em especial para fazer frente ao crescimento contínuo e vertiginoso do número de processos criminais.

Dessarte, aliado ainda a todos esses fatores acima destacados para o incremento vertiginoso de novas demandas criminais, contribuem também para tal crescimento as complexidades ínsitas das sociedades contemporâneas, como a nossa, que são sociedades plurais e abertas, porém se encontram hodiernamente

fraturadas e polarizadas, como resultado da crise atual dos próprios regimes democráticos representativos que se alastra pelo ocidente. As democracias ocidentais, em verdade, nunca estiveram tão em risco, sendo que, nesta dinâmica, o papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas é também um ponto nevrálgico de tensão, não só pela expansão da jurisdição constitucional, mas também pela contestação, cada vez mais acirrada, de sua capacidade de distribuir justiça.

Registre-se também que o Poder Judiciário brasileiro, atualmente, conforme os dados trazidos pela análise *Justiça em números de 2018*, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>3</sup>, possui uma força de trabalho total de 448.964 pessoas. Desses, 18.168 são magistrados, isso representa 8,74 magistrados por 100 mil habitantes. Todavia, apesar dos esforços empreendidos nos últimos 15 anos anteriores ao aludido estudo para incremento do número de juízes no Brasil, com um aumento de 34,7%, que foi inclusive superior ao aumento populacional de 14,3% (de 181,1 para 207,7 milhões de habitantes), ainda assim, o número de juízes é baixo se comparado ao número de juízes de outros países.

Instando ainda ressaltar que, desse universo de mais de 18 mil juízes existentes no Brasil, a distribuição desse número se dá pelas Justiças Comuns (Federal e Estadual) e Justiças Especializadas, nas diversas instâncias conformadas pela nossa Constituição, sendo os magistrados de primeira instância designados e distribuídos de modo não inteiramente equânime entre o território das 27 unidades federativas do país. Outrossim, nem todos exercendo, obviamente, as competências criminais.

Em um estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade acerca da prestação jurisdicional no contexto internacional, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>4</sup>, em novembro de 2011, o número de juízes por cem mil habitantes no Brasil, entre países da América Latina e dos Estados Unidos, apresentava o nosso país um pouco acima da média do continente, a saber, com 8,3 por número de cem mil habitantes, mas atrás de Uruguai, Colômbia, Bolívia e Estados Unidos. No entanto, quanto ao número de juízes por

---

<sup>3</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: sumário executivo*. Brasília: CNJ, 2018. 19 p. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Último acesso em 30/11/2021.

<sup>4</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Brasília: CNJ, 2011. 30 p. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Último acesso em 30/11/2021.

cem mil habitantes, o Brasil em comparação aos países da Europa, estava muito aquém da média daqueles países.

Conforme tal estudo, ainda que o país, na média de juízes por cem mil habitantes, no continente americano não apresentasse uma das médias mais baixas, por outro lado, apresentava no ano de 2008 um processamento de litigiosidade dos mais altos no cenário internacional, com 70% de taxa de congestionamento – taxa que mede a efetividade do Judiciário em um período, levando-se em conta o total de novos casos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao ano de apuração. Por sua vez, o número de advogados por cem mil habitantes era quase o dobro da média quando em comparação aos países da Europa, sendo tal número pelo menos um indicativo do alto grau de litigiosidade brasileira.

De acordo com os dados da análise *Justiça em números de 2020*, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>5</sup>, houve um grande esforço de redução da taxa de congestionamento para 68,5%, tendo sido o menor índice verificado em toda a série histórica, desde que as análises estatísticas começaram a ser utilizadas para o aperfeiçoamento do Judiciário brasileiro. Se compararmos, todavia, tal taxa com a acima apontada no ano de 2008, transparece o pequeno avanço em produtividade apesar de todos os esforços que foram envidados; haja vista que o número de novos casos é sempre crescente e em progressão alucinante.

Já de acordo com a aludida análise *Justiça em Números de 2018*, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, os magistrados brasileiros detêm um elevado número de processos para julgar por ano, estando o Brasil, dentre os países analisados no levantamento daquele período, no quarto lugar em relação à apuração do índice de magistrados com maior carga de trabalho por ano. Isso, apesar de um sensível incremento da produtividade do Judiciário brasileiro, conquanto tal produtividade se revele sempre aquém da demanda exigida. Além do mais, a alta produtividade nem sempre se traduz em uma maior qualidade da prestação do serviço jurisdicional, sobretudo na seara criminal, na qual o bem da vida discutido é a liberdade.

Só para se ter uma singela noção da discrepância entre a produtividade necessária para reversão do atual quadro e o número cada vez mais crescente de

---

<sup>5</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020: sumário executivo*. Brasília: CNJ, 2020. 11 p. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Último acesso em 30/11/2021.

novas demandas, consoante os dados da *Justiça em Números de 2018*, em 2017 o número de casos novos foi de 29,1 milhões para uma população de 207,6 milhões, assim, apurou-se que há, portanto, um total de 14.019 casos por 100 mil habitantes, o que bem explicita a permanência de uma alta taxa de congestionamento, além de um alto grau de litigiosidade da sociedade brasileira.

Sobre o enfrentamento da alta taxa de congestionamento, o apontado estudo ressalva que outros fatores também podem influenciar a sua elevação, como o sistema processual do país, o número de instâncias recursais, a elevada quantidade de normas e a ausência de orientação jurisprudencial clara. Em alguma medida, talvez todos esses fatores sejam vislumbrados em nosso modelo de Justiça, embora, acerca da orientação jurisprudencial, a adoção da súmula vinculante e o novo modelo de enfrentamento de recursos repetitivos trazido pelo novo Código de Processo Civil tenham trazido, ultimamente, uma maior uniformização de nossa jurisprudência.

Outro aspecto também relevante para manutenção de uma taxa de congestionamento elevada, na seara criminal, por exemplo, é a dificuldade da transição de um sistema inquisitorial predominantemente escrito ao sistema adversarial do tipo oral, como se tentou com a Reforma Processual Penal de 2008, que englobou as Leis nº 11.689 e 11.690, de 09 de junho de 2008 e a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, mas que não foi tão bem-sucedida.

Acerca dessa dificuldade de transição de sistemas, na América Latina, o jurista Alberto Binder nos aponta que, frente à impossibilidade de passar de sistemas inquisitoriais predominantemente escritos a outros adversariais de tipo oral em poucos anos, procuraram-se então políticas ‘incrementalistas’. Tais políticas provocavam mudanças pontuais baseadas em ajustes de eficiência nos recursos já existentes, mas que face às dificuldades encontradas, acabaram consistindo, em verdade, em uma política incrementalista fantasiosa (BINDER, 2017, p. 98). Vê-se, então, que no Brasil optou-se por uma política incrementalista fantasiosa, pois a Reforma de 2008 não promoveu ainda a transição de um sistema inquisitorial predominantemente escrito para um sistema adversarial do tipo oral.

Insta salientar que a solução materializada no aumento substancial de juízes e de promotores para fazer face não só a nossa ainda elevada taxa de congestionamento, mas também ao aumento contínuo e crescente de novos processos criminais, esbarra na notória crise financeira do Estado. Ademais, os

gastos com o Judiciário em relação ao PIB (Produto Interno Bruto) do país já são elevados, pois, de acordo com o estudo comparado acerca da prestação jurisdicional no contexto internacional, só no ano de 2008, em relação ao orçamento destinado ao Judiciário brasileiro dentre países do continente americano, aparecíamos em segundo lugar dentre os países que mais destinam recursos do PIB (Produto Interno Bruto), ficando o Brasil atrás apenas da Costa Rica.

Neste contexto, praticamente inexistente qualquer possibilidade de ampliação orçamentária do Judiciário e de outras instituições auxiliares da Justiça para aumento de seus quadros, a fim de fazer frente ao crescimento vertiginoso de demandas criminais. Além disso, extrair mais recursos da sociedade para o contínuo enfrentamento do aumento de novos processos criminais, dando continuidade a uma política de encarceramento excessivo, soa como uma solução absolutamente desarrazoada. Dessarte, se há um extenso programa criminalizante e se muitas das condutas incriminadas não contam ainda com as condições para sua discriminação, melhor então será conter a irracionalidade do poder punitivo estatal com outras soluções mais consentâneas, mas dentro da própria esfera penal<sup>6</sup>. Mesmo porque é muito mais razoável o emprego de recursos públicos para a melhora do índice de desenvolvimento humano em nosso país do que a opção pela ampliação desmensurada do sistema de Justiça Criminal, como se o Direito Penal fosse, de fato, o único remédio adequado para todos os males.

Já outra solução preconizada para o enfrentamento do aumento constante e progressivo de números de novos casos criminais poderia ser a da descriminalização de delitos, a um ponto ao qual pudesse provocar uma diminuição substancial no número de demandas criminais, como aponta Rodrigo Leite Ferreira Cabral; no entanto, ele mesmo alerta que tal alternativa soaria inadmissível em relação a condutas graves (CABRAL, 2021, p. 48).

---

<sup>6</sup> Como afirma Alberto Binder: “A ideia de que o Estado tem recursos limitados e, portanto, uma capacidade de resposta limitada, é uma ideia que em outras áreas das políticas públicas é admitida sem maior problema, mas como vimos, custamos admitir quando se trata da administração da justiça. Parece que viola uma espécie de tarefa sagrada se é dito para os cidadãos com clareza que não se tem capacidade para intervir realmente em tudo. Aqui ressoam velhas concepções moralistas que confundem delito e pecado, justamente porque se entende que não se pode ser ‘pragmático’ com o mau. Pelo contrário, acredito que a sociedade tem muito pouca expectativa de que a justiça se encarregue de tudo e se contentaria facilmente que se ocupasse de menos assuntos, mas que o fizesse bem. Existe neste tema um sem-número de ficções e mitos que obscurecem um diálogo que deveria ser mais franco e realista, propiciando uma política de seleção racional e transparente que permita o controle da elaboração da justiça penal sobre bases reais”. BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. (org) Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 176.

Conforme o referido autor, a descriminalização do uso e do tráfico de drogas, pelos menos em relação à substância *cannabis sativa*, poderia redundar na diminuição do número de casos criminais, aliviando em parte o sistema de Justiça Criminal e o sistema Penitenciário. Adverte o autor, no entanto, que, apesar da tendência atual nesse sentido, com países de relevo tendo feito essa opção, a questão da descriminalização merece, de qualquer sorte, uma aprofundada reflexão e discussão (CABRAL, 2021, p. 48).

Por outro lado, há quem enxergue na denominada “Guerra às Drogas” uma total falácia, como salienta Luíz Carlos Valois. Para Valois, segundo a teoria crítica da criminologia moderna, o bode expiatório da fenomenologia do ‘crime’ envolve a ideia de pânico moral, ao criar estereótipos e gerar o etiquetamento de pessoas e de grupos que passam a ser tidos como uma ameaça para os valores e interesses da sociedade, estando inserto nessas categorias a figura do traficante (Valois, 2021, p. 553).

De toda sorte, a conduta de tráfico de drogas, no sentido amplo, defluiu, por sua vez, de um mandado expreso de criminalização constitucional (artigo 5º, inciso XLVIII, da CF), ainda que o constituinte originário tenha relegado um largo âmbito de atuação para o legislador ordinário, dando-lhe amplo campo para gradação de condutas para assim oferecer adequada e suficiente proteção ao bem jurídico tutelado. Sendo assim, a simples solução de descriminalização de condutas, de modo descriterioso, não é a via mais adequada para a racionalização do sistema de Justiça Criminal. Desse jeito, a solução restante é a do caminho de uma terceira via entre a ampliação dos quadros dos membros da Justiça Criminal e a descriminalização de condutas; sendo essa via, logicamente, a da abertura valorativa do nosso sistema penal ao processo consensual.

Assim, essa foi a solução que veio a ser adotada pelo legislador e pelo Conselho Nacional do Ministério Público a partir de sua Resolução nº 181/17, ao fixarem a possibilidade do Ministério Público celebrar o denominado Acordo de não persecução penal, quando para determinada infração for cominada pena inferior a 4 (quatro) anos e o crime não tiver sido cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a sua prática, submetendo-se, então, ao cumprimento de determinadas condições pactuadas entre as partes (CABRAL, 2021, p. 50).

Ressaltando-se que, ao contrário do que ocorre com o instituto do *plea bargain*, com origem no sistema anglo-saxão, o Acordo de não persecução penal não envolve a submissão do investigado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, consubstanciando-se, portanto, numa despenalização.

Assim, de acordo com o que prescreve o artigo 28-A, incisos I, II, III, IV e V, do Código de Processo Penal, as condições do acordo consistem nas seguintes hipóteses: i) a reparação do dano ou a restituição de coisa à vítima; ii) a renúncia de bens ou direitos, como instrumentos, produtos, ou proveito do crime; iii) a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas a período correspondente à pena mínima cominada ao delito pelo qual o acordante foi investigado, diminuída de um a dois terços; iv) o pagamento de prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social; v) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Dessarte, os riscos da ampliação do aludido instituto são muito menores para os direitos fundamentais do que a opção do modelo do *plea bargain* do direito anglo-saxão. Dessa forma, resta claro que o acordo de não persecução penal é a forma mais consentânea para desburocratização do sistema de Justiça Criminal, bem como para a redução de custos do Judiciário e do sistema penitenciário; podendo engendrar, caso amplamente aplicado, uma redução drástica de feitos criminais e do número de novos casos computados anualmente, aliviando assim a carga de processos do Judiciário, com reflexos na taxa de congestionamento de processo no Brasil. Isso porque o Acordo de não persecução penal constitui uma etapa pré-processual, ou seja, o acordo é celebrado dantes da instauração da relação jurídico-processual.

O instituto em análise, ao lado dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo (celebrada após a instauração da relação jurídico-processual), configura mais um mecanismo para racionalização do nosso sistema de Justiça Criminal. O que vem demonstrando que o Direito Processual consensual ganha cada vez mais terreno na seara criminal.

Esse modelo de processo penal consensual caracteriza-se, então, pela renúncia as respostas tradicionais pelo Sistema de Justiça Criminal ao fenômeno do delito, que se manifesta classicamente pela imposição de uma pena ou de uma medida de segurança. Desse modo, adotam-se soluções alternativas ao processo e

à aplicação da pena, o que implica na mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (CABRAL, 2021, p. 69).

Há quem advirta, sob outra perspectiva, que as influências do neoliberalismo para adoção desse novel modelo de processo penal consensual e de soluções antecipatórias da resolução do julgamento penal, acabem, ao final, conspurcando direitos fundamentais do cidadão e conquistas civilizatórias sedimentadas, uma vez que o pensamento liberal reflete apenas sobre custos, inclusive sobre os custos dos direitos, voltando o seu discurso apenas para o aspecto da eficiência com economia de recursos. Dessarte, nesta visão, haveria apenas uma substituição do termo pena por outros, como medidas ou condições, que consistiriam numa sanção *lato sensu* (BIZZOTTO, 2020, p. 50/51).

No entanto, o Acordo de não persecução penal é, seguramente, uma medida despenalizadora, que se reveste como um equivalente funcional da pena, trazendo uma reação adequada ao delito praticado, mantendo-se similarmente a vigência da norma como modelo de orientação social, mas sem extrapolar a culpabilidade como limite da pena, olvidando-se, assim, o exagero na reprovabilidade.

Todavia, mesmo os críticos desse novo modelo consensual apontam para a inevitabilidade da mudança ante as razões utilitaristas para introdução de acordos criminais, sendo tais: i) a própria crise fiscal do Estado; ii) o aumento da demanda por controle penal; iii) a debilidade dos mecanismos de controle comunitário e; iv) a perda de legitimidade do próprio sistema de controle penal formal. Sendo que todos esses fatores acabam contribuindo para a adoção de novas estratégias de controle penal que se desvinculam do legalismo tradicional (BIZZOTTO, 2020, p. 35).

É mister recordar que o acordo criminal no Brasil nasceu com a própria Constituição Federal de 1988, com a competência criminal para as infrações penais de menor potencial ofensivo (*Ibid.*, 23). Destarte, como expressa a Constituição de República<sup>7</sup>.

Art. 98 – A União, nos Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução das causas de menor potencial ofensivo, mediante os procedimento oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses,

---

<sup>7</sup> Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://planalto.gov.br>. Acesso em 23/09/2021.

previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (Brasil, 1988).

Assim, sob o referido prisma, podemos depreender que foi o próprio legislador constituinte originário quem inaugurou a possibilidade de abertura sistêmica ao processo penal consensual, ainda que o processo penal consensual possa ter deitado raízes em uma inspiração neoliberal. Em outras palavras, a abertura valorativa ao processo consensual não decorreu apenas da influência dos aspectos econômicos no Direito, porque a evolução da dogmática jurídica também teve papel crucial nesse desenvolvimento, pois o Direito não serve para atender apenas as demandas econômicas, mas, sim, para promover a Justiça, sobretudo, a Justiça Social.

A confusão quanto à suposta exclusividade da motivação desta viragem normativa resulta do fato de que a economia se volta para análise da alocação racional dos recursos em prol de indivíduos, empresas e sociedade, por propugnar o emprego desses sob o espectro da maximização da eficiência – sendo justamente a crise financeira do Estado que vem impulsionando cada vez a abertura valorativa de nosso sistema penal ao modelo consensual. Mas, apesar disso, a evolução da dogmática do Direito também atende a outras razões a par dos aspectos econômicos.

Nessa esteira, uma das razões para a abertura valorativa do nosso sistema ao processo penal consensual foi a retomada da Política Criminal para conformação da Dogmática Penal, como propugna o modelo teleológico-funcional de Claus Roxin. Conquanto nesse modelo as finalidades jurídico-penais sejam moldadas por razões utilitaristas, que não olvidam aspectos ontológicos, o cerne dessa abordagem pragmática, feita pelo funcionalismo-teleológico, é a reorientação do Direito Penal para a proteção subsidiária dos bens jurídicos de maior relevância para a sociedade.

Assim, a ampliação da abertura sistêmica para a justiça negociada, ainda que influenciada por aspectos econômicos, assenta-se, sobretudo, nas premissas roxinianas, que buscam atender as finalidades jurídico-penais. Com isso, a autorização de intervenção jurídico-penal decorre da função social deste sistema no Ordenamento Jurídico, a fim de que, no âmbito sancionatório penal, sejam olvidadas interferências que não se adequem à função preventiva da pena

(ROXIN, 2018, p. 16). Desse modo, é a partir dessa abertura teleológica aos verdadeiros fins da política-criminal que se verifica a comunicabilidade entre o direito penal substantivo e o processo penal (COSTA ANDRADE, 1988, p. 346).

No caso específico do Acordo de não persecução penal, as razões político-criminais para a introdução desse novel instituto em nosso Ordenamento Jurídico são de três ordens, a saber: i) a ampliação substancial da possibilidade de celebração de acordos em matéria penal, fundamentalmente para os crimes de baixa e média potencialidade lesiva; ii) a diminuição considerável do número de processos criminais em contrapartida aos custos cada vez mais elevados dos serviços judiciários em um cenário de litigiosidade crescente; e iii) a racionalização da atividade jurisdicional na seara penal com o escopo de possibilitar a durabilidade razoável dos feitos remanescentes, ou seja, os situados fora do âmbito de incidência do novel acordo, que se traduzem nos feitos que visam, basicamente, a apuração de crimes graves e a tutela dos bens jurídicos mais importantes para a coletividade (CABRAL, 2021, p. 47/49).

Note-se que, das razões acima elencadas para a abertura valorativa ao processo penal consensual, a par da redução de custos dos serviços judiciários, dois outros fatores cruciais se sobressaem: a despenalização promovida com a possibilidade de ampliação do acordo criminal para delitos de baixa ou média potencialidade lesiva e a eficiência da prestação jurisdicional, que possibilitará a redução dos prazos dos processos remanescentes e a concentração de esforços do sistema de Justiça Criminal. O primeiro fator não deixa de ser influenciado pelas premissas roxinianas de resguardo da utilização do poder punitivo apenas para as condutas que aflijam os bens jurídicos mais caros para a harmonia social, olvidando-se a imposição de penas fora das funções preventivas. O segundo, por sua vez, atende ao princípio da duração razoável dos processos, garantia do cidadão assegurada no inciso VXXVIII do artigo 5º, da Constituição Federal.

Por conseguinte, deve-se frisar que tais fatores se aproximam mais da problemática jurídica de promoção de direitos individuais do que, propriamente, da construção de uma normatividade a partir da eleição apriorística de finalidades exclusivamente econômicas, como minimização de custos com a maximização de resultados; ainda que as referidas razões não deixem de se orientar também pelo primado da eficiência em virtude da alocação racional de recursos, que são escassos.

Nessa via, a eficiência preconizada agora para o sistema de Justiça Criminal envolve, sobretudo, a questão atinente à concretização de direitos fundamentais. Sendo, então, a senda do processo penal consensual a mais adequada para, na atualidade, concretizar direitos fundamentais no âmbito penal, mormente para a contenção racional do poder punitivo estatal.

Nessa toada, é que se introduzirá, no próximo capítulo, a questão concernente à aplicabilidade do novel acordo criminal também para a figura do tráfico privilegiado, o que poderá vir a promover uma sensível racionalização do sistema de Justiça Criminal, possibilitando ademais a concretização de direitos fundamentais, dado que essa figura típica é de grande incidência perante o nosso sistema de Justiça, principalmente devido à seletividade vulnerante que atinge de forma mais esmagadora os hipossuficientes, dentre os quais, pequenos traficantes de drogas. Entendendo-se por vulneráveis, pessoas jovens, pobres e negras, que são as mais frequentemente presas cautelarmente pela prática desse crime de lesividade média, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Consequentemente, haverá a real possibilidade dessa nova medida despenalizadora vir a promover o desencarceramento de grandes contingentes de presos, sobretudo, de presos provisórios, especialmente ante o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, que se deu a partir do julgamento da medida cautelar, na ADPF nº 347. Frisando-se que tal decisão reconheceu a existência de um quadro de violações generalizado e sistêmico de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, que teve inspiração na técnica decisória da Corte Constitucional Colombiana<sup>8</sup>.

Assim, diante do reconhecimento de tal estado de coisas, mais uma razão se impõe para adoção de um modelo consensual que possa nos levar a uma inequívoca despenalização de condutas de média potencialidade lesiva, em especial em relação ao delito de tráfico privilegiado, o que terá ainda inequívocos reflexos para redução do quantitativo do contingente carcerário brasileiro. De forma que haja, assim, uma progressiva superação do quadro de coisas inconstitucionais existente em nosso sistema penitenciário.

---

<sup>8</sup> A origem desta linha de técnica decisória da Corte Constitucional da Colômbia. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Revista Consultor Jurídico, 1 de setembro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 10/10/2021.

### **2.1.1. Influência do funcionalismo-teleológico de Claus Roxin sobre a dogmática jurídica e a teoria da pena**

Como asseverado na introdução do presente trabalho, para defender a aplicação do Acordo de não persecução penal também para hipóteses de tráfico privilegiado, a presente análise fundamenta-se, sobretudo, nas premissas funcionalistas do Direito Penal. Mais especificamente no funcionalismo teleológico de Claus Roxin, cuja corrente teve o mérito de romper com a barreira lisztiana que separava o Direito Penal da Política Criminal.

Nesse diapasão, na atual quadra da dogmática penal, há uma unidade funcional entre os ramos de saber criminal que não pode mais ser refutada. Destarte, essa ideia de uma unidade funcional também subsidia a presente investigação acerca da viabilidade da aplicação do novel acordo à figura do tráfico privilegiado, mormente ante a interligação agora axiomática entre a dogmática penal e a política criminal.

A análise da aludida interdisciplinaridade entre as disciplinas criminais teve início, justamente, com Franz von Liszt, ainda no século XIX, apesar de seu sistema ter sido fechado para o problema de uma real interseção entre os ramos do saber criminal. Assim, foi Franz von Liszt quem primeiro propugnou a ideia de uma Ciência Penal Conjunta, na qual o fato delituoso poderia ser analisado: enquanto norma jurídica, enquanto fato socialmente dessumido como delituoso ou enquanto valor jurídico a ser tutelado pelo poder punitivo. Porém, nesse modelo, essas três dimensões (dogmática penal, criminologia e política criminal) eram distintas, sendo tenuamente inter-relacionadas (SCHMIDT, 2007, *passim*).

Figueiredo Dias também destaca que, à época, esse ineditismo conceutivo foi profundamente criticado. Assim, tal modelo de Ciência Penal Conjunta, proposto pelo pensamento lisztiano, que compreenderia as ciências autônomas – da ciência penal (voltado para construção e explicitação dogmática e sistemática do ordenamento jurídico-penal), da criminologia (voltada para compreensão das causas do crime e da criminalidade) e da política criminal (voltada para a investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena) –, não era aceito por aqueles penalistas que se ancoravam no positivismo jurídico, pois tais autores acreditavam que a noção de uma concepção global dos saberes penais faria com

que a dogmática jurídica caminhasse por terreno movediço, abandonando o solo firme da lei (DIAS 1999, p. 24 *apud* SHECAIRA 2014, p. 38).

Todavia, como destaca o professor Andrei Zenkner Schmidt, a par do ineditismo dessa teorização acerca da Ciência Penal Conjunta, que introduzia a ideia de fim do Direito Penal a ser obtido por meio de princípios de política criminal, o sistema lisztiano propugnado era, em verdade, fechado para o problema da real dinâmica interativa entre as disciplinas do saber penal (SCHMIDT, 2007, *passim*). Dessarte, Schmidt pontua que, no pensamento lisztiano, a dogmática penal era a barreira intransponível da política criminal, uma vez que Franz von Liszt ressaltava que era a dogmática penal quem deveria ocupar o posto mais alto na hierarquia da enciclopédia do Direito penal. Desse ponto de vista, a política criminal (como, de resto, a criminologia) continuava sendo na concepção lisztiana como uma simples ‘ciência auxiliar’ do direito penal (SCHMIDT, 2007, *passim*).

*A posteriori*, a inovação lisztiana da concepção de uma Ciência Penal Conjunta ficou relegada durante o predomínio do positivismo jurídico e mesmo, entretantes, ao declínio do pensamento sistemático.

No entanto, após a crise do pensamento sistemático e da rejeição, na seara penal, da tópica jurídica, a concepção de uma Ciência Penal Conjunta veio a ser resgatada e remodelada por Claus Roxin, com avento da sua corrente denominada de funcionalismo teleológico, o que se deu a partir de sua célebre obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tal obra, portanto, inspirou e possibilitou que as razões de política criminal rompessem, no pensamento jurídico-penal, a barreira dantes intransponível da dogmática jurídica, nela, então, introjetando-se com parâmetros teleológicos.

Então, conforme o escólio do jurista Claus Roxin, as decisões valorativas da política criminal não podem estar dissociadas da dogmática jurídica (ROXIN, 2002, p. 20). Com isso, o normativismo funcionalista passa a quebrar os paradigmas no pensamento jurídico-penal; estando agora, na atual senda, superada a barreira intransponível da dogmática penal, dada a adoção desse sistema teleológico-funcional elaborado por Claus Roxin, no qual há uma aproximação da dogmática penal à realidade social pelo viés de suas próprias finalidades políticas.

Desse modo, nesse modelo, não se despreza totalmente o aspecto ôntico, mas sopesa-se, sobretudo, a própria teleologia do sistema penal. Dessarte, nessa

corrente, que configura o pós-funcionalismo, o Direito Penal deixa de ser edificado apenas por uma matriz fundamentalmente ontológica, como outrora na corrente finalista, para então concretizar a sua sistematização conceitual com base no reconhecimento e estabelecimento das suas funções cardeais do sistema penal. Nesta linha, passa-se a admitir na argumentação jurídico-dogmática, a inclusão de elementos de carga valorativa de viés utilitário (PRAXEDES, 2019 p. 216).

Como destaca Praxedes, no seu elucidativo artigo acerca dos efeitos do funcionalismo teleológico de Claus Roxin sobre a dogmática penal, essa teoria não despreza o pensamento sistemático, como o fez o método da tópica jurídica, porém, as considerações axiológicas são agora admitidas e introduzidas para a inclusão de elementos valorativos, voltados para aspectos utilitários, que são norteados pelos próprios fins do Direito Penal (PRAXEDES, 2019, 217/218)<sup>9</sup>.

Assim, se o modelo de Roxin não rompe com a visão sistemática do Direito, esse modelo, ao menos, abdica de uma construção teórica centralizada na exegese alicerçada em estruturas puramente lógico-reais. Dessarte, no funcionalismo teleológico rejeita-se que a concepção teórica do Direito Penal recaia, de um lado, em um normativismo extremo, e, de outro, em um relativismo axiológico ilimitado, como foi o exemplo da argumentação concentrada na tópica jurídica.

O próprio Roxin foi enfático ao asseverar que a introdução da política-criminal no pensamento dogmático não representava o abandono do pensamento sistemático, mormente porque, como asseverava o próprio autor da obra *“Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”*, a relativização do pensamento de sistema é indispensável, tanto para a clareza, como para segurança jurídica, sem as quais a Ciência Penal convolar-se-ia em um instrumento de arbítrio, e não de contenção do poder punitivo estatal, como fora estatuído desde a Escola Clássica do Direito Penal (ROXIN 2002, p. 82/83).

Em suma, no funcionalismo teleológico, há uma substituição das valorações neokantianas acerca das funções retributivas da pena por considerações que são rigorosamente ditadas pela política-criminal. Daí, nesse modelo, há uma simbiose

---

<sup>9</sup> As elucidações de Praxedes são extraídas do seguinte escólio de Luíz Greco sobre a conformação do sistema teleológico: *“Logo, o sistema de ROXIN apresenta-se como uma síntese do pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente fecundo, porque se esforça por atender, a uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à idéia do direito. Mas também não cai ROXIN no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem contudo render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema”*. GRECO, Luíz. **Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120/163, out./dez. 2000.

entre os aspectos ontológicos e os axiológicos, sem que haja, assim, o desprezo ao pensamento sistemático, o que seria, em verdade, uma conspurcação à segurança jurídica.

Como aduz Luís Greco: “No pensamento de ROXIN entende-se como uma síntese do ontológico com o valorativo, devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente, ao mesmo tempo” (GRECO, 2000, p. 239). Assim, a unidade entre as disciplinas criminais é obtida justamente pela abertura teleológica aos parâmetros de política criminal nesse modelo roxiniano, o que se detecta singularmente agora em nosso sistema com a abertura para o denominado processual penal consensual, pelo qual o modelo penal se desapega das respostas tradicionais que se exteriorizam apenas com imposições de penas; optando, assim, por métodos de resolução alternativos ao processo e à aplicação da pena.

Outrossim, se há agora uma simbiose entre a dogmática jurídica e os fins da política criminal na teoria do funcionalismo teleológico, então, para Roxin, os limites do direito penal passam a estar postos na fronteira de sua missão que é a de proteção subsidiária de bens jurídicos. À vista disso, para Roxin, as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal estão demarcadas a partir da própria função social do Direito Penal; assim, o que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal (ROXIN, 2018, p. 16).

Então, estabelecida essa fronteira de autorização de intervenção jurídico-penal, a abordagem metodológica passa a mitigar, nessa corrente funcionalista, a excessiva abstração normativa assentada na dogmática clássica de índole juspositivista, passando a enxergar outros meios de solução do problema fenomênico do delito, que prescindem por ora de se assentar, única e exclusivamente, na teoria da pena para a aplicação de uma sanção de natureza penal, como única alternativa de resposta ao crime. A teoria roxiniana consiste, então, numa amálgama entre o pensamento sistemático e o pensamento problemático.

Sobre essa virada epistêmica e metodológica, o professor Andrei Zenkner Schmidt destaca que, na atual quadra da unidade funcional dos saberes criminais, no sistema funcional teleológico proposto por Claus Roxin, há uma aproximação do Direito penal à realidade social pelo viés de suas próprias finalidades políticas; superando-se, assim, os problemas de excessiva abstração normativa decorrentes da dogmática clássica de índole juspositivista. Sendo que, em termos

metodológicos, propõe-se uma síntese entre o pensamento sistemático e o pensamento problemático, o que se dá na vinculação do Direito Penal às utilidades político-criminais, que passam a ser sintetizados em uma unidade dialética. (SCHMIDT, 2007, p. 49).

Andrei Zenkner Schmidt salienta que a postura interdisciplinar da dogmática penal, outrora já conjecturada no pensamento lisztiano, passa agora a ser obtida por meio de uma abertura teleológica aos parâmetros de política criminal nos termos do modelo roxiniano. Este se constitui em um modelo aberto para o problema da interdisciplinaridade dos ramos do saber penal, pois o Direito Penal não pode mais ser enxergado apenas como uma ‘ciência de dogmáticos’, mas, ao contrário, em um saber prático orientado teleologicamente (SCHMIDT, 2007, *passim*).

Com efeito, nesse pensamento transcende-se a concepção de que a criminologia e, sobretudo, a política criminal, ambas apenas disporiam do condão de orientar o processo de criminalização primária, porquanto nesse arquétipo os elementos da estrutura do delito – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – sistematizam-se com a função político-criminal do sistema penal; consubstanciando-se numa proposta totalizadora da qual se depreende a relação funcional entre a tutela da liberdade (tipicidade), a solução de conflitos sociais (antijuridicidade) e as finalidades preventivas da sanção penal (culpabilidade) (SCHMIDT, 2007, p. 49).

No caso específico do Acordo de não persecução penal, pode-se observar que agora os princípios de política criminal repercutem em nossa dogmática penal vigente, moldando-a *de lege lata* a partir da norma do artigo 28-A do Código de Processo Penal; não se traduzindo apenas em uma norma processual, mas consubstanciando-se, em verdade, em uma norma híbrida, dado que insere a possibilidade de despenalização para condutas de média potencialidade lesiva.

Dito isso, se, no modelo proposto por Roxin, há agora uma proposta totalizadora como uma relação funcional entre a legalidade penal, a antijuridicidade e a culpabilidade, será, contudo, na culpabilidade que, nesse modelo teleológico, introduz-se como questão central a averiguação de uma função limitadora da pena. Em suma, o princípio da culpabilidade atua como limite para a atuação da pena, mas desde que nela esteja comportada uma função preventiva. Assim, qualquer consideração neokantiana quanto a uma função

retributiva da pena elidiria a sua imposição, porque aquilo que estiver além da função preventiva da pena não deve ser logicamente objeto do direito sancionador.

Essa remodelação da concepção da culpabilidade, no modelo roxiniano, engendra a construção de uma noção de responsabilidade, que passa a incluir a culpabilidade e a avaliação da necessidade da pena, como os seus componentes.

Paulo César Busato aduz que, no funcionalismo teleológico, a culpabilidade não se resume a um mero juízo de reprovação, haja vista que ela sofre uma completa remodelação, passando a ser substituída pela categoria da “responsabilidade”, isto é, a possibilidade de responsabilização penal passa agora a ser filtrada por critérios funcionais da pena, ou seja, a avaliação do merecimento da pena tornar-se essencial. Em resumo, ainda que a culpabilidade como categoria não seja desprezada, ela também passa a ser um dos componentes da responsabilidade, ao lado da necessidade de pena (BUSATO, 2017, p. 229).

Para exata compreensão acerca da culpabilidade no sistema teleológico-funcional de Roxin, o aludido teorizador aduz que, em seu sistema, a culpabilidade não é a única limitação do direito estatal de punir – já que a pena pode ser excluída no caso de culpabilidade em si existente, ainda que bastante reduzida, quando for constatada então a inexistência da necessidade preventiva de punição. Em tais hipóteses, Roxin não fala em exclusão da culpabilidade, e sim na exclusão da responsabilidade penal (ROXIN, 2008, p. 73).

Do exposto, sobre as consequências dogmáticas da remodelação da culpabilidade e da necessidade da pena como pressupostos conjuntos no funcionalismo teleológico, Roxin preleciona que, na teoria dos fins da pena por ele defendida, só se pode justificar a pena pela concorrência da culpabilidade e de sua necessidade preventiva. Assim, se a pena pressupõe culpabilidade, por outro lado ela jamais pode ultrapassar-lhe a medida, uma vez que a imposição de uma pena também tem de ser sempre preventivamente indispensável. Em suma, a pena pode ficar aquém da medida da culpabilidade, se as exigências de prevenção não aconselharem ir além, ou a tornarem até desnecessária, ainda que haja culpabilidade, posto que a pena nunca deve servir à retribuição no sentido de uma compensação metafísica da culpabilidade (Ibid., p. 155).

Assim, Roxin aponta que a categoria da responsabilidade é que decidirá, em princípio, sobre a punibilidade do autor de um delito, guiando-se a

responsabilidade exclusivamente pelo o que é indicado pelos fins da pena (*Ibid.* p. 156).

As mesmas considerações valem para o objeto da abordagem feita neste trabalho, pois, no caso de um crime de tráfico de drogas, na modalidade privilegiada, inexistente qualquer necessidade de imposição de uma pena privativa de liberdade. Com isso, ainda que haja a culpabilidade em si existente no cometimento da aludida prática delitiva, ela sempre se apresentará de forma bastante atenuada. Sendo essa a razão pela qual a exclusão da responsabilização penal, nessa hipótese, sempre se apresentará como a via mais consentânea com a possibilidade de aceitação de uma proposta de acordo criminal.

Revela-se, então, a inequívoca abertura valorativa de nosso sistema para outros modelos de solução de conflitos, pois, como preconizava Roxin em sua antológica obra “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”, as decisões valorativas político-criminais agora se impregnaram na nossa própria dogmática jurídica.

Assim, apesar de Roxin buscar, no próprio pensamento clássico, as razões para a construção de uma teoria que sirva para contenção racional do poder punitivo estatal, por outro modo, como aponta Luís Greco, o pensamento roxiniano também se embebe no neokantismo ao introduzir a harmonização entre concepções sistemáticas axiológicas com as concepções sistemáticas lógico-reais. Assim, nessa construção teleológica de conceitos, sem o desprezo dos conceitos ontológicos do finalismo, acrescentam-se os elementos de carga valorativa, que são sintetizados precipuamente pela missão constitucional do Direito Penal, que é a de proteger os bens jurídicos através da prevenção geral ou especial (GRECO, 2000, p. 229).

Não obstante, a influência do neokantismo de nenhuma forma subsidia o pensamento roxiniano sobre a função da pena, porque plenamente rechaçada qualquer dimensão metafísica acerca da teoria da pena. Em suma, no funcionalismo teleológico a pena não pode vir a deter qualquer função retributiva.

Luiz Greco nos aponta que, no modelo roxiniano, a teoria dos fins da pena adquire valor basilar, sendo a pena retributiva rechaçada, admitindo-se apenas uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operar efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial) (*Ibid.*, p. 230).

O que sintetiza, então, o pensamento roxiniano é a sua tonalidade político-criminal, no qual o hermenauta deve valorar quais os fins político-criminais que subjazem a cada conceito da teoria do delito, funcionalizando-o, assim, teleologicamente para a construção da melhor dogmática possível. Assim, se o tipo desempenha a função de realizar o princípio *nullum crime sine lege*, enquanto a antijuridicidade atende a função de resolução dos conflitos sociais, a culpabilidade, por sua vez, passa a deter a missão de dizer quando um comportamento ilícito merece ou não ser apenado, por razões de prevenção geral ou especial. Em suma, mesmo que haja culpabilidade, se ela for muito atenuada e inexistir qualquer razão preventiva para imposição de uma pena, essa poderá vir a ser excluída, de acordo com a concepção compreendida de responsabilidade nesse modelo funcionalista teleológico (GRECO, 2000, p. 238/239).

Assim, a exclusão da responsabilização não traduz a elisão da culpabilidade. Porém, ela não se imporá se a pena não vier a cumprir uma função eminentemente preventiva. Ou seja, a valoração da imposição ou não de uma pena passa a ser funcionalizada pelas diretrizes cardeais do Direito Penal, que passam a ser hauridas, por sua vez, pelas razões político-criminais.

Nessa esteira, é a partir da introdução do novel acordo criminal em nosso Ordenamento Jurídico-Penal que a realização de opções político-criminais passa necessariamente por uma seleção regrada de casos penais que ostentem maior relevância dentro da política criminal ora adotada por nosso sistema penal (CABRAL, 2021, p. 87). O que só revela a influência desse modelo roxiniano para a adoção por ora desse modelo consensual, restando inexorável que o nosso sistema penal passou então a adotar, como finalidades jurídico-penais, conceitos valorativos de viés utilitários; alicerçados, portanto, em aspectos pragmáticos e na teoria dos fins da pena, voltados exclusivamente para prevenção geral e especial, que tornam inviável a concepção de uma função meramente retributiva da pena.

É dizer, a nossa dogmática jurídica não pode estar mais dissociada de uma política criminal voltada para o aspecto ôntico na análise da dinâmica do fenômeno criminológico, pois é a realidade daqui em diante que orientará a função essencial do Direito Penal para a proteção subsidiária dos bens jurídicos de maior relevância para a sociedade.

Daí a importância da noção de uma Ciência Penal Conjunta, outorgada no modelo roxiniano para o desenvolvimento metodológico da presente abordagem,

pois, como defende o próprio Roxin, a ideia de estruturar categorias basilares do direito penal com fulcro em pontos de vista político-criminais permite transformar não só postulados sócio-políticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Dessa maneira, o sistema jurídico-penal deixa de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, passando também a ser permeável ao desenvolvimento social, pelo qual também se interessa a criminologia, empenhada na explicação e no controle da delinquência (ROXIN, 2008, p. 77/78).

Assim, será com base na premissa acima transcrita que se introduzirá, no próximo capítulo, a discussão acerca da plena viabilidade da aplicação do novel acordo criminal ao crime de tráfico privilegiado, dado que a rejeição de tal possibilidade apenas configuraria a persistência, no nosso seio jurídico, de um apego demasiado ao sistema meramente ontológico de estruturas lógico-reais, seguida ainda pelo desprezo ao exercício das considerações valorativas dos fins de nosso Direito Penal.

Por derradeiro, caso tal viabilidade à ampliação ao consenso venha, porventura, a ser repelida ou desprezada, de fato, na real dinâmica da nossa prática judiciária, tal fenômeno demonstrará tão somente um impróspero enraizamento no pensamento jurídico-penal brasileiro das concepções puramente retributivas da pena, o que, na atual quadra da evolução dogmática do Direito Penal, é despido de qualquer sentido lógico-jurídico. Explicável apenas, numa abordagem criminológica, por uma visão deturpada do fenômeno do tráfico de drogas, que encerra uma visão de um Direito Penal do Inimigo.

### **2.1.2.**

#### **A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e a função da pena ante a abertura valorativa ao processo penal consensual**

O princípio da obrigatoriedade da ação penal está intimamente ligado ao princípio da legalidade penal, havendo claro o influxo dos princípios do Direito Material Penal sobre o Direito Processual Penal. Assim, como nos ensina o professor Afrânio Silva Jardim ao discorrer sobre os princípios processuais penais e mais especificamente sobre o princípio da obrigatoriedade, o Direito Material, pela própria função que desempenha, contém maior dose ideológica, no entanto, o

Direito Processual, embora em escala menor, também recebe o fluxo ideológico do sistema, estruturando-se em conformidade com os valores aceitos e cultuados pelo grupo societário (JARDIM, 2001, p. 58).

Acerca da historiografia da ascensão do princípio da obrigatoriedade da ação penal, urge destacar que esta ascensão exsurgiu por conta dos ideais iluministas, consagrados na Revolução Francesa, e que tinham como ideia fundante a noção de que o princípio da legalidade processual se caracterizava como instrumento efetivo para o controle do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Entretanto, a concepção do princípio da legalidade processual, com arcabouço ideológico advindo do iluminismo, caminhava de mãos dadas com as concepções de pena daquele período (CABRAL, 2021, p. 33)

Sobre essa ligação paradoxal, Rodrigo Leite Ferreira Cabral nos esclarece que a primeira semente do princípio da legalidade processual foi lançada por Kant, na defesa da denominada teoria absoluta da pena. De acordo com a qual, a pena não se prestaria a nenhum outro fim, senão a de fundamentar uma ideia de retribuição e justiça. Dessarte, como ressalta Cabral, o princípio da obrigatoriedade da ação penal assenta-se em uma concepção absoluta da pena, que hoje se encontra amplamente superada (*Ibid.*, p. 34).

Sendo assim, ante a tais considerações que bem relacionam a origem do princípio da obrigatoriedade ao surgimento da concepção absoluta da pena, necessário se faz o redimensionamento do aludido princípio na atual senda evolutiva da dogmática jurídico-penal, o que contraria a visão mais arraigada acerca da intangibilidade do princípio da obrigatoriedade. Passando a ser fundamental que, agora, haja uma harmonização entre a hodierna concepção da função da pena e o próprio arquétipo processual penal.

Assim, os objetivos da pena devem passar a funcionalizar também a construção principiológica e sistemática do processo penal (*Ibid.*, p. 35). Sendo que, desse modo, o princípio da obrigatoriedade passa a sofrer mudanças conceptivas que são operadas pela própria teoria da pena. Sendo essa a metamorfose que ocorre no atual estágio da dogmática-penal brasileira, ante a ampliação da abertura valorativa e utilitária do nosso sistema processual ao consenso, operada a partir da introdução legislativa do acordo de não persecução penal em nosso Ordenamento Jurídico-Penal.

Dito isso, não há como refutar que, sob o espectro dogmático, essa ampliação ao consenso não deixou de ser também influenciada pelas mudanças epistêmicas e metodológicas, provocadas pelo sistema teleológico-funcional proposto por Roxin. Sendo que, agora, as implicações sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ditadas sobre a moderna teoria da pena, passam a decorrer da própria intercomunicabilidade entre o direito penal e o processo penal, com a inclusão de elementos de viés utilitário e mediatizados pela política criminal.

Todavia, o nosso sistema processual penal já sofrera, outrora, importante transformação no que tange ao princípio da obrigatoriedade da ação penal a partir da edição da Lei nº 9.099/95, como aponta Antonio Scarance Fernandes. (FERNANDES, 2010, p. 188).

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. também aponta que esse fenômeno de progressiva relativização do princípio da obrigatoriedade começou após a edição da Lei nº 9.099/95, mas destaca que essa mitigação se ampliou ainda mais com a Lei nº 12.850/2013, ante a possibilidade de perdão judicial e demais institutos aplicáveis à delação premiada. Sendo que, agora, essa mitigação teve mais uma vez o seu espectro estendido com a introdução do Acordo de não persecução penal pela reforma de 2019/2020 (LOPES, 2021, p. 246).

Assim, é possível depreender que os atuais contornos da justiça consensual foram se moldando ao longo das últimas décadas, sendo que, neste momento, o novel acordo se mostra de modo ainda mais disruptivo para a noção que havia outrora de legalidade processual, consubstanciada no princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Então, sobre os atuais contornos da justiça consensual, após longa fase do cientificismo do direito processual, Antonio Scarance Fernandes aponta que as razões para tal viragem epistêmica, além da influência da moderna concepção da teoria da pena, concentravam-se também na preocupação da eficácia da atuação concreta do Direito Penal, uma vez que o progresso da ciência jurídica processual não fora acompanhado de uma justiça célere e eficaz; assim, houve um patente descompasso entre a teorização do direito processual e a sua eficiência prática. Em suma, o direito processual, em termos epistemológicos, não superou os graves problemas de justiça, dentre os quais: i) a sobrecarga de processos; ii) a morosidade na solução das causas; e iii) o elevado custo de acesso à justiça e

excessiva burocracia dos serviços dos juízos e tribunais, mesmo porque a par disso, parte dos operadores do direito apegavam-se excessivamente ao formalismo das regras processuais, desprezando o perfil instrumentalista do direito processual e fazendo, assim, com que na atividade forense se apresentasse sempre de modo ineficiente. (FERNANDES, 2010, p. 192)

Assim, a partir da crise do cientificismo, na seara do processo penal, Antonio Scarance Fernandes – cuja colaboração teve destaque na elaboração do projeto que deu origem a Lei nº 9.099/95 – faz importantes considerações, então, sobre a novel tendência de preocupação dogmática com a efetividade do processo: “Firmada a ideia de que é necessário cunhar regras processuais que resultem em eficácia na atuação correta do direito, passa a doutrina a falar em deformalização e delegalização” (FERNANDES, 2010, p. 192).

Dessarte, o catedrático da USP (Universidade de São Paulo), com assento nos escólios da professora Ada Pellegrini Grinover, aponta-nos que tais meios alternativos ao processo podem muito bem ser mediatizados por outros mecanismos institucionalizados, os quais passam a funcionar, portanto, como verdadeiros equivalentes jurisdicionais. (GRINOVER, 1984 *apud* FERNANDES, 2010, p. 193).

Desse modo, hoje, o Processo Penal Consensual é uma realidade insofismável, com o abandono das regras processuais outrora sacralizadas em prol das opções da conciliação e da negociação, cujas concepções começaram a ser elucubradas ainda na década de 80 do século passado – dado que tais idealizações foram paulatinamente impregnando-se em nosso modelo, não só como tendência, mas como mecanismos que passaram a ser adotados positivamente pelo nosso Ordenamento Jurídico-Penal.

Assim, é nesse plano do Processo Penal Consensual e da abertura valorativa aos conceitos de viés utilitário que as decisões acerca da opção entre a legalidade e a oportunidade passam a ser descortinadas. Em suma, é nesse plano material e teleológico que, na atual quadra, a necessidade de ponderação dessas alternativas se desenvolve com a observância das razões de política-criminal veiculadas pelo próprio sistema.

Dito isso, sem embargo desta tarefa conferida ao aplicador da Lei de concretizar a vontade das escolhas político-criminais do legislador, havendo inclusive um espaço criativo para tanto, como ressalta o pensamento roxiniano,

vedado estará ao Ministério Público o eventual sopesamento arbitrário das alternativas entre a legalidade e a oportunidade, dado que ao *Parquet* é imposto o dever de objetividade, mesmo sendo ele o *dominus litis*.

Dessarte, se há uma potencialização do pensamento problemático nesse modelo consensual, o método a ser percorrido não é tópico, pois é o sistema quem se orienta até o problema. Em outras palavras, não se renuncia ao método dedutivo, pois, ao contrário, a dogmática não é abandonada. Assim, a diferença de outrora é que, agora, a dogmática se consubstancia em um sistema aberto que passa a se redirecionar para a realidade, mas com um tratamento jurisprudencial, no caso concreto, pelo menos em igual medida e com observância aos fins propostos pela política criminal – donde se deduz que o pensamento neste momento se desenvolve no plano teleológico.

Para exemplificar, na hipótese do novel acordo criminal, se essa negociação penal opera como um equivalente funcional da pena, como uma reação diversa e mais branda para o restabelecimento da vigência da norma penal violada – como comparativamente se preconiza no modelo funcionalista-sistêmico de Jakobs –, o que o hermenauta deverá passar agora a considerar a cada caso concreto é se o novel acordo criminal atende aos fins propugnados pela política criminal.

Assim, a dessacralização do legalismo da obrigatoriedade da ação penal passa a operar a deformalização do próprio processo penal, como preconiza Ada Pellegrini Grinover. Ainda que tal deformalização veicule-se por instrumentos institucionalizados de mediação. Nesta esteira, as consequências advindas da abertura ao processo consensual: delegalização e deformalização, ambas acabam por revelar que o princípio da seleção de casos (oportunidade) não é uma antítese à legalidade quando tal escolha se produz de forma regrada.

Em síntese, não se depreende a incompatibilidade de um modelo de seleção de casos mais graves quando tal escolha se desenvolva em consonância com a política criminal e com as limitações do próprio sistema de justiça. Muito embora, possa-se enxergar, numa compreensão diametral à legalidade estrita, que agora a seleção regrada de casos detém uma imposição em prol do consenso, quando a fixação de uma pena não se mostre imprescindível para prevenção do delito.

Essa conclusão pode ser extraída, portanto, da abordagem que o professor Alberto Binder faz acerca do princípio da seleção de casos (oportunidade), sendo ele, um dos maiores entusiastas das reformas processuais penais na América

Latina. Binder ressalta que a o princípio da seleção de casos (oportunidade) e o princípio da legalidade não são opostos, uma vez que a síntese produtiva dessa suposta tensão dialética será a ‘oportunidade regrada’. Nesse passo, a seleção de casos deve se dar em duas dimensões, a saber, uma primeira dimensão vinculada à política criminal e, em segundo lugar, outra dimensão relativa à justiça penal, concebida como uma organização com recursos limitados (BINDER, 2017, p. 160).

Assim, a seleção de casos, conferida ao Ministério Público, não é a seleção discricionária, que proscreeve Afrânio Silva Jardim, mas aquela vinculada à política-criminal e, por isso, ditada por suas próprias diretrizes, que agora se encontram imbricadas na própria dogmática jurídico-penal, de modo a teleologicamente se atingir os fins do Direito Penal.

Neste sentido, a racionalização do próprio sistema de justiça criminal perpassa necessariamente pela seletividade racional de casos. Não podendo haver nessa seletividade, contudo, qualquer espaço para o arbítrio, pois se a seleção indicada é a racional, ela só poderá ser trilhada de acordo com o novo regramento jurídico-penal. Sendo essa, aliás, a mesma lição que nos confere Manuel Costa Andrade, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para o qual, o consenso e a oportunidade, contemporaneamente, passam a ser intermediados na comunicabilidade entre o direito penal substantivo e o processo penal (ANDRADE, 1988, p. 136).

Portanto, a legalidade e a oportunidade não são antagônicas, mas, ao contrário, elas agora são sintetizadas pelas próprias razões de política criminal. Dessa maneira, na nova compreensão do princípio da obrigatoriedade, se a hipótese sistematicamente indicada for a do consenso, se essa for arbitrariamente descartada, o que se conspurca, portanto, é a própria legalidade em um sentido amplo, e não a obrigatoriedade cega. Isso porque atualmente as prescrições para os acordos não defluem mais de elucubrações doutrinárias, mas sim dos parâmetros precisos que são dados pelo próprio direito positivo, que envolve tanto o Direito Penal, como o Direito Processual Penal.

Por essa razão, é que a legalidade e a oportunidade passam a ser deduzidas e sintetizadas da própria comunicabilidade entre o direito material penal e o direito processual penal, sopesando-se a abertura sistemática e teleológica do Direito Penal aos verdadeiros fins de política criminal. Sendo que a senda que deverá ser

trilhada em cada caso concreto passa a ser extraída dos próprios pressupostos conferidos sistematicamente pelo novel modelo jurídico-penal ora adotado, ou seja, a metodologia a ser adotada a cada hipótese não se subtrai ao padrão objetivamente dado pelo próprio modelo penal/processual, revelando, assim, a óbvia persistência do pensamento sistemático nesse novo paradigma de processo.

Então, a única diferença para as formas processuais de outrora sacralizadas é que atualmente as razões político criminais encontram-se inseridas na própria dogmática jurídico-penal. Dessa maneira, é desta perspectiva utilitarista que se obtém a harmonização entre o princípio da legalidade e o princípio de seleção de casos.

Como nos ensina o professor Alberto Binder: “[...] o Estado não deve desenvolver nenhuma política inútil e não se vislumbra que aquilo válido para as outras políticas não deva sê-lo para a política criminal”. (BINDER, 2017, p. 171)<sup>10</sup>.

Assim, a partir da adoção desse novo modelo, ‘permitida’ a exclusão da instauração de relações jurídico-processuais para hipóteses que não mais demandem a imposição de penas, sobretudo, as privativas de liberdade, quando a prevenção dessas sanções não se apresente como necessária. No mesmo sentido, para a descoberta dos casos mais graves que estejam fora do âmbito desse novel acordo penal, a investigação deve-se dar na razoável interseção entre os objetivos da vigente política criminal e a delimitação da dimensão da programação criminalizante, filtrando-se assim, dessa dimensão, qualquer sinal de irracionalidade do poder punitivo estatal.

---

<sup>10</sup> Binder discorrendo sobre o princípio da utilidade relacionado ao princípio da oportunidade no contexto da reforma da justiça penal aduz: “*Pode acontecer que um determinado caso careça ou perca todo vínculo com as finalidades político-criminais e, a partir dela, já não faça sentido a utilização da violência. Sendo assim, pode-se igualmente aplicar-se uma pena? É duvidosa a resposta, já que igualmente a ideia de utilidade cumpre um papel como limite. Por tal motivo, a identificação de uma área de intervenção da política criminal deve ser sempre exata, já que de outro modo não é possível avaliar sua utilidade (aqui funciona com outro fundamento algo parecido ao que será o caráter fragmentário do direito penal, derivação da estrita legalidade)*”. BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. (org) Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 171.

### 3.

#### **Da evolução jurisprudencial acerca do crime de tráfico privilegiado e do tratamento mais benigno dispensado aos acusados incursos nessa modalidade**

A evolução jurisprudencial do crime de tráfico privilegiado se desenvolveu cabalmente no sentido da não harmonização dessa modalidade de crime com a conceituação dos crimes hediondos ou assemelhados.

Como destaca Alice Bianchini, na obra *Lei de Drogas Comentada*, com coordenação do professor Luiz Flávio Gomes, na década de 1990 ficou nítida a existência de dois discursos diversos sobre a política de drogas no país, havendo um discurso que apregoava a linha proibicionista com o objetivo da redução da oferta e da demanda de drogas por meio da intervenção penal; na esteira de um mundo idealizado sem drogas que se deu a partir da declaração da guerra às drogas (*war on drugs*), feita ainda governo Nixon nos Estados Unidos. E outro discurso prevencionista, preocupado com as políticas de redução de danos (GOMES, 2007, p. 27).

Assim, a Lei nº 11.343/06 que revogou a antiga Lei Antitóxicos (Lei nº 6.368/76) abarcou nitidamente as duas tendências, permanecendo a incriminação contra a produção e a oferta de drogas; enquanto a tendência prevencionista é aplicada ao usuário e ao dependente, o que já foi uma mudança de ideologia no que tange à política criminal sobre drogas (*Id, Ibid*, p. 27).

Dessarte, como destaca Alice Bianchini, alicerçada no estudo criminológico de Salo Carvalho, na sua obra *A política Criminal de Drogas no Brasil*, a política proibicionista em relação ao usuário de drogas é marcada por sua incapacidade de resolver o problema das drogas, pois ela estimulou o ingresso do sujeito envolvido com drogas no mundo da clandestinidade, especialmente de dependentes, o que inviabilizou o acesso destes a programas assistenciais. Além disso, a criminalização apenas potencializou os efeitos colaterais à incriminação, porque sob os auspícios da promessa de contramotivação do crime, o que se fez foi fomentar a criminalização secundária, dado que a repressão ao consumo estigmatizou o usuário, deflagrando a criminalização de setores vulneráveis da população (GOMES, 2007, p. 28).

Sobre os custos da criminalização do comércio de drogas, Salo de Carvalho destaca que, na América Latina, a visão patologizada dos consumidores de drogas,

deflagrada pelo sistema repressivo penal, obstaculizou qualquer desenvolvimento salutar de uma política pública prevencionista eficaz, tendo remanescido, portanto, apenas a solução policialesca (CARVALHO, 2007, p. 156/157).

Nota-se, assim, que a Lei nº 11.343/06, de certa forma, representou um avanço quanto à política de drogas no Brasil; inobstante, sob os auspícios da aludida legislação continuou-se ainda a fomentar uma criminalização secundária desarrazoada, perpetuando-se uma política de encarceramento de pequenos traficantes, que muitas vezes ingressam nesse universo da oferta apenas para financiar o próprio vício. Outrossim, a Lei nº 11.343/06 aumentou sensivelmente a pena mínima do preceito secundário do crime de tráfico de drogas (art. 33), trazendo também consequências para o fenômeno hodierno do superencarceramento, além do uso imponderado de prisões preventivas para acusados por crimes de tráfico privilegiado.

Todavia, como destaca Rogério Sanches Cunha na obra *Lei de Drogas Comentada*, com coordenação do professor Luiz Flávio Gomes, a minorante trazida pelo § 4º do artigo 33, da nova Lei Antidrogas, fora criada para, de certa forma, mitigar o rigor da nova Lei de Drogas, tendo possibilitado uma correlação lógica entre o aumento da pena mínima dos delitos previstos no artigo 33, *caput*, e § 1º e a criação dessa minorante; introduzindo-se, assim, a proporcionalidade necessária para a sanção desse delito quando as circunstâncias que se mostrem favoráveis ao agente (GOMES, 2007, p. 198).

Seguiu, dessa forma, a evolução jurisprudencial, tendo sido reconhecido que a figura desse tráfico privilegiado demandaria um tratamento ainda mais benéfico a par da previsão de redução de pena privativa de liberdade. Nesse sentido, a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 97.256 pelo STF<sup>11</sup>, veio a ser declarada incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do artigo 33 e do artigo 44 da Lei de Drogas, passando a ser concedido o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, na modalidade privilegiada, quando preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Com efeito, nesse julgamento a declaração incidental de inconstitucionalidade parcial do § 4º do artigo 33, da Lei de Drogas, atingiu

---

<sup>11</sup> STF – Habeas corpus nº 97.256 – RS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Brito. D.J. 16 de dezembro de 2010.

especificamente a declaração “*vedada a sua conversão em penas restritivas de direitos*”, cuja expressão veio a ser, ao fim, expungida pela Resolução nº 5/2012, do Senado Federal. De igual modo, foi declarada a inconstitucionalidade da parte *in fine* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

No aludido julgamento ainda se pontuou que as penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos estigmatizadores da prisão, que devem ser utilizadas como um substitutivo ao encarceramento e as suas deletérias sequelas, sobretudo quando a alternativa do cárcere não cumprir, em uma determinada hipótese, a sua função ressocializadora, consistindo numa vulneração ao princípio de proibição de excesso.

Nesta senda, o STF, *a posteriori*, por seu pleno, ainda declarou, em decisão histórica<sup>12</sup>, que o crime de tráfico privilegiado não tem natureza hedionda.

No entanto, com a novel redação do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, dada pela aludida Lei nº 13.964/2019, foi introduzida uma sistemática de progressão de pena por deveras rigorosa. Daí mais uma razão para a importância do julgamento supracitado, que antecedeu ao endurecimento punitivista, processado em vários aspectos de nossa legislação penal e processual penal, a partir do aludido Pacote Anticrime. Se bem que podemos obter que há duas dimensões distintas entre o Pacote Anticrime, propriamente dito (Projeto de Lei nº 812/2019) e a Lei Anticrime dele resultante, dado que a Lei nº 13.964/2019 trouxe outras importantes inovações, a exemplo do acordo de não persecução penal e da figura do juiz de garantias<sup>13</sup>.

### **3.1.**

#### **Inexistência de vedação legal para celebração do novo acordo – do sentimento anti-inovação**

Como detalhado neste trabalho, não há vedação legal para a realização do acordo de não persecução penal à figura do tráfico privilegiado. Porém, o apego de parte dos operadores do direito ao formalismo das regras processuais e aos pressupostos suspostamente retributivos da função da pena poderá engendrar uma força anti-inovação.

---

<sup>12</sup> STF – Habeas corpus nº 118.533 - MS – Tribunal Pleno. Relatora Min. Cármen Lúcia. D. J. 19 de Setembro de 2016.

<sup>13</sup> A figura do juiz de garantia está suspensa por decisão liminar concedida pelo Presidente do STF pelo Ministro Luiz Fux, no bojo das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, de sua relatoria.

Nessa linha, possível a transposição de algumas lições do professor José Vicente Santos de Mendonça sobre os limites e possibilidades de inovação no Direito Administrativo, pois podem muito bem agora se encaixar na hipótese de um comportamento contrário à inovação no âmbito do processo penal consensual e sua imbricação com a teoria da função da pena. Muito embora, na introdução do seu prestigioso artigo, intitulado *Direito Administrativo e inovação: limites e possibilidades*, o aludido autor ressalve que a finalidade geral de sua reflexão é a de contribuir para o debate brasileiro sobre direito e inovação, ainda que o foco específico seja a inovação no âmbito do Direito Administrativo.<sup>14</sup>

Sobre o aludido tema, José Vivente Santos de Mendonça aduz que a “inovação é a invenção de possibilidades no mundo a partir de argumentos jurídicos”, ressaltando que “a lei pode forçar a inovação” e que legislações “sendo bem sucedidas, melhoram a sociedade nesse processo”; embora o professor da UERJ ressalve que a lei detém uma “velocidade subótima” e ainda represente, por sua vez, “o ponto focal do legalismo”. Ou seja, a lei invariavelmente está “atrasada em relação às demandas da sociedade” e, ela, por vezes, suscita a “visão reativa ao novo”, uma vez que o “legalismo é o que conforta”, pois a cultura jurídico-burocrática pode confinar e reduzir o texto normativo no âmbito de equivocadas e ultrapassadas sistematizações (MENDONÇA, 2017, *passim*).

Por tais motivos, José Vivente Santos de Mendonça destaca que, nos estratos seguintes, exsurtem os movimentos das forças anti-inovadoras, a exemplo de entendimentos da doutrina que podem representar uma interpretação retrospectiva, “que enxerga o presente com os olhos do passado”, ou mesmo posições jurisprudenciais que adjudicam “opiniões contrárias à inovação” – em suma: “a lei inova, a doutrina retroage, o Judiciário transita o passado em julgado” (MENDONÇA, 2017, *passim*).

Ora, todos esses fenômenos podem agora se exteriorizar em relação ao Acordo de não persecução penal, consubstanciado numa ousada inovação legislativa que, se bem acolhida pela doutrina e pela jurisprudência, poderá vir a representar uma experimentação de custo médio na seara da política penitenciária brasileira. Haja vista que tal inovação, se bem implementada, além de permitir a racionalização do sistema de justiça criminal pela seleção regrada de casos,

---

<sup>14</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Administrativo e inovação: limites e possibilidades**. In: *A&C – Revista de Direito & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 69 (jul/set.2017), p. 169/189.*

possibilitará ainda o desencarceramento admissível de contingentes expressivos de presos que, em verdade, não precisariam estar custodiados.

Caso contrário, as alternativas a tanto seriam: ou investir pesadamente na ampliação do sistema carcerário em tempos de contínuas restrições orçamentárias, ou conviver com um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

De qualquer sorte, quaisquer das escolhas representariam uma captura legalista da lei inovadora, com uma prevalência doutrinária e jurisprudencial focada no passado, o que seria revelador de uma visão ao mesmo tempo: ‘legalista’, retrospectiva e anti-inovadora.

### **3.2.**

#### **Da interdisciplinaridade da criminologia para superação de forças conservadoras**

##### **3.2.1.**

#### **Da abordagem criminológica para a real compreensão da fenomenologia do tráfico de drogas**

Diante do provável movimento de uma força conservadora contra o novel paradigma de acordo criminal para figura do tráfico de drogas, na forma privilegiada, é que se faz necessária a defesa de sua viabilidade com assento nas lições hauridas da criminologia moderna.

Em especial, porque essa viabilização permitirá uma expressiva redução de processos, além do consequente desencarceramento de presos acusados de crime de tráfico privilegiado. Assim, para que esse entendimento prevaleça, há de ser superada a estigmatização causada àqueles investigados por tal modalidade privilegiada de crime; o que, a par dos cortes epistêmicos e metodológicos alicerçados no sistema teleológico-funcional, só poderá vir a ser ultrapassado se for desconstruído o discurso jurídico-penal legitimador de uma pseudo-segurança cidadã, que corresponde, em verdade, a uma visão bélica do poder punitivo estatal, assentada em paranoias e preconceitos que são próprios de um ‘Direito Penal do Inimigo, como preconizou originalmente Jakobs quando abordou a temática delicada do terrorismo.

Como obtempera Manuel Cancio Meliá, a “função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a contradição, e no Direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo” (JAKOBS, 2020 p. 47).

A partir da transposição dessa visão para a denominada “Guerra às Drogas”, constata-se que essa imagem belicosa começa paulatinamente a transformar o nosso Direito Penal do fato, em Direito Penal do autor, aumentando, assim, o nível de antagonismo no seio social em relação à pessoa do infrator e impingindo-se respostas desproporcionais, mesmo nas hipóteses de pequenos traficantes. Em suma, a figura do traficante, a exemplo da figura do terrorista, também é demonizada.

Desta feita, de igual modo ao combate às heresias preconizado na célebre obra “*Malleus Maleficarum*”, na guerra às drogas, a conduta do traficante nessa cruzada passa sub-repticiamente a ser encarada pelas agências de persecução penal também como uma conduta pecaminosa. Sendo que tal percepção dissimulada veio a ser, progressivamente, absorvida no universo legalista, que detém, em verdade, uma visão que transige com o retrocesso.

Ora, a incriminação da conduta de tráfico de drogas visa a resguardar o bem jurídico da saúde pública, tão somente. Portanto, no âmbito do estritamente jurídico ou do laico, não é algo que deva ser repreendido ou acoimado à feição das censuras religiosas ou morais para o que se subentende como profano. Destarte, essa concepção equivocada se aproxima muito dos modelos perfeccionistas adotados por certos Estados, que, como nos ensina Daniel Sarmiento,<sup>15</sup> baseiam-se “no propósito de ajustar a vida e a conduta do indivíduo a modelos de virtude e de vida boa”. Todavia, o nosso modelo de Estado é não organicista, ou seja, não coloca o Estado acima dos indivíduos nem deveria deter vieses autoritários. O crime, portanto, não pode ser enxergado como um pecado, tampouco o seu autor como um inimigo do Estado, conforme foi construído no inconsciente coletivo ao longo dessa dinâmica do fenômeno do combate ao tráfico de entorpecentes.

Assim, reputando-se o quão salutar é a inovação ora consubstanciada no Acordo de não persecução penal, este estudo se servirá brevemente da criminologia para compreensão da dimensão social do delito de tráfico, na modalidade privilegiada; o que o fará também para rebater os prováveis discursos

---

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª edição. 1 Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 167.

retrospectivos, que se entronizarão nos entendimentos contrários à ampliação do novel instituto.

### **3.2.2. Da seletividade por vulnerabilidade**

A teoria da seletividade por vulnerabilidade desenvolvida por Raúl Zaffaroni não deixa de ser inspirada, de certa forma, na viragem epistêmica da criminologia desenvolvida a partir dos anos 1960. Destarte, é nesse período que surge o movimento do *labelling approach*<sup>16</sup> que abandona o paradigma etiológico-determinista, no qual a análise social era feita a partir da perspectiva de um modelo estático e monolítico, passando, ao contrário, a adotar uma visão marcada pelo pluralismo axiológico, que renuncia a concepção da existência de um monismo cultural em prol da naturalização de um cenário de relações marcadamente conflituosas no seio da sociedade. Com efeito, o pensamento criminológico deixa de estar focado no crime e no criminoso, passando a voltar a base de sua análise para o sistema de controle social e as suas consequências (SHECAIRA, 2013, p. 241).

O *labelling approach* desenvolve-se, em primeiro plano, nos Estados Unidos, apesar dos ganhos daquela sociedade de Bem-Estar Social, que mascarava, contudo, as tensões conflitivas do surgimento de uma sociedade plural e de uma corrente de contestação contra o *establishment* a partir da contracultura. Assim, em uma perspectiva interacionista desloca-se a análise criminológica do plano da ação para o da reação, elevando-se à categoria de fatores criminógenos as instâncias formais de controle. Com isso, o exame centra-se na delinquência secundária, que é aquela que resulta do processo causal desencadeado pela estigmatização. Sendo essa, então, a explicação dessa teoria da rotulação social ou da etiquetagem, nas quais os elementos criminógenos passam não mais a ser estudados a partir da figura do criminoso, mas, do cotejo sobre a forma de forte reação penal, engendrada com determinada ação ou comportamento desviante;

---

<sup>16</sup> A Teoria da reação social, da rotulação social, do etiquetamento ou do interacionismo simbólico possui como principais representantes dessa linha de pensamento Erving Goffman, Howard Becker e Edwin Lemert.

desloca-se, então, o problema para o plano da legitimação da reação penal (*Ibid.*, p. 256).

Assim, tal teoria propõe não só a descriminalização de condutas, mas também a desinstitucionalização, se for considerada a instituição total conhecida como cárcere. Desse modo, a desinstitucionalização pode ser alcançada por meio de mecanismos consensuais, razão pela qual Shecaira aponta que o pensamento jurídico brasileiro sofreu positivas influências da teoria do *labelling approach* que aqui se condensou na Lei nº 9.099/95, marcando a postura de um *nolo contendere*, na qual o acusado não assume a culpa, mas tampouco quer discutir o mérito, aceitando uma pena restritiva, sem o risco de enfrentar a tramitação do processo e uma eventual imposição de pena privativa de liberdade (SHECAIRA, 2013, p. 272 e 279).

Apesar dos méritos da teoria do *labelling approach*, a linha metodológica da teoria da vulnerabilidade desenvolvida por Raúl Zaffaroni, que se aproxima dessa teoria do etiquetamento, já exemplifica, para a análise em questão, o fato de que a maioria dos investigados e selecionados pela prática de tráfico de drogas, sobretudo, na modalidade privilegiada, é composta por desvalorados. Dado que a seleção criminalizante secundária das agências do sistema penal opera-se orientada, de forma burocrática, para aqueles que se enquadram nos estereótipos criminais, a saber, negros e pobres, recém-saídos da adolescência.

Como na teoria do etiquetamento, a crítica racial também se coloca como um problema a ser enfrentado, não só na sociedade americana, onde essa linha criminológica crítica surgiu, mas também em países periféricos. Desse modo, a seleção vitimizante secundária de pessoas que, na realidade, são vítimas de fatos criminalizados primariamente, atinge de modo mais contundente aquelas que são estigmatizadas por fatores de raça e preconceito; sendo, portanto, essa vulnerabilidade não só uma questão de classe.

Como aduz Zaffaroni, as pessoas selecionadas pelas agências penais por vulnerabilidade são as pessoas desvaloradas, razão pela qual se associam a elas todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta na fixação de uma imagem pública do delinquente como componente de determinada classe e de determinado grupo étnico, etário, de gênero e estético; criando-se assim, um estereótipo que passa a ser o principal critério seletivo da criminalização secundária. Origina-se daí a existência de certas uniformidades da

população penitenciária, associadas ainda a certos desvalores estéticos, que o biologismo criminológico representado pela Escola Positiva<sup>17</sup>, considerou causa do delito, quando, na realidade, essa estigmatização gera as causas da criminalização (ZAFFARONI, 2003, p. 46).

Ademais, a seleção vitimizante se faz com a seleção, o treinamento e condicionamento institucional aos quais se submetem os operadores das agências policiais, a fim de que tais escolham tenham como alvos, os grupos mais vulnerabilizados, como negros e pobres, recém-saídos da adolescência (*Ibid.*, p. 54/56).

Esse é o quadro brasileiro, portanto, onde as desigualdades e iniquidades acarretadas pela dinâmica de uma sociedade capitalista excludente legitimam instrumentos de controle social com processos seletivos anormais, que fogem da concepção de um Direito Penal liberal. De forma que tais processos se desenvolvem numa sociedade, detentora, ainda nos dias atuais, de imensas parcelas de sua população alijadas dos padrões mínimos de desenvolvimento humano, especialmente, aquelas que trazem na pele o estigma de quatrocentos anos de escravidão. Como consequência lógica, as agências criminais e de controle social detêm suas atenções voltadas precipuamente para esse enorme contingente de invisíveis sociais.

Sobre a desigualdade material que permeia o Direito Penal, Alessandro Baratta, a partir da teoria marxista do direito, preleciona que o sistema penal de controle do desvio, releva, assim, como todo o direito burguês, a contradição fundamental entre a igualdade formal de sujeitos de direito e desigualdade substancial de indivíduos, revelada na chance daqueles vulnerabilizados serem definidos e controlados como desviantes (BARATTA, 2021, p. 164).

Assim, pode ser vislumbrado um processo cíclico quanto aos instrumentos de controle social anormais, pois são os invisíveis sociais, por serem pessoas marginalizadas e sem acesso positivo à comunicação social, que acabam sendo

---

<sup>17</sup> No Brasil, a Escola Positiva italiana influenciou o pensamento criminológico de Nina Rodrigues, alicerçado na concepção da superioridade racial das populações de origem europeia. Assim, com a abolição da escravatura, o tema central da criminologia racista recém-chegada no país era: como se daria a dinâmica de controle social e quem então deveria ser controlado? Sobre o advento da criminologia no Brasil, Evandro Piza Duarte preleciona o seguinte: “*Enfim, as lutas contra a Cidade Negra, luta simbólica e prática, foram o pano de fundo econômico, político, e cultural da chegada da Criminologia no Brasil. Não por acaso, a oposição entre um controle social com base no controle de indivíduos e outro que tivesse como alvo grupos humanos (raciais) é o fio condutor da obra de Nina Rodrigues. Nela se encontra uma pergunta central para a época: Quem deve ser controlado, os indivíduos abstratamente ou as ‘raças inferiores’ e seus descendentes? Como pensar novas formas de controle social numa sociedade habituada às marcas de casta e de raça? Seria possível transpor e constituir as formas de controle social das classes sociais pela mesma forma de individualização crescente a que se assistia na Modernidade europeia?*”. CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29.

selecionados por crimes toscos, divulgados com maior ênfase pelos meios midiáticos. Tal exposição gera a sensação de que os delitos praticados por essa massa de invisíveis são os únicos perpetrados ou, ao menos, os mais relevantes no quadro geral do programa criminalizante do Estado.

Esse acesso negativo à comunicação social contribui, portanto, para a criação de estereótipos no imaginário e no inconsciente coletivos, como exatamente se opera nos meios de comunicação de massa em relação aos pequenos traficantes. Sobretudo sob a ótica de um ‘Direito Penal do Inimigo’, o qual, na América Latina, contou com a transposição de ideologia da segurança nacional para um discurso público de ‘segurança cidadã’, que enxerga os marginalizados como inimigos da ordem jurídica.

Por isso, Zaffaroni nos alerta que um tratamento penal menos adequado, como na hipótese em estudo da figura do tráfico privilegiado, com respostas e reações desmensuradas, é o que revela uma ideologia de segurança pública que privilegia a visão de um Estado de Polícia, em detrimento do Estado de Direito, que prisma o fenômeno criminoso sob uma ótica bélica.

Em síntese, é nessa atual quadra de uma imagem bélica indevida, que se busca legitimar um poder punitivo desmensurado do Direito Penal da culpabilidade. Depreendendo-se por ora nesta dinâmica a transferência que foi processada do poder selecionador criminalizante das agências militares, outrora exercido sob o período de exceção, para as agências policiais sob os auspícios de uma hipertrofia da segurança pública, ainda que sob a égide da existência de uma Constituição cidadã.

Sobre tal concepção bélica, que cumpre uma função política, adverte-nos Zaffaroni de que a chamada ideologia da segurança nacional passou para a história como resultado das mudanças no poder mundial, e está sendo substituída por um discurso da segurança cidadã como ideologia. De tal modo que essa transformação ideológica corresponde a uma transferência de poder das agências militares para as policiais. Embora formulada de modo inorgânico, essa difusa perspectiva pré-ideológica constitui a base de um discurso vindicativo, erguido como uma das ameaças ao estado de direito contemporâneo, e que pode conduzir a um estado de polícia sob a forma de ditadura da segurança urbana (ZAFFARONI, 2003, p. 59).

De igual modo, Salo de Carvalho aborda a fenomenologia da “Guerra às Drogas”, como uma política entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente, aduzindo que a ampliação do conceito de inimigo – que ultrapassa o marco dos integrantes de grupos terroristas para agregar demais organizações criminosas, como organizações de traficantes de drogas – fornece, então, as condições para a expansão do punitivismo a ser entabulado pelas agências de persecução penal, em detrimento do sistema de garantias constitucionais. Por conseguinte, essa política disruptiva das garantias constitucionais abre espaço para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do Direito Penal do Inimigo com a adoção do discurso beligerante do inimigo a ser vencido, abrindo espaço para adoção de exceções que se tornam duradouras (CARVALHO, 2007, p. 81).

Essas exceções, então, impregnam-se no próprio pensamento jurídico, não sendo um apanágio apenas das agências policiais. Essa é a razão pela qual a abertura à consensualidade do processo penal e a adoção de outros instrumentos mais brandos de reação ao crime, ainda que institucionalizados, demoram a germinar nas práticas jurídicas, que, por outro lado, sofrem com as inefáveis influências de uma lógica bélica.

Por isso prisões preventivas e condenações a penas privativas de liberdade por delitos, como o do tráfico privilegiado, deitam raízes na práxis judiciária, mesmo que contrária a uma tendência da política criminal hodierna e da jurisprudência dos próprios tribunais superiores.

Assim, o Direito Penal do Inimigo acaba por introduzir uma reação disfuncional ao que se almeja de uma função da pena, como nos alerta Manuel Cancio Meilá, pois se foi Günther Jakobs quem primeiro teorizou sobre esse tema, Meilá é quem sintetiza, em obra conjunta e acrescentada de ambos, acerca da supressão do direito penal da culpabilidade nessa visão bélica, ao mesmo passo que o infrator vem a ser anematizado:

O Direito Penal do Inimigo praticamente reconhece, ao optar por uma reação estruturalmente diversa, excepcional, a competência normativa (a capacidade de questionar a norma) do infrator. Por isso, de certo modo, enquanto o discurso legitimante do Direito Penal do inimigo positivo na discussão político-criminal parece afirmar que há algo ‘menos’ que o direito penal da culpabilidade (a reação imprescindível, mas serena, sem censura, tecnocrática frente a um risco gravíssimo; uma reação a um perigo examinado de modo neutro), na realidade é

algo ‘mais’ (a construção de uma categoria de representantes humanos do mal; algo mais grave que ser ‘simplesmente’ culpado). Mediante a demonização de grupos de autores, isto é, através da exclusão do círculo de mortais ‘normais’ que está implícita nestas modalidades de tipificação – uma forma exacerbada de reprovação – da inclusive maior ressonância a seus acontecimentos. Dito de outro modo – combinando ambas as perspectivas –, a demonização tem lugar mediante a exclusão (definição como outro: *L’Enfer, C’est les Autres*) (JAKOBS, 2020, p. 105/106).

Zaffaroni, por sua vez, destaca em sua obra *O Inimigo no Direito Penal* que o tratamento diferencial dispensado aos “inimigos” tem origem na linha de pensamento garofaliana, na qual os infratores são reconhecidos onticamente como os perigosos; sendo justamente nessa linha de reconhecimento de um perigosismo que, em algum momento, a prudência haurida de um direito penal liberal será abandonada, especialmente, como hoje ocorre pelo mundo com a onda publicitária de lei e ordem (*Law and Order, Gesetz und Ordnung*) (ZAFFARONI, 2007, p. 103/104).

Destarte, com a concepção bélica aplicada à fenomenologia do tráfico de drogas, provoca-se uma reação disfuncional em detrimento de um direito penal do fato, de um direito penal da culpabilidade, mediante a demonização da figura do traficante, sem qualquer gradação ou avaliação proporcional de sua real conduta. Daí a importância da interdisciplinaridade construtiva do Direito Penal com ‘saberes secantes não-jurídicos’, como ressalta Zaffaroni, a fim de se construir na sua visão uma teoria agnóstica do poder punitivo.

Para Zaffaroni, em meio à tormenta punitiva da revolução tecnológica, incumbe, então, ao direito penal reafirmar seu caráter de saber redutor e limitador do poder punitivo, reafirmando o estado de direito nesse perigoso estágio. Sendo essa a razão pela qual uma integração por interdisciplinaridade apresenta-se de modo vital para elaboração de um saber jurídico-penal, baseado em uma teoria agnóstica ou negativa do poder punitivo, por absorver os elementos e dados fornecidos pela sociologia e pela criminologia, em especial quanto à operatividade real dos sistemas penais. Sem essa integração, nesse sentido, o discurso jurídico-penal perde seu rumo, mesmo que haja boa vontade liberal dos juristas, pois ninguém pode controlar aquilo que de fato ignora (ZAFFARONI, 2003, p. 287/288).

O saber criminológico, portanto, é agora um complemento indispensável do direito penal de contenção punitiva, na perspectiva de que a criminologia é o

conjunto de conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, com o escopo de viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de arbitrariedade social (ZAFFARONI, 2003, p. 288).

Nesta esteira, a interdisciplinaridade é fundamental para compreensão da própria dogmática penal e para contenção do poder punitivo estatal, sendo a compreensão da teoria da seletividade por vulnerabilidade um exercício imprescindível para superação das forças conservadoras ao novel paradigma teleológico, aberto a outras soluções mais consentâneas com o direito penal do fato e o direito penal da culpabilidade, como na hipótese em tela da realização de acordos criminais para investigados por tráfico privilegiado. Sendo que, para isso, faz-se necessária a desconstrução da visão bélica da fenomenologia do tráfico de drogas e a (re) humanização da figura do autor dessa espécie de delito.

### **3.3.**

#### **Razões de política criminal para aplicação do Acordo de não persecução penal ao tráfico privilegiado**

##### **3.3.1.**

#### **Possibilidade de incremento do desencarceramento a partir da aplicação do acordo à figura do tráfico privilegiado**

A par de uma abertura valorativa e utilitária ao processo consensual, a partir da inserção das razões de política criminal na dogmática jurídica, funcionalizada pela moderna concepção da teoria da pena, na qual a sua função retributiva é rechaçada; o maior incremento que poderá advir para contenção de uma arbitrariedade do poder punitivo será o desencarceramento de um grande contingente prisional que se encontra recluso, na realidade, sem nenhuma necessidade preventiva, mas tão somente em decorrência de um falso perigosismo social.

Neste mesmo sentido, Salo de Carvalho aduz que a visão bélica da política criminal de drogas no Brasil propiciou a definição de grupos com potencialidade delitiva, reinstituindo no Direito Penal dimensões de periculosidade próprios da criminologia etiológico-positivista, que destituiu dessas camadas o valor intrínseco da pessoa humana e colocou-as no papel de objetos da intervenção penal, sem o reconhecimento de que seus componentes eram sujeitos de direito.

Abdicando-se, assim, da noção de Estado Democrático de Direito, o que aproxima essa engenharia social de um projeto político totalitário (CARVALHO, 2007, p. 82).

Nessa linha, se o mérito desse modelo funcionalista-teleológico, ora consubstanciado no novel acordo criminal, é o de permitir a sintetização da legalidade e da oportunidade, deduzidas da própria comunicabilidade entre o direito material penal e o direito processual penal, o resultado da utilização racional dessa condensação será a liberação de uma considerável parcela prisional em um quadro de superencarceramento de pessoas. Em suma, esse crescente encarceramento de pessoas, dado ao extenso programa criminalizante brasileiro e a seletividade vulnerante de nosso sistema, reverter-se-á em alguma medida, o que poderá vir a representar uma importante diretriz de superação deste quadro caótico.

Consoante dados estatísticos do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), relativos ao primeiro semestre de 2020<sup>18</sup>, o número total de presos do sistema penitenciário brasileiro era de 759.518. Sendo que a taxa de aprisionamento havia caído no primeiro semestre do ano, em relação a 2019, de 359,40% para 323,04%, enquanto o déficit de vagas também havia diminuído. Inobstante tal número representava ainda uma alta taxa de encarceramento se considerarmos que, apesar de uma sensível queda do total de números de presos em 2021 (682.182) – consoante dados do *Monitor da Violência* (parceria do G1 com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o objetivo discutir a violência e apontar soluções)<sup>19</sup>–, o raio x do sistema prisional apontava, neste último ano, uma superlotação de 59,9%, no entanto o número de vagas de todo sistema é de 440.530 presos, ou seja, havia um déficit de 241,6 mil vagas no sistema prisional brasileiro.

Haja vista que esse quadro assim se apresenta apesar da recente tendência de adoção de uma política de desencarceramento de presos, sobretudo, durante a pandemia do Coronavírus<sup>20</sup> que resultou na soltura de pessoas integrantes de

---

<sup>18</sup> Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em <https://www.gov.depen>. Último acesso em 09/06/2021.

<sup>19</sup> Monitor da Violência: Raio x do Sistema Prisional. Portal G1, 17 de maio de 2021. Disponível em <https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2021/raio-x-do-sistema-prisional/>. Último acesso em 09/06/2022.

<sup>20</sup> A Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) propugnou que Tribunais e magistrados adotassem medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

grupos de risco a partir de uma decisão salutar haurida do próprio STF<sup>21</sup>. Assim conforme dados do *Monitor da Violência*<sup>22</sup>, o Brasil continua permanecendo como o 3º país no ranking do número absoluto de presos, atrás apenas da China e dos Estados Unidos. Outrossim, o Brasil em números relativos também apresenta uma taxa elevada, pois conforme a análise de 2021, o país tinha 322 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, considerando-se o número de presos dentro do sistema prisional (pouco mais de 680 mil) e o de habitantes (cerca de 213 milhões). Assim, com esse dado, o Brasil ficou na 26ª posição em um ranking de aprisionamento com outros 222 países e territórios.

Já em relação à superlotação nas cadeias, o Brasil figura na 47ª posição, acima de Irã, Jordânia, Nigéria e Paraguai, consoante a análise acima apontada, tendo uma taxa de encarceramento por deveras expressiva, sendo duas vezes a mais que a praticada em outros países, o que nem de longe traz reflexos na redução da criminalidade. Ademais, a taxa de presos provisórios é ainda por deveras elevada, sobretudo, ante a inflação de presos provisórios, acarretada pela elevada taxa de encarceramento, sendo que, no ano de 2021, 217,687 presos ainda aguardavam julgamento – o que corresponde a 31,9% do total de presos.

Aliás, como advertem Georg Rusche e Otto Kirchheimer, não há nenhum estudo criminológico sério de que a taxa de criminalidade no mundo possa se inclinar para baixo mediante a intensificação da punição. Ainda que não haja dúvidas de que a quebra da ordem social tenda a inflar a criminalidade, não obstante, uma criminologia que foque a sua atenção no crime e no criminoso, relegando as contradições de fundo, almeja uma obra inútil para que a práxis penal possa interferir seriamente nas causas sociais para a delinquência (RUSCHE, 2004, p. 265). Sendo essa a razão pela qual o saber criminológico deva estar voltado para uma contenção racional do poder punitivo.

Para reiterar as conclusões acima – sobre a elevação constante da taxa de criminalidade e inconsistência de uma política de encarceramento massivo de pessoas acusadas por tráfico de drogas, sobretudo, de pequenos traficantes –, se

---

<sup>21</sup> STF – Medida Cautelar no Habeas corpus nº 188.820 – DF. Relator Ministro Edson Fachin. D.J. 18 de dezembro de 2020. A aludida medida determinou a soltura de todas as pessoas presas em locais acima da sua capacidade, as quais fossem integrantes de grupos de risco para a COVID-19 e não tivessem praticado crimes com violência ou grave ameaça.

<sup>22</sup> DA SILVA, Camila Rodrigues, Felipe Grandin, Gabriela Caesar e Thiago Reis. Monitor da Violência: Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, o Brasil se mantém na 26ª posição em ranking de países que mais prendem no mundo. Portal G1, 17 de maio de 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17>. Último acesso em 09/06/2022.

considerados os dados acerca do perfil dos detentos feito pelo *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2019*<sup>23</sup>, que foca no período de janeiro a junho daquele ano, e que fora divulgado em fevereiro de 2020 pelo governo federal, de um total de 661.147 presos, 193.309 estavam encarceradas por tráfico de drogas, o que representa 29,24% desse total.

Isso, apesar de uma repressão sempre ferrenha das agências policiais ao combate ao tráfico de drogas que se desenvolve em todas as regiões do país. Inobstante, se sopesados os dados do mesmo estudo, apenas 12.317 pessoas estavam presas pelo delito de tráfico internacional de drogas, quando a maior parte dos entorpecentes comercializados no país é produzida em países vizinhos, ou seja, a seleção criminalizante atinge precipuamente os pequenos traficantes, aqueles que mais aparecem recorrentemente sendo encarcerados nos noticiários policiais; em detrimento de investigações que foquem no papel mais relevante daqueles que comandam a importação e a subsequente venda interna de drogas no país.

Tais dados só vêm, então, a demonstrar a falência de uma política de superencarceramento de pessoas acusadas dessa modalidade de infração, sobretudo, porque a lógica da repressão volta-se precipuamente para o combate interno da fenomenologia do comércio ilícito de drogas, atingido aquelas que são alvo de uma seleção criminalizante e vitimizante.

Como efeito, a diretriz para superação deste quadro caótico de elevação constante de encarceramento de vulnerabilizados, dado o novel padrão teleológico consubstanciado no recém-criado acordo criminal (*lege creatus*), é a da elaboração de opções construtivas e hermenêuticas que assegurem às agências jurídicas o controle racional do poder punitivo, assegurando o poder dos juristas para adoção de estratégias não contraditórias para contenção do poder punitivo estatal.

Nesse passo, esse é justamente o caminho da construção de um processo penal consensual que habilite a compreensão do sistema penal sob premissas teleológicas que rejeitem uma mera função retributiva da pena. Assim, se o novel acordo vier a ser amplamente aplicado na *praxis* da atuação ministerial e

---

<sup>23</sup> Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de janeiro a junho de 2019. Disponível em <https://www.gov.depen>. Último acesso em 09/06/2021.

judiciária, haverá um indubitável desencarceramento de vulnerabilizados, que acrescem de sobremaneira as estatísticas acima apontadas.

Além do mais, com a ampliação da celebração de acordos de não persecução penal à figura do tráfico privilegiado, o desencarceramento resultante obstaculizará que se continue a adotar uma política de medidas cautelares pessoais, concentrada no modelo da prisão preventiva para esta modalidade privilegiada, que representa uma grande incidência típica. Até mesmo devido ao fato de que pelas estatísticas conhecidas, a maior parte das prisões cautelares adotadas para pessoas que descumprem as normas contidas na Lei de Drogas advém de prisões em flagrante, majoritariamente convertidas em prisões preventivas. Encontrando-se inserto nestas estatísticas um elevado número de presos flagrados com pouquíssima quantidade de drogas, sem vínculos estáveis com associações criminosas.

Aliás, como nos ensina Zaffaroni acerca do sistema penal cautelar numa visão bélica, na América Latina, as medidas para contenção do ‘inimigo’ ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal repressivo, abusando-se da prisão preventiva, já que 3/4 dos presos da região estão submetidos a esse regime cautelar. Sendo essa a razão pela qual se conclui que há na América Latina um tratamento penal diferenciado, por meio do qual a extensão da aplicação das prisões provisórias decorre de uma seleção vitimizante, mas uma vez posto em marcha esse processo, todos passam a ser tratados como inimigos através de confinamentos de contenção (ZAFFARONI, 2007, p. 109).

Para superação, portanto, deste quadro problemático, é que se introduz que a ampla adoção do Acordo de não persecução penal em relação aos pequenos traficantes permitirá a racionalização mais imediata da práxis judiciária brasileira, podendo servir, inclusive, como um novel paradigma para a contenção do uso abusivo de prisões preventivas. Embora nem o novo paradigma jurídico das medidas cautelares, trazido pela Lei nº 12.403/2011, tenha obtido êxito de obstar tal uso, conquanto a prisão preventiva sirva apenas para as hipóteses que atendam o princípio da homogeneidade, compatibilizado com o princípio da vedação de excesso sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito.

De todo o exposto, há de ser enfatizado que aliada ainda a esta seletividade vulnerante praticada em relação aos pequenos traficantes de drogas em nosso país – que representa uma criminalização irracional e desproporcional para a

lesividade do conflito confiscado pelo Estado com o encarceramento em massa desses agentes –, há, concomitantemente, condições penitenciárias degradantes provocadas não só pelo superencarceramento e hiperconfinamento, mas também pela inobservância pelo Estado de diversos outros direitos assegurados aos presos pela nossa Lei de Execução Penal, conforme foi dessumido pelo próprio STF no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347<sup>24</sup>, no qual o Relator Ministro Marco Aurélio reconheceu um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro<sup>25</sup>.

Portanto, tal decisão é de vital importância para influenciar a transcendência de quaisquer objeções para não aplicação do Acordo de não persecução penal à figura típica do tráfico privilegiado, servindo não só como reforço argumentativo para tal superação, mas também como uma diretriz para ampla utilização do inovador acordo criminal, mormente ante ao padrão teleológico ora adotado no ordenamento penal.

### **3.3.2.**

#### **Possibilidade de redução da estigmatização de investigados por tráfico privilegiado**

A estigmatização decorre de um dinamismo pelo qual o sistema penal reproduz a sua própria clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante, orientado por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa (ZAFFARONI, 2021, p. 144).

Como obtempera Zaffaroni, o estereótipo alimenta-se das características gerais dos setores majoritários mais despossuídos e, embora a seleção seja preparada desde cedo para a biografia do indivíduo, são, contudo, os sujeitos mais propensos às demandas do papel, formuladas pelas agências dos sistemas penais, que acabam sendo selecionados, dada essa maior sensibilidade e imaturidade, que lhes impede uma atitude de maior independência em relação aos objetos externos (*Ibid.* p. 145).

---

<sup>24</sup> STF – Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – DF. Relator Min. Marco Aurélio. D. J. 11 de Setembro de 2015.

<sup>25</sup> A aludida decisão que reconheceu um quadro de violações generalizado e sistêmico de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro foi inspirada na origem das decisões da Corte Constitucional Colombiana.

Dessa maneira, com certeza, a adoção progressiva do novel acordo criminal permitirá a redução da estigmatização causada pelo processo de criminalização, o que pode ser uma ponte mais razoável oferecida àqueles que cometem delitos de média potencialidade lesiva, almejando-se que, assim, a ressocialização possa se dar no cerne da própria sociedade, com a adoção de medidas não privativas de liberdade.

Mesmo porque a pena de prisão fracassou e, ao contrário, de prevenir a reincidência, apenas a potencializa. Tendo sido essa a conclusão de Michel Foucault ao analisar o ciclo entre ilegalidade e delinquência que é engendrado a partir da privação de liberdade em uma instituição total como a prisão.

De acordo com Foucault, os presos que ingressam no sistema penitenciário, mesmo aqueles que praticaram pequenos delitos, acabam sofrendo uma patologização e estigmatização que, por sua vez, os empurram ainda mais para a delinquência. Não obstante, a consequência desse fenômeno cíclico e vicioso é a consolidação da adoção política de um discurso legitimador do poder punitivo estatal (FOUCAULT, 1993, p. 244).

Desta maneira, consoante Foucault, esse processo de constituição da delinquência-objeto se une à operação política que dissocia as ilegalidades e delas isola a delinquência, sendo a prisão o elo desses dois mecanismos e permite-lhes se reforçarem perpetuamente um ao outro, objetivando a delinquência por trás da infração, consolidando, assim, a delinquência no movimento das ilegalidades. Segundo Foucault, o sucesso dessa engenharia social é tal que, depois de um século e meio de ‘fracasso’, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos, sem que o sistema detenha maiores escrúpulos em derrubá-la (FOUCAULT, 1993, p.244).

Como aduz Zaffaroni, com base nos escólios de Foucault sobre o tema, a prisão é uma ‘instituição de sequestro’, que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante, gerando uma patologia cuja principal característica é a regressão, pois o preso é levado a condições de vida que nada tem a ver com a do mundo adulto, sendo privado de tudo que o adulto faz ou deve fazer habitualmente. Razão pela qual o preso ainda é ferido na sua autoestima de todas as formas possíveis, pela perda de sua privacidade (ZAFFARONI, 1991, p. 144/145).

Todavia, sem que a presente análise se imiscua pela linha abolicionista, a exclusão da pena de prisão pela adoção de mecanismos consensuais de controle social para infrações de média potencialidade, por si só, já é um alento no hodierno quadro caótico do encarceramento no Brasil. Outrossim, o novo acordo criminal também detém uma função antiestigmatizante pelo fato de que, uma vez cumprido os seus termos pelo beneficiado, não haverá contra ele qualquer registro criminal, salvo para lhe obstar a concessão de igual benefício no prazo de cinco anos, a exemplo da transação penal.

Sobre tal perspectiva, Alexandre Bizzoto e Denival Francisco da Silva defendem que o Acordo de não persecução penal visa a proporcionar a redução do cruel processo estigmatizador, já que, em contrapartida, a estigmatização social revela em si a hipocrisia das finalidades dadas ao direito penal e às penas (*stricto sensu*) que são justificadas pelas políticas de segurança pública e criminais na linha de uma visão belicista da fenomenologia do crime. Para os aludidos professores, o discurso dos fins da pena se esvai quando cumprida integralmente uma pena imposta, a reação de estigmatização atribuí ao ex-condenado uma rejeição (pena) perpétua. (BIZZOTO, 2020, p. 61).

Nesse parâmetro, a realização do Acordo de não persecução penal subtrai as consequências da estigmatização daqueles selecionados secundariamente pelas agências de criminalização, a par de uma imediata exclusão da adoção de medidas de prisão, em especial as cautelares. Sendo essa uma outra forte razão para sua mais ampla aplicação.

### **3.4. Da superação normativa**

#### **3.4.1. Da refutação de uma doutrina retrospectiva e de uma hermenêutica jurisprudencial retrógrada**

Em um primeiro plano, como preleciona Luís Roberto Barroso, nota-se uma repercussão direta e imediata do Direito Constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e a aplicação das penas. Assim, a Constituição tem impacto sobre a validade e interpretação das normas de Direito Penal, bem como sobre a produção legislativa acerca de tal disciplina jurídica. Nesta esteira, com a ampliação do Direito Constitucional é instigado o debate doutrinário penal, bem como são

suscitados novos paradigmas jurisprudenciais, pois os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de forma que a gravidade da punição passa ser sopesada em função dessa lógica. Em suma, a pena a ser aplicada a determinada infração não deve nunca ir além e nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão (BARROSO, 2018, p. 421/423).

Como efeito, esse novel paradigma interpretativo também leva em conta que algumas tipificações previamente existentes podem ser questionáveis à luz de novos valores constitucionais ou da própria transformação dos costumes. Sendo que, nessa confluência entre o Direito Constitucional e o Direito Penal, abre-se inclusive a possibilidade de se excepcionarem determinadas incidências concretas da norma penal – a despeito de caracterização dos elementos típicos –, na medida em que tais incidências provoquem resultados incompatíveis com a ordem e os valores constitucionais (BARROSO, 2018, p. 422/423).

É nesse passo, então, que as premissas roxinianas e a abertura valorativa e utilitária ao processo consensual, sob influência da moderna concepção da teoria da pena, passam a dar ensejo à concretização desses valores constitucionais penais, moldados pela tensão dialética das duas faces do princípio da proporcionalidade: proibição de excesso *versus* vedação de proteção deficiente.

Outrossim, a inovação legislativa trazida pela Lei nº 13.964/2018, que acresceu o artigo 28-A ao Estatuto Processual Penal (consubstanciada numa norma de caráter híbrido), reacendeu o debate doutrinário ao possibilitar o surgimento de novos parâmetros hermenêuticos. Sendo certo que esses novos parâmetros devem ir além de uma mera declaração da lei vigente, a fim de que sejam investigados os fins sociais e utilitários da nova norma em apreço.

Por isso, a importância da refutação de uma interpretação doutrinária com viés reducionista e hermeticamente obtuso a uma visão progressista do novo instituto, haja vista que o assentimento a uma visão retrospectiva, sobretudo acerca da moderna concepção da teoria da pena, redundará numa dinâmica hermenêutica que apenas transigirá com o passado.

Assim, no âmbito da revolta contra um formalismo jurídico sob o prisma da interpretação jurídica, Norberto Bobbio explicita que os traços de uma teoria formalista é a prevalência dada à interpretação lógica e sistemática sobre a interpretação histórica e teleológica, que está no âmago da controvérsia entre

jurisprudência conceitual e jurisprudência dos interesses. De igual modo, Bobbio destaca que a doutrina formalista enxerga no juiz apenas o poder declarativo da lei vigente, sem o poder de criar direito novo, enquanto a outra corrente dá prevalência a um juiz criador de direito novo (BOBBIO, 2016, p.118).

Decerto que Bobbio obtempera em sua análise que há sempre um certo decisionismo nessa controvérsia, porquanto o juiz sempre adotará um ou outro método conforme queira obter este ou aquele resultado; o que retiraria o ímpeto da controvérsia antiformalista, deslocando-a do campo metodológico para o ideológico, uma vez reconhecido o valor decisivo do fim. Mas, de qualquer modo, há sempre uma oposição entre o conservadorismo e uma visão progressista, pois os que tendem à primeira escolha, preferem a interpretação conceitual, e os que tendem à segunda, optam pela interpretação teleológica (*Ibid.* p. 119/120).

Embora Bobbio conclua que há uma polêmica indiscriminada contra o formalismo jurídico, que ele reputa como injusta (BOBBIO, 2016, p. 125), o certo é que a cultura jurídica com o advento do pós-positivismo sofreu profundos reflexos hermenêuticos. Assim, Freire Soares ressalta que na pós-modernidade o Direito deve ser entendido como um sistema sempre aberto e inconcluso, uma vez que passa a ser suscetível aos constantes influxos fáticos e axiológicos cambiantes da vida social (SOARES, 2017, p. 65).

Desse modo, o direito pós-moderno é sempre prospectivo, pois a própria dinamicidade dos fenômenos social e jurídico exige do legislador a elaboração de diplomas legais marcados pela textura aberta, onde as fórmulas normativas propositadamente genéricas e indeterminadas conferem flexibilidade ao modelo normativo, e, não ao contrário, com a utilização de métodos hermenêuticos focados na velha fórmula operacional lógico-formal. Sob tal influxo, então, o processo hermenêutico concatena-se com fórmulas axiológicas de consenso consubstanciadas em princípios que demandam juízos de valor (*Ibid.* 65/67).

Nesse sentido, apesar da abertura sistêmica propiciada na pós-modernidade, destaca José Vicente Santos de Mendonça, especificamente, no âmbito da discussão sobre inovação e possibilidades, que a lei, num sistema jurídico romano-germânico, será sempre o veículo preferencial das inovações. Todavia, se a lei é uma ponte para experimentos, ela será sempre uma ponte imperfeita, dado que a lei detém uma velocidade subótima, ou seja, estará sempre atrasada em

relação às demandas da sociedade, o que é natural da dinâmica de uma democracia deliberativa (MENDONÇA, 2017, p. 176).

Como já assinalado no capítulo precedente, apesar da argumentação sobre inovação e possibilidades desenvolvida por José Vicente Santos de Mendonça se aplicar no âmbito do Direito Administrativo, em um espectro mais amplo o objetivo deste debate é o de contribuir para a discussão brasileira sobre direito e inovação.

Assim, outro aspecto que é discutido acerca da lei ser uma ponte imperfeita para que sobrevenham superações normativas é o fato de a cultura jurídica sempre fetichizar o texto normativo como único espaço possível de juridicidade (*Ibid.*, p. 177). Isso porque para o estabelecimento de um legalismo reconfortante, contrário à inovação, estarão em apoio tanto a doutrina, como a jurisprudência. Desse jeito, a identificação do ponto focal do legalismo são tanto os entendimentos doutrinários desenvolvidos a partir de interpretações retrospectivas, que enxergam o presente com os olhos do passado (MENDONÇA, 2017, p. 179), como o desenvolvimento da jurisprudência que transige com o passado, formada sob a perspectiva de decisões judiciais que desempenham o papel de travas institucionais ao novo. Em suma, a lei inova, mas a doutrina retroage e o Judiciário transita o passado em julgado, o que faz com que a doutrina e a jurisprudência possam se constituir, então, nas forças contrárias à inovação (*Ibid.*, 183).

Todavia, se a lei pode forçar a inovação, faz-se mister refutar qualquer doutrina retrospectiva, bem como rejeitar qualquer interpretação que reviva o passado. Sendo que tais advertências se encaixam, perfeitamente, para a discussão em tela, onde se prognostica uma superação normativa a partir da introdução legal do Acordo de não persecução penal.

Desse modo, como já consignado, na descoberta dos requisitos necessários para celebração do Acordo de não persecução penal, a interpretação da cláusula aberta contida na parte final do novel artigo 28-A do Código de Processo Penal não poderá transigir com a ultrapassada teoria da pena, que faz concessão à concepção da pena retributiva.

Ademais, na interpretação dessa cláusula, o hermeneuta deverá sempre levar em conta que, no novel modelo aberto ao consenso, as diretrizes da política criminal encontram-se imbricadas na própria dogmática jurídico-penal, de modo a

teleologicamente se atingir os fins do Direito Penal, que admite apenas os fins preventivos da pena.

Por conseguinte, tendo em vista que, no novo modelo processual aberto utilitariamente, inexistente mais espaço para a aceitação do princípio da legalidade, como sendo uma opção excludente da oportunidade – na hipótese fática, a via indicada é a do consenso por inexistir qualquer necessidade preventiva para imposição de uma pena –, a mitigação da legalidade processual passa a ser regra, dado o novo parâmetro teleológico.

Assim, se as novas diretrizes de política criminal, ora enraizadas na própria dogmática jurídica, objetivam a racionalização do sistema de justiça criminal e a contenção do poder punitivo estatal, pode-se prognosticar, desde logo, que haverá, por certo, algum tipo de superação normativa; sobretudo, no sentido do novo Acordo de não persecução penal vir a ser reconhecido como um direito subjetivo dos investigados por práticas de infrações de média potencialidade lesiva.

Em contrapartida, também por certo, forças antagônicas se formarão contra tal superação normativa, dado que o sentimento contra o novo vem sempre assentado numa visão doutrinária retrospectiva e na prática hermenêutica cristalizada sob o horizonte de um passado punitivista. Mormente porque doutrina retrospectiva e jurisprudência retrógada são forças que acabam se retroalimentando, sobretudo a partir da mistificação e superlativação de certas infrações de potencialidade média, como o delito de tráfico privilegiado; tornando-se obrigatória, então, a desconstrução de uma visão bélica sob a perspectiva criminológica crítica.

Com efeito, urge que tais forças sejam, ao final, veementemente refutadas com base nas premissas roxinianas e nos novos parâmetros hermenêuticos dados pela novel alteração legislativa. O que deve contar ainda, como acima mencionado, com o subsídio de uma perspectiva criminológica crítica.

#### **3.4.2.**

#### **A evolução jurisprudencial como inovação de custo médio**

Será nesse diapasão que a evolução da jurisprudência poderá servir como uma real força de inovação de custo médio, dado que a lei, embora inovadora, sempre se revele como uma ponte imperfeita, como nos adverte José Vicente

Santos de Mendonça, dado que a sua velocidade de atualização será sempre atrasada às reais demandas sociais, além de contra uma perfeita reforma incidir as próprias forças interpretativas contrárias que exsurtem a partir da permanência no pensamento jurídico focado no legalismo.

Assim, sem uma evolução jurisprudencial superadora, a inovação legislativa consubstanciada no novel acordo criminal não atingirá os seus fins sociais, particularmente a racionalização do sistema de justiça criminal e a contenção do poder punitivo estatal, sobretudo com um reflexo no desencarceramento de selecionados por práticas de crime de média potencialidade lesiva, como os autores de tráfico privilegiado.

Como aduz José Vicente Santos de Mendonça, se a jurisprudência pode servir como uma força anti-inovação, ela também pode forçar a inovação, viabilizando experimentações de custo médio (MENDONÇA, 2017, p. 183). Em outros termos, se a lei consubstanciada na Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019) veio a se deslocar em muitos aspectos do caráter punitivista do Pacote Anticrime (Projeto de Lei nº 812/2019) que a inspirou – na medida em que trouxe importantes inovações, sobretudo, quanto à ampliação de um processo consensual, voltado ainda mais por um padrão teleológico –, então, uma correta interpretação do acrescido artigo 28-A ao Código de Processo Penal poderá vir a inovar para mais esse modelo teleológico e utilitário, sem que haja necessidade de uma adaptação ou revisão legislativa por meio de um processo deliberativo ainda mais custoso.

Nas exatas palavras de José Vicente Santos de Mendonça, se a doutrina consiste em uma proposta de baixo custo:

[...] a jurisprudência é capaz de (a') viabilizar inovações a custo social médio. De fato, uma sentença ou acórdão não tem o custo social de uma opinião doutrinária, mas, também, não é tão socialmente custosa quanto uma lei ou regulamento. Decisão judicial é, em regra, decisão para um caso ou um grupo de casos. Decisões judiciais são ótimas para experimentações: possuem tração (não são especulações em si próprias inócuas, como a doutrina); seu processo deliberativo não é tão complexo como o das casas legislativas; incorporam uma dinâmica de revisão quase que necessária em seu próprio procedimento (os recursos), e seu impacto não é tão grande que dificulte a retroação, nem tão ínfimo que torne duvidosos os resultados (Ibid., p. 184).

Destarte, aqui se prognostica a viabilidade desse fenômeno acerca da adaptação superadora da nova alteração legal, pela via da jurisprudência em

relação ao Acordo de não persecução penal. Isso porque, se ela vier a ser bem acolhida pela doutrina e pela jurisprudência, poderá vir a representar, de fato, uma experimentação de custo médio nas searas da política criminal e da política penitenciária brasileiras. Se bem implementada, além de permitir a racionalização do sistema de justiça criminal pela seleção regrada de casos, possibilitará ainda o desencarceramento de expressivos contingentes de presos que, em verdade, não deveriam estar custodiados.

Caso contrário, as alternativas a tanto seriam: ou investir pesadamente na ampliação dos sistemas de justiça criminal e carcerário em tempos de contínuas restrições orçamentárias, ou conviver com um sistema de justiça criminal abarrotado de processos e por deveras moroso, contando ainda com um contínuo estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. De qualquer sorte, quaisquer das escolhas representariam uma captura legalista da lei inovadora, com uma prevalência doutrinária e jurisprudencial focada no passado, o que seria revelador de uma visão ao mesmo tempo: ‘legalista’, retrospectiva e anti-inovadora.

Diante desse provável contexto é que se insere a análise da viabilidade do Acordo de não persecução penal, como força inovadora, para a expressiva redução de processos e o consequente desencarceramento de presos acusados de crime de tráfico de drogas, na modalidade privilegiada. Havendo consciência de que esse entendimento só poderá prevalecer se superada a estigmatização causada àqueles investigados de tal crime; o que, a par dos cortes epistêmicos e metodológicos alicerçados no sistema teleológico-funcional, só poderá advir se desconstruído o discurso jurídico-penal legitimador de uma pseudo-segurança cidadã, que corresponde, em verdade, a uma visão bélica do poder punitivo estatal, assentada em paranoias e preconceitos que são próprios de um direito penal do inimigo – como preconizou originalmente Jakobs quando o referido abordou a temática delicada do terrorismo.

### **3.4.3.**

#### **O Acordo de não persecução penal será reconhecido como direito subjetivo público do acusado?**

Em uma análise prognóstica, o presente trabalho perscruta se o Acordo de não persecução penal não virá também a ser reputado como um direito subjetivo

de investigados, quando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para obtenção desse aludido instituo despenalizador, como paradigmaticamente acabou sendo desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência em relação ao instituto da transação penal (previsto no artigo 76 da Lei nº 9.099/95).

Nesta empreita, o trabalho se socorre mais uma vez de métodos doutrinariamente já desenvolvidos no âmbito de outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo, a fim de dessacralizar o Direito Penal e passar a encará-lo como uma ferramenta social. Como, aliás, não deixa de propugnar a teoria do funcionalismo teleológico que se preocupa com os fins do sistema penal.

Para tanto, o estudo pretende se alicerçar nas reflexões do professor Leonardo Coelho Ribeiro<sup>26</sup>, quando o referido em profícuo artigo publicado na Revista de Direito Administrativo, intitulado *O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias*, introduz o questionamento acerca do instrumentalismo legal como alternativa à concretização dos fins democraticamente definidos na Constituição, à luz dos direitos fundamentais. Ou seja, com a utilização dos instrumentos jurídicos como se estivessem, metaforicamente, armazenados em uma caixa de ferramentas, a fim de que sejam propiciadas as escolhas das ferramentas políticas mais racionais (*politically rational instrument choice*); o que se daria, em termos metodológicos, através de análises diagnósticas e prognósticas com escopo do avanço dessas estratégias por experimentalismo, incrementalismo e minimalismo institucional.

Dessarte, conforme Leonardo Coelho Ribeiro:

O desafio pós-moderno do Estado é, sem abrir mão das conquistas democrático-constitucionais, ser eficiente. E ser eficiente implica conhecer e gerir melhor os instrumentos disponíveis, para assim otimizar seu emprego e, em uma análise prática ‘resolver os problemas da vida. (RIBEIRO, 2016, p. 211).

Em suma, não é apenas a construção de uma normatividade a partir da eleição apriorística de uma finalidade exclusivamente econômica (minimização de custos com a maximização de resultados) que está em jogo, pois a escolha de ferramentas mais racionais também pode subsidiar a promoção de direitos fundamentais. Lembrando-se de que o princípio da eficiência<sup>27</sup>, como princípio

---

<sup>26</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016.

<sup>27</sup> Sobre o princípio da eficiência, Gilmar Mendes bem preleciona sobre a importância da densificação de tal princípio, a fim de que o mesmo seja compreendido em um sentido mais ampla que não só abarque o dever da administração pública de

setorial da administração pública *latu sensu*, na sua dimensão normativa, preconiza, sobretudo, a entrega de serviços públicos eficientes, isso implica no direito implícito de todos à boa administração, o que envolve obviamente a escolha de opções menos onerosas.

É neste sentido, então, que a eficiência agora preconizada para o Sistema de Justiça Criminal não envolve apenas uma questão econômica, mas, sim, uma discussão também acerca da concretização de direitos fundamentais, sobretudo porque a senda aberta pela possibilidade de um processo consensual se apresenta como a mais adequada, na realidade, para a promoção de direitos fundamentais no âmbito penal; podendo, portanto, ser um importante instrumento para contenção do poder punitivo estatal.

Na esteira da busca da eficiência, sem abrir mão da promoção dos direitos fundamentais, é que Leonardo Coelho Ribeiro salienta sobre a abordagem metafórica da caixa de ferramentas, que privilegia o instrumentalismo legal enquanto estratégia de direito, para que as ferramentas do direito melhor sirvam aos fins democraticamente definidos na Constituição, ou pelas maiorias ocasionais, à luz da teoria dos direitos fundamentais. Para tanto, há de se utilizar de modo contínuo um processo de diagnose e prognose, a fim do aperfeiçoamento do desenho institucional, com combinações, a fim de que ele cumpra as suas funções sociais. Nesse ponto cabe esclarecer a diferença entre os processos, já que diagnosticar é a conduta que se dedica a identificar o problema em questão, enquanto prognosticar consiste na previsão, baseada em indícios, do que poderá acontecer se determinadas medidas forem adotadas (*Ibid.* p. 213).

Desse modo, a metáfora da caixa de ferramentas leva em conta o aprendizado retrospectivo, mas sem engessá-lo, permanecendo flexivelmente aberto a inovações (experimentalismo) e à assimilação do aprendizado gerado pela prática, a fim de manter pretensões prospectivas, para que haja incentivos destinados a um objetivo concreto (efetivar certo direito, implantar uma política pública, estimular uma conduta). Ou seja, num primeiro momento, diagnostica-se a realidade (o que é), para orientar a pauta do momento seguinte pela prognose,

---

avaliar custos e benefícios, mas também na dimensão de que a eficiência administrativa é uma das formas de efetivação dos direitos fundamentais: “É importante frisar que o princípio da eficiência deve ser compreendido em um sentido amplo para abarcar o dever de a administração pública avaliar os custos e benefícios sociais, ambientais etc. de suas decisões. Isso significa que não se trata de condicionar a atividade administrativa à opção economicamente menos onerosa em todas as situações concretas. O princípio da eficiência determina que a administração efetivamente avalie os diferentes impactos de sua atividade, de modo a fomentar a concretização de direitos fundamentais”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva. Edição do Kindle, 2020, p. 1371.

que orientará a escolha dos meios mais habilitados para que o direito cumpra sua função prescritiva de condutas por meio de incentivos (o que deve ser) (RIBEIRO, 2016, p. 225/226).

Assim, em uma análise diagnóstica a partir da introdução legal do novo acordo criminal em nosso Ordenamento, pode-se depreender que o instrumento empregado para instauração de uma relação jurídico-processual, a saber, a propositura de uma ação penal de iniciativa pública ‘incondicionada’, para que se imponha uma sanção penal para um delito de média potencialidade lesiva – a qual, *a priori*, não deveria sequer contar ao final com um pena privativa de liberdade (dada a possibilidade de substituição por uma pena restritiva de direitos) –, consiste em uma ferramenta custosa para os fins do sistema penal, principalmente porque a função preventiva da pena, nesse caso particular, já se mostra exorbitante, considerando-se que o Acordo de não persecução penal passa agora a servir como um equivalente funcional da sanção penal.

Dessa maneira, o instrumento da ação penal passa agora a ser incompatível com os fins almejados pela reorientação do sistema penal pelo funcionalismo teleológico e pela abertura valorativa ao processo consensual, pois a obrigatoriedade de sua propositura para um delito de média potencialidade, como a exemplo da figura do tráfico privilegiado, que é um crime de grande incidência, não só não permitirá a prevenção adequada e razoável deste último delito, como também não prevenirá a eventual reincidência ante a lógica da prisão como reprodução da delinquência, obstaculizando assim, que o nosso modelo criminal de justiça seja verdadeiramente racionalizado.

Por outro lado, a continuidade na utilização desta ferramenta custosa para prevenção de delitos de média potencialidade lesiva, como o tráfico privilegiado, que não é cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, não desestimulará a assídua adoção de instrumentos como o da prisão preventiva em relação aos investigados por crimes desta natureza.

Sobre a escolha, então, de ferramentas jurídicas inadequadas e de uma atuação desarrazoada e contrária ao pragmatismo jurídico, alerta-nos Leonardo Coelho Ribeiro que, se uma determinada ferramenta escolhida não é apta para cumprir determinada função, e os resultados por ela produzidos negam as finalidades às quais sua escolha e emprego, remetem isso conduzirá, portanto, ao diagnóstico de que o desenho institucional precisa ser reformulado. Tal

reformulação se justifica, pois o princípio da eficiência interage com o postulado da proporcionalidade, a fim de se tenha uma consentânea intensidade entre os fins perseguidos e os meios empregados para atingi-los (*Ibid.* p. 228)

*In casu*, o desenho institucional já foi reformulado. Assim, apenas a ausência da aplicação de um pragmatismo filosófico viria a prejudicar o instrumentalismo jurídico almejado, o que, de modo antifundacionalista, revelaria então, uma atuação de um modelo de justiça criminal voltado para uma visão retrospectiva. Por conseguinte, adviriam outras consequências também prejudiciais, a par da falta de racionalização sistêmica, como o efeito reflexo do pouco estímulo ao desencarceramento, mesmo com o incentivo legislativo à racionalização do modelo de justiça criminal e as metas estabelecidas pelo próprio Conselho Nacional de Justiça para atenuação do massivo encarceramento no Brasil.

Em prosseguimento, com a realização de uma análise diagnóstica passa-se a um exame prospectivo para se investigar o que acontecerá a partir do novo incentivo dado pela alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.965/2019, que introduziu o artigo 28-A em nosso Estatuto Processual Penal. Servindo, assim, a reformulação legislativa em voga para orientar a escolha dos meios mais habilitados para que o direito cumpra a sua função prescritiva de conduta por intermédio deste novel incentivo; o que permitirá, desse modo, a efetivação dos reais aspectos teleológicos e deontológicos do sistema penal.

Nessa análise prognóstica, o aplicador da Lei deverá, então, escolher a alternativa que provavelmente alcançará as metas do sistema jurídico. Ou seja, a partir do experimentalismo jurídico, o aplicador da Lei deverá perscrutar se a experiência prática provocará um incremento da inovação acarretada pelo Acordo de não persecução penal, sem risco de insegurança jurídica, monitorando se esse incrementalismo jurídico consistirá em um minimalismo jurídico, o qual preconiza que as eventuais mudanças em políticas públicas devam ser efetivadas de forma gradativa.

Em outras palavras, o que se procurará questionar não será propriamente a alternativa da obrigatoriedade da ação penal para a figura do tráfico privilegiado, mas, sim, se a alternativa do acordo de não persecução penal permitirá uma superação normativa em relação a posição do investigado frente à opção ministerial (“*poderá propor o acordo*”), pois a primeira alternativa já se revela

custosa e contrária ao pragmatismo jurídico, além de ser contrária agora aos próprios fins ora informados pelo sistema de justiça criminal diante da abertura sistêmica ao processo penal consensual.

Assim, as estratégias (experimentalismo, o incrementalismo e o minimalismo jurídicos)<sup>28</sup> que se analisarão, portanto, não serão aquelas que já vêm sendo aplicadas, ou seja, as alternativas atinentes ao legalismo convencional e à visão retrospectiva da jurisprudência; ao contrário, o que se procurará questionar é se a alternativa do Acordo permitirá a aventada superação normativa com os incentivos que serão por ora gerados para racionalização do sistema de justiça criminal e para atenuação do grave problema do encarceramento em massa no Brasil.

Mauro Messias, citando Antonio Suxberger, salienta que o citado percebe, no Acordo de não persecução penal, um verdadeiro avanço institucional, pois esse novel instituto, no cenário da discussão acerca da questão penitenciária, poderá vir a representar um obstáculo a mais para a imposição mandatória da pena de prisão por ocasião da formalização da resposta penal do Estado (SUXBERGER, 2017 *apud* MESSIAS, 2020, p. 131).

Em síntese, o presente trabalho questiona se a experimentação e incremento dos acordos de não persecução penal, de modo geral, e não só em relação à figura do tráfico privilegiado, permitirão a construção de um entendimento minimalista no sentido de que a oferta deste negócio virá a se revestir em um direito subjetivo público de investigados por delitos de média potencialidade lesiva, quando preenchidos todos os ‘requisitos legais’ ora trazidos pela redação do novel artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Isso porque essa construção hermenêutica possibilitaria um avanço gradativo e seguro, sem que houvesse qualquer outra alteração ao recente artigo 28-A do Estatuto Processual Penal, como ocorreu outrora em relação ao instituto da transação penal, após o advento da Lei nº 9.099/95.

---

<sup>28</sup> Sobre as estratégias diagnóstica e prognóstica para o aperfeiçoamento do desenho institucional, Leonardo Coelho Ribeiro salienta que tais estratégias serão mais bem-sucedidas se avançarem pautadas no experimentalismo, no incrementalismo e no minimalismo institucional. RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016, p. 238.

Nesse sentido, a própria doutrina já vem ao socorro a tal superação, ainda que o § 14 do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, preceitue que, no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do artigo 28 do mesmo Código – cuja redação também foi alterada pela Lei nº 13.964/2019, que elidiu a contraditória função anômala de fiscalização do juiz da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública.

Nessa linha, os professores Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva já defendem a proposição do Acordo de não persecução penal como direito subjetivo público do investigado, ainda que façam críticas ao aludido instituto:

Vale repetir que o instituto do acordo de não persecução penal é regra de solução benéfica ao investigado/acusado e, porquanto, impõe-se como um dever ao Ministério Público a sua propositura, não podendo recusar a fazê-lo quando diante de todos os elementos pertinentes à sua concessão. Não obstante, por questão interpretativa, pode, eventualmente, o Ministério Público entender incabível o acordo, o que não retira do postulante vias para buscar efetivar seu direito. Primeiramente, se dirigirá ao órgão superior do Ministério Público, como já se viu, e por último ao Judiciário.

*Não é condição essencial que haja descrição na lei para que se crie a possibilidade da via judicial. O socorro à tutela jurisdicional decorre de Direito Fundamental previsto na Constituição Federal. A propósito, todo ato de recusa de direito é passível de discussão judicial, como expressão de uma garantia constitucional (art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito). Neste sentido, não é a falta de previsão na lei de possibilidade de recurso diante dessa situação, quando das negativas sucessivas do Ministério Público (pelo membro atuante no juízo, quando o acordo haveria de ser homologado, e pelo órgão superior), que deixará imolado o investigado/acusado.*

Nesse caso, como se trata de um ato de autoridade (Procurador-Chefe do Ministério Público), a via judicial adequada será o Mandado de Segurança a ser impetrado no juízo competente, conforme o foro do coator (BIZZOTTO, 2020, p. 74).

Importante destacar que a aplicabilidade do artigo 28 do Código de Processo Penal, com a novel redação, está suspensa por liminar concedida pelo Presidente do STF pelo Ministro Luiz Fux, no bojo das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, de sua relatoria, bem como outros dispositivos da Lei nº 13.964/2019, como a introdução do juiz de garantias, que também foi suspensa pela aludida cautelar.

Inobstante, caso o novel artigo 28 volte a vigor, em relação ao não oferecimento de transação penal pelo Ministério Público – que é hoje

pacificamente reputado como um direito subjetivo público do investigado por delito de menor potencial ofensivo –, entende Aury Lopes Jr:

[...]poderá continuar sendo aplicado o art. 28, mas com sua nova sistemática, não mais o juiz enviando para o procurador-geral, mas sim com um pedido de revisão (prazo de 30 dias do conhecimento da recusa) por parte do imputado para o órgão revisor do MP. Não há intervenção do juiz nesse caso, senão um pedido de revisão da recusa que manterá a decisão do promotor/procurador da república ou designará outro membro da instituição para oferecer a transação penal. (LOPES JR., 2021, p. 846).

Interessante que, nessa nova sistemática, o processualista Aury Lopes Jr. chega a elucubrar acerca da possibilidade de o próprio juiz oferecer a transação penal para a hipótese de recusa do *Parquet* em fazê-lo; atuando o magistrado, *in casu*, como garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu e no controle da objetividade almejada na atuação do poder-dever do Ministério Público:

[...] não descartamos outra opção: o juiz oferecer a transação penal. Explicamos. Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presente os requisitos legais, ele tem o direito aos benefícios da transação. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional (LOPES JR., 2021, p. 846).

Outrossim, o Mestre Aury Lopes Jr. também já reputa que o Acordo de não persecução penal é um direito público subjetivo do investigado, quando preenchidos os requisitos legais; preconizando idêntica solução da acima destacada, quando o Ministério Público se recusa a oferecer a avença:

Como se trata de direito subjetivo público do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional (Ibid. p. 227).

Desse modo, nota-se, desde logo, que o novel instituto trará grandes mudanças para o nosso sistema de justiça e permitirá avanços consideráveis, apesar de resistências já postas e vindouras de um atuar retrospectivo. Conquanto, a experimentação, a incrementação e o próprio minimalismo institucional, é o avançar gradativo e seguro que nos conduzirá a uma senda da qual não se poderá mais regredir, inclusive sob ofensa ao princípio constitucional de vedação ao retrocesso social.

Outro indício de que o novel Acordo virá a ser reputado pela jurisprudência como um direito subjetivo de investigados é o fato de que a doutrina já vem se pronunciando favoravelmente à aplicação deste negócio aos processos penais já em curso, dado ao hibridismo da norma em apreço e o seu caráter despenalizador, que põe em discussão a aplicação do direito intertemporal, pois a hipótese configura indubitavelmente uma *novatio legis in melius*.

Sobre o tema, os professores Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva trazem importantes considerações, inclusive sobre a possibilidade de oferecimento do acordo em processos em curso, mesmo na fase recursal:

De toda sorte, e em suma, o acordo há de ser visto como uma condição privilegiada em favor do investigado/acusado. Por isso, não poderá ser cerceada esta escolha quando presentes os requisitos que lhes são exigidos, ainda que auferidos, posteriormente, já no curso da ação penal, ou até mesmo quando em grau de recurso, porque não existe coisa julgada material (BIZZOTTO, 2020, p. 68).

De igual modo, o professor Rodrigo Leite Ferreira Cabral – cuja posição é contrária ao entendimento de que o Acordo de não persecução penal é um direito subjetivo do investigado –, no âmbito da transição entre o novo instituto e o antigo sistema, opina favoravelmente à aplicação dessa avença aos processos já em andamento. O aludido professor cita, inclusive, o entendimento que pode agora ser usado paradigmaticamente sobre a intertemporalidade dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei nº 9.099/95, cujo artigo 90 veio a ser reputado como inconstitucional, dado que a aludida legislação com o seu conteúdo híbrido impingia, naturalmente, que as normas mais benéficas com natureza jurídica material retroagissem ante ao próprio comando constitucional contido no inciso XL do artigo 5º, da Constituição Federal:

A Lei 9.099/95 (que em algumas hipóteses, como a presente, pode ser invocada como norte interpretativo), quando entrou em vigor, disciplinou a sua aplicação intertemporal no art. 90, que dizia o seguinte: ‘As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada’.

No entanto, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, concedeu medida cautelar (posteriormente confirmada) para dar, ao referido artigo, interpretação conforme a Constituição, em julgado que recebeu a seguinte ementa:

‘Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei 9.099, de 26.09.95, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei mais benigna (art. 5º, XL, da Carta Magna). Pedido liminar – Ocorrência dos requisitos da relevância da fundamentação jurídica do pedido e da conveniência da suspensão parcial da norma impugnada. Pedido liminar que se defere, em parte, para, dando ao artigo 90 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme à Constituição suspender ‘ex tunc’, sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas penais mais favoráveis contidas nessa Lei’ (CABRAL, 2021, p. 236).

Assim, Rodrigo Leite Ferreira Cabral aponta que o Supremo Tribunal Federal entendeu que havia uma retroatividade virtual de normas semelhantes à do art. 28-A do Código de Processo Penal, que disciplina o Acordo de não persecução penal, reputando que esse precedente, constitui, pois, um argumento complementar no sentido da possibilidade da celebração do acordo de não persecução penal, nesse período de transição aos processos em curso, até para fins de tratamento isonômico (*Ibid.* p. 238).

De igual modo, Mauro Messias também lembrou que esse fenômeno semelhante ocorreu por ocasião do surgimento da Lei dos Juizados Especiais, rememorando que o artigo 90 da Lei nº 9.099/95 foi reputado inconstitucional no julgamento da ADI nº 1.079/DF (MESSIAS, 2020, p. 142).

Portanto, se a Lei nº 9.099/95 pode ser usada como um paradigma inquestionável para a questão acerca da aplicação intertemporal, por certo, também assim servirá com relação ao reconhecimento de que o Acordo de não persecução penal deve ser revelado como um direito subjetivo público de investigados, que preenchem os requisitos legais subjetivos e objetivos; propiciando uma interpretação mais consentânea à natureza desse instituto e restringindo-se a suposta ‘discricionariedade’ que foi conferida ao Ministério Público pela cláusula de abertura contida no artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

É nessa linha que Mauro Messias enfatiza que, a exemplo do instituto da suspensão condicional do processo previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, o

Acordo de não persecução penal também poderá vir a ser reconhecido pela jurisprudência como um direito subjetivo público do investigado. Assim, o aludido autor enfatiza a afirmação do STJ no sentido de que o preenchimento dos requisitos, previstos no supracitado artigo 89, garante ao acusado o direito público subjetivo ao recebimento de proposta de sursis processual, que não poderia ficar ao alvedrio do órgão ministerial (HC nº 131.108/RJ). Dessa forma, considerando que *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito), preenchidos os requisitos do novel acordo, teria o investigado o direito público subjetivo à audiência extrajudicial de Acordo de não persecução penal, sem que o Ministério Público possa negá-lo sob o arbítrio de uma retrógada interpretação acerca dos fins da pena, alicerçada ainda por uma concepção retributiva desta (*Ibid.* p. 33/34).

#### **4. Conclusão**

O Acordo de não persecução penal representa um importante avanço institucional trazido pela Lei Anticrime, apesar da identificação do caráter punitivista de seu projeto. Assim, na dinâmica deliberativa resultante deste projeto perante o Poder Legislativo, em que pese ter havido mais retrocessos do que avanços, no que tange à específica conformação desta ampliação valorativa ao processo consensual, houve um inegável aperfeiçoamento legislativo. Tendo esse incremento se coadunado com um garantismo negativo, que tem por escopo limitar e racionalizar o poder punitivo do Estado em face dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, mormente contra o arbítrio ante os princípios e valores constitucionais penais, em especial em observância do princípio constitucional implícito de proibição de excesso.

Neste contexto, apesar das razões utilitaristas para introdução do novel acordo, devido à crise fiscal e ao aumento da demanda pelo controle penal, apesar da debilidade dos mecanismos de controle comunitário e a perda de legitimidade do próprio sistema de controle formal, como ressaltam os professores Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva (BIZZOTTO, 2020, p. 35), a evolução da dogmática do Direito também atende a outras razões a par dos aspectos econômicos e da morosidade de um sistema de justiça criminal abarrotado de processos.

Assim, uma das razões para a abertura valorativa do nosso sistema ao processo penal consensual foi a retomada da Política Criminal para conformação da Dogmática Penal, nos termos do modelo teleológico-funcional de Claus Roxin, pelo qual a autorização de intervenção jurídico-penal decorre da função social desse sistema no Ordenamento Jurídico; olvidando-se assim, as interferências que não se adequem à função preventiva da pena. Portanto, com essa retomada e o resgate da funcionalização da pena, que não deve deter um caráter meramente retributivo, dá-se uma abertura teleológica aos verdadeiros fins da política-criminal, permitindo, como consequência, a comunicabilidade entre o direito penal substantivo e o processo penal.

Se essa retomada coincidiu com a crise do legalismo, ela, ao menos, não transigiu com método tópico-problemático de viés apenas indutivo, pois sem o

apego das fórmulas lógico-dedutivas do positivismo, manteve o pensamento sistemático, porém, com as considerações axiológicas que são agora admitidas e introduzidas para a inclusão de elementos valorativos, norteados pelos próprios fins sociais do Direito Penal.

Com efeito, a par da redução de custos dos serviços judiciários para introdução do novel acordo, dois outros fatores também se sobressaem, a saber, a despenalização promovida com a possibilidade de ampliação do acordo criminal para delitos de baixa ou média potencialidade lesiva e a eficiência da prestação jurisdicional, que possibilitará a redução dos prazos dos processos remanescentes e a concentração de esforços do sistema de Justiça Criminal. Com isso, contém-se o arbítrio do poder punitivo estatal e atende-se também ao princípio constitucional da duração razoável dos processos<sup>29</sup>. Revelando, em resumo, o aspecto teleológico da eficiência, ora preconizada, que interage, necessariamente, com a promoção e a concretização dos direitos fundamentais.

Ademais, a ampla aplicabilidade do novel acordo criminal, abarcando também a figura típica do tráfico privilegiado, poderá vir a promover de modo mais proficiente a concretização de direitos fundamentais, racionalizando ainda mais o poder punitivo estatal, dado que esse crime privilegiado detém grande incidência no sistema de Justiça brasileira frente às estatísticas coletadas. Em especial, ante a seletividade vulnerante que atinge de forma mais esmagadora os hipossuficientes, dentre os quais, pequenos traficantes de drogas. Dessa maneira, essa nova medida despenalizadora poderá vir a promover, de fato, o desencarceramento de grandes contingentes de presos, sobretudo, os contingentes de presos provisórios; servindo como uma importante contramedida de política criminal ao fenômeno do superencarceramento, revelado pelas estatísticas de nosso sistema prisional, que vivencia consoante reconhecido pelo STF na apreciação da ADPF nº 347.

Além do mais, a par de um real desencarceramento de indivíduos, uma abrangente aplicabilidade do novo acordo criminal – uma evolução do processo consensual no Brasil, iniciado a partir da própria Constituição Federal –, permitirá a não caracterização, que é a evitação, ao máximo possível, da sujeição de

---

<sup>29</sup> Mauro Messias destaca que o modelo tradicional de resolução de conflitos penais passa a contar com uma medida diversionista e altamente resolutiva, consubstanciado num acordo penal, cuja celeridade atende não só a sociedade como a vítima, mas suaviza também a angústia de uma pessoa investigada, com eventual comprometimento pessoal e profissional na espera da últimação deste conflito penal, com ameaça da liberdade pessoal. **MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, p. 124.

infratores aos procedimentos ou julgamentos formais para imposição de penas de prisão. Como salienta Mauro Messias, diversos atos normativos internacionais disciplinam a adoção de práticas consensuais na justiça criminal, como as Regras de Tóquio, consubstanciadas na Resolução nº 45/110, de 14/12/1990, da Assembleia Geral das Nações Unidas, pela qual instituem-se as *Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade* (MESSIAS, 2020, p. 108).

Como aduzem Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva, embora o aludido documento não disponha de força impositiva sobre os Estados membros, trata-se de um conjunto de princípios básicos estabelecidos internacionalmente, que dispõem de metas a serem implementadas pelos sistemas de justiças dos aludidos Estados (BIZZOTTO, 2020, p. 57).

Assim, ainda que a aludida resolução se trate de uma mera declaração de direitos e apesar de nossa cláusula de abertura constitucional ser temperada pelo sistema misto que não reconhece a vigência automática de todo o Direito Internacional, de outro lado, emerge um novo paradigma jurídico constitucional no que tange à sistemática do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como preleciona a Professora Flávia Piovesan<sup>30</sup>, em sua obra *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. Desta feita, tal paradigma assenta-se no fato de que a dignidade humana é critério estruturante para o constitucionalismo de qualquer ordenamento, sobre o qual se deve fundamentar a validade de qualquer ordem constitucional.

Ainda no âmbito da promoção dos direitos fundamentais, além da despenalização, que é fruto da própria não caracterização pela adoção de instrumentos alternativos – encetados por outros mecanismos institucionalizados e mais céleres na resolução de conflitos penais (o que atende a razoável duração almejada para procedimentos penais e desafoga o sistema de justiça criminal para resolução de conflitos mais graves) –, prognostica-se que a ampla difusão do novel acordo criminal também possibilitará a não estigmatização de investigados; impedindo, de forma mais profícua, o fenômeno da reincidência-encarceramento, sobretudo, se esse novo negócio criminal vier a ser aplicado com extensão ao

---

<sup>30</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

delito do tráfico privilegiado, que é ainda demonizado pelo senso comum e no seio da própria comunidade jurídica.

Para tanto, faz mister que, no pensamento jurídico pátrio, seja introjetada a desconstrução de uma visão bélica do crime de tráfico de drogas, em especial na forma privilegiada, na esteira de uma paranoia moral formadora de processos de estigmatização – que coincide com uma noção de um Direito Penal do Inimigo –; valendo-se de respostas diametrais ao ordenamento jurídico-penal liberal numa concessão a um direito excepcional, cujo fenômeno foi bem diagnosticado por Jakobs.

Para tal processo de desconstrução será fundamental, então, o auxílio dos conhecimentos advindos de uma criminologia crítica à desmensurada legitimação do poder punitivo estatal, além da clara compreensão dos processos de seleção criminalizante por vulnerabilidade, que atingem de modo mais contundente as classes mais desvalidas, cuja teoria foi frutiferamente desenvolvida por Raúl Zaffaroni. Sendo certo que tais conhecimentos podem inclusive vir a restituir o poder dos juristas para utilização mais racional do poder punitivo estatal, mormente em tempos de deslegitimação de regimes democráticos. Aliás, como obtempera Zaffaroni, o próprio poder discursivo dos juristas vem sofrendo erosão com o concurso paralelo de discursos hauridos das agências políticas e de comunicação, ideologicamente pautados por um discurso punitivista (ZAFFARONI, 2003, p. 63/64).

Como aduz Zaffaroni, “política é a ciência ou a arte do governo, e um dos poderes de todo o governo republicano é o judiciário. Ninguém pode governar sem levar em consideração qual o poder de que dispõe para programar seu exercício de modo racional” (*Ibid.* p. 65).

Por isso, a importância da criminologia crítica para uma ruptura com velhas convicções, para possibilitar a reafirmação de um garantismo negativo que contenha a expansão desenfreada do poder punitivo estatal. Aliás, a ideia de uma Ciência Penal Conjunta fora resgatada e remodelada por Claus Roxin, para quem o penalista deve conhecer e levar em consideração os resultados da pesquisa criminológica, ainda que tais não sejam, em si, Direito Penal, a fim de que tal ramo possa ser mais bem funcionalizado teleologicamente por razões de política criminal. Assim, como enfatiza Roxin, a dogmática jurídica está interligada umbilicalmente às razões de política criminal que atendam as finalidades jurídico-

penais do sistema penal. Portanto, no funcionalismo-teleológico, o Direito Penal deve ser uma das formas de concretização das finalidades jurídico-penais e dos reais fins sociais do Direito.

Neste passo, com o Acordo de não persecução penal, houve uma reformulação dogmática a qual possibilita uma ampla abertura valorativa ao processo consensual, sob inspiração da teoria do funcionalismo-teleológico, que causou efeitos inequívocos sobre a compreensão das funções da pena. Todavia, sem embargo dessa inovação legislativa, a esperada concretização efetiva de direitos fundamentais não poderá ser levada a termo caso os aplicadores do direito transijam com uma visão legalista e interpretativa, própria da jurisprudência dos conceitos, com fetichismo pelas estruturas lógico-reais e sem consideração por uma hermenêutica teleológica.

Nisso contribuirá, por certo, a permanência de uma doutrina retrospectiva que enxerga, na imposição de uma pena privativa de liberdade, ainda uma função retributiva que é própria das concepções do neokantismo. Por conseguinte, se essa visão doutrinária vier a se espalhar no pensamento jurídico sobre o novel acordo criminal, a jurisprudência que daí resultará não será aquela hermenêutica construída em prol dos verdadeiros fins sociais do Direito Penal; mas, ao contrário, será aquela sedimentada em uma etapa anterior à atual quadra evolutiva. Dessa maneira, no papel de forças anti-inovação, constituir-se-ão o fetichismo legalista, a doutrina retrospectiva e a jurisprudência retrógada, aquela que transita o passado em julgado.

Assim, para o desiderato da superação de tais forças, urge que se construa um direito novo a partir da inovação legislativa em tela, a fim de que os reais fins sociais do Direito Penal, ora outorgados pelas novas razões de política criminal, possam ser atingidos. Para isso, faz-se necessário que o debate doutrinário progressista se desenvolva com um discurso razoável, o que ensejará, então, a persuasão racional sobre os aplicadores do direito para criação de uma jurisprudência superadora.

Em suma, como as razões de política criminal apontam para o caminho de um sistema que não pode mais prescindir do acordo penal, há de se superada a imperfeição da inovação legislativa, consubstanciada na permanência de uma cláusula aberta, no novo acordo criminal, que possa permitir ao Ministério Público discricionariamente refutar a sua celebração, sob os auspícios de uma

concepção retributiva da pena, ou mesmo sob a égide da ideia de uma neo-retribuição da pena privativa de liberdade.

Sem tal superação, será difícil que o novo acordo criminal venha largamente a possibilitar a não caracterização pela adoção substitutiva de métodos consensuais aos julgamentos formais hauridos da ‘obrigatoriedade’ da ação penal. Tal dificuldade colocará em xeque não só a profusão da utilização de medidas despenalizadoras para crimes com penas previstas até 4 (quatro) anos, mas também a possibilidade de redução efetiva do fenômeno do superencarceramento e da estigmatização para indivíduos que dele decorre. Instando ressaltar que, na atual quadra, a mitigação da obrigatoriedade da ação penal é o caminho, se a hipótese sistematicamente indicada for a do consenso, dentro da novel concepção da legalidade em um sentido amplo, e não da obrigatoriedade cega de outrora.

Outrossim, se for concebida a discricionariedade para o Ministério Público para recusa do novo acordo criminal para delitos como tráfico de drogas privilegiado, sob o argumento da exigência de uma posição belicista do Direito Penal para o enfrentamento de uma modalidade criminosa – cujo objeto de proteção do tipo legal delitivo é a saúde pública, e não propriamente a paz pública –, tal destoará, com certeza, da novel política criminal de desencarceramento de pequenos traficantes, enquanto o nosso sistema penitenciário vivencia um estado de coisas inconstitucional.

Assim, a mera literalidade da cláusula aberta, contida no artigo 28-A do Código de Processo Penal, consiste no obstáculo a ser superado pelo próprio experimentalismo institucional, sob pena da permanência de uma suposta outorga discricionária ao Ministério Público para a recusa do oferecimento do novo acordo criminal para a média criminalidade.

Dessa maneira, a valoração da experiência anterior nos indica que a interpretação dos demais institutos despenalizadores, outrora criados em nosso Ordenamento Jurídico, orientou-se por superações normativas que vislumbraram a inexistência de qualquer poder discricionário conferido ao Ministério Público para recusá-los àqueles investigados ou processados que preenchiam os requisitos legais para sua obtenção. Isso veio a sedimentar o entendimento de que a obtenção de tais benefícios (transação penal e suspensão condicional do processo) constitui direito público subjetivo de investigados e processados, por delitos de baixa e média potencialidade lesiva. Sendo que tais institutos despenalizadores, de igual

modo, são aplicáveis por meio de instrumentos consensuais de não-intervenção formal (deformalização). Logo, onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito.

Com isso, possível a adoção de um método incrementalista a partir da interpretação feita baseada nas próprias instâncias judiciais inferiores e dos membros ministeriais com atribuição junto a tais órgãos, no sentido de que a novel avença criminal consubstancia direito público subjetivo de investigados por crimes de média potencialidade lesiva.

Por conseguinte, considerações subjetivas acerca das pretensas gravidades de injustos de média potencialidade lesiva praticados por investigados serão olvidadas, considerando-se que a ponderação acerca da gravidade de qualquer injusto se extrai em abstrato do próprio crime. Mesmo porque a ponderação acerca da gravidade concreta de um delito já é, em si, julgamento, que escapa do critério objetivo que deve ser aferido para o oferecimento de uma proposta de não persecução penal.

Com a sedimentação dessa almejada jurisprudência ante a abordagem experimental e incrementalista, haverá, então, um aperfeiçoamento da política criminal trazida pelo novel acordo criminal, que poderá contemplar crimes de média potencialidade lesiva de grande incidência como o delito de tráfico privilegiado. Dando-se tal aperfeiçoamento a partir de uma modificação jurisprudencial, pontual e gradativa, que permitirá inovar sem causar insegurança jurídica, como é próprio do minimalismo institucional<sup>31</sup>.

Sem isso, o novel acordo criminal, a curto e médio prazo, terá pouco ou quase nenhum impacto para provocar uma real mudança da política criminal, sobretudo, na política de desencarceramento; o que só revelará a velocidade subótima da recente alteração legislativa, carecendo inicialmente da efetividade que dela se espera.

Por derradeiro, conclui-se que, a longo prazo, a superação normativa aqui preconizada acabará por advir da uniformização da jurisprudência das instâncias superiores, pois as mesmas razões outrora utilizadas por aquelas cortes para reconhecimento das medidas despenalizadoras pretéritas, como sendo direitos de

---

<sup>31</sup> Sobre experimentalismo, incrementalismo e minimalismo institucional v. **RIBEIRO**, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016, p. 238/242.

investigados e acusados, servirão, ao final, para sedimentar o entendimento de que o novel Acordo de não persecução penal também se trata de um direito subjetivo público de investigados.

Todavia, a problemática diagnosticada é que, se neste interregno, houver uma refutação do aperfeiçoamento legislativo pelas instâncias iniciais, pouco se avançará na implementação de uma política criminal mais coerente com a inovação ora trazida pela Lei Anticrime, que consiste numa das poucas modificações mais garantistas trazidas por essa legislação, cujo condão é o de trazer relevantes incrementos para o nosso sistema de Justiça Criminal.

## 5. Referências Bibliográficas

- ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade. In **O Novo Código de Processo Penal**. Coimbra. Almedina, 1988.
- ANDRADE, José Maria Arruda de. A importância da análise econômica do Direito. In *Revista Consultor Jurídico*, 31 de maio de 2020. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 23/09/2021.
- ALBRECHT, Diogo Alan Schöler; JOHNER, Marcos Afonso. A correlação entre a norma e a imputação objetiva em Günther Jakobs. In *Revista Direito em Debate*. Ijuí-RS, ano 26, nº 48, p. 2/24, jul./dez., 2017. Disponível em <http://www.revistas.unijui.edu.br>. Acesso em 25/08/2021.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editor Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BATISTA, Paulo Nogueira. **O Consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos**. Trabalho publicado originalmente In Barbosa Lima Sobrinho et al. **Em Defesa do Interesse Nacional: Desinformação e Alienação do Patrimônio Público**. São Paulo: Paz e Terra, 1994, p. 5/6.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. (org) Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo. Tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução penal**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução Jaime A. Classen. São Paulo: Editora Unesp, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://planalto.gov.br>. Acesso em 23/09/2021.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2017.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. In *Revista Consultor Jurídico*, 1 de setembro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 10/10/2021.
- CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: sumário executivo. Brasília: CNJ, 2020. 11 p. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Último acesso em 30/11/2021.

\_\_\_\_\_. Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília: CNJ, 2011. 30 p. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Último acesso em 30/11/2021.

\_\_\_\_\_. Justiça em Números 2018: sumário executivo. Brasília: CNJ, 2018. 19 p. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Último acesso em 30/11/2021.

Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de janeiro a junho de 2019**. Disponível em <https://www.gov.depen>. Último acesso em 09/06/2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Laura de Oliveira Mello. **O Direito ao silêncio: suas origens, desenvolvimento e desdobramento no direito processual penal brasileiro**. Porto Alegre: Escola de Direito, 2016. Disponível em <https://www.pucrs.br/direito/informacoes-academicas/trabalho-de-conclusao-de-curso/artigos-publicados-a-partir-do-resumo-de-trabalhos-de-conclusao-de-curso/>. Último acesso em 20/11/2021.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis : Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. **La société punitive : Cours au Collège de France. 1972-1973**. Édition établie sous la direction de François Ewald Fontana, par Bernard E. Harcourt. Hautes Études. Paris: Ehes Gallimard Seuil, 2013.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120/163, out./dez. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (coord.). **Juizados de Pequenas Causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)**. São Paulo: Ed. RT, 1985, p.8-22.

JAKOBS, Günther; MEILÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. (org. e trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

\_\_\_\_\_. **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen. Livraria do Advogado Editora, 2018.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: estudos, pareceres e crônicas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. **Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1997.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva. Edição do Kindle, 2020.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Administrativo e inovação: limites e possibilidades**. In: A&C – *In Revista de Direito & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169/189, jul./set., 2017. Disponível em <http://www.revistaaec.com>. Acesso em 01 de junho de 2021.
- MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020.
- Monitor da Violência: Raio x do Sistema Prisional. Portal G1, 17 de maio de 2021. Disponível em <https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2021/raio-x-do-sistema-prisional/>. Último acesso em 09/06/2022.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: volume 1**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- PRAXEDES, Thiago Castro. Os efeitos do funcionalismo teleológico de Claus Roxin sobre a dogmática penal: da culpabilidade à responsabilidade. In *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. Fortaleza, ano 11, nº 1, p.213/225, jan./jun., 2019. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/>. Acesso em 02 de junho de 2021.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. In: *Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro*, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016. Disponível em <https://doi.org/10.12660/rda.v272.2016.64303>. Acesso em 12 de julho de 2022.
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunther ; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Grego. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- RUSCHE, Georg; KIRCHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino do. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juirs, 2005.
- \_\_\_\_\_. **A criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juirs, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. O papel da Criminologia na Ciência Penal Contemporânea. In: BITTAR, Walter Barbosa (org). **A Criminologia no Século XXI**. IBCCRIM. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Camila Rodrigues da, Felipe Grandin, Gabriela Caesar e Thiago Reis. Monitor da Violência: Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, o Brasil se mantém na 26ª posição em ranking de países que mais prendem no mundo. Portal G1, 17 de maio de 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17>. Último acesso em 09/06/2022.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

STF– Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – DF. Relator Min. Marco Aurélio. D. J. 11 de Setembro de 2015.

STF – Habeas corpus nº 118.533 - MS – Tribunal Pleno. Relatora Min. Cármen Lúcia. D. J. 19 de Setembro de 2016.

STF – Medida Cautelar no Habeas corpus nº 188.820 – DF. Relator Ministro Edson Fachin. D.J. 18 de dezembro de 2020.

SULOCKI, Vitória-Amália de Barros Carvalho G. de. **Segurança Pública e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. Alejandro Alagaia; Alexandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 6.ed., 2021.