

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO  
PENAL E A SUA EXTENSÃO AOS  
CRIMES DE CORRUPÇÃO

SERGIO ALVES TEIXEIRA JUNIOR



**Editora**



SERGIO ALVES TEIXEIRA JUNIOR

**O ACORDO DE  
NÃO PERSECUÇÃO  
PENAL E A SUA  
EXTENSÃO AOS  
CRIMES DE  
CORRUPÇÃO**

**Diretora**  
Barbara Aline F. Assunção  
**Produção Gráfica**  
Editora Aluz  
**Capa**  
Editora Aluz  
**Diagramação**  
Editora Aluz  
**Revisão Técnica**  
Karoline Assunção  
**Jornalista Grupo Editorial Aluz**  
Barbara Aline F. Assunção, MTB 0091284/SP  
**Bibliotecária Responsável**  
Sueli Costa, CRB-8/5213

CARO LEITOR,

Queremos saber sua opinião sobre nossos livros.

Após a leitura, siga-nos no Instagram @revistarcmos e visite-nos no site [www.aluzciencia.online](http://www.aluzciencia.online)

Copyright © 2023 by SERGIO ALVES TEIXEIRA JUNIOR

Todos os direitos desta edição reservados à Editora Aluz  
Tv. Dona Paula, 13. Higienópolis.  
01239-050 -São Paulo – SP  
Telefone: (11) 94170-2995  
[www.aluzciencia.online](http://www.aluzciencia.online)  
[instagram.com/revistarcmos](https://instagram.com/revistarcmos)

#### Conselho Editorial

**Dr. José Crisólogo de Sales Silva.** São Paulo, Brasil.

**Dr. Jorge Adrihan N. Moraes.** Rio de Janeiro, Brasil.

**Dr. Eduardo Gomes da Silva Filho.** Roraima, Brasil.

**Dr. Ivanise Nazaré Mendes.** Rondônia, Brasil.

**Dr. Ivanildo do Amaral.** Assunção/PY.

**Dr. Luiz Cláudio Gonçalves Júnior.** São Paulo, Brasil.

**Dr. Maurício Diascâneo**

**Dr. Geisse Martins.** Flórida EUA.

**Dr. Cyro Masci.** São Paulo, Brasil.

**Dr. André Rosalem Signorelli.** Espírito Santo, Brasil.

**Me. Carlos Alberto S. Júnior.** Ceará, Brasil.

**Me. Michel Alves da Cruz.** São Paulo – Brasil.

**Me. Paulo Maia.** Pará, Brasil.

**Me. Hugo Silva Ferreira.** Minas Gerais, Brasil.

**Me. Walmir Fernandes Pereira.** São Paulo, Brasil.

#### REVISORES

Guilherme Bonfim. São Paulo, Brasil.

Felipe Lazari. São Paulo, Brasil.

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Educação Superior: 1. Ed – São Paulo: Editora Científica, 2023.  
166p.

ISBN: 9786599491443

1. NÃO PERSECUÇÃO PENAL 2. CRIMES 3. CORRUPÇÃO I. SERGIO ALVES  
TEIXEIRA JUNIOR

III. Título

CDD-378

DOI: 10.51473/ed.al.oae

Índices para catálogo sistemático:

1. Educação

Grafia atualizada segundo o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, que entrou em vigor no Brasil em 2009.

Dedico essa obra ao meu eterno amor  
Vanessa M. T, ao meu filho, Dayan.  
Dedico também aos meus pais.  
Dedico ainda ao meu saudoso avô José  
da Conceição (in memoriam), amigo e  
apoiador até os seus últimos dias, tal  
como a saudosa Avó Juraci Lima da  
Conceição.

# AGRADECIMENTOS

Este trabalho não se realizaria sem a força do nosso Poderoso Deus. Gratidão!

A todos os demais estimados familiares (tios, tias, primos, primas) e amigos.

Minha sincera e eterna gratidão a querida orientadora do Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes Professora Dra. Maria Fernanda Dias Mergulhão por todo seu amor, esforços, sua dedicação e atenção diuturnamente na UCAM, sem medição de esforços para socorrer o corpo discente com ensinamentos raros.

Aos preclaros professores Doutores. João Mestieri (Relíquia) que tive a honra de ser aluno e a Luciana Reis, cujas dicas e orientações na banca de qualificação foram indispensáveis para finalização da dissertação com aprovação que recebeu nota máxima na banca final do mestrado, certo que o aperfeiçoamento da dissertação e indicação dos renomados membros da banca culminou na feitura desta obra.

Aos prezados professores doutores Sidney Guerra e Daniel Brantes Ferreira, pelo empenho e dedicação nas lições a todo corpo discente da UCAM.

Ao ilustre assessor acadêmico Antonio, amigo dos momentos mais difíceis do curso, sempre pronto no atendimento do corpo discente e docente da UCAM.

A todos aos meus amigos do Mestrado em Direito da UCAM.

Aos eminentes professores doutores Nilo Batista e Vera Malaguti Batista, docentes de brilhante quilate do meu primeiro curso de Mestrado em Ciências Penais da UCAM, boas lembranças, cujos ensinamentos de Criminologia foram de profunda contribuição para esta obra.

Aos Professores Doutores Jose Carlos Buzanello e Jose Haroldo dos Anjos, por todo apoio na graduação em Direito e incentivo para o meu desenvolvimento científico e aprimoramento acadêmico.

Aos nobres colegas advogados que a duras penas exercem nosso precioso ofício, aos distintos membros do Poder Judiciário, da Defensoria Pública, do Ministério Público, Serventuários de Justiça, Policiais, estudantes de direito e a toda Comunidade Jurídica.

A todos que confiaram seus mais sagrados direitos fundamentais a este advogado de defesa.

Obrigado a todos vocês.

# SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	11
INTRODUÇÃO.....	13
<b>CAPÍTULO 1.CONTEXTUALIZANDO O SISTEMA JURÍDICO ADOTADO NO BRASIL: O CAMINHO ATÉ OS MODELOS ALTERNATIVOS AO ENCARCERAMENTO.....</b>	<b>17</b>
1.1 Digressão da política criminal por meio das nas escolas penais.	17
1.2 Breve contextualização da política criminal no Brasil.....	24
1.3 Reflexões sobre a pena privativa de liberdade frente à seletividade estrutural.....	28
1.4 Modelos alternativos de encarceramento: despenalização, des-criminalização, desjudicialização e política criminal.....	41
1.5 Processo e consenso.....	43
1.6 Os acordos negociais.....	47
1.6.1 Conciliação civil.....	68
1.6.2 Transação penal.....	69
1.6.3 Colaboração premiada.....	70
1.6.4 Acordo de leniência.....	75
1.6.5 Suspensão condicional do processo.....	77
<b>CAPÍTULO 2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EVOLUÇÃO, CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, PRINCÍPIOS APLICÁVEIS E JUSTIÇA NEGOCIADA.....</b>	<b>81</b>
2.1 Evolução e conceito.....	82
2.1.1 Natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal.....	83
2.2 Princípios afetos ao Acordo de não Persecução Penal.....	85
2.2.1 Princípio da eficiência.....	87
2.2.2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal.....	89
2.2.3 Princípio da oportunidade da ação penal.....	91
2.2.4 Princípio da intervenção mínima.....	94
2.2.5 Princípio da proporcionalidade.....	95
2.2.6 Princípio da duração razoável do processo.....	98
2.2.7 Justiça negociada.....	99
2.2.8 Princípio da indisponibilidade do interesse público.....	100
2.3 Requisitos do Acordo de não Persecução Penal.....	103
2.3.1 Não ser caso de arquivamento.....	104
2.3.2 Confissão formal do investigado.....	105

2.3.3 Pena inferior a quatro anos.....	106
2.3.4 Infração praticada sem violência ou grave ameaça.....	106
2.3.5 Necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.....	107
2.4 Regras de Exclusão do Acordo de não Persecução Penal.....	108
2.4.1 Se for cabível transação penal.....	108
2.4.2 Ter o agente sido beneficiado no quinquênio.....	108
2.4.3 Do investigado reincidente e outras circunstâncias.....	109
<b>CAPÍTULO 3. CRIME DE CORRUPÇÃO: CONCEITO E EVOLUÇÃO, ASPECTOS DESCRITOS DO CRIME DE CORRUPÇÃO E A EXTENSÃO DO CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....</b>	<b>113</b>
3.1 Conceito e evolução do crime de corrupção.....	140
3.1.1 Aspectos descritivos do crime de corrupção.....	141
3.1.2 Tipos de corrupção.....	143
3.2 Impactos da corrupção no desenvolvimento socioeconômico no Brasil.....	145
3.3 O desafio: a extensão do seu cabimento pelo limite máximo da pena nos crimes de corrupção: uma viável opção de política criminal.....	147
3.4 Propostas para o alargamento do acordo de não persecução penal.....	148
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>149</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>151</b>

## PREFÁCIO

É com imensa alegria que apresento à comunidade jurídica o trabalho intitulado “O acordo de não persecução penal e sua extensão aos crimes de corrupção”, tema extremamente sensível no Brasil, principalmente após a redemocratização e ingresso no ordenamento jurídico dessa modalidade de acordo penal.

Tive oportunidade de conhecer o Mestre e Advogado Dr. Sergio Alves Teixeira Junior durante seus estudos na Programa do Mestrado da Universidade Cândido Mendes, que sempre se destacou pelo interesse no aprofundamento das temáticas abordadas, unindo o grupo com suas posições atuais e vanguardistas.

Tenho certeza de que a obra será de grande importância para os advogados e todos que militem no foro diante da multiplicidade de casos relacionados à corrupção que possam estar inseridos no âmbito do acordo de não persecução penal.

Novas sementes são lançadas!

Desejo a todos uma excelente leitura e que a vereda literária do Mestre Sergio esteja, através dessa obra, descortinando outros estudos que virão à lume no tempo próprio.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2023.

Maria Fernanda Dias Mergulhão

Doutora e Mestre em Direito.

Mestre em Sociologia Política. Promotora de Justiça MPRJ



## INTRODUÇÃO

No Brasil, a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), introduziu expressamente no Código de Processo Penal (CPP) a figura do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), passando a ter previsão expressa no bojo do artigo 28-A do referido diploma processual penal. Sucintamente, consiste em uma medida que busca evitar o encarceramento desmedido, primando pela desjudicialização, desde que atendidos os requisitos estabelecidos no dispositivo supracitado.

Trata-se, na verdade, de um excelente instrumento negocial e, como o próprio nome diz, se é negócio deve haver bilateralidade, o que permite o ajuste de vontades dos envolvidos, sem que se perca de vista a imperiosa necessidade da proteção dos bens jurídicos tutelados pelas leis. Embora seja um instrumento negocial advindo da justiça consensual penal, algumas condições são obrigatórias, a exemplo do dever de reparar o dano e o pagamento de prestação pecuniária. Neste ponto, surge a necessidade de proceder a uma análise mais acurada sob o enfoque do direito penal econômico, pois as infrações penais desta natureza geralmente são praticadas por empresários detentores de elevada capacidade financeira.

A justiça consensual chega no âmbito do Direito Penal no Brasil após o advento da Constituição Federal de 1988, em se considerando a ineficácia punitiva em nosso sistema tradicional de justiça criminal. Nesse contexto, os obsoletos métodos punitivos-retributivos, trilhados pelo encarceramento, passam a ceder e perder espaço para o consenso com medidas alternativas, posto que estes mecanismos de barreira processual passam a ser uma espécie de filtragem daquilo que, realmente, deve levar o Estado-Juiz a encaminhar o autor de um fato criminoso de média potencialidade criminal ao crivo do caro, duradouro e estigmatizante processo penal tradicional. Exata medida em que o consenso é a maneira mais barata e eficaz para todas as partes envolvidas num imbróglio delitivo.

A corrupção é um fenômeno tão antigo quanto a própria vida em sociedade, transpassando as eras, os sistemas políticos e a cultura dos povos em si mesma, constituindo-se em uma das maiores preocupações econômicas do mundo moderno globalizado, e sendo tratada como um fenômeno social, político e econômico que afeta a todos os

países, ocasionando prejuízos, em diferentes contextos, às instituições democráticas.

Tem por característica frear o desenvolvimento econômico e social e contribuir de maneira direta para a instabilidade política e econômica, distorcendo processos eleitorais, minando o Estado de Direito e deslegitimando a burocracia, afastando investidores e investimentos e desestimulando a criação e o desenvolvimento de empresas, em função dos “custos adicionais” incidentes nas operações, decorrentes do pagamento de propinas e da concessão de benesses.

Ressalta-se que o Brasil, segundo os estudos apresentados anualmente pela Transparência Internacional, desde 1995, não tem obtido progressos no combate e controle da corrupção, fato que se traduz pela piora de sua colocação no ranking entre 2014 e 2016, passando da 69ª posição (43 pontos) para a 79ª posição (40 pontos), entre os 176 países analisados anualmente, e equiparando-se, lamentavelmente, a países como Bósnia e Herzegovina, Burkina Faso, Índia, Turquia, China, Albânia, Tunísia e Kuwait. Em 2022, o Brasil caiu no ranking, passando a ocupar a 94ª posição (38 pontos) (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2023). A partir disso, é possível verificar a significativa problemática presente no país.

Importante mencionar que quase todos os delitos de natureza econômica possuem pena mínima inferior a quatro anos, permitindo, portanto, a aplicação do ANPP. Destarte, as condições mencionadas acima (reparação do dano e prestação pecuniária) não devem se constituir em óbices à aceitação do ANPP por parte dos agentes abastados economicamente, o que pode ser concebido como um estímulo ou incentivo à reiteração delitiva – o que, em um primeiro sentir, não seria o objetivo do instituto em apreço.

Deste modo, o que se tem é que o ANPP não tem por propósito precípua conferir ao acusado ou suposto autor do fato um procedimento alternativo que obstaculize a deflagração de um processo judicial e, via de consequência, impeça a deflagração da ação penal e a responsabilização do autor do fato. Ao contrário, sob uma perspectiva constitucional, o ANPP apresenta-se como direito fundamental, na medida em que o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Logo, se considerar que o ANPP está diretamente ligado ao status libertatis do autor do fato, não resta outra conclusão a não ser o seu reconhecimento enquanto direito fundamental, assumindo, por isso, todas as características a ele concernentes, como a inafastabilidade, posto que efetivamente relacionado à concretização da dignidade da pessoa humana.

Neste livro, a abordagem está pautada na constatação de que uma maior abrangência do novel instituto de despenalização não somente alcançará uma quantidade maior de infratores por meio de uma justiça negociada diversa da prisão, como também, por se tratar de uma solução alternativa de conflitos das práticas delitivas, poderá contribuir para evitar o asoerboamento desnecessário e ineficaz do cárcere, instituto há muito falido. Além disso, impactará positivamente o Poder Judiciário, contribuído para reduzir o fluxo processual, entregando maior celeridade e economia processual ao Estado e às partes.

Outrossim, a ampliação dos mecanismos de solução penal consensual poderá contribuir para economia do erário estatal, seja em razão da recuperação dos prejuízos econômicos decorrentes dos ilícitos penais, seja em decorrência da aplicação dos valores pecuniários pagos no ANPP na execução de políticas públicas que atendam à sociedade. Por esta razão, entende-se que se trata de temática e abordagem que interessam não somente à comunidade acadêmico-científica, como, também, ao Estado, à sociedade como um todo, e aos profissionais atuantes na seara do Direito Penal.

Após a leitura deste livro, você pode esperar obter uma compreensão aprofundada do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e sua aplicação no crime de corrupção, visando a satisfação das partes envolvidas no litígio. O livro aborda, de forma detalhada, o instituto do ANPP como um instrumento de justiça consensual penal, começando pela sua origem, evolução histórica, conceito e pressupostos de aplicação.

Serão analisados os princípios aplicáveis ao ANPP, assim como a previsão legal no direito brasileiro. Além disso, o livro oferece uma análise comparativa entre o ANPP previsto na legislação brasileira e outros institutos semelhantes existentes no ordenamento jurídico. Essa comparação permitirá identificar semelhanças, diferenças e possíveis modelos a serem seguidos na aplicação do ANPP.

Outro ponto abordado é o estudo minucioso dos requisitos para a aplicação do ANPP, bem como as regras estabelecidas para sua exclusão. Serão exploradas as condições legais do acordo, o procedimento a ser seguido e os requisitos de existência, validade e eficácia. Em particular, será analisada a viabilidade de utilizar a pena máxima em abstrato, em perspectiva ou in concreto como parâmetro para o ANPP, em contraste com a pena mínima em abstrato atualmente considerada.

Por fim, o livro examina a viabilidade de ampliar o uso do ANPP para o crime de corrupção, considerando o princípio da proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados. Essa análise levará em conta as implicações éticas e jurídicas de estender o ANPP a casos de corrupção, contribuindo para uma reflexão mais aprofundada sobre a matéria.

Após a leitura, você estará preparado para compreender e avaliar de forma mais abrangente o ANPP como um instrumento de justiça consensual penal, especialmente no contexto do crime de corrupção.

O livro proporcionará uma visão ampla e embasada sobre o tema, permitindo que você se aprofunde na discussão e compreenda as implicações práticas e teóricas do ANPP no sistema jurídico brasileiro.

# CAPÍTULO 1

## CONTEXTUALIZANDO O SISTEMA JURÍDICO ADOTADO NO BRASIL: O CAMINHO ATÉ OS MODELOS ALTERNATIVOS AO ENCARCERAMENTO

Este capítulo inicia-se com uma contextualização histórica da passagem do sistema Civil Law, predominante no Brasil, para o Common Law, o qual o sistema jurídico penal se encaminha, fazendo um aprofundamento das escolas penais para melhor compreender sobre o assunto. Em seguida foram feitas reflexões críticas sobre a insuficiência do sistema penal tradicional. Durante o capítulo foi feita uma caminhada pelos movimentos de política criminal, institutos, crime, pena, processo, consenso e os acordos penais. Doravante se adentra nos Mecanismos de Política Criminal alternativo ao encarceramento e se faz um mergulho nos acordos penais.

Acredita-se que o percurso nas vias da justiça num modo geral é caro, longo e exaustivo, os custos são elevadíssimos para o Estado e para o réu, além disso, existe demora dos processos judiciais, fora isso, por vezes pode acontecer injustiças nas relações sociais. Nesse sentido, acerca dos acordos penais que serão esmiuçados no decorrer deste estudo, pensa-se que se faz necessária uma digressão sobre o crime, pena, escolas penais e os movimentos de política criminal, para somente após isto chegarmos nos acordos postos à disposição da nação brasileira. Assim sendo, acredita-se que, as escolas penais foram os pensamentos ou doutrinas inerentes aos sinais do crime e sistemas penais.

### 1.1 Digressão da política criminal por meio das nas escolas penais

A política criminal nada mais é que o estudo voltado para se frustrar o crime, seja atuando no campo da prevenção ou repressão da delinquência. Por crime, entende-se que, é uma ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico-penal existente, sujeitando o infrator a uma penalidade prevista em lei. No tocante à pena, acredita-se que é

uma providência posta a disposição do Estado para impor àquele que comete uma conduta típica, punível e culpável, cuja sanção virá após o desenlace de um processo penal contra o autor do fato definido como crime em lei, nesse dizer em consonância com a doutrina. Guerra (1999, p. 79) leciona que:

A doutrina entende por crime o fato típico e antijurídico. O fato típico é composto pela conduta (ação ou omissão), pelo resultado (inerente à maioria dos crimes), pela relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado (relação de causalidade), e também pela tipicidade. Chama-se tipo a descrição feita pela lei da conduta proibida. Denomina-se tipicidade a correlação da conduta com o que foi descrito no tipo. A antijuridicidade significa que o fato, para ser crime, além de típico, deve também ser ilícito, contrário ao Direito.

Nesse mesmo sentido, Mestieri (2002, p. 33) referenciando o autor clássico Francesco Carrara, arremata que “crime é a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do ser humano, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”.

É possível dizer que o crime é objeto do sistema penal, verificando-se no decorrer da história diferentes formas de soluções típicas do problema penal. No decorrer da história é possível identificar três principais escolas penais que apontam soluções para a problemática penal: a escola clássica; a escola positiva; e a escola eclética. Destaca-se, ainda, a política criminal e a escola técnico-jurídica.

A Escola Clássica surgiu no XIX, devidamente estabelecida no período iluminista, com ideais voltados para defesa dos direitos humanos, esta época tivemos nomes de expressão com grande contribuição a criminologia e penologia, com efeito, nos parece que aqui se inicia a política criminal despenalizadora, a esse respeito estamos de acordo com as observações necessárias de Beccaria (1996, p. 138):

De tudo o que acaba de ser exposto pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas pouco conforme ao uso, que é o legislador ordinário das nações. É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas

aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

Nota-se que Beccaria já sinalizava para o caminho da despenalização, ainda afirmando que: “Um dos maiores freios dos delitos não é crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, como consequência, a vigilância dos magistrados se a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma legislação branda” (BECCARIA, 1996, p. 87).

Posteriormente, surgiu Francesco Carrara, dando continuidade às ideias humanistas de Beccaria, sustentando que a função da pena era a defesa social e não retributivo, objetivava a reeducação do condenado, no mais, tratou da formalização do direito e deu vida à moderna ciência do Direito Penal na Itália, tratou o delito como ação. Acerca do tema, adotamos também a mesma linha de pensamento de Baratta(1999, p. 35), que diz:

Toda elaboração da filosofia do direito penal italiano do iluminismo, nas diversas expressões que nela tomam corpo, dos princípios iluministas, racionalistas e jusnaturalistas, de Beccaria a Filangieri, a Romagnosi, a Pellegrino Rossi, a Mamiani, a Manici, encontra uma síntese logicamente harmônica na clássica construção de Francesco Carrara, nos densos volumes do *Programma del corso didiritto criminale*, dois quais o primeiro (parte geral) teve a primeira edição em 1859. Mas a importância da obra do grande mestre de Pisa não reside tanto em haver realizado e recolhido a tradição precedente da filosofia do direito penal, quanto, melhor, em haver posto a base lógica para uma construção jurídica coerente do sistema penal. Com Carrara nasce, já antecipada pelo magistério de Carmignanim seu predecessor na cátedra pisana, a moderna ciência do direito penal italiano. É a filosofia, contudo, que a apadrinha. A visão rigorosamente jurídica do delito, que está no centro da construção carrariana, tem, contudo, uma validade formal que é, de algum modo, independente do conteúdo que a filosofia de Carrara dá ao conceito de Direito. Mas, também é verdade que, sem derivar de um

impulso teórico de uma visão jusnaturalista e racionalista do universo social e moral, a construção jurídica da teoria do delito, tal como se contém no programa de Carrara, não teria sido possível.

Nasce a Escola Positiva com Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, reacionária aos métodos da escola clássica, acredita-se na pessoa de Ferri que o mesmo se insurgia contra o liberalismo do classicismo como excessivo. Lombroso, antropólogo criminal tratou da figura do ser humano delinquente, dos aspectos biológicos do sujeito (hereditariedade). Ferri sustentou a pena como meio de defesa social, contudo, contrário ao progressismo da escola clássica. Garofalo buscou definir o delito como fenômeno natural (MESTIERI, 2002).

Acredita-se que os positivistas, de fato, foram contrários aos liberais clássicos, nessa linha, ensina Mestieri (2002, p. 42): “Para os positivistas a pena não é o justo e proporcionado castigo, mas, o conjunto dos meios jurídicos empregados pela sociedade na luta contra o crime. A ideia da pena-castigo, retribuição dos clássicos, opõem a ideia da pena como defesa social”.

Prosseguindo, surge a escola crítica, uma espécie de intermediária dos pensamentos das duas escolas antecedentes. Atesta-se que, a escola crítica no tocante a pena, ser este mecanismo capaz de impedir o aumento da criminalidade. Por certo, relevantíssima a contribuição da escola positiva, dotada de criatividade, dela nasceu a antropologia criminal, sociologia criminal e a criminologia e a penologia, bem como a política criminal, no entanto, apenas por sermos a favor da intervenção penal mínima do Direito Penal somos contrários a este pensar, argumenta-se que, o Direito Penal deve ser usado em último caso.

Em 1889 fundou-se a União Internacional de Direito Penal, a propôs um sistema não estritamente retributivo penal e ainda a condenação condicional, de feito, logo, após a Proclamação da República brasileira nasce o instituto do Livramento Condicional, aqui já se começa a perceber uma flexibilização do sistema. Entretanto, pós-Primeira Guerra Mundial, com avinda do fascismo, nazismo e comunismo, houve um grande retrocesso, na exata medida em que na Itália, com a criação do Código de Rocco em 1930, a pena de morte foi ressuscitada.

Chegamos ao pós-Segunda Guerra Mundial, com o pensamento extremo de Filippo Gramática, cujo objetivo era o abolicionismo

penal, consoante a lição de Silva (1991, p. 30):“Gramática adotava uma posição radical. Para ele, a defesa social consistia na ação do Estado destinada a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes”.

Registre-se que, não concordamos com o extremismo do festejado professor Gramática, pois, a abolição do Direito Penal provocaria uma desordem inconsultável, nesse diâmetro pensa-se que a linha de uma defesa social, conforme o entendimento de Ancel doravante perfilhou o meio termo e eficaz naquele momento e sempre atual, consoante abalizada doutrina sobre a temática.

Em 1954 criou-se o programa mínimo, aprovado no Congresso de San Remo, cuja participação notória de Marc Ancel foi indispensável para sua constituição, criando-se o movimento da nova defesa social, com fito principal de restabelecimento das ideias do iluminismo. Com isso, Ancel lançou sua obra “A Nova Defesa Social”. Araújo Junior (1991, p. 65) leciona que:

A história do Direito Penal caracteriza-se por uma evolução constante. Cada época possui sua marca, porém, por mais completa que pareça estar a construção doutrinária de um tempo, sempre algo novo surge para agitar, ainda mais, as águas revoltas do oceano criminal. É que o que ocorre no Brasil hoje...Estamos vivendo um momento de renovação político-institucional, de importantes consequências na esfera do Direito Penal, pois este, de todos os ramos do direito, é o mais sensível às modificações políticas.

O programa de Ancel venceu a ideia de Gramática, que não se sustentou enquanto pensamento radical de acabar de uma vez por todas com o direito penal, prevalecendo à nova defesa social. Posteriormente, nasceu o movimento da Novíssima Defesa Social, defendido pelo professor Roberto Lyra, com características voltadas para um sistema de política criminal garantista, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana, absolutamente contrário ao punitivo-retributivo. Sustentou-se ainda, a punição para delitos econômicos e a descriminalização de infrações de menor potencialidade, tal como se levantou a ideia de mecanismos alternativos à prisão (despenalização).

Contudo, surge o Movimento de Lei e Ordem, que nada mais

era que o oposto da novíssima defesa social, posto que baseado num discurso de castigos e suplícios autoritários, penalização extrema, tudo baseado no velho regime punitivo-retributivo, enfim, justificava a pena através de castigos que eram considerados proporcionais à gravidade do delito cometido. Evidentemente, sustentamos que é um movimento que já nasceu fadado ao insucesso, no entanto, suas fórmulas e métodos milagrosos dos políticos de plantão fazem com que o povo tenha uma indisfarçável sensação de segurança com o aumento das penas ou sanções, o que na verdade não resolve o problema da criminalidade.

É certo que por muitos anos tivemos essa política no Brasil na época ditatorial e de nada adiantou, visto que até hoje a criminalidade está em voga mais e mais. A cadeia não resolve o problema penal, nesse sentido: “Soltam feras e prendem homens. Domesticam feras e animalizam homens. Prisão nem para bichos, nesse compasso”(LYRA, 2013, p.57). O Movimento de Lei e Ordem é o chamado Direito Penal do Inimigo. Diante disso, tem-se que a pena com a finalidade de prevenção geral está positivada no ordenamento jurídico pátrio, enraizada na mentalidade do povo, por força do Movimento Lei e Ordem, a título de exemplo do Brasil, na Lei n. 8072/1990.

O referido movimento deu luz a chamada “Teoria das Janelas Quebradas”, a qual, deveras, existente no cotidiano brasileiro, cujo fito é a criação de leis de terror para o nosso país, ignorando-se totalmente a existência dos preceitos básicos da Constituição Federal de 1988, como foi o caso da legislação acima citada, fruto da invencionice americana que há muito fracassou, posto que mal caminharam na certeza que os castigos seriam o melhor método e o meio de evitar delitos de maior gravidade e ainda punir com severidade os crimes de pequena monta, com efeito, pensa-se que, de fato, é um movimento de horror e que não se presta a uma digna solução penal.

Destaca-se, ainda, a abordagem econômica do crime e da punição assume que os criminosos são indivíduos racionais, que respondem a incentivos. Elaborada por Gary Becker em 1968, tem como base as ideias de Beccaria e Betham, considerando que o criminoso pondera a realização de suas ações pela (in)certeza da punição, pela severidade e celeridade da aplicação da pena, o tempo que vai levar cumprindo a pena, além da possibilidade de prescrição antes de cumpri-la.

Becker (1968), que foi pioneiro do modelo criminoso, enfatiza

que “algumas pessoas se tornam criminosas por causa das recompensas financeiras e outras do crime em comparação com o trabalho legal”, ele acrescenta ainda que “impõe a probabilidade de apreensão e persuasão, e a severidade da punição”. Para Becker (1974, p. 44), a entrada no mundo do crime é uma decisão tomada pelo criminoso no mesmo modelo de decisão dos economistas para entrar em um mercado legal, porém, no caso dos infratores a uma maior propensão a assumir altos riscos. Como com sequência, o autor aponta:

[...] as atividades ilegais “não pagariam” (na margem) no sentido de que a receita real recebida seria menor do que aquela que poderia ser recebida em atividades jurídicas de menor risco. A conclusão de que “o crime não compensaria” é uma condição de otimização e não uma implicação sobre a eficiência da polícia ou dos tribunais; na verdade, ela é válida para qualquer nível de eficiência, desde que os valores ótimos de  $p$  e  $e$ ! Adequado para cada nível são escolhidos (BECKER, 1974, p. 44).

As evidências sobre as probabilidades e punições reais nos Estados Unidos são fortemente consistentes com essa implicação da análise de otimalidade. Becker (1974, p. 43) fez uma análise dos custos do crime nos Estados Unidos, a partir disso verificou uma perda social na receita de crimes. De acordo com o teórico, esta perda é a soma dos danos, custos de apreensão e condenação, e custos de execução das punições impostas. Tendo como base essa teoria, Eherlich (1979, p. 302), alguns crimes não deveriam receber atenção do Estado:

Será ótimo para a sociedade permitir que um certo número de delitos ocorra, não porque o delito em si mesmo seja útil para algum tipo de função social, senão porque os custos adicionais de combater a delinquência mais além de um certo nível finito superam os benefícios adicionais resultantes para a sociedade (EHERLICH, 1979, p. 302).

Dessa forma, para Becker (1974, p. 13), a punição a ser aplicada pelo Estado não deveria ter como base somente o crime cometido, mas também os custos suportados pela vítima e os gastos a serem despendidos pelo Poder Público para prevenção e punição ao crime, visto que, diferentemente do que se pensa, “a maioria das punições,

entretanto, prejudica outros membros, bem como os infratores: por exemplo, a prisão exige despesas com guardas, pessoal de supervisão, edifícios, alimentos etc.” (BECKER, 1974, p. 13). Explica-se que:

Os custos diretos dizem respeito aos danos que a atividade criminosa provoca às vítimas de crime. Os economistas geralmente consideram tais custos como a diferença entre os prejuízos causados à vítima e o benefício auferido pelo criminoso. Assim, se um ladrão, para furtar um aparelho de som que vale \$75 e se encontra instalado em um veículo, rompe a janela deste, que custa \$100, e subtrai o equipamento, o benefício para o criminoso é \$75 e o prejuízo da vítima é \$175, sendo o dano direto causado pelo delito, portanto, de \$100. Os custos indiretos, por sua vez, referem-se aos custos de natureza pública e privada em que a sociedade incorre em razão das atividades de prevenção e punição aos delitos (PAULA; AGUIAR; CORDEIRO, 2020, p. 316).

Diante disso, a teoria econômica do crime entende que se um crime de menor potencial tiver o mesmo custo de um crime de maior potencial, o criminoso será incentivado a praticar o crime mais grave, visto que será visto como mais benéfico. Portanto, em uma sociedade capitalista e desigual o crime tem sido constantemente influenciado. Salienta-se que a legislação penal brasileira tem suas raízes no sistema civil law, porém, verifica-se uma aproximação do sistema common law nos últimos anos, conforme melhor descreve-se do tópico a seguir.

## 1.2 Breve contextualização da política criminal no Brasil

Apesar do sistema jurídico brasileiro ser inspirado no românico/germânico (civil law), que tem como fonte primária do Direito a lei, a partir de 2015 houve uma aproximação com o sistema common law, por conta do instituto de precedentes vinculantes, onde as normas e regras não estão escritas previamente, utilizando o consuetudinário e a jurisprudência de forma predominante.

Preambularmente, é preciso explicar a ideia do precedente judicial como fonte do direito, um fato jurídico que através do estabelecimento pelo juiz, se cria uma norma geral e uma norma, que pode

ser compreendida como “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JUNIOR, 2013). Em suma, do ponto prático, são decisões anteriores que servem como ponto de partida para as decisões posteriores.

Esse sistema de precedentes, presente na Common Law, sob origens anglo-americana, possui como principal fonte do direito as decisões judiciais das cortes, as quais, com o núcleo principal do texto que se constrói como norma vinculante aos tribunais, mais conhecido como *ratiodecidenti*, a razão de decidir de um tribunal, o qual define como outros casos devem ser tratados, que concretamente se torna a *ratiodecidenti*.

Os Estados Unidos, a Inglaterra e países de Gales são adeptos do sistema *commulaw*, liberais por natureza, portanto, fazem há muito uso do chamado *pleabargaining*, modalidade de justiça negocial ou consensual, nessa pegada coadunamos com o pensamento doutrinário sobre o tema, a valer Cabral (2022, p. 70): “O *pleabargain* tem origem no sistema anglo-saxão [...] foi ao largo do século que a sua importância cresceu vertiginosamente [...] especialmente nos Estados Unidos”. No mesmo sentido Brandalise (2016, p. 20):

[...] Pensamentos como os ponderados acima levaram o sistema anglo-saxônico a estabelecer a chamada *pleabargaining*, ainda antes do século XX. Posteriormente, já no século passado, a Alemanha deu os passos que chegaram à *Absprachen*, enquanto a Itália instituiu o chamado *patteggiamento*, todas formas de negociação de sentença criminal. Em caminho próximo, Portugal e Brasil trouxeram formas de legitimação do *consenso* negociação em seus universos jurídicos.

O *Pleabargaining* nada mais é do que um acordo feito entre a acusação e a defesa, certa a existência da confissão espontânea do averiguado, cujo objetivo é a resolução de conflitos criminais através da composição bilateral entre as partes, negociando-se para, ora evitando o processo penal, ora reduzindo-se a sua pena do acusado (ALVES, 2020).

De acordo com Streck (2018, p. 358), a doutrina dos precedentes se relaciona com o sistema de *Staredecisis*: “O princípio que

respalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (staredecisis)”. Conforme leciona Castro (2017, p. 10), segundo o entendimento do qual, o sistema civil law prioriza mais a letra da lei:

O Sistema Jurídico do Civil Law caracteriza-se pelo fato de as leis serem a pedra primal da igualdade e da liberdade, posto que objetivava proibir o juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei, fornecendo, para tanto, o que se considerava como sendo uma legislação clara e completa; onde, ao magistrado, caberia apenas proceder à subsunção da norma.

O juiz seria somente o aplicador da lei diante desse sistema, a qual seria um comando normativo geral e abstrato para todos os casos futuros, a doutrina e a jurisprudência, seriam fontes acessórias das leis criadas pelo Legislativo. O atual Código de Processo Penal (CPP) vigente no Brasil, Decreto-Lei n. 3.689, promulgado em 3 de outubro de 1941, mais de 40 anos antes da promulgação da Constituição Federal do Brasil, o que já traz um entendimento prévio de que não poderia ser capaz de atender aos atuais preceitos constitucionais. Assim, pode-se dizer que a base do Processo Penal brasileiro está em lei elaborada e publicada antes da atual Constituição Federal vigente.

Para Prado (2015), a partir deste código vigente, o que se percebe no Brasil é a ausência de um verdadeiro modelo garantista, com a prova penal sendo mais utilizada para justificar as condenações que mais parecem cumprir aquelas preditas pela mídia tradicional ou pela retórica do senso comum. Conforme Carvalho, Silva e Pinheiro (2013), no garantismo jurídico o Estado não é visto como um fim em si mesmo, e sim como aquele que possui como finalidade: proteger e garantir os direitos fundamentais da sociedade.

Por certo, o sistema brasileiro é lastreado no civil Law, nosso processo penal é atualmente usuário do sistema acusatório, formado por um juiz, promotor e defensor, com funções distintas nesta triangulação processual, destarte, que geralmente a justiça consensual não era adotada em nosso ordenamento jurídico, por conseguinte, o processo judicial era a regra geral. Inobstante, com o passar do tempo, modernizando-se o sistema de justiça penal, importando-se de outros

países mais liberais, eficaz mudança no pensamento jurídico-penal atual com adventos de institutos que há muito deveriam fazer parte da nossa cultura jurídica, mormente, por sermos um país democrático, finalmente, chegam em nosso Brasil, por meio de uma mesclagem do sistema jurídico civil Law com *commum Law*. A valer, por certo, concordamos com Freitas (2019, p. 1):

O Brasil, por séculos, adotou o princípio da obrigatoriedade da ação penal, através do qual o Ministério Público, tomando conhecimento de um fato típico e da sua autoria, estava obrigado a denunciar o suspeito, seguindo o processo até sentença. Mas, no mundo real o princípio era contornado (e.g., Arquivamento de inquérito policial de indiciado que agiu em legítima defesa).

Esta situação sofreu discreto rompimento com a Constituição Federal do Brasil de 1988, que no art. 98, I, permitiu a implantação de Juizados Especiais para conciliação, julgamento e execução de causas cíveis e criminais. Na sequência, a Lei n. 9.099/1995 permitiu a transação nas ações penais de menor potencial ofensivo, com pena máxima de 2 anos, e a suspensão do processo nas punidas com um mínimo de um ano de prisão. A justificativa para a mudança foi a necessidade de reduzir-se a quantidade de processos nas Varas Criminais. O aumento da população, a migração campo cidade, com a formação de populosos núcleos urbanos, a flagrante queda do respeito à autoridade, problemas econômicos e sociais, fizeram com que o congestionamento judicial continuasse.

Desta feita, certo de que o modelo de superação de sistema jurídico penal é baseado no caráter retributivo-punitivo, isto é baseado em penas (castigo ao autor de um fato criminoso), de fato, ocorreu para um direito penal mais eficaz no combate à criminalidade, nesse sentido, há muito a Resolução nº. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério público já conjecturava uma política criminal que incentivasse a autocomposição na seara do Ministério Público, com fito de proliferação de uma visão cultural de pacificação, evitando-se litígios, evidentemente, estimulando soluções consensuais dos conflitos, de forma célere e efetiva, dessarte, dando maior importância as Regras de Tóquio.

Mas não é só. Doravante o Conselho nacional do Ministério

Público implementou a resolução n.º. 181/117, a qual reza sobre o sistema de não persecução penal. Acredita-se que, o acordo de não persecução penal (ANPP), criado pela Lei 13.964 de 2019 (Pacote Anticrime), última forma legal instituída em nosso Brasil, como forma de justiça consensual a moda norte-americana.

### 1.3 Reflexões sobre a pena privativa de liberdade frente à seletividade estrutural

Desde os primórdios da história é possível verificar a ocorrência de um desenvolvimento progressivo do ser humano, em todos os sentidos. Por meio do desenvolvimento da razão, dom não atribuído a nenhum outro animal, o ser humano se organizou em grupos, que evoluíram para o ajuntamento em sociedades. Porém, a interação social nem sempre é harmoniosa, revelando-se o lado instintivo do ser humano, qual seja, a agressividade (THEODORO, 2006).

O fato é que, com o tempo, o ser humano aprendeu a viver em uma verdadeira *societas criminis*, que ensinou, a seu turno, a necessidade do estabelecimento de normas capazes de defender a comunidade dos comportamentos desviantes, promovendo, em seu meio, uma pacificidade esperada para o bom convívio social. Foi então que nasceu o Direito Penal, com tal propósito (BECCARIA, 2000; ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

Assim, a contrário sensu, é possível afirmar que, se houvesse a certeza do respeito à integridade física, à honra, à vida, e aos demais bens jurídicos de cada cidadão que convive em determinado grupo social, não seria necessária a existência de um poder punitivo estatal, garantido por um aparato coercitivo – o sistema penal – capaz de colocá-lo em prática. Não haveria, portanto, a necessidade de atribuição do *jus puniendi* ao Estado. É por isso que o Direito Penal evoluiu juntamente com a humanidade: o crime, como uma sombra sinistra, dela nunca se afastou (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

Dessa maneira, a violência é algo que perpassa a história e potencialmente está presente em todo o ser humano. Para Thums (2005), não se pode deixar de considerar o conceito hobbesiano de que o ser humano é um ser mal por natureza. Hobbes chegou a afirmar que o ser humano é o lobo para o ser humano (*homo homini lupus*). O

autor defende a ideia de que toda história é uma história de violência, guerras e horrores.

A violência está materializada através de sua luta pela mera sobrevivência, passando pela obsessão da conquista e domínio de outros povos, até as sangrentas lutas religiosas, sem nunca se esquecer que a igreja católica matou milhões de seres humanos em nome da imposição da fé. A violência é um fenômeno indissociável do ser humano.

Dessa forma, quando se tem a identificação de condutas ditas como indesejáveis, estas são constituídas como crimes, corroborando aos autores a imputação de uma punição, isto é, a pena será aplicada. Zaffaroni (2017) enfatiza que o Estado de Direito não é excludente do Estado de Polícia e sim que entre eles existe uma dialética contínua no sentido de que:

O Estado de Polícia que o Estado de direito carrega em seu anterior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de Direito lhe coloca [...] a extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutura, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso a questão penal é o campo preferido das pulsões do Estado de polícia, pois é o muro mais frágil de todo Estado de Direito. Quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito (ZAFFARONI, 2017, p. 170).

Diante disso, resta patente que estamos diante de uma clara incompatibilidade entre dispositivos que integram a própria CRFB/1988, no caso o art. 5º, “caput”, e o art. 5º, XLVII, a. Nesse contexto, importantes são as considerações de Agamben (2004, p. 12-13) sobre a temática, ao assim pontuar:

[...] A questão dos limites torna-se ainda mais urgente: se são fruto dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidas no terreno político e não no jurídico-constitucional [...] O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção de uma guerra civil legal que permite a

eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.

Ao analisarmos esse excerto da obra de Agamben (2004) verificamos que a norma constitucional pode, sob tal perspectiva, configurar-se como um “espaço” de exceção no âmbito do Estado Democrático de Direito instituído pela CRFB/1988. Conforme o autor, exceção no sentido de que a regra seria a necessária observância à dignidade da pessoa humana, traduzindo-se, assim, na contemporaneidade, uma situação fática em que a exceção convive com a democracia.

Na Antiguidade não havia locais para aplicação da pena privativa de liberdade, o que existiam eram salas de suplícios para aplicação da pena de morte ou de penas corporais como mutilações e açoites. De acordo com Foucault (2004), a pena era aplicada em praça pública como um verdadeiro espetáculo, sendo a forma encontrada pelo judiciário para manifestar seu poder. Assim, a imposição da pena, nesse período, deve ser compreendida como um ritual político. No entendimento de Beccaria (2009, p. 19), sobre a introdução das penas e do direito de punir:

Somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela da sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir.

Conforme asseguram Di Santis e Engbruch (2012), até o século XVIII, o Direito Penal “era marcado por penas cruéis e desumanas, não havendo até então a privação da liberdade como forma de pena, mas sim, como custódia”, isto é, “garantia de que o acusado não iria fugir”, obstando a execução da pena, bem como era utilizada “para a

produção de provas por meio da tortura (forma legítima, até então)”.

Naquele período não existia uma infraestrutura prisional definida para que os indivíduos encarcerados pudessem ser recolhidos. Eles ficavam em fortalezas reais, calabouços, torres ou edifícios diversos. Foi registrado que em Jerusalém existiam, na oportunidade em que se deu a invasão dos caldeus, três prisões que se encontravam uma no portal de Benjamim, outra no palácio do rei e a derradeira na morada de um funcionário público. (MESSUTI, 2003).

Excluindo-se as citadas e isoladas experiências de prisões, de acordo Leal(2001, p. 33) “foi a igreja que, na Idade Média, inovou ao castigar os monges rebeldes ou infratores com o recolhimento em celas localizadas em uma ala própria do mosteiro com o fim de recolhimento e oração”. Neste período, a prisão mais antiga foi a House of Correction, instalada em 1552 na cidade de Bridewell, na Inglaterra, com preceitos e disciplina dotados de extrema rigidez, na busca reabilitação dos delinquentes. Outra referência que serviu como modelo para o período foi o do Rasphuis de Amsterdam, implantado em 1596, no qual o labor se dava de forma compulsória, e a cela era empregada somente como forma de repreensão, com controle permanente e leituras espirituais.

Denota-se, assim, que o surgimento desse tipo de cárcere tinha como intuito a segregação de mendigos, prostitutas e vagabundos. Este fato social se faz imperioso destacar visto que, atualmente essa série de problemas faz parte do sistema carcerário, sendo este bastante atual, merecendo assim ser registrado. Assim, dar-se-á o início dos estudos e concepções abordando o sistema carcerário, de maneira especial com a visão de humanidade nas prisões. (BITENCOURT, 2004).

Importante mencionar a percepção de Rusche e Kirchheimer (2004) que discutem as penas a partir do viés da questão social. Para os teóricos, um crime pode ser cometido por uma pessoa de qualquer classe social, todavia, tendem a ser mais executados pela parcela da população que sofre maior pressão para satisfazer suas necessidades básicas, com as sanções penais sendo elaboradas de forma a fazer com que essas pessoas fiquem em situação ainda mais degradante do que vivem. A partir dessa percepção é possível analisar na história das penas que sua evolução esteve limitada à situação de pessoas de classes sociais mais abastadas.

Em 1764, de acordo com Beccaria (2009), dar-se início ao período da humanização da pena, mas foi John Howard, que no decorrer de sua vida, procurou estudar e pesquisar formas de melhorar as condições dos encarcerados e por meio do qual foi planejado um sistema penitenciário alicerçado no recolhimento celular.

Em 1775 e 1781 se deu a construção dos primeiros estabelecimentos penitenciários, na forma como ele desejava, chamados de Penitentiary-house. Considerado por muitos o pai da ciência da penitenciária, Howard sugere a instituição de estabelecimentos peculiares para uma inovadora concepção do cárcere, que tem a retenção da liberdade como uma penalidade em si (BITENCOURT, 2009). Ao passo em que se deu início a esse propósito ressocializador, ganha a importância o estudo do sistema responsável por esta reinserção. E, portanto, findando o século XVIII se despontam as concepções iniciais que viriam a se tornar as penitenciárias que conhecemos hoje.

Pondo em prática o que foi idealizado por John Howard, Jeremy Bentham (1748-1832), sustentava a ideia da punição proporcional. Para ele, “a disciplina dentro dos presídios deve ser severa, a alimentação grosseira e a vestimenta humilhante”, mas toda essa severidade teria como intuito amoldar os hábitos e o caráter do criminoso. Em 1787, ele escreveu “Panóptico”, onde descrevia uma penitenciária padrão – com uma estrutura circular, uma torre no centro e as celas nas bordas – onde um ser humano apenas teria a capacidade de vigiar todos os encarcerados ao mesmo tempo, sem esse que pudesse ser avistado por todos (BITENCOURT, 2004).

Em 1790, na cidade americana de Filadélfia, os presídios primitivos adotavam o sistema celular, ou sistema da Filadélfia. Assentado na ação religiosa, o preso permanecia isolado em sua cela, em reclusão total, com ausência de convivência com o mundo exterior, nem mesmo com os outros reclusos. Tinha como finalidade o trabalho ser feito dentro da própria cela, fazendo com que esses presos meditassem sobre seus crimes em busca da sua melhoria pessoal; os encarcerados não tinham direito a visitas e só podiam ler a bíblia (ENGBRUCH; DI SANTIS, 2012).

Em 1821, passar a existir nos Estados Unidos o Sistema Auburn ou Sistema de Nova Iorque, que admitia o isolamento e a reclusão apenas no decurso da noite. No período diurno, as refeições

e o trabalho eram coletivos, e o silêncio deveria ser priorizado, não podendo os presos, ter nenhum tipo de contato, nem mesmo troca de olhares, a vigilância era absoluta. A pena nesse sistema ainda é retributiva e intimidativa, mas também ganha natureza ressocializadora, mesmo que sendo leve. Ainda é utilizada nos EUA, em alguns estados, e também em penitenciárias japonesas (ENGBRUCH; DI SANTIS, 2012).

Na Inglaterra, em Norfolk, também despontou a progressão de pena, sistema no qual o recluso passava por etapas, partindo de um total isolamento, após somente o decurso noturno, até adentrar em um terceiro estágio, um regime análogo ao da liberdade condicional, até alcançar, finalmente, a liberdade (ENGBRUCH; DI SANTIS, 2012). Logo após ocorrer esse experimento em Norfolk, esse sistema é seguido e aprimorado em diversos lugares. Assim, tendo como exemplo a Irlanda, havia uma quarta fase, a qual antecedia a liberdade condicional, e o preso teria a oportunidade de laborar em um ambiente aberto, que não lhe infligisse as restrições que o ambiente próprio do fechado lhes impunha.

No sistema de Montesinos, na Espanha, ao recluso era oportunizada uma remuneração pelo seu trabalho, com o intuito de ajudar a regenerar o indivíduo preso. Na Suíça é concebido um tipo novo de estabelecimento penitenciário, os reclusos permaneciam na zona rural, laboravam ao ar livre, recebiam remuneração e eram submetidos a um menor controle (ENGBRUCH; DI SANTIS, 2012). Até o ano de 1830, o Brasil, por se tratar de uma colônia portuguesa, não apresentava o seu próprio Código Penal. Assim, sujeitava-se às Ordenações Filipinas, em que seu livro V arrolava os crimes e penas às quais o Brasil seria submetido.

Dentre as sanções, estavam previstas as de morte, degredo para as galés e outros locais, penas corpóreas (como açoite, mutilação, queimaduras), apreensão de bens e multa, como também punições como humilhação pública do réu; não havia o prognóstico da restrição ou privação de liberdade, haja vista as Ordenações datarem do século XVII e as organizações reformistas penitenciárias somente se iniciaram ao término do século subsequente. Os estabelecimentos carcerários brasileiros adotavam a primitiva concepção de prisão, como forma de impedir que o acusado escapasse da pena que deveria ser cumprida,

e não como propósito, como pena - como asseguram Di Santis e Engbruch (2012).

As leis penais ao fim do século XIX foram acometidas de substanciais transformações, por conta da Abolição da Escravatura e da Proclamação da República. Alguns tipos de cárceres, como a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho forçado e a prisão disciplinar, foram abordados no Código Penal da República de 1890, onde o cumprimento de cada modalidade se daria em estabelecimento penal específico. O fundamento social da prisão, no começo do século XX, toma novos formatos, para que fosse possível uma melhor aferição da população prisional. Despontaram nesta época, modelos contemporâneos de prisões, apropriados à designação do preso, conforme as classes criminais: contraventores, menores, processados, loucos e mulheres (MACHADO; SOUZA; SOUZA, 2013).

Com a renovação do Código Penal, pela Lei n. 7.209/1984, foi deixada de lado a diferenciação entre penas principais e acessórias. Isto posto, com a lei corrente subsistem as penas privativas de liberdade, ditas como comuns, e as alternativas, as quais restringem direitos e aplica-se multa. Não obstante, as prisões brasileiras já revelavam condições adversas, excesso de presos e a problemática onde não são separados os presos condenados e aqueles que permaneciam sob custódia no decorrer da instrução criminal (MACHADO; SOUZA; SOUZA, 2013).

Desta feita, faz-se notar que o poder público já tratava com descaso a situação prisional, e já era possível se observar àquela época, a problemática do excesso de encarcerados nas prisões, da interação de forma promíscua entre os apenados, do descaso aos fundamentos do relacionamento humano e da ausência de orientação psicológica e norteamento aos reclusos, com intuito de sua regeneração.

Não se pode ignorar, contudo, que o Brasil possui uma legislação completa a respeito do sistema prisional, qual seja, a Lei de Execução Penal (LEP) - Lei n. 7.210/1984, que em seu bojo consagra uma gama de direitos e deveres do preso. Contudo, poucas são as ações efetivamente implementadas pelo Poder Público para a efetivação dos direitos do apenado, imprescindíveis à sua reintegração na sociedade.

Por isso Bitencourt (2017) observa que a crise prisional é resultado da deficiente atenção da sociedade e do Estado para com o

problema penitenciário, o que leva a “exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em meio efetivamente reabilitador” (BITENCOURT, 2017, p.164). Sobre o assunto:

O aniquilamento da pessoa presa e a consequente perpetuação da agressividade e da violência é, pois, a real intencionalidade da manutenção do falacioso discurso da ressocialização como finalidade da execução da penal. Aliado a intervenção penal retributiva, neutralizadora e gerenciadora de riscos, deu-se à luz a esse estranho híbrido voltado para tal. Percebe-se que perspectivas que pareciam indicar uma certa contradição ideológica na intervenção penal ressocializadora e neutralizadora, coexistem e são ambas voltadas para a morte da pessoa presa. Não há contradição entre elas há coincidência no objetivo. (ALEIXO; PENIDO, 2018, p. 38).

Destarte, se o condenado contribui para os problemas vivenciados no interior do cárcere, concorre para o problema, de natureza grave, a sociedade e o Estado, ao ignorarem aquele que comete delitos, acreditando que a segregação social é o fim maior da pena privativa de prisão, o que é inaceitável. Não há como negar, portanto, que os condenados, diuturnamente, lidam com a afronta aos direitos mínimos.

Soares e Souza (2015), à luz criminologia crítica, elucida que o atual modelo de encarceramento é insustentável, visto que é uma expressão da barbárie. Com base no autor destaca-se que o único poder efetivo contra a repetição de Auschwitz é o alcance da autonomia por parte de cada cidadão, agindo de forma heterônoma, não confrontando a barbárie.

Na contramão desses casos, destacam-se os chamados casos de crimes de colarinho branco, termo designado por Sutherland em 1940 (White collar crimes), para se referir aos crimes cometidos por pessoas com alto prestígio social, que vem recebendo tratamento diferenciado daqueles hipossuficientes. (WERMUTH; DALLA ZEN, 2020).

Em relação aos casos de corrupção, Wermuth e Dalla Zen (2020) destacam que a colaboração premiada, intensamente utilizada na Operação Lava Jato é responsável por promover essa seletividade

penal no âmbito das investigações dos crimes de corrupção. Os autores explicam que essa forma de testemunho traz consigo uma ampla discricionariedade do Ministério Público ficando ao seu cargo decidir se aceita ou não as colaborações.

A problemática da seletividade nos casos de corrupção também pode ser vista pelo trabalho da mídia que, de acordo com Ballout (2020), há uma extrema seletividade do que se noticia, sem qualquer respeito à presunção de inocência, buscando atingir a indignação por parte de quem recebe a informação. Sobre o assunto, Callegari, Dias e Zaghout (2020) bem dissertam que “não se pode transformar o processo penal numa disputa entre heróis e vilões, inviabilizando a sua razão de ser: obstáculo para violação/negação de direitos e garantias fundamentais, principalmente pelo Estado.

O processo de segregação espacial decorre da forma como o espaço urbano é ocupado pelas diferentes classes em nossa sociedade hodierna, sendo percebida com maior clareza nas grandes cidades. Para Wermuth e Dalla Zen (2020), a seletividade tem se apresentado como uma marca do sistema judiciário brasileiro, que tem reproduzido os interesses da classe dominante.

Na pesquisa realizada por Hartley (2014) foram discutidos os resultados trazidos pela demolição de grandes conjuntos habitacionais nos Estados Unidos e os reflexos nos índices de criminalidade, sendo verificado que a desconcentração desses grandes conjuntos habitacionais, com a dispersão de moradores por uma porção maior da cidade reduziu os índices de criminalidade. Com isso, concluíram que a eliminação de grandes conjuntos habitacionais públicos se associa diretamente com reduções líquidas de crimes violentos.

Levando em conta as divergências da cidade, ainda é possível relatar situações extremas que acabam por fazer parte do cotidiano. Algumas áreas da cidade possuem uma realidade de grande pobreza, altos índices de violência, baixa qualidade de vida e alto nível de desemprego, estes casos são mais comuns de serem encontrados nas áreas segregadas da cidade, sendo definidos como um território isolado das áreas mais urbanas e que sofre dificuldades de acesso devido à grande violência existe que existe nesses lugares.

As dificuldades de acesso que são impostas nessas áreas se dão em parte pela realidade concreta e, em parte pela imagem criada

e difundida do lugar. Essas atitudes de certa forma os mantêm mais unidos entre si, no entanto, acaba se tornando um fator crucial que distancia ainda mais a área segregada da área urbana de uma cidade.

O aumento da criminalidade e violência no mundo justificam o interesse de muitos especialistas sobre o assunto, já que este é um fenômeno social que prejudica os processos civilizatórios, segundo Odalia (1985). A violência não tem um sentido e modelo únicos, dificultando ainda mais os processos de observação e controle, já que ao se mostrar nas mais variadas formas como já relatas e outras manifestações, acaba dificultando a identificação nos grupos onde ela acontece.

Os grandes projetos habitacionais de realização do poder público com vistas a garantir o direito à moradia de seus cidadãos têm sido alvo de estudos nacionais e internacionais por serem considerados como fomentadores do processo de segregação social. Para Ferreira (2005), o Estado é um dos principais agentes segregadores, principalmente por meio de obras urbanizadoras convencionais. Engels (1974) aponta que a alta densidade populacional tem se configurado como uma característica dos ambientes habitacionais de famílias mais pobres.

No Brasil, esses grandes projetos habitacionais têm sido construídos e distribuídos nos últimos anos pelo Programa Minha Casa, Minha Vida, atual Programa Casa Verde e Amarela, com a localização desses empreendimentos sendo discutidos como fonte de segregação socioespacial. De acordo com a Linke et al. (2016), as discussões pairam na distância desses grandes projetos habitacionais das centralidades da cidade, bem como o tempo de deslocamento envolvidos. A partir disso, os autores afirmam que esse programa governamental, apesar de ter êxito na produção de casas, tem falhado na construção da cidade.

Sobre o assunto, Marques e Rodrigues (2013) verificaram em seu estudo que os atuais programas de habitação social produzem conjuntos menos isolados que políticas anteriores. Todavia, manteve os padrões anteriores de localização, seguindo uma lógica geral de segregação da cidade, portanto, mesmo não tendo intensificado a segregação, atuou como base na sua manutenção.

Salienta-se que a habitação social tem o potencial de reduzir as desigualdades sociais e promover a integração urbana ao acomodar grupos de baixa renda em lugares acessíveis que de outra forma não poderiam pagar. Mudar a localização residencial das pessoas pode

ajudar a melhorar os resultados socioeconômicos devido à forte influência do bairro nas escolhas e perspectivas de vida (MCKENNA, 2020).

Medeiros (2013), em análise aos conjuntos habitacionais construídos na cidade de Natal – RN, verificou que a construção dessas moradias pelo Estado, apesar de representar para a população a conquista de uma casa, traz consigo segregação socioespacial, o atendimento do direito à moradia em detrimento do direito à cidade. O autor explica que esses grandes projetos habitacionais têm se tornado novos “bairros” implantados em áreas periféricas, gerando uma segregação socioespacial involuntária dessa população.

Ainda com base na pesquisa realizada por Medeiros (2013) afirma-se que esses conjuntos habitacionais têm gerado padrões espaciais, com áreas que se desenvolvem como ilhas com indicadores mais altos que seu entorno, o que revelou a presença de hierarquias internas nas periferias das cidades. Nesse mesmo sentido, Silva e Gomes (2016) também verificaram que os grandes conjuntos habitacionais têm provocado a não efetivação do direito à cidade e a periferação de parte da população. Corroborando com o assunto, Lima (2018, p. 268) disserta que:

Essa dinâmica expõe uma estratégia dos agentes privados de ampliarem suas margens de lucro com a aquisição de terras baratas e a construção de unidades habitacionais de baixo custo. Outra característica identificada é a da contiguidade de vários conjuntos em frações de terra numa mesma área, formando megaempreendimentos.

Portanto, verifica-se que esses grandes projetos habitacionais têm trazido consigo um processo de segregação social e, consequências advindas desse processo podem ser vistas, destacando seus reflexos no aumento da criminalidade. Resultado também verificado na pesquisa de Trzcinski e Amaral (2019), que analisaram a criminalidade no Loteamento Expoente localizado no município de Chapecó - SC, identificando que as diversas manifestações da violência são corriqueiras no local. Os autores verificaram que a comunidade vive uma situação complexa, inserindo-se entre o medo da polícia e o medo da represália dos criminosos, adotando o silêncio como meio de proteção.

Com isso, Trzcinski e Amaral (2019) concluem que as políticas públicas de habitação social precisam ir além do direito a uma casa, incluindo efetivação do desenvolvimento social, econômico e cultural de seus moradores. No tópico a seguir busca-se relacionar essa emergência da segregação social promovida pelos grandes conjuntos habitacionais com a criminalidade.

Salienta-se que essa relação entre habitação, segregação socioespacial e criminalidade já vem sendo estudada desde os anos de 1920, destacando-se autores que seguem a linha da chamada Escola de Chicago, como a pesquisa realizada por Park e Burgess (1925) que impulsionou a realização de outros estudos sobre o assunto. Os autores demonstraram que determinados grupos de pares, geralmente, os jovens, produzem um sistema de valores que faz uma ligação com as normas sociais delimitadas pela sociedade, e que a ausência de controle e pressão social sobre os indivíduos por parte das instituições sociais presentes na comunidade (família, igrejas, escolas, grupos políticos etc.) levam a comportamentos delinquentes como vandalismo, assaltos ou tráfico de drogas.

De acordo com Graif, Lungeanu e Yetter (2017), afirmam que os teóricos da Escola de Chicago concentram seus estudos na dimensão interna do isolamento social das comunidades, concentrando-se na inadequação da infraestrutura institucional, nas interações sociais disfuncionais e na socialização coletiva dentro da comunidade. Porém, os autores destacam a importância de também considerar a dimensão externa, considerando os laços extralocais. Em seus resultados verificaram que a violência pode influenciar no enfraquecimento da conectividade com a vizinhança, o que dificulta ainda mais o acesso da população aos seus direitos.

Nesse âmbito, ressalta-se sobre a influência da mídia nesse processo de enfraquecimento da conectividade com a vizinhança. Na pesquisa realizada por Souza e Silva (2020) foi apontado que o discurso midiático é componente de segregação, visto que representa a violência, estigmatizando determinados bairros como perigosos, violentos. Com isso, as autoras verificaram que apesar da ausência de políticas públicas eficientes ser o motivo principal dessa segregação social, os discursos de estigmatização promovidos pela mídia, também são promotoras desse processo.

Nesse sentido, importante mencionar sobre o que convém chamar de incivildades. A incivildade se difere dos crimes por não serem condutas previstas em lei, portanto, não serem passíveis de penalidades, todavia, se aproximam destes ao trazer ao seio social a sensação de insegurança. De acordo com Cusson (2007), a incivildade consiste em um conjunto de sinais de deterioração que podem ser vistos no cotidiano de uma comunidade como espaços públicos vandalizados, muros pichados com mensagens de alertas sobre a presença de facções criminosas, prédios deteriorados, dentre outros sinais físicos que apontem desgaste da ordem social instituída.

Para autores como Skogan (1990) e Oliveira (2005), as incivildades são caminhos para o crime, com estas se estimulando mutuamente, e é provavelmente por isso que a presença de incivildades na comunidade gera sensação de insegurança e medo nas pessoas. Oliveira (2005) parte do entendimento que, para combater o crime, é necessário combater as incivildades. Destaca-se, ainda, a vitimação, que tem ganhado destaque nos Direito internacional dado os níveis que se tem registrado dessa problemática, se tornando mais preocupante do que o próprio crime em si.

É possível dizer que a vitimação decorre justamente da geração de vítimas pelo crime e pelas incivildades. Peixoto (2012) define a vitimação como todo o atentado, quer de forma direta ou indireta, por um ou mais agressores, podendo criar vítimas singulares ou coletivas, de modo a produzir um efeito contrário à vontade legítima de livre autodeterminação de um ou mais seres humanos. Na vitimação, se tem a vítima como contribuinte da origem do crime, esse fato é bem exemplificado por Cusson (2007) com os usuários de drogas, que alimentam diariamente o tráfico.

A visão moderna sobre a criminalidade deve ser caleidoscópica, segundo Gauer (2001), e não possui um vetor determinante. Por isso, a realidade brasileira sobre a violência deve ser tratada com muita responsabilidade pelas autoridades, na medida em que são variados os fatores criminógenos. Muitas são as frentes de combate à criminalidade que devem ser abertas, não com o propósito de acabar com o fenômeno criminal, o que é impossível, mas de reduzir as fontes geradoras do impulso criminoso.

#### 1.4 Modelos alternativos de encarceramento: despenalização, descriminalização, desjudicialização e política criminal

No decorrer dos tempos chegamos a edição da Lei 13.964 de 2019, Pacote Anticrime, com efetivas mudanças no campo processual, nesse diâmetro, surgiu o acordo de não persecução penal, meio de justiça amigável entre acusação pública e investigado na busca do consenso com maior distância do processo penal. A despenalização foi um marco no cenário do direito processual brasileiro, mormente, pelo instituto da Transação Penal, visto que com ele foi introduzido um novo modelo de justiça em nossa ordem jurídica, qual seja: a justiça consensual.

Salienta-se que despenalizar ou despenalização significa substituir medidas corpóreas privativas da liberdade por medidas alternativas a prisão, sem dúvidas o fenômeno da despenalização foi um grande avanço em matéria de política criminal. Com razão, Araújo Junior (1995, p. 157) afirma que “[...] A despenalização é indicada como remédio contra os efeitos nocivos da privação da liberdade [...]”. A criminalização é o oposto da descriminalização, eis que criminalizar é o mesmo que transformar certos comportamentos do indivíduo em crimes, com isso, uma vez quem pratica crime, chama-se criminoso.

Frise-se que, de fato, a descriminalização ocorre pela renúncia estatal no efetivo controle de certa conduta, logo, abre-se maior tolerância, na exata medida em que um certo comportamento humano deixa de ser negativo, como exemplo, o adultério, tal como pensa-se que deveria acontecer com alguns delitos como Casa de Prostituição e de Rufianismo.

De tal modo, a descriminalização constitui uma medida de política criminal hábil a filtrar aquilo que verdadeiramente deve ser previsto como crime em lei, evitando-se, realmente, que fatos toleráveis ou adequados ao seio social, idealismos ou questões ligadas a moral sejam criminalizados, atua como verdadeira baliza da criminalização, nesse pensar, de fato temos que compactuar com a doutrina clássica sobre o assunto adiante. Junior e Lyra (1995, p. 156) sustentaram que: [...] a necessidade de um tratamento bifronte para a criminalidade. Assim, para os ilícitos de pequena monta, estabelece o caminho da descriminalização, enquanto que para as novas e graves infrações

à economia e contra os demais direitos difusos, bem como a criminalidade estatal (abuso de poder, corrupção, etc.), recomenda a via oposta, isto é, a da criminalização, destacando, entretanto que os Estados não deverão recorrer a leis de emergência que importem naquele terrorismo penal... e possam violar as conquistas do Direito Penal liberal, como, por exemplo, o princípio da legalidade.

Outrossim, surgiu o movimento da política criminal alternativa, uma mistura de correntes criminológicas com uma diversidade de tendências, certo de que surgidas contra as ideias da criminologia do conservadorismo ou positiva, de efeito, no Brasil o trabalho pioneiro foi do saudoso professor Roberto Lyra em sua “Criminologia Dialética”.

Noutra vertente, ainda na linhagem da política criminal, o movimento de desjudicialização ganha destaque na atual realidade da justiça brasileira. Desjudicializar ou desjudicialização nada mais significa dizer que é a faculdade posta às partes envolvidas numa lide ou conflito de solucionar seus problemas fora do âmbito do poder judiciário, eis que os processos caminham naturalmente em passos vagarosos, daí se tem a visão ou sensação de situação de injustiça, mormente, em decorrência da sobrecarga que assombra o Poder Judiciário, nessa linha, engessado a solucionar os conflitos de forma acelerada e eficiente. Nesse sentido, Martins (2021, p. 01):

A judicialização é um fenômeno claro, que dispensa apresentações. Comparativamente, o direito brasileiro ainda é tímido no debate sobre a desjudicialização, uma ferramenta bastante ativa em muitos ordenamentos jurídicos estrangeiros para solucionar controvérsias sem a necessidade de provocar nem sobrecarregar a jurisdição formal.

Concorda-se com a doutrina acerca da desjudicialização, pois, é preciso estancar o poder judiciário com métodos diversos do processo contencioso. Desjudicializar é simplificar a solução dos conflitos longe das barbas do poder judiciário, nesse diâmetro, os processos penais geralmente, evidentemente, oferecem riscos para todos os lados, além de lentos e caros em amplo sentido, assim sendo, os acordos penais

trazem um conjunto de motivos e razões para evitarmos levar problemas de menor gravidade ao crivo da jurisdição. É exatamente por força indelével da desjudicialização que as soluções diversas do processo penal formal propriamente dito, ganham plenitude.

Constata-se que, com a evolução dos pensamentos, a política criminal evoluiu em muito com o passar do tempo, se chegando então na era dos acordos penais, de efeito, anota-se que, a valer, aconteceu uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, eis que o Ministério Público ao invés de ter um poder-dever de atuar, todavia, não deixou de participar diretamente das questões penais possíveis de resolução sem a abertura do processo penal, mormente, transigindo mediante as condições por ele impostas aos averiguados e exerce a obrigatória fiscalização dos acordos negociais no âmbito penal para solução dos conflitos sociais que invadem a seara do direito penal.

Com efeito, os principais objetivos destes chamados acordos penais são a otimização da justiça penal, eis que com a solução extrajudicial dos conflitos penais a máquina estatal realiza verdadeira economia no seu erário, reduz o número de processos, atende as demandas da sociedade com eficiência, evita uma sensação de injustiça provocada com a demora de uma lide processual penal e beneficia de sobremaneira os acusados do cometimento de crimes, na exata medida em que estes ficarão livres do encarceramento, de modo que acertarão as contas com o Estado pelos seus ilícitos penais cometidos através de outras formas alternativas a prisão, indubitavelmente, com a necessária reparação do dano a vítima do delito.

### 1.5 Processo e consenso

O processo pode ser entendido como um instrumento formal para solução das contendas sociais, no entanto, nos tempos primitivos não havia interferência do Estado, nessa trilha, os duelos eram resolvidos por meio da autodefesa (o particular resolvia as confusões com sua força física, moral e econômica) e autocomposição (o particular solucionava os seus embates sem coerção), na realidade a justiça era feita pela própria mão humana. Anote-se a lição de Jardim (2001, p. 61), que diz:

[...] foi lento o caminho trilhado até chegarmos ao processo. Na Roma antiga, a participação estatal

na composição dos litígios era mínima. Os cidadãos acordavam perante o pretor em submeter o conflito de seus interesses a um terceiro cidadão, o árbitro. Tal acordo de vontades frente ao pretor, e que delimitava a controvérsia, chamava-se de *liscontestatio*. Posteriormente, o pretor chamou a si a incumbência de nomear o árbitro para decidir o mérito da lide, trazida contratualmente à sua autoridade [...] passou [...] o Estado em substituição à atividade das partes para, de fora segura e imparcial, resolver o litígio e restabelecer a ordem na vida social. Fácil de ver como o processo é uma resultante da evolução gradativa, natural e necessária do progresso civilizatório.

Explica-se que processo é o Instrumento pelo qual o Estado na pessoa de um juiz em caráter substitutivo ao atuar particular, diz o direito de forma definitiva a outrem, certamente, é o meio legal de solução formal de conflitos jurídicos, o qual por meio dos seus procedimentos caminhará até o destino de um caso concreto. Com efeito, aqui devemos tratar do processo penal, que tem como ideia principal a atribuição de uma pena ao culpado, ou, absolvição do inocente. Carnelutti explica (2018, p.17):

O processo penal sugere a ideia de pena; e esta, a ideia do delito...o processo penal se faz para castigar os delitos; inclusive para castigar os crimes; A propósito do qual se recorda que não castigam apenas os delitos, mas também essas perturbações menos graves da ordem social, que se chamam contravenções...a palavra “processo”, talvez nos tenha deixado descobrir um pouco do seu segredo. Trata-se, em honra da verdade, de um proceder, de um caminhar, de um percorrer um longo caminho, cuja meta parece assinalada por um ato solene, com o qual o juiz declara a certeza, quer dizer, diz que é certo: o quê? Uma dessas duas coisas: ou que o imputado é culpado ou que o imputado é inocente; meditemos também estas duas hipóteses. Se for inocente, o processo, na verdade, está terminado e todos têm a impressão de que terminou da melhor maneira. Mas a verdade é que, neste caso,

a máquina judiciária trabalhou com prejuízo, e tal prejuízo consiste não apenas no custo do trabalho realizado, mas sobretudo, no sofrimento daquele a quem o processo foi imputado e muitas vezes até foi encarcerado, quando nada disto deveria ter sido feito com ele; sem falar que não raras vezes, para sua vida foi uma tragédia, se não uma ruína. A partir de agora deveis compreender que a chamada absolvição do imputado é a quebra do processo penal: um processo penal que se resolve com uma sentença como esta é um processo que não deveria ter sido feito, e o processo penal é como um fuzil que muitas vezes emperra quando não solta o tiro pela culatra.

O processo é iniciado por meio de uma ação, pela qual se entende que é o direito que todo cidadão tem de buscar amparo junto ao Estado-Juiz, sempre que sentir ameaça de lesão ou sofrer violação nos seus bens, nos seus interesses e nos seus direitos, nessa estrada, O cidadão ele vai até a justiça para solucionar seus problemas que não conseguiram ser resolvidos na esfera amigável por meio do exercício do seu direito de ação, pelo deduzira sua pretensão em Juízo para que o poder judiciário lhe preste um serviço público de defesa dos seus direitos. Sobre o assunto, Jardim (2001, p. 60) ensina:

A função jurisdicional, exercida através do processo, é, sob certo aspecto, uma resultante da disputa acirrada dos homens pela posse dos bens materiais, impondo ao Estado uma composição autoritária e imparcial dos conflitos daí emergidos. Para tal, o Estado cria regras de caráter geral e abstrato, disciplinando a ordem econômico-social, esperando dos súditos o cumprimento espontâneo do Direito, malgrado os interesses em choque. Não obtida a realização voluntária d ordem jurídica, faculta-se ao interessado venha ao Poder Judiciário pedir a composição forçada do conflito, deduzindo uma pretensão insatisfeita ou resistida.

Por certo, a linha desta pesquisa é totalmente voltada para o campo penal, sendo assim, quando nos referimos a processo tratamos do penal, por conseguinte, nele temos que as ações necessárias para a

atuação do Estado-Juiz são classificadas em públicas (maior interesse do estado), privadas (maior interesse da vítima) e condicionadas mediante a representação (depende de autorização da vítima para agir estatal).

Frise-se que, os enredos conflitantes envolvendo infrações de menor potencialidade e de média ofensividade estão andando na direção da consensualidade, visto que novos horizontes abriram caminho em nossa moderna legislação para a vinda dos acordos penais extrajudiciais e judiciais, com isso, consoante os comentários anteriores, é clarear-se a presença da economia processual estatal, da mitigação da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, da precaução de riscos para as partes, em especial,

De certo, o Código de Processo Civil já previa em seu art. 331 uma audiência preliminar para conciliação das partes, atualmente, constante no seu art. 334. O consenso é uma forma amigável de resolução de uma questão conflitante entre as partes. Na prática, no Brasil, a política criminal via de regra é baseada numa política repressiva ou retributiva-punitiva, mormente, porque há muito vivemos com os malsinados bordões de efeito políticos eleitoreiros. Acredita-se que com a advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, de fato, houve o enfraquecimento desse modelo punitivo, daí se tem as primeiras linhas de consenso em nosso processo penal. Nesse sentido, Aguiar leciona (1997, p. 68):

O domínio tradicional e histórico da pena de prisão perante os princípios fundamentais do direito penal chegou a se tornar intocável, malgrado já tivesse o penalista tomado consciência de ser a pena de privação da liberdade com que com que o Estado reage contra o crime, um mal e infortúnio não só para o condenado, mas também para o próprio Estado e a sociedade, tão dispendiosa escola do próprio crime que se revela.

Constata-se que as medidas despenalizadoras nascem no Brasil com o surgimento da Lei n. 9099/1995. Os modelos de consenso de justiça criminal foram instituídos por diversas leis brasileiras: Lei n. 8137/90 (crimes contra ordem tributária, a ordem econômica e a relação de consumo); Lei n. 9099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais); Extinta Lei 9034/1995 (Lei do Crime Organizado), atualmente Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas);

Lei 9807/1999(Lei de Colaboração Premiada); Lei n. 12.846/15(Lei Anticorrupção Empresarial; e, finalmente, a Lei n. 13.964/2019(Pacote Anticrime), que inseriu o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no artigo 28A, do Código de Processo Penal (CPP).

## 1.6 Os acordos negociais

A judicialização e o acesso à justiça têm sido temas recorrentes nos estudos jurídicos. Ao mesmo tempo, coloca-se a questão da utilização de meios consensuais de pacificação social como métodos alternativos à decisão judicial. A Constituição Federal Brasileira de 1988 garante o acesso à justiça, bem como dispõe sobre a aplicação imediata de uma série de direitos fundamentais. Contudo, por inércia ou mesmo em razão de omissão de poderes políticos, além de limites jurídicos e econômicos, esses direitos acabam não sendo realizados, o que resulta na judicialização de conflitos, o que pode ser identificado como uma das causas mais expressivas da crise no Judiciário nacional contemporâneo.

Por isso, urge a utilização de meios alternativos e consensuais de resolução de conflitos para a efetivação dos direitos fundamentais, pois acesso à justiça não significa apenas acesso ao Poder Judiciário, nem à prestação jurisdicional monopolista do Estado Juiz, como será demonstrado neste capítulo, que visa delinear os aspectos relativos a este importante direito fundamental, dispondo, também, sobre os meios tidos por adequados para resolver os conflitos que surgem na sociedade.

O conceito de justiça sempre foi um tema muito debatido nas diversas ciências humanas. Ao longo dos anos, diferentes significados têm sido atribuídos a ela (SILVA, 2005), demonstrando o caráter subjetivo do termo, pois, segundo Casabona (2001), cada indivíduo possui uma compreensão pessoal do que é a justiça, que se constrói a partir de “[...] seus próprios parâmetros e suas íntimas convicções” (CASABONA, 2001, p. 84).

Para o Direito, pode-se compreender a justiça como sendo a proteção da dignidade e da vida humana e do respeito, “[...] a proibição da degradação do homem em objeto; o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; a exigência da igualdade de tratamento

e a proibição do arbítrio” (BACHOF, 1977, p. 1). Da mesma forma, a noção de justiça também pode estar vinculada ao acesso igualitário de todos ao judiciário, bem como à produção, a partir da prestação jurisdicional, de decisões individualizadas consideradas socialmente justas (CAPPELLETTI, 1994).

Voltando a atenção para o direito de acesso à justiça, uma vez que este é o objetivo deste subcapítulo, recorreremos a Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2022), segundo os quais, no direito brasileiro e no constitucionalismo, esse importante direito passou por possíveis fases a serem identificadas de acordo com a evolução ocorrida nos textos da Constituição do país. Nesse sentido, o autor afirma que, até a Constituição Federal de 1946, havia algumas limitações ao acesso à justiça no âmbito da legislação ordinária, tendo em vista que, à época, não havia previsão constitucional expressa para protegê-lo.

Isso, porém, mudou com o advento do texto constitucional de 1946, que passou a dispor expressamente no § 35 de seu artigo 141 sobre esse importante direito, reservando-lhe um enfoque bastante restrito, visando apenas mitigar a imposição de limites, conferindo proteção em determinadas matérias, como ocorreu com a Constituição de 1937 (SILVA; XAVIER, 2020). Em consideração a isso, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2022), a presença do acesso formal à justiça pode ser contemplada na proposta constitucional apresentada, expressa no texto do referido dispositivo, que ficou assim definido:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados (BRASIL, 1946).

Galvão (2017), por sua vez, afirma que, a seu ver, a Constituição de 1946, como Carta escrita segundo um viés liberal, visava garantir direitos e garantias individuais para toda a coletividade. A esse respeito, o autor afirmou:

Contudo, a Constituição de 1946 amplia de modo ainda mais direto a cidadania, ao abolir

os instrumentos que cerceavam as liberdades dos cidadãos no Estado Novo e ao ampliar seus direitos, garantindo-lhes a liberdade de associação sindical e, inclusive, o direito a greve, o direito de organização partidária, direito ao trabalho, de acesso à educação e a cultura etc. Assim, aliando uma preocupação democrática à inspiração liberal, essa Constituição restituiu aos cidadãos as liberdades civis políticas fundamentais, preservando ao mesmo tempo a conquista de alguns direitos estabelecidos no período anterior (GALVÃO, 2017, p. 62).

Posteriormente, na Constituição de 1967, foi contemplada a discussão sobre a prestação de assistência jurídica aos necessitados. Essa disposição constava do § 32 do artigo 150, que, embora parte integrante de texto com concepções liberais e democráticas favoráveis à efetivação desse importante direito, segundo Silva e Xavier (2020), foi redigida no contexto do Ato Institucional nº 5 - o AI-5, o mais ditatorial da época nos atos e medidas adotados.

Dentre elas, deve-se citar a possibilidade de intervenção da União nos Estados e nos Municípios; a suspensão de direitos políticos, com expressa violação da essência do Estado Democrático de Direito em que se estabeleceu a República Federativa do Brasil, e também a todos os cidadãos brasileiros especificamente, principalmente por ter suspenso direitos e garantias fundamentais - inclusive o direito de ação, a fim de afastar da competência do Poder Judiciário a análise de litígios que contrariassem as disposições nele contidas; e a dissolução do Congresso Nacional.

Também reduziu o alcance dos limites ao uso do Habeas Corpus, que deixou de ser aplicado como remédio constitucional para casos relacionados a crimes políticos, crimes cometidos contra a segurança nacional, contra a economia popular ou contra a ordem econômica e social (SILVA; XAVIER, 2020). Nesse sentido, são importantes as considerações de Galvão (2017, p. 66), quando afirma:

Em 13 de dezembro de 1968, o Ato nº 5 reinveste o presidente da República dos poderes institucionais anteriores, autorizando-o a suspender as garantias institucionais da magistratura, as imunidades parlamentares e o recurso do habeas-corpus, a

intervir nos Estados e municípios, cassar mandatos e suspender direitos políticos por dez anos, confiscar bens ilicitamente adquiridos no exercício da função pública, decretar estado de sítio sem audiência do Congresso, demitir ou reformar oficiais das Forças Armadas e policiais militares, além de promulgar decretos-leis a atos complementares, na ausência da atividade do poder legislativo, já que o recesso do Congresso Nacional poderia ser decretado inclusive por tempo indeterminado, como ocorreu precisamente na ocasião da promulgação do próprio Ato Institucional n° 5.

Com isso, o que temos é que, durante a vigência da Constituição de 1967, principalmente no período sob a égide das disposições implementadas por meio do AI-5, diversos direitos e garantias foram fortemente afetados, inclusive o acesso à justiça. Isso porque, como mencionado, o direito de ação foi restringido, garantindo que a justiça aplicada não correspondesse à legal, ou mesmo decorresse de uma decisão judicial. Anteriormente vinha do mesmo regime militar, que se fazia representar como membro do Poder Executivo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2022).

Em 1969, a Emenda n° 1 introduziu um novo texto para a Constituição do país, incorporando o AI-5 em seu escopo. É por isso que muitos começaram a chamá-la de “Constituição do Terror”. Durante a sua vigência, foram conferidos ao Presidente da República poderes de caráter excepcional, que lhe asseguravam inclusive o poder de modificar ou mesmo suspender a aplicabilidade da Carta Geral do País, ou seja, a Constituição, se assim o quisesse (GALVÃO, 2017).

No que diz respeito especificamente ao direito de acesso à justiça, este texto de 1969 não trouxe alterações profundas, mantendo-se, portanto, as disposições ali constantes sobre este direito fundamental como até então delineado. Ou seja, o cenário ainda era desfavorável para a população, à qual foi negado o direito de ação, pois estava condicionado ao esgotamento das possibilidades de solução administrativa (MORAIS et al., 2022). Segundo Cappelletti e Garth (1993), isso causou insatisfação na população, tendo também afetado negativamente o sistema, pois aumentou a morosidade já existente, impedindo assim a efetivação do direito de acesso à justiça.

Atualmente, contudo, o acesso à justiça é um direito fundamental inserido no texto constitucional de 1988, mais precisamente em seu inciso XXXV do artigo 5º, segundo o qual se tem disposição no sentido de que a lei não excluirá lesão ou ameaça ao direito da apreciação do judiciário (BRASIL, 1988). Greco (1998) cita os direitos fundamentais no seguinte sentido:

Antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos, ficando a proteção judiciária, através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano acionável, apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos (GRECO, 1998, p. 70).

De fato, ao analisar o contexto que se instalou a partir da promulgação, em 1988, de um novo texto para a Constituição Federal, que, consoante Morais et al. (2022), ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, se verá a experimentação de um alívio em relação ao que se viveu no período ditatorial. E isto é reflexo do resgate que se promoveu do Estado Democrático de Direito brasileiro, até então lacerado, instituindo direitos e garantias fundamentais que dantes haviam sido negados ao povo.

Assim, para este estudo, o que interessa é que, dentre os direitos novamente assegurados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, estava o direito de acesso à justiça, incluído no inciso XXXV do art. 5º, cuja redação é no sentido de que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Sobre isto, importantes também são as considerações de Morais et al. (2022), segundo quem a promulgação da Constituição de 1988 consolidou o Estado Social no país, já que diversos institutos jurídicos foram novamente incorporados em seu âmbito após incluídos nos textos constitucionais anteriores e suprimidos em algum momento foram efetivamente constituídos – como é o caso do direito de acesso à justiça. Para os autores, revelou-se, neste processo, um fenômeno muito parecido com o ocorrido com o que se deu durante a terceira onda renovatória propalada por Cappelletti e Garth (1993) em sua obra.

Reichel (2019), por sua vez, dispôs que, com a Constituição Federal de 1988, houve diversos dispositivos sobre o acesso à justiça no Brasil. Dentre estes, o autor destaca o Pacto Republicano, atualmente em sua terceira edição, que visa a construção de uma democracia sólida, em um significativo esforço conjunto para promover a modernização do judiciário.

Historicamente, cumpre lembrar que a primeira edição do Pacto Republicano ocorreu após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC 45/2004), que promoveu uma reforma do judiciário no Brasil. Seu principal objetivo seria a promoção de um esforço conjunto para viabilizar a construção de um judiciário mais ágil e sensível às demandas que são advindas da cidadania, especialmente as relacionadas à impressão de celeridade na aprovação de projetos de lei que tinham por propósito promover o aperfeiçoamento do judiciário no país (MORAIS et al., 2022).

Desta iniciativa, os resultados obtidos foram a implementação de mecanismos que visam promover maior agilidade ao Judiciário, como ocorreu com a regulamentação da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral, que se deu por meio da edição das Leis n. 11.417 e n. 11.418, respectivamente, ambas de dezembro de 2006 (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2022). Já a segunda edição do Pacto Republicano foi assinada em abril de 2009, com os seguintes objetivos estabelecidos:

- I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados;
- II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;
- III - aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2009).

Nesta segunda edição, os temas prioritários incluíram a proteção dos direitos fundamentais e humanos; a eficácia e agilidade da medida judicial; e o caráter universal do acesso à justiça (BRASIL,

2009). Uma terceira edição do Pacto Republicano foi concebida para dar continuidade ao que havia sido construído até então, a fim de consolidar o processo iniciado com a tentativa de modernização da máquina judiciária (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2022). A esse respeito, relatam-se trechos do discurso do Ministro Cezar Peluso sobre o III Pacto Republicano:

Senhora Presidente, tomo a liberdade de lançar aqui, de modo formal, a ideia de firmarmos o III Pacto Republicano, para, em substância, dar continuidade ao processo de aprimoramento da ordem jurídica e consolidar a modernização da máquina judiciária. Alguns temas já começam a amadurecer, como a modificação da natureza dos recursos extraordinários, para efeito de lograr razoável duração das causas judiciais e restaurar a certeza do Direito e a credibilidade da Justiça. Com estrito respeito a todas as garantias constitucionais, como o duplo grau de jurisdição, a ampla defesa, a coisa julgada e os demais princípios inerentes à cláusula do devido processo legal, tal proposta tende a eliminar, entre muitos outros inconvenientes, manobras processuais que retardam o cumprimento de sentenças e impedem o exercício de um dos direitos mais fundamentais dos cidadãos, aliás, objeto agora de ostensiva regra constitucional: o acesso a uma Justiça rápida e eficiente. [...] As perspectivas do Poder Judiciário, para este ano de 2011, são ambiciosas. Mas, sozinhos, não poderemos concretizá-las na plenitude de suas forças. Não é por acaso que a Constituição prescreve, como afirmação, programa e tarefa, que os Poderes são independentes, mas não podem deixar de ser harmônicos entre si. Se assim tem sido neste já algo longo período de estabilidade político-democrática, que é também obra inegável da atuação do Judiciário, a quadra histórica pede-nos um passo além na construção, não apenas de uma nova consciência cívica, mas sobretudo de uma revigorante cultura de solidariedade, interação e respeito institucionais entre os Poderes, nos limites que nos outorga a Constituição da República (BRASIL, 2009).

De fato, analisando sua configuração atual, é possível contemplar no direito processual um aspecto que implica um esforço efetivo e amplo para promover o acesso à justiça e um judiciário acessível a todos, abrangendo também todo tipo de questão, tanto individual quanto coletiva. Tudo isso visando o bem da pessoa que, no direito brasileiro, é titular de um importante direito fundamental conforme definido na legislação brasileira vigente. Assim, em meio a esse contexto, há, portanto, uma atividade judiciária que se volta para a produção de resultados individuais, buscando, com isso, satisfazer os interesses do cidadão, de caráter socialmente equânime, para honrar o interesse da coletividade.

Assim, ao longo dos anos, sempre houve duas formas de buscar a justiça: a pacífica, assim concebida a que é conduzida por meio de negociação direta ou por terceiro imparcial, e a contenciosa, que é decorrente de decisão proferida pelo Estado (MENDONÇA, 2004). Neste estudo, pretende-se delinear os aspectos relativos à resolução consensual de conflitos, que se enquadram, portanto, no formato de negociação pacífica. Eles serão discutidos no subcapítulo seguinte. Antes de passarmos especificamente ao ponto central desta parte do estudo, propomos uma incursão nos tipos de conflito e nos impactos que eles promovem, passando, na sequência, a abordar métodos alternativos de acesso à justiça, incluindo a arbitragem.

Primeiramente, há que se considerar que o conflito surge quando é necessário escolher entre situações que podem ser consideradas incompatíveis. Trata-se, pois, de um conjunto de palavras que refletem os significados de divergência, desacordo, desaprovação, dentre outros sinônimos que demonstrem a não equalização e seguimento de preceitos. Trata-se, portanto, de um fenômeno subjetivo, muitas vezes de difícil percepção ou até mesmo inconsciente (SCAPIN, 2019).

Situações de conflito podem ser resultado de tensões envolvendo pessoas ou grupos quando há tendências ou interesses incompatíveis. Assim, só existe conflito se existir uma relação próxima entre as partes de forma a justificar esse mesmo conflito, como muitas vezes se verifica entre pais e filhos, empregadores e trabalhadores. Uma coordenada que caracteriza o conflito é o estado de insatisfação das partes, insatisfação que pode ter múltiplas origens como, por exemplo, a divergência de interesses, o desacordo de pontos de vista,

o compartilhamento de recursos escassos, a disputa pelo poder etc. (NALINI, 2018).

Neste âmbito, o conflito social é entendido como sendo um núcleo de mudança e dinâmica social, caracterizando-se o conflito como uma manifestação das interações sociais (SCAPIN, 2019). De qualquer forma, o que temos é que o conflito é inerente à condição humana, podendo representar uma oportunidade de construção de diálogo e cooperação. Portanto, se gerenciado de forma eficaz, ele pode conduzir ao restabelecimento de relacionamentos e à colaboração; ao contrário, porém, como bem explicita Scapin (2019), pode-se ocasionar desajustes nas relações interpessoais e até mesmo provocar atos de violência.

Por outro lado, as práticas restaurativas trazem procedimentos, habilidades e práticas proativas capazes de contribuir para promover melhorias na prevenção e na resolução positiva de conflitos em geral, facilitando, assim, o desenvolvimento de boas relações no espaço social. Tratam-se, pois, conforme Torrego (2003), de ferramentas simples em termos de recursos e profundas nas relações de convivência, pois dão particular ênfase ao desenvolvimento de valores sociais e morais importantes para os indivíduos, tais como empatia, respeito, responsabilidade social, interconectividade, autodisciplina, dentre outros.

Assim, o que se tem é que, no cotidiano social, o conflito deve ser concebido como sendo algo inevitável, devido às especificidades que cada indivíduo possui. A forma como se tenta resolvê-lo pode, ainda, ser uma experiência competitiva/destrutiva ou, de outro lado, uma oportunidade que permita o crescimento dos envolvidos no conflito (NALINI, 2018). Por esta razão, compreender a origem do conflito é condição essencial para sua resolução.

Segundo Crawford e Bodine (1996), quando ocorre um conflito, geralmente, uma das preocupações intrínsecas do indivíduo é a tentativa de satisfazer as suas necessidades básicas. Com isso, conforme os autores, ele prolonga o conflito até que haja um acordo ou a sua necessidade seja enfim satisfeita. Diante disso, para os autores, assim como para Torrego (2003), a origem do conflito poderia ser explicada a partir de três fontes: escassez de recursos (tempo, dinheiro e propriedade), valores diferentes (crenças, prioridades e princípios), e as seguintes necessidades psicológicas básicas:

- a) **Pertencimento:** receber, oportunidades de compartilhar e colaborar, usando o amor e a amizade;
- b) **Poder:** capacidade de ser reconhecido e respeitado;
- c) **Liberdade:** capacidade de fazer escolhas livres na vida; e
- d) **Prazer:** capacidade de rir e se divertir.

Abordar conceitualmente o termo “conflito” é necessário para a compreensão de sua extensão. Assim, uma definição para o que ele representa é tida em Nalini (2018), segundo quem trata-se este de um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem devido a objetivos individuais, interesses ou objetivos que são por elas percebidos como sendo mutuamente incompatíveis.

De maneira geral, segundo Scapin (2019), a concepção do que é conflito, ao longo dos anos, apresentou pelo menos três (3) abordagens principais: a abordagem tradicional, a abordagem comportamental, e a abordagem interacionista. A abordagem tradicional prevaleceu entre as décadas de 1930 e 1940. Nessa abordagem, o conflito deve ser evitado, pois é entendido como algo destrutivo, violento e irracional. Nesse ponto, esse fenômeno é entendido como sendo um sintoma de perturbação no processo de comunicação dentro do grupo, onde prevalece um clima de tensão e agressão (SCAPIN, 2019).

Já a abordagem comportamental, estabelecida nas décadas de 1940 a 1970, contemplava o conflito como algo que é inerente a todos os grupos ou organizações. Assim, sob esse ponto de vista, o conflito deve ser aceito, já que, para a concepção disseminada a partir desta abordagem, trata-se o conflito de um catalisador para a promoção de melhorias do desempenho (SCAPIN, 2019).

A abordagem interacionista, vigente desde a década de 1970 até os dias atuais, considera o conflito como algo natural. Por esta razão, ele é incentivado, pois a harmonia pacífica tenderia a tornar um grupo estático, apático e desmotivado. Representa, pois, um sinal de vitalidade, e pretende ser responsável pelo processo criativo e construtivo. Assim, quando há conflito, há também a garantia de que a motivação e o interesse pelas questões sejam mantidos, ainda que com ideias divergentes (SCAPIN, 2019).

Segundo Berg (2012), existem diferentes tipos de conflitos existentes sendo possível classificá-los de acordo com o nível de abrangência das partes envolvidas em conflitos intrapessoais (o conflito ocorre

dentro da mesma pessoa), interpessoais (entre pessoas), intrapessoais (conflitos ocorridos dentro de um mesmo grupo), e intergrupos (que ocorre entre grupos). Ainda de acordo com o autor, pode-se igualmente conceber o conflito como endoconflito (um conflito consigo mesmo) e exoconflito (um conflito fora da consciência da pessoa com outra(s) pessoa(s)).

Nalini (2018) também apresenta classificação de grande valia, ao destacar possibilidade de separar os conflitos conforme o tipo de relação que se estabelece entre as partes conflitantes: família, vizinhança, escola, comércio, trabalho, e situações conflituosas que envolvem órgãos públicos. Nesse sentido, os conflitos comunitários, segundo o autor, podem derivar de cada um desses tipos de relacionamento, pois todos implicam em um desconforto presente em um processo de socialização em determinada comunidade.

Para este estudo, serão considerados apenas os chamados conflitos intrapessoais ou intrapsíquicos, interpessoais e intergrupais. O conflito intrapessoal é a situação em que há pelo menos duas necessidades simultâneas em que a satisfação da primeira implica na insatisfação da segunda, empurrando a ação da pessoa em direções diferentes, causando, assim, um desconforto (NALINI, 2018). Para Lewicki, Saunders e Barry (2014, p. 20) trata-se do conflito que reside na:

[...] disparidade de ideias, pensamentos, emoções, valores, predisposições ou motivações. Queremos um sorvete, mas sabemos que ele tem muitas calorias. Ficamos irritados com nosso chefe, mas tememos expressar essa raiva porque ele pode nos demitir por insubordinação.

Portanto, do ponto de vista de Lewicki, Saunders e Barry (2014), é possível compreender que o conflito intrapessoal ou intrapsíquico é assim chamado porque seu ambiente de ocorrência é a mente humana. Segundo Berg (2012), esse tipo de conflito é a forma como a pessoa lida consigo mesma, são preocupações, dissonâncias pessoais do indivíduo, e se reflete em um abismo entre o que se diz e o que se faz, ou contraste entre o que se pensa e como se age. Segundo o autor, o conflito intrapessoal pode levar uma pessoa a certos estados de estresse e atrito.

O conflito interpessoal, diferentemente do conflito intrapessoal,

ocorre entre pessoas, entre grupos, devido a diferenças de opiniões, necessidades, interesses etc. (LEWICKI; SAUNDERS; BARRY, 2014). É, portanto, o que acontece entre indivíduos, quando duas ou mais pessoas abordam uma situação de forma diferente. Para Bacal (2004), o conflito é uma consequência do relacionamento interpessoal de membros de um mesmo grupo (intragrupo) ou de grupos diferentes (intergrupo). Conflito intergrupar, portanto, refere-se a divergências ou inconsistências entre membros, seus representantes ou líderes de dois ou mais grupos (LEWICKI; SAUNDERS; BARRY, 2014). Ou seja, membros de dois grupos distintos têm pontos de desacordo entre si.

Historicamente, pode-se notar que desde o momento do nascimento o indivíduo já é membro participante das organizações. A família é o primeiro contato do ser humano com o mundo e já começa a influenciar suas percepções em relação ao meio que o cerca. Mais tarde, na escola, no trabalho e em qualquer tipo de organização isto não será diferente (FERRI; CAMPOS, 2018).

O fato é que as atividades dos indivíduos são fortemente influenciadas pelos grupos sociais com os quais convivem. Vários hábitos e atividades são adquiridos nesses grupos informais, onde cada indivíduo tem um ou mais papéis a desempenhar. O indivíduo estará sempre em uma dinâmica de relações interpessoais. Sua socialização com outras pessoas indicará a necessidade de adotar determinados modelos considerados aceitos no grupo. Caso contrário, o ser humano entra em conflito com o grupo (FERRI; CAMPOS, 2018).

Para Martin e Bergman (1996), um dos aspectos importantes da história humana tem sido a luta contínua para aprender a viver e trabalhar com os outros de forma produtiva e construtiva. E o conflito para eles seria um resultado natural da interação humana, qualquer que fosse o ambiente. No mesmo sentido, seguem Constantino e Merchant (1997), segundo quem o conflito é um sistema, um produto social, um processo interativo particular presente nas relações, sendo consequência da interação humana.

Segundo Robbins (2005), tal concepção de conflito remete ao período entre o final da década de 1940 e meados da década de 1970, quando a Escola de Relações Humanas assumiu que o conflito era uma consequência natural em grupos e organizações e, claro, inevitável, razão pela qual deveria ser aceito. Para essa linha de teoria, o conflito

não seria necessariamente negativo, de forma que sua existência, a seu ver, poderia ser racionalizada. Em outras palavras, para Robbins (2005), o conflito poderia ser potencialmente uma força positiva para o desempenho do grupo, havendo, portanto, ocasiões em que ele poderia ser benéfico.

Ainda de acordo com Robbins (2005), a Escola de Relações Humanas, no âmbito das Teorias da Administração, fez com que a preocupação com a máquina, o método de trabalho, a organização formal e os princípios de administração priorizassem as relações entre as pessoas e os grupos sociais, englobando desde aspectos técnicos e formais até os psicológicos e sociológicos. Neste contexto, conforme o autor, os transtornos seriam vistos como desajustes individuais, razão pela qual o tipo de abordagem proposto pela Escola de Relações Humanas teria, a seu ver, caráter paternalista.

Burbridge e Burbridge (2012), por sua vez, defendem que a natureza de um conflito pode ser contemplada a partir de três categorias distintas: a primeira, como sendo oriunda do comportamento humano, que é a parte mais complexa e integral de qualquer tipo de conflito, pois cada um tem seu universo próprio composto por uma matriz de sentimentos, reações e pensamentos; a segunda, de que tem origem estrutural, referindo-se a regras, políticas e procedimentos e, em particular, fluxos de informação, que podem ser parcialmente responsáveis por grande parte dos conflitos desnecessários; a terceira, de que sua origem é externa, o que implicaria afirmar que são os conflitos vêm do mundo externo e impactam os indivíduos.

Segundo Robbins (2005), as evidências indicam que, nas empresas, enquanto os conflitos relacionais são, na maioria das vezes, prejudiciais a grupos ou organizações, baixos níveis de conflito de processo – condução racional de uma atividade, e tarefas – para realizar um trabalho específico – em geral são úteis. No entanto, deve-se considerar que os conflitos muitas vezes não são interpretados de forma positiva, criando uma oportunidade para corrigir processos organizacionais que podem parecer estar funcionando satisfatoriamente. Nesse sentido Bacal (2004), tratando de conflitos no nível organizacional, ressalta a necessidade de conhecer a natureza do conflito para que seja possível implementar uma gestão mais efetiva desse processo. Assim, segundo o autor, haveria dois pontos de vista para avaliar o processo

de conflito: um bom e outro ruim.

A visão negativa sugere que o conflito pode causar diferentes reações no ambiente em que se materializa. Focalizando suas considerações no ambiente organizacional, o autor afirma que essa visão está centrada na noção de que as organizações são criadas para atingir metas e objetivos, com uma definição perfeita de tarefas, responsabilidades, autoridades e demais funções e que, nessa formação, os conflitos poderiam suscitar o surgimento de processos (BACAL, 2004).

O ponto de vista positivo estaria relacionado ao aspecto questionador dos processos de conflito, como forma de estimular os membros da organização a aumentar seus conhecimentos e habilidades, bem como contribuir para processos inovadores dentro de suas organizações (BACAL, 2004).

Sob esse ponto de vista, novamente de acordo com Bacal (2004), os conflitos seriam construtivos quando contribuíssem para promover melhorias à qualidade das decisões, estimulassem a criatividade, a inovação, o interesse e a curiosidade entre os membros da equipe, fornecendo, ainda, meios pelos quais fosse possível expressar problemas, aliviando tensões e promovendo um ambiente de autoavaliação e mudança.

De qualquer forma, o que temos é que o conflito deve ser percebido pelas partes envolvidas; assim, tomando-se as considerações de Burbridge e Burbridge (2012) e Berg (2012), considerar se há ou não um conflito é uma questão de percepção. Assim, pela concepção dos autores, se ninguém está ciente de sua existência, é costume estabelecer que o conflito não existe. Outras características comuns nas definições apresentadas pelos autores são oposição ou incompatibilidade a alguma forma de interação. Esses fatores estabelecem as condições que determinam o ponto de partida do processo de conflito.

Etimologicamente, destaca Berg (2012) que a palavra conflito deriva do latim *conflitus*, que significa um choque entre duas coisas, um choque de pessoas ou de grupos opostos que estão lutando entre si. Em suma, pois, representa um choque entre duas forças opostas. Aplicando-o à realidade, o autor enfatiza que o conflito é um estado antagonico de ideias, pessoas ou interesses, revelando-se fundamentalmente como a existência de opiniões e situações divergentes ou incompatíveis. Neste sentido, na sua opinião, o conflito no tempo presente

seria inevitável e sempre evidente. No entanto, ainda segundo Berg (2012), compreendê-lo e saber como lidar com situações conflituosas é essencial para o sucesso pessoal e profissional do indivíduo ou de um negócio.

Sobre isso, Burbridge e Burbridge (2012) argumentam que os conflitos são naturais e, em muitos casos, necessários. Isso porque, para eles, uma situação conflituosa é o motor que impulsiona as mudanças, ainda que muitos sejam desnecessários e destruam valores, causando danos a todos os envolvidos e afetados de alguma forma. Neste contexto, portanto, de acordo com os autores, o principal desafio seria identificar conflitos produtivos e contraproducentes e gerenciá-los, na medida em que possam se tornar oportunidades ou perigos, respectivamente.

Em virtude de seu modelo de organização social, as sociedades comunais (comunidades indígenas e sociedades europeias pré-estatais) privilegiavam práticas de regulação social voltadas para a manutenção da coesão grupal. Nelas, os interesses coletivos prevaleciam sobre os interesses individuais, de modo que a transgressão de uma regra provocava reações visando restabelecer o equilíbrio rompido. Para que isso ocorresse, buscava-se encontrar uma solução rápida para o problema. Embora as formas punitivas (vingança ou morte) não fossem excluídas, as sociedades comunais tendiam a aplicar alguns mecanismos capazes de conter toda a desestabilização do grupo social (FERRI; CAMPOS, 2018).

Traços dessas práticas reintegrativas, restaurativas, negociáveis e contrárias podem ser encontrados em muitos códigos emitidos antes da era cristã primitiva. Como exemplo, citem-se os Códigos de Hamurabi (1700 a.C.) e Lipit-Ishtar (1875 a.C.), que prescreviam em seu corpo medidas de restituição para crimes contra o patrimônio. O código sumério (2050 a.C.) e o de Eshunna (1700 a.C.) previam a restituição em caso de crimes violentos (VAN NESS; STRONG, 1997). Tais preceitos também podem ser observados entre os povos colonizados da África, América do Norte e do Sul, Áustria e Nova Zelândia, bem como entre as sociedades pré-estatais da Europa, como destaca Jaccoud (2005).

O movimento de centralização dos poderes (principalmente devido ao advento das monarquias de direito divino) e o surgimento dos

Estados-nação modernos, contudo, reduziram de forma considerável essas formas de justiça negociada. Nesse contexto, o nascimento do Estado coincidiu com o afastamento da vítima do processo penal e com a quase extinção das formas de reinserção social nas práticas da justiça habitual (DUPONT-BOUCHÂT, 1999). Nos territórios colonizados, tornou-se necessário que os colonizadores criassem estados-nação para neutralizar as práticas consuetudinárias por meio da imposição de um sistema jurídico único e unificado (JACCOUD, 2005).

Apesar dessa imposição, as práticas tradicionais de resolução de conflitos dessas empresas não se extinguíram completamente. De fato, o ressurgimento contemporâneo de modelos restaurativos em estados formados durante um processo de colonização esteve, em parte, ligado aos movimentos de reivindicação dos povos indígenas, que exigiam que a administração da justiça estatal respeitasse suas concepções de justiça (JACCOUD, 2005), mas também a problemas endêmicos de superpopulação indígenas em instituições penais e de proteção social.

Por outro lado, seria errado afirmar, como alguns fazem, que a justiça restaurativa se originou das práticas tradicionais dos povos indígenas. Os vestígios de uma justiça voltada para a reparação não são um apêndice exclusivo dos povos indígenas, mas das sociedades comunais em geral. O fato é que as práticas restaurativas das sociedades controladas municipais e pré-estatais estão mais relacionadas à estrutura social do que à cultura. Nesse contexto, os ADRs surgiram nos Estados Unidos da América - EUA com o objetivo de resolver disputas de forma mais eficiente e econômica, envolvendo menores riscos, e promovendo melhores resultados (FUSSI; FREITAS, 2020).

Os meios consensuais de resolução de conflitos são, na maioria dos casos, a melhor solução para os indivíduos resolverem os seus conflitos. No entanto, eles não podem ser considerados como a única forma de “buscar justiça”. Nesse sentido, a solução para o acesso efetivo à justiça seria por meio de soluções integradas (BARROS, 2018). Com isso, todos os conflitos devem ser enfrentados, sempre buscando melhorar o acesso à justiça para os mais necessitados, promover o aprimoramento das normas jurídicas, prever regras diferenciadas de gestão de conflitos por meio de técnicas especializadas, como forma de ter acesso à justiça (TARTUCE, 2020).

O fato é que o Poder Judiciário tem, no Estado Democrático

de Direito, desempenhado um papel institucional ativo, sobrepondo-se ao Poder Executivo e assumindo o papel de Poder Legislativo: com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, o magistrado não tem apenas resolver que conflitos intersubjetivos; antes, ele também é chamado a decidir sobre questões de natureza social, política e econômica. A análise desse tema permeia a relação direito-política, considerando-se as transformações ocorridas no Estado em função do processo de globalização e de uma maior atuação do Judiciário no que diz respeito às questões sociopolíticas (SILVA, 2014).

Neste novo modelo prevalece a centralidade da Constituição e o primado judicial, como tal entendido o primado de um tribunal constitucional ou de um tribunal supremo na interpretação definitiva e vinculativa das normas constitucionais. A interpretação e aplicação da Constituição Federal é exercida pelo Poder Judiciário - o direito constitucional brasileiro contemporâneo tem como uma de suas principais características a importância atribuída ao Poder Judiciário (TASSINARI, 2012).

Nesse sentido, a ascensão do Judiciário no Brasil se deu a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988, que consagra o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado instituído para promover a efetivação dos direitos sociais fundamentais (STRECK, 2013). O legislador constituinte estabelece regras programáticas que regulam a ação política do Estado de Bem-Estar:

[...] a Carta Magna vai ao encontro da moderna tendência de positivação de princípios constitucionais e de direitos sociais, bem como institui vias de ação, através do controle difuso e concentrado, a serem submetidas à apreciação da Suprema Corte, vinculando os demais poderes às suas prescrições e valorações, o que permite que uma gama de pretensões seja direcionada ao Judiciário, ampliando, assim, sua atuação. A expansão do Poder Judiciário, todavia, não se encontra restrita ao alargamento da jurisdição constitucional, mas decorre, principalmente, do domínio progressivo da produção de políticas públicas e de normas pelos tribunais na tentativa de suprir a ineficiência dos Poderes Legislativo e do Executivo submersos em uma crise de representatividade e legitimidade (SANTOS, 2015, p. 194).

Assim, cada vez mais, questões que antes eram reivindicações políticas são transformadas em disputas judiciais, consolidando o fenômeno que ficou conhecido como natureza judicial da política. O Poder Judiciário assume não apenas o papel de guardião da Constituição Federal, mas também de protagonista da efetivação e efetivação dos direitos sociais e garantias constitucionais, passando a exercer funções políticas, diante da inércia ou omissão dos poderes Legislativo e Executivo. É uma tendência contemporânea delegar maior poder de decisão aos Tribunais Constitucionais, sobretudo em questões políticas (SANTOS, 2015).

Isto se deu com maior vigor a partir da redemocratização promovida no Brasil pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Foi, pois, a partir desta Carta que surgiu a judicialização das relações sociais, juntamente com a ampliação das hipóteses de atuação do Poder Judiciário, que se tornou a partir de então, de fato, um poder político, capaz de implementar medidas para fazer cumprir o que determinam as leis e a Constituição, contribuindo para o aprimoramento da democracia (OLIVEIRA; TASSINARI, 2014).

Sobre isso, Barroso (2012) dá importante contribuição ao destacar que, neste contexto, com o desempenho de tais atribuições, os riscos à legitimidade democrática são reais, pelo fato de os membros do Judiciário não serem eleitos. Contudo, a seu ver, se existem riscos, eles são mitigados na medida em que a Constituição e as leis são respeitadas, já que os magistrados não agem por vontade política própria, mas como representantes, por efeitos indiretos da vontade popular. Nesse sentido, seguem Oliveira e Tassinari (2014, p. 76-77), que destacam:

Essa tendência judicializante que se verifica nas sociedades atuais é típica das democracias de massa e tem seu paroxismo apresentado no contexto atual. Sua manifestação não obedece, diretamente, aos desejos do órgão judicante. Pelo contrário, ela se apresenta como furto de contingências político-sociais. No âmbito político, fenômenos como o dirigismo constitucional e a inflação legislação contribuem para aumentar o espaço de interferência (possível) do Judiciário no âmbito de regulamentação projetado pelo texto da Constituição e do manancial legislativo lato senso (Leis, Medidas Provisórias, Regulamentos, Portarias etc.).

A separação dos poderes adquire um novo paradigma no constitucionalismo contemporâneo, que influencia o neoprocessualismo: a Constituinte afirmou no texto máximo uma maior autonomia e independência do Judiciário entre seus artigos 92 a 100 (BRASIL, 1988). Assim, diante deste novo contexto, tem-se um cenário em que a inércia executiva e a inatividade do Legislador passaram a ser providas pelo Judiciário, justamente por meio da utilização dos mecanismos legais previstos pela Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito (STRECK, 2013).

Assim, não bastaria a constitucionalização de um grande catálogo de direitos fundamentais, há necessidade de implementá-los. Na medida em que uma questão – seja ela um direito individual, um benefício estatal ou uma finalidade pública – é regida por um dispositivo constitucional, torna-se potencialmente uma demanda judicial, que pode ser formulada na forma de ação judicial (BARRSO, 2012).

Assim, o Judiciário, chamado a corrigir distorções políticas, tem se manifestado na medida em que tem a responsabilidade de perseguir objetivos sociais constitucionalmente pré-estabelecidos e de controlar as funções políticas dos demais poderes. É nesse contexto que o acesso à justiça e a judicialização dos conflitos passaram a estar diretamente relacionados à atividade judiciária. É, portanto, nesta perspectiva que será elaborado o subcapítulo seguinte, no qual procuramos contrastar aspectos da justiça consensual com o modelo contencioso.

A noção de justiça consensual (conciliatória ou de convivência) deve levar em conta o contexto em que o conflito está imerso, para enfrentar essa situação conflitiva (CAPPELLETTI, 1994). Portanto, este modelo recomenda a adoção de meios para desenvolver nas partes uma predisposição para celebrar acordos (SALLES, 2006).

A lógica do caminho consensual está atrelada a uma agenda colaborativa, na qual as partes envolvidas têm autonomia para dialogar sobre o conflito e tratar de questões voltadas para o futuro e não apenas para o passado, onde o terceiro (mediador/conciliador/árbitro) é apenas um facilitador dessa comunicação e não decide sobre o mérito da questão, mas apenas permite que o diálogo obtenha resultados produtivos (TARTUCE, 2020). A natureza do conflito é “ganha-ganha”.

Porém, no modelo contencioso (judicial), as pessoas são como partes opostas, que disputam posições (vencedores/perdedores),

analisam os fatos focados no passado, portando-se o terceiro como alguém que decide de forma impositiva. A natureza do conflito é produzir um mecanismo de “ganha-perde” (TARTUCE, 2020).

Neste contexto, há que se reconhecer que, do ponto de vista da comunicação, existem dois tipos de linguagem: a binária e a ternária. Na linguagem binária, o terceiro excluído do processo de comunicação está vinculado à atividade de julgamento (TARTUCE, 2020). Já a linguagem ternária permite que o terceiro seja inserido na comunicação que busca a perspectiva positiva do conflito (FERRI; CAMPOS, 2018).

O sistema jurídico é orientado para a linguagem binária, reduzindo, assim, a possibilidade de encontrar uma solução alternativa. No entanto, como a realidade é muito mais complexa, existem várias maneiras “[...] de argumentar e avaliar as situações comportamentais, muito além do raciocínio binário do Direito” (TARTUCE, 2020, p. 102). Portanto, o uso da linguagem ternária favorece os aspectos subjetivos para dar a cada um o que lhe é devido para humanizar o acesso à justiça (TARTUCE, 2020).

No modelo tradicional de resolução de conflitos, as partes são vistas como inimigas, “[...] como ganhadora e perdedora, como certa e errada” (SALLES, 2006, p. 65). Dessa forma, o modelo contencioso ajuda a estabelecer uma cultura de paz e gera nas pessoas o sentimento de que a justiça foi realmente alcançada? A resposta não é de forma alguma positiva, pois a decisão tomada pelo terceiro muitas vezes não é a melhor opção “[...] gerar resultados justos e efetivamente observados pelas partes” (TARTUCE, 2020, p. 103).

Além disso, deve-se considerar que o modelo litigioso também promove “[...] atitudes, respostas combativas e acirradas que geram nas pessoas (e/ou em seus advogados) uma postura de luta permanente que acaba por afastá-las dos verdadeiros objetivos de composição com justiça” (TARTUCE, 2020, p. 103).

De fato, quando as partes entram em juízo, nem sempre expõem todos os fatos ao juiz. Ou seja, limitam-se a contar apenas parte da situação por meio de suas teses jurídicas. Isso cria dificuldades para a “[...] reconstituição histórica dos elementos relevantes e a conclusão sobre o que é realmente justo” (TARTUCE, 2020, p. 105),.

Durante o processo, as partes se comunicam entre si ou com o juiz por meio de seus advogados. Assim, elas, que têm real interesse

na resolução de conflitos, raramente são ouvidos, gerando uma insatisfação reprimida, que pode levar a novas disputas (TARTUCE, 2020). O objetivo da resolução de conflitos é identificar pontos em comum no interesse das partes. Portanto, o modelo de consenso visa permitir que as pessoas envolvidas realizem seus interesses por meio do diálogo. E isso se vê nas ADRs, em que “[...] o conflito pode ser visto como uma forma de crescimento individual; com a oportunidade de diálogo e a autorreflexão das partes, ambas são vencedoras” (SALLES, 2006, p. 65).

No modelo contencioso, o juiz tem limites de atuação no julgamento e não pode, em regra, ir além do objeto do litígio. Por esta razão, o modelo de consenso para a resolução de conflitos é tão praticável quanto possível para “[...] ampliar o objeto da discussão para alcançar outros pontos importantes para os interessados” (TARTUCE, 2020, p. 105).

Na busca pela entrega da resolução dos conflitos interpessoais e que inclui a relação com o outro (alteridade), quanto maior o leque de possibilidades, mais a pessoa será valorizada em seu contexto, haja vista que o conflito se manifesta pela complexidade das relações entre os seres humanos (BARROS, 2018).

De acordo com as interações vivenciadas nessas relações, a situação conflituosa pode se apresentar como fator de paralisia ou crescimento para os indivíduos. Dito isso, para o presente estudo acredita-se que o conflito não pode ser entendido como uma entidade, um estado de coisas imutável; na verdade, deve ser considerado como um processo interacional fundamental da vida humana, como parte integrante de eventos interligados e, sobretudo, como um elemento gerador de mudanças, negativas ou positivas, dependendo da atenção que lhe é dispensada (BARROS, 2018; FUSSI; FREITAS, 2020). Nesse contexto, entende-se que, como processos, os conflitos devem ser conduzidos de forma a propiciar a atribuição de contornos saudáveis a todos os envolvidos (BARROS, 2018).

Portanto, diante do que exposto, aceitam-se as afirmações de Burbidge e Burbidge (2012), segundo as quais raramente é possível reprimir um conflito ou eliminar suas causas, conflitos ou tensões que o geraram. Além disso, conforme destacado por Barros (2018), deve-se considerar, ainda, que o conflito tem um caráter potencialmente

transformador, de modo que, se bem administrado, pode integrar e desenvolver as habilidades de empatia e força individual para os outros.

Assim, ao estabelecer algumas discussões sobre o contencioso judicial e suas influências, independentemente da interpretação adotada neste trabalho, é necessário fazer uma ressalva sobre o ordenamento jurídico como norteador das relações interpessoais para que não prejudique o entendimento de que a pesquisa aqui empreendida possa ser contra a lei.

Ao contrário, segundo Fussi e Freitas (2020), o ordenamento jurídico é entendido como fundamental para a existência de uma sociedade equilibrada e onde sejam previstos parâmetros mínimos de convivência humana. No contexto de ADR há negociação pura como o menos formal dos processos. Nele, advogados e partes se relacionam sem o auxílio de uma parte neutra, como se pode verificar no seguinte trecho, extraído de apontamentos feitos por Nalini (2018) em sua obra:

Na conciliação, a parte neutra ajuda a diminuir as tensões, esclarecer questões e fazer com que as partes se comuniquem. É fazer com que elas se assentem, conversem e induzir a que se envolvam ativamente na solução do seu problema. Na facilitação, a parte neutra funciona como especialista em processo, para ajudar a comunicação e auxiliar a conceber a estrutura pessoal que resolverá a disputa. Em regra, o facilitador só trabalha com questões de procedimento e não se envolve no mérito da controvérsia (NALINI, 2018, p. 60).

Assim, seguindo estas notas, os subcapítulos seguintes terão como objetivo definir e apresentar aspectos característicos dos principais métodos alternativos de resolução de conflitos. Verifica-se, assim, que os acordos criminais surgem no Brasil a partir do advento da Lei dos Juizados Criminais, sendo possível verificar diferentes modalidades para aplicação desses acordos, as quais: conciliação civil, transação penal, colaboração premiada e acordo de leniência, abordadas detalhadamente nos tópicos a seguir.

### 1.6.1 Conciliação civil

A conciliação, como destaca Delgado (2015), é um método

de resolução de conflitos em que as partes atuam em igual medida na composição que, porém, é dirigida por um terceiro, que permanece com os sujeitos originários da relação jurídica conflitante. Note-se, no entanto, que a dinâmica conciliatória de impulso implementada por este terceiro é real, muitas vezes conseguindo programar um resultado não originalmente imaginado ou desejado pelas partes. Daí a noção de conciliação judicial dada pelo referido autor como sendo um “[...] ato judicial, por meio do qual as partes litigantes, sob a interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial” (DELGADO, 2015, p. 665).

Para Nalini (2018) a conciliação se distingue da conciliação e da mediação em três aspectos, a saber: no plano subjetivo, segundo o autor, a diferenciação se dá na intervenção de um terceiro, sujeito à autoridade judiciária; do ponto de vista formal, a conciliação judicial ocorre no curso de um processo judicial, podendo extingui-lo total ou parcialmente; e quanto ao seu conteúdo também é diferenciado, pois a conciliação judicial pode incluir, na esfera estritamente privada, serviços trabalhistas inegociáveis. A conciliação pode ser vista como o meio ideal para a solução do litígio, pois, embora tenha um terceiro para dirigi-la, ela é realizada apenas no curso de um processo judicial, e expressa a vontade de ambas as partes, com renúncia certos direitos para chegar a um consenso e, assim, pôr fim à disputa.

### 1.6.2 Transação penal

A transação penal mitiga os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal. Com efeito, crê-se que a transação penal é a partida inicial da não persecução penal, mormente, considerando que ela se dá antes do oferecimento da denúncia. Registre-se também que, não obstante estar-se diante de um acordo de não persecução penal, este difere bastante daquele previsto no artigo 28, do Código de Processo Penal, a começar porque neste não é necessária a confissão do autor do fato e somente se aplica a infrações com penas máximas de até dois anos, certo ainda que, não faz restrições aos tipos de violações penais ou contravenções, destarte, que o reincidente por crime punido com pena privativa de liberdade anteriormente, não tem espaço para se beneficiar deste mecanismo.

A par disso, a transação penal possui previsão no artigo 76, da Lei 9099/95, tem lugar em todas as contravenções penais e nas infrações penais que tenham pena máxima de até 02(dois) anos, portanto, considerando de infrações de menor potencial ofensivo. Mas não é só. O autor do fato está sujeito a satisfação dos requisitos legais contidos no mencionado dispositivo.

Jesus (2009, p. 58) parafraseando o julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da natureza jurídica da transação penal arremata: “A transação, pela aceitação da proposta de aplicação de pena menos grave, constitui forma de despenalização” (STF, HC 74.017, 1ª Turma, rel. Min. Octávio Galloti, DJU, 27 set. 1996, p. 36153). De efeito, se traduz como forma de acordo proposta pelo Ministério Público ao autor do fato, onde se propõe a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, de acordo com cada caso, tudo entabulado na proposta. Importante ressaltar ainda, uma vez homologada a transação penal não constitui título executivo judicial.

O Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) possui diversos enunciados elucidativos sobre o tema, dentre eles vale destacar o Enunciado 73 que reza que o magistrado pode deixar de homologar a transação penal em razão de atipicidade. O Enunciado 86 que determina a remessa dos autos a Procuradoria Geral de Justiça em caso de não oferecimento da proposta e o Enunciado 111 que trata da necessidade da defesa técnica. Uma vez aceita a proposta de aplicação de pena menos gravosa, realmente, estamos diante de uma forma de despenalização.

### 1.6.3 Colaboração premiada

Ao se analisar o Direito Internacional, é possível perceber que o Direito Penal Premial não é novidade. Nova, porém, é a dimensão que esse instituto alcançou nos últimos anos no Brasil como instrumento político-criminal de prospecção investigativa, especialmente após a Operação Lava Jato, já que, segundo Vasconcellos (2015), tratou-se de atribuir a ele um status de plus de eficácia à *persecutio criminis*, considerando-se uma faixa da criminalidade que corrói o tecido social.

Por esta razão, são vários os vários benefícios dados pelo direito penal moderno ao que se dispõe a oferecer ao processo a denominada colaboração premiada, sendo esta apresentada como mecanismo de

defesa social (SANTIS, 2015). Em que pesem as consequências que o conformam, em especial as recompensas de caráter extintivo da punibilidade e a redução de pena, tem-se que se está diante de um instituto que toca especialmente o tema da prova, o que faculta, desse modo, abertura a uma cognição de caráter verticalizado (MASSON; MARÇAL, 2017).

No Brasil, tanto o direito penal como o direito processual penal foram concebidos a partir da ótica da criminalidade individual, que é praticada de forma rudimentar, na maioria das vezes por indivíduos de classes sociais mais baixas. Por outro lado, a criminalidade organizada apresenta veio notadamente empresarial. Isso porque nota-se complexidade em sua estrutura formativa, além da presença de diversos membros, distribuídos em níveis de estruturação ou hierarquia, praticando condutas criminosas mais elaboradas. São práticas calcadas sobre o poderio econômico, envolvendo intimidação desses grupos com meios voltados à supressão de provas e adoção de um código de silêncio (LIMA, 2019).

Considerando-se a ineficácia dos meios tradicionais de investigação para fazer frente a condutas praticadas por uma coletividade de pessoas, tal como ocorre na organização criminosa, verificou-se a necessidade de se introduzir no ordenamento jurídico pátrio legislação especializada acerca do tema, tratando com maior eficiência aspectos relativos à investigação dos delitos que são praticados em seu âmbito.

A primeira legislação a trazer algumas técnicas de investigação para o direito brasileiro, sem, contudo, dar maiores detalhes sobre elas, foi a Lei nº 9.034/1995. Mais recentemente, contudo, foi editada a Lei nº 12.850/2013, que passou a ser denominada Lei de Combate às Organizações Criminosas, cujo texto revogou a Lei nº 9.034/1995, introduzindo detalhamento dos procedimentos possíveis de serem adotados como técnicas especiais de investigação (LIMA, 2019).

De acordo com Rodrigues (2008), deve-se considerar a colaboração premiada como sendo um instrumento do Ministério Público no combate às organizações criminosas, na medida em que é apresentada no bojo da Lei nº 12.850/2013, entre seus artigos 4º e 7º, como uma das técnicas especiais de investigação que ali encontram previsão. Além da Lei nº 9.034/1995, que foi revogada após o advento da atual Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), outros

diplomas legais brasileiros já faziam menção de institutos semelhantes.

É o caso, por exemplo, do § 4º do artigo 159, do Código Penal. Também se verifica tal similitude no parágrafo único do artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990). Do mesmo modo são os artigos 16, parágrafo único, e 25, § 2º, da Lei n. 8.137/1990, que define crimes contra a ordem econômica, tributária e contra as relações de consumo, e da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/1986).

Na Lei nº 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de valores, bens e direitos, também se vê esforço semelhante do legislador, ao assim pontuar no § 5º de seu artigo 1º:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.[...]

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (BRASIL, 1998).

Também os artigos 13 e 14 da Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas (Lei nº 9.807/1999) revelam tal precedência. A Lei nº 12.529/2011, que trata da delação por acordo de leniência, traz instituto que revela a mesma natureza da colaboração premiada, tal como se pode verificar em seus artigos 86 e 87. Por fim, tem-se a disposição inserida no artigo 41 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), cuja redação é a seguinte:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Note-se que ao analisar a redação dos referidos dispositivos vê-se menção à terminologia delação premiada, ao passo que, no bojo da Lei de Combate às Organizações Criminosas, diploma legal sob estudo, o legislador fez uso da expressão colaboração premiada (LIMA, 2019). Segundo Masson e Marçal (2017), é consonante em parte da doutrina o entendimento de que a diferença entre uma e outra terminologia está no fato de que, ao se falar em colaboração premiada, tem-se como gênero do qual a delação premiada faria parte como espécie.

Desse modo, ainda segundo os autores, a concepção seria no sentido de que, para que se tenha uma delação premiada, é preciso que o agente que está sob investigação decida colaborar com as autoridades, auxiliando no processo quanto à identificação dos demais partícipes e coautores.

Entretanto, relembram que, da leitura da redação do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013, pode-se verificar a possibilidade de se ter colaboração premiada sem que haja identificação dos demais agentes, na medida em que, existem vários resultados admitidos pelo legislador como ensejadores da admissão da colaboração para fins de concessão do perdão judicial, redução de pena privativa de liberdade ou substituição desta por restritiva de direitos (LIMA, 2019).

De qualquer forma, segundo Lima (2019), deve-se conceber a delação premiada como espécie pertencente ao Direito Premial, sendo contemplada como técnica especial de investigação a partir da qual o partícipe e/ou coautor da infração penal confessa o seu envolvimento no fato delituoso e, ao mesmo tempo, fornece às autoridades e órgãos responsáveis pela persecução penal informações capazes de proporcionar a consecução de um dos objetivos que resta previsto em lei. Em contrapartida, ainda conforme ensinamentos pontuados pelo autor, a ele seria conferido um prêmio legal, estando este igualmente previsto no texto legal, tal como já destacado no parágrafo anterior, citando lição de Masson e Marçal (2017).

Segundo Masson e Marçal (2017), a doutrina identifica cinco espécies de colaboração premiada: a delação premiada, a colaboração reveladora do funcionamento e da estrutura da organização, a colaboração preventiva, a colaboração para localização e recuperação de ativos e a colaboração para libertação. Como se trata o presente de estudo voltado à identificação do papel do delator premiado nas audiências

penais, entende-se que tal análise está intrinsecamente relacionada à identificação da natureza jurídica do instituto segundo a doutrina e jurisprudência, motivo pelo qual não se debruçará na classificação proposta pelos autores mencionados, dedicando-se, entretanto, a seção seguinte ao propósito principal da pesquisa.

Em relação à natureza jurídica da delação premiada, muito embora se tenha uma breve discussão doutrinária e jurisprudencial sobre qual seria ela, é certo que a corrente majoritária aponta no sentido de considerar este instituto como um meio de prova, a ser assim considerado, contudo, caso se observe estritamente os requisitos dispostos na legislação vigente (LIMA, 2019).

Conforme Rodrigues (2008), nos moldes em que é atualmente conhecida, a delação premiada foi inspirada especialmente nas doutrinas norte-americana e italiana. Desta última, remonta ao instituto do pentito, cuja tradução para o português é de arrependido, tendo sido bastante aplicada na Operação Mãos Limpas, que desvendou um esquema de corrupção que envolvia a máfia Cosa Nostra, empresários e políticos italianos.

Para Nicolitt (2016), contudo, como faz referência ao fato de terceiro e não a fato próprio, hipótese em que seria reconhecida como confissão, a delação premiada apresenta tem natureza jurídica específica de testemunho. Por esta razão, a seu ver, deve se submeter ao contraditório, de modo a permitir às partes a elaboração de perguntas ao delator, principalmente pelo defensor do que é delatado.

De outra banda, contudo, Badaró (2016) afirma que o delator não seria testemunha ao delatar. Para ele, somente seria possível assim considerá-lo se a ele fosse imposta a obrigação de dizer apenas a verdade, nos moldes do artigo 203 do Código de Processo Penal, sob pena da imputação do delito de falso testemunho, prescrito no artigo 342 do Código Penal Brasileiro.

Conforme Badaró (2016), outro óbice a este entendimento seria o fato de que o delator não foi arrolado pelas partes, o que, de pronto, já refutaria a sua concepção como testemunha de uma delas. Por esta razão, entende o autor, seguindo maioria da doutrina e da jurisprudência, que deve o delator ser visto como réu no processo, ocorrendo o seu interrogatório em audiência somente após a oitiva de todas as testemunhas arroladas nos autos.

Para que o delator premiado possa usufruir dos benefícios conferidos no caput do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, deve a sua colaboração oferecer um dos resultados previstos nos incisos do mencionado artigo, devendo-se, ainda, atentar para os seus parágrafos. Outro aspecto a pontuar é que, conforme se verifica no § 16 desse artigo, as declarações proferidas pelo delator não poderão, sozinhas, servir como fundamento para uma sentença condenatória. Nesse sentido, importante é a lição de Bedê Júnior (2016), segundo quem todas as provas que forem trazidas pelo delator deverão ser analisadas e valoradas, considerando o arcabouço probatório constante dos autos, de modo a produzir uma decisão fundada racionalmente e juridicamente consistente.

Tal afirmação, contudo, não aponta para o sentido de que existe uma hierarquia de provas. Tão somente, ainda conforme Bedê Júnior (2016), se trata de exigência mínima estabelecida para a fundamentação, que exige do magistrado que adote fundamentos que extrapolem a mera palavra do delator para embasar uma condenação. Ressalta ainda Bedê Júnior (2016) que, não obstante seja resguardado ao delator o direito de não ser apresentado ao delatado, é certo que este último tem direito de formular perguntas àquele, devendo o juízo recorrer a artifícios que não possibilitem a identificação.

#### 1.6.4 Acordo de leniência

Trata-se de eficaz ferramenta de combate a concorrência desleal e a corrupção, inicialmente tem origem nos Estados Unidos no ano de 1993, cujo objetivo era garantir a lealdade nas concorrências, nessa pegada, igualmente surgiu no Brasil em defesa da Concorrência, consoante a Lei n. 12.529/2011 e, posteriormente, teve outros desdobramentos.

A palavra leniência significa dizer brandura ou suavidade, neste sentido importante destacar o que existirá a possibilidade de celebração de acordo de leniência com a extinção da ação punitiva das pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, uma vez que colaborem de maneira voluntária e efetiva para o desmantelamento de quadrilhas, evidentemente, com a identificação dos envolvidos, nessa mirada, acredita-se que os acordos de leniência são instrumentos essenciais para desarticulação de organizações.

É ato jurídico convencional, destarte, possuir natureza dupla, pois, ao passo que é uma técnica de investigação e um meio de defesa. Com efeito, quando a legislação expressa que a colaboração deve ser efetiva, é de se concluir por aquelas que sejam úteis a investigação. São requisitos do acordo de leniência a imposição de forçar compromisso ou termo de responsabilidade as pessoas jurídicas ou físicas que voluntariamente desejem renunciar ao cometimento de ilícitos, além de alinharem-se de maneira ética (padrões morais) e sustentável, em atenção aos fins que se destinam.

Frise-se que, o acordo de leniência é uma espécie de colaboração premiada empresarial, na exata medida em que pela troca de revelações criminosas em apuração numa determinada investigação de pessoas jurídicas ou físicas voltadas para práticas corruptas contra a administração pública nacional ou estrangeira

Por certo, sua base jurídica, assim como a delação premiada advém do Direito Penal Premial, posto que em forma de recompensa as delações poderão obter benefícios, como aqueles acima citados, previstos nos incisos I e II, do parágrafo 4<sup>a</sup>, do artigo 86, da Lei 12.529 de 2011. Aspecto indelével na negociação é o da reparação de danos e outras sanções, observando-se a proporção trazida às investigações por força da colaboração, daí é que se definirá o benefício que será concedido ao colaborador.

A Controladoria Geral da União (CGU) é o órgão responsável pela celebração de acordos de leniência na esfera do poder executivo federal e a administração pública poderá celebrar acordos de leniência no tocante a ilícitos previstos na Lei de licitações. Noutra banda, são acordos firmados pelo Ministério Público (parte legítima para o ajustamento de condutas com arrimo no artigo 6<sup>o</sup>, da lei complementar 7593 e artigo 129, da Constituição Federal) e pessoas jurídicas ou pessoas físicas envolvidas em casos de concorrência desleal e de crime de corrupção, nesta segunda hipótese de cabimento têm previsão na Lei Anticorrupção n. 12.846/2013.

Este tipo de mecanismo se evidenciou por força dos processos ligados a crimes econômicos. É de se acrescer que os acordos de leniência abrangem também os dirigentes, administradores e empregados envolvidos nas ilicitudes, desde que assumam o compromisso em conjunto e aceitem as condições impostas. O sigilo é indispensável

na proposta de acordo de leniência, exceto para salvaguardar interesse da investigação ou do processo administrativo.

Igualmente, importante realçar que havendo descumprimento do das condições imposta, ficará a parte que descumpriu proibida de celebrar novo acordo no prazo de três anos. Outra questão que merece destaque é a suspensão do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia contra o beneficiário do acordo de leniência. Além de tudo isso, é uma ferramenta de solução extrajudicial de conflitos, mormente, por ser um instrumento de caráter voluntário e consensual entre as partes. Por oportuno, sustenta-se que é uma modalidade justiça penal negociada e reflete evidente evolução da política criminal do desencarceramento como regra.

#### 1.6.5 Suspensão condicional do processo

Trata-se de mecanismo de despenalização, diferentemente da transação penal, a qual tem lugar antes do oferecimento da denúncia, uma vez preenchidos os requisitos contidos no artigo 89, da Lei n. 9.099/1995, tem cabimento nos crimes com penalidade mínima de 01(um) ano, certo que poderá ser proposto pelo Ministério Público ao acusado, o qual está sujeito a certas condições a serem tratadas pelo referido órgão, nesse sentido, a lei muito clara, senão vejamos o teor da cabeça do dispositivo antes citado:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena(art. 77 do Código Penal).

De fato, o próprio nome do instituto o conceitua por si próprio, posto que suspensão ou sobrestamento nada mais significa dizer que é a interrupção do andamento processual até o fim do período de prova em que passa o acusado, submetido a certas condições, para afinal ter sua extinção da punibilidade pelo cumprimento das obrigações impostas na proposta entabulada entre o Ministério Público, Defensor

e acusado. Couto (2022, p. 518) conceitua: “A suspensão condicional do processo, como o próprio nome sugere, suspende o curso dos atos processuais antes da prolação da sentença, evitando-se o julgamento do mérito propriamente dito”.

Cumpre destacar que há mitigação do princípio da indisponibilidade, na medida em que o órgão acusado abre mão do prosseguimento do andamento dos atos do processo. No que tange a sua natureza jurídica, não obstante, a existência de correntes contrárias, acredita-se que se trata de direito público subjetivo do acusado, na exata medida em que uma vez preenchidos os requisitos legais farão jus ao uso do referido mecanismo de despenalização. Nesse sentido Rodrigo da Silva Brandalise(2016, p. 145):

[...] percebe que a suspensão condicional do processo vai além do acusado, mas também compreende interesses da vítima e da sociedade, como a indenização e a agilidade processual, pelo que há um direito público subjetivo do réu, conforme os critérios legais não os que cercam a instituição do Ministério Público(atividade de natureza vinculada, não discricionária), uma vez preenchidos os pressupostos legalmente exigidos, o Ministério Público tem o dever de fazer a proposta[...], pelo que se está diante de um poder-dever.

Destaque-se que, possui diferença do Sursis Penal, visto que este se dá após a prolação da sentença penal condenatória, de acordo com as regras previstas no artigo 77, do Código Penal, entretanto, na suspensão condição do processo observa-se que esta tem lugar no curso do processo sempre que atendido os pressupostos legais e aceitação das partes, primordialmente, a vontade do acusado, uma vez aceita terá caráter irretroatável.

O instituto minimiza os riscos de um confronto processual entre a acusação pública e o acusado através da sua defesa técnica, ademais, satisfaz os interesses do Estado quando a proposta por este formulada mediante condições impostas é cumprida na integralidade e o acusado que de plano afasta a possibilidade do seu encarceramento numa eventual possibilidade de uma sentença penal condenatória contra si, de efeito, ambas as partes evitam os riscos da demanda penal, portanto, não existe um vencedor isolado, todos saem satisfeitos, não

tendo uma sentença de absolvição ou condenação, posto que o mérito da causa não é julgado, o jogo caminha numa resolução amigável do conflito, nessa pegada, posteriormente, o acordo será homologado pelo juiz, desde que adequado e razoável, sob pena de não homologação.

A suspensão condicional do processo veio com objetivo alternativo à prisão para evitar o encarceramento dos acusados por crimes de menor potencialidade. Importante destacar que, havendo pena de multa cumulativa, evidentemente, se por norte o limite mínimo da pena privativa de liberdade na cabeça do artigo 89, da Lei dos Juizados Especiais, o limite máximo de 01(ano).

É cabível a suspensão condicional do processo sempre que não couber outra ferramenta prevista na lei para evitar a prisão. Outro ponto de destaque é o período de prova em que o acusado é submetido quando faz uso do sursisprocessual, eis que deve ficar cumprindo condições durante um período de 02(dois) a 04(quatro) anos, para finalmente, se livrar do problema penal, como se vê no citado dispositivo previsto na lei ordinária. Mas não é só. Se o réu descumprir as condições que lhe foram impostas no período de prova ou praticar novo crime, certamente, haverá a revogação do benefício, consoante a regra insculpida no § 3 do artigo 89, da Lei n. 909995.

Por certo, quando o legislador tratou da possibilidade de que o Ministério Público “poderá” propor a suspensão do processo, tem-se que a referida faculdade do órgão ministerial caminha num dever legal, uma vez que a própria lei reza que se presentes os seus requisitos, o acusado terá direito a utilização da suspensão condicional do processo, conforme se viu na doutrina alhures.

Anote-se que, para ser beneficiado pela suspensão o réu não pode estar sendo processado pela prática de crime e não pode ser condenado, bem como não poderá fazer uso do instituto de já estiver fazendo uso do mesmo por fato ocorrido há menos de cinco anos. Aras(2020, p. 314) finalizada:

A suspensão condicional do processo, também manifestação do princípio da oportunidade da ação penal, é instituto negocial de cunho processual, mas com evidentes consequências penais. Previsto no art. 89 da Lei 9099/1995, faculta ao Ministério Público oferecer ao denunciado, assistido por seu advogado, a suspensão do curso

da ação penal, sob determinadas condições, mas sem que haja confissão.

O Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) consolidou diversos enunciados importantes sobre temas controvertidos envolvendo a suspensão condicional do processo: Formulados 16, 32, 86, 92, 93, 112, 123 e 128.

## CAPÍTULO 2

### O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EVOLUÇÃO, CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, PRINCÍPIOS APLICÁVEIS E JUSTIÇA NEGOCIADA

Neste capítulo, o propósito é tecer considerações iniciais sobre o objeto deste estudo, qual seja, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Para tanto, diga-se que, historicamente, o sistema de justiça criminal tem mantido um hábito comportamental expansivo de controle financeiro, gestão de negócios e gestão de custo/benefício, que enfatiza eficiência, economia e eficácia no uso de recursos, com indicadores de desempenho.

Ao longo do tempo, essas novas práticas influenciaram não somente a administração das instituições, mas também sua missão. O aspecto mais notável desse novo espírito empresarial foi a celeridade aplicada ao processo de comercialização e privatização que se instalou no sistema de justiça criminal. Isto refletiu na atribuição progressiva de funções específicas da justiça criminal a sujeitos privados e a outros setores da administração pública, afastando-se, com isso, da soberania do Estado no exercício da atividade constitucionalmente confiada exclusivamente ao Judiciário (BARROS; ROMANIUC, 2019).

De outro lado, não se deve olvidar de que o sistema de justiça criminal pressupõe a regeneração dos criminosos e sua reinserção social, devendo, ainda, de forma transversal, servir aos interesses da sociedade e da vítima. No entanto, diante da alta carga de trabalho de todo o sistema de justiça criminal e dos altos índices de criminalidade, bem como o reconhecimento do Estado de sua incapacidade de lidar com questões de segurança pública, passou-se a estabelecer limitações das demandas governamentais por meio de vários mecanismos que efetivamente buscam reprimir a criminalização (GARCIA, 2019).

O efeito de redução do acesso ao sistema de justiça criminal obtém-se quer filtrando fatos ocorridos fora do sistema, quer reduzindo o grau de criminalização e aplicação de sanção penal a determinadas condutas. Essa adaptação estratégica só é possível pela coincidência de preocupações com a contenção de custos com uma percepção criminológica que via a criminalização de pequenos delitos como

algo necessariamente contraproducente e estigmatizante (SOARES; BORRI; BATINI, 2020).

Neste contexto, o uso de vias alternativas à persecução formal, as audiências sumárias de crimes até então sujeitos a julgamento pleno, as penas fixadas em autos de negociação, a descriminalização de condutas que habitualmente eram remetidas à justiça criminal, dentre outras, são medidas que geraram o efeito prático de restrição da criminalização, proporcionando economia ao sistema de justiça criminal, criando seletividade para o poder punitivo estatal. Dentre as formas alternativas à persecução formal encontram-se as medidas descriminalizadoras e, conseqüentemente, o ANPP (VECCHI, 2020), objeto deste estudo, que é discutido detalhadamente neste capítulo.

## 2.1 Evolução e conceito

O crime do colarinho branco ganhou a devida importância nos estudos criminológicos apenas a partir da obra de Edwin Sutherland intitulada *White Collar Crime*, publicada em 1949, como resultado de dezenove anos de pesquisas sobre práticas criminosas na esfera empresarial. Adotando uma abordagem sociológica, Sutherland, explicando o comportamento delincente como consequência das interações sociais do indivíduo e dos processos comunicativos decorrentes do meio que o cerca, foi um dos principais responsáveis pela expansão da crítica ao fenômeno criminal, até então explicada exclusivamente a partir de modelos etiológicos (SHECAIRA, 2021).

De acordo com a teoria da associação diferencial, popularizada por Sutherland, o comportamento criminoso não é determinado geneticamente, nem é produto de problemas de pobreza ou personalidade. É um processo de aprendizagem resultante da interação com outras pessoas no processo de comunicação, que inclui não somente as técnicas para cometimento do delito, como também a racionalização do comportamento delincente (SHECAIRA, 2021).

Segundo Sutherland, a forma corporativa de organização empresarial tem como vantagem a maior racionalidade de suas ações. Uma lógica corporativa destacada em três aspectos: o primeiro, de seleção de crimes com menor risco de descoberta e vítimas menos propensas à contestação; o segundo, de escolha de crimes em que se vislumbra maior dificuldade na produção de prova; e o terceiro, na

adoção de mecanismos de solução, assim contemplados os acordos remediadores. Com essa análise, o autor justifica a conclusão de que os crimes cometidos por empresas são organizados e deliberados, via de regra (SUTHERLAND, 2015).

Ao chamar a atenção para um tipo de crime até então ignorado pelo sistema de justiça criminal, revelando a forma organizada e racional com que os crimes do colarinho branco são cometidos, o que abrange sua capacidade de neutralização das instâncias controladoras, Sutherland contribuiu para denunciar a desigualdade na sanção de alguns agentes, ajudando a chamar a atenção dos estudos criminológicos para a delinquência empresarial, denunciando a forma diferenciada com que a justiça criminal trata aqueles que praticam esse tipo de delito (SHECAIRA, 2021). Na década de 1960, o surgimento da Criminologia Crítica, por sua vez, demonstrou a necessidade de promover uma política criminal voltada para o redirecionamento do poder punitivo para setores historicamente estranhos ao sistema penal:

Trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada. Trata-se, ao mesmo tempo, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos (BARATTA, 2016, p. 202).

Nas décadas seguintes sucederam-se vários estudos criminológicos sobre o crime do colarinho branco, sem, contudo, representar grandes rupturas com as conclusões retiradas da teoria de Sutherland. Dentre elas, destaca-se a teoria da escolha racional, desenvolvida na década de 1970, segundo a qual o comportamento criminoso é resultado de uma escolha racional, em que o sujeito avalia a relação custo/benefício da prática criminosa, avaliando racionalmente as dificuldades e concessões associadas ao cometimento do crime (FERRAZ JUNIOR, 2017).

Essa teoria não trazia muitas novidades em relação à teoria da associação criminosa, que, algumas décadas antes, já afirmava a ideia de que o indivíduo é guiado pela prática de um crime quando “[...] o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis” (SUTHERLAND, 2015, p. 351).

A grande contribuição dessa teoria, porém, reside em seu compromisso com a prevenção situacional do crime. De acordo com esse pensamento, o crime poderia ser melhor prevenido de duas maneiras principais: primeiro, por meio de mudanças na disposição do ambiente para reduzir as oportunidades que tornam o crime favorável ao infrator; segundo, pelo aumento dos riscos da atividade criminosa (FERRAZ JUNIOR, 2017, p. 122).

Dessa forma, foram construídos dois grandes pressupostos que nortearam os estudos sobre microcriminalidade econômica e corrupção, que influenciaram fortemente o tratamento dessas modalidades penais pela dogmática criminal: a impermeabilidade dos crimes de colarinho branco frente às instâncias formais de controle, apontando para a seletividade da justiça criminal e figuras ocultas; e a necessidade de criar estímulos dissuasivos, favorecendo uma abordagem essencialmente preventiva (FERRAZ JUNIOR, 2017).

A tutela penal do meio ambiente, do patrimônio público, da moralidade administrativa e da ordem econômico-financeira sempre foi alvo de críticas numerosas. Com isso, coube à Dogmática Criminal denunciar as incoerências que o aumento do rigor jurídico e a criação de novas tipologias penais para proteger bens jurídicos de caráter abstrato e generalizado proporcionavam, destacando as causas e consequências decorrentes de tal expansão (SHECAIRA, 2021).

Se, portanto, por um lado, foram criadas formas de perigo e risco, sobretudo pelo processo de globalização que, ao promover novas possibilidades de segurança global, diversificou as ameaças que pairam sobre o ser humano e suas diversas formas de interação social (GIDDENS, 1991), de outro, a simples ampliação do Direito Penal para fins de proteção de interesses até então desconhecidos não tem se mostrado eficaz na prática.

Isto porque, tradicionalmente concebido para proteger os bens jurídicos concretamente lesados, o Direito Penal expandiu-se desenfreadamente para atingir riscos mesmo abstratos, sem qualquer preocupação com a compatibilidade desses interesses aos fundamentos norteadores da dogmática penal. Com isso, expectativas depositadas sobre o modelo de persecução penal como antídoto para novos problemas são frustradas, sobrecarregando o sistema para torná-lo ainda mais ineficiente em lidar com seus velhos dilemas (SHECAIRA, 2021).

Consequentemente, o ideal de proteger bens jurídicos relevantes e prevenir riscos tornou-se mero discurso falacioso, uma reação simbólica do legislador, por assim dizer, ao crime moderno e organizado. É o que se extrai das palavras de Winfried Hassemer (2008), que assevera no sentido de que o sistema de justiça penal nunca foi, e é cada vez menos, capaz de entregar os resultados esperados. E complementa, aduzindo, ainda, que, nas poucas vezes que é acionado, ele age de forma custosa e traumática, acarretando custos, não somente econômicos, mas também sociais como efeito colateral, que, às vezes, até superam o dano real ou risco de dano que a causa sob análise.

Diante desse panorama de sobrecarga do sistema de justiça criminal e mau uso de suas ferramentas, ganha destaque a ideia de uma “[...] política criminal orientada pela liberdade”, como argumenta Hassemer (2008, p. 300). Contudo, há que se ressaltar que tal concepção não significa exatamente renunciar aos instrumentos penais, que, para Hassemer (2008), ainda são necessários para aplicação aos casos mais graves.

Para Vecchi (2020), significa adotar novos mecanismos de prevenção e controle, menos traumáticos e com maior efetividade, com capacidade de entregar melhor enfrentamento dos problemas atuais, dando resultados que o Direito Penal, como ainda é utilizado, não consegue, ou, quando o faz, é por meio de graves violações de direitos e garantias fundamentais.

Especialmente no que diz respeito à macrocriminalidade econômica e à corrupção, objetos de estudo nesta pesquisa, ressalte-se a existência de uma evidente dificuldade prática e teórica relativa à imposição de penas de prisão. Isto porque pressupõe estas a aplicação de imputação individual de responsabilidade criminal, o que nem sempre é possível quando se trata de infrações cometidas no desempenho de atividades corporativas, nas quais a participação individual em crimes muitas vezes não pode ser mensurada e isolada (HASSEMER, 2008).

Isso, por si só, já revelaria uma contradição, externada na constatação de que o sistema penal é adotado como mecanismo privilegiado de resolução de conflitos, embora as condições necessárias para a imposição de sanções restritivas da liberdade e da própria prisão não são compatíveis com a maioria dos crimes de colarinho branco (VECCHI, 2020). Assim, constatou-se que o modelo tradicional de persecução não

se mostrou suficiente para enfrentamento do macrocrime econômico e a corrupção a serem exercidos idealmente no Brasil.

Em primeiro lugar porque tal modelo privilegia o aspecto repressivo, revelando-se ineficiente ou nada eficaz na prevenção de prejuízos e fraudes ao Fisco. Em segundo lugar, porque o próprio sistema Judiciário não é eficaz na responsabilização dos agentes comprovadamente envolvidos em atos de corrupção, resultando, com isso, em uma indesejável sensação de impunidade (SHECAIRA, 2021).

Com o objetivo de aprimorar os mecanismos formais de controle e respeitar os compromissos firmados perante organismos internacionais, o Brasil incorporou novas ferramentas de prevenção e combate à corrupção. A Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, doravante denominada Lei Anticorrupção, por exemplo, constitui um marco para a chamada “autorregulação regulada” no campo da corrupção, permitindo a estipulação de acordos de clemência, favorecendo o estabelecimento de mecanismos de integridade e procedimentos internos (VECCHI, 2020).

Posteriormente, em meados de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) emitiu a Resolução n. 181, que conduziu, além da polêmica questão da investigação realizada pelo órgão ministerial, o ANPP como método de justiça criminal negociado que envolve a não propositura da ação judicial em alguns crimes, caso o suspeito seja confesso e portador de medida restritiva de direitos (PEREIRA; PARISE, 2020).

Este instrumento foi incluído no escopo de aplicação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominado Pacote Anticrime, que promoveu inúmeras alterações visando o aprimoramento do sistema processual brasileiro, dentre as quais se destaca a previsão para a celebração do ANPP, aproximando o Brasil do modelo americano e anglo-saxão de justiça (SHECAIRA, 2021). Sendo assim, atualmente o ANPP possui regulação dada pela Lei nº 13.964/2019, podendo ainda ser considerado um direito fundamental do acusado, já que, consoante disposto no § 2º do artigo 5º, § 2º da CFB/1988, o rol de direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (SHECAIRA, 2021).

### 2.1.1 Natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal

Em relação à sua natureza jurídica, o ANPP deve ser contemplado como sendo um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial operado na esfera criminal, por meio do qual se busca atingir um fim consensual, com vistas a otimizar o sistema de justiça criminal com restrição da criminalização, por ser a medida suficiente e necessária para reprovação e prevenção do crime (VECCHIO, 2020).

Para Shecaira (2021), ele não deve ser compreendido com um direito subjetivo do suposto autor do fato; antes, a seu ver, revela-se como um benefício legal. Sua sistemática abrange a sua oferta pelo Ministério Público - MP, que é o titular exclusivo da ação penal, caso restem presentes os requisitos legais.

No entanto, deve-se considerar que, segundo Pereira e Parise (2020), o MP não é obrigado a fazer a proposta do ANPP. Isso porque o órgão ministerial detém o poder discricionário de não o fazer, caso haja motivação do seu posicionamento na análise da suficiência e necessidade do ANPP para prevenção e reprovação do crime. Neste caso, conforme os autores, restará ao juiz, no exercício de seu juízo fiscalizatório da atividade do MP, encaminhar a manifestação para o crivo final da instância de revisão ministerial.

Sobre isso, considere-se que, conforme entendimento firmado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 795.567/PR, estar-se-ia, aqui, diante de um caso em que o princípio da obrigatoriedade da ação penal, inscrito no artigo 28 do CPP, seria mitigado. Sob tal constatação, pesa, então, a compreensão de que se estaria, na verdade, diante de um poder-dever de agir do Ministério Público (MP), seguindo previsão contida no art. 129 da CFB/1988, mais precisamente, em seu inciso I, em que são listadas as suas funções institucionais. Sobre ele, porém, se falará mais detidamente no subcapítulo seguinte, oportunidade em que também serão analisados outros princípios afetos ao ANPP.

### 2.2 Princípios afetos ao Acordo de não Persecução Penal

O ANPP possui como escopo a efetividade e aplicação de alguns princípios, que serão apresentados e analisados nesta parte do

estudo. O primeiro deles é o princípio da eficiência, previsto no caput do artigo 37 da CFB/1988, que se constitui em um dos princípios norteadores da Administração Pública, sob o qual está pautada a constituição do regime jurídico administrativo vigente no país.

### 2.2.1 Princípio da eficiência

Segundo Tilly (2013), uma nação é de fato democrática quando as relações políticas entabuladas entre o Estado e seus cidadãos proporcionarem consultas igualitárias, amplas, mutuamente vinculantes e protegidas. Desse modo, para o autor, o processo de promoção da democracia estaria ligado fundamentalmente à capacidade do Estado quanto à “[...] integração das redes de confiança, o insulamento das arenas decisórias das desigualdades categóricas e as transformações do poder não estatal” (TILLY, 2013, p. 110), pois desta forma elas “[...] produzem entre os cidadãos e o Estado as relações amplas, igualitárias, vinculantes, e protegidas que constituem a democracia” (TILLY, 2013, p. 110).

O futuro, que se subsume nas finalidades do Estado e da sociedade, são parte fundamental da CF/1988, conforme indica seu artigo 3º, que, por sua vez, juntamente com o ordenamento jurídico por ela criado em determinado momento, fazem parte da história. É por isso que, para entender adequadamente um modelo constitucional ou uma Constituição, é preciso conhecer as que a precederam. A inferência natural de tal afirmação é que, na perspectiva histórica, as Constituições são mutáveis, como é a própria essência da história (ZAGREBELSKY, 2011).

A Administração Pública é orientada por princípios constitucionais que a ela se aplicam, sendo estes os seguintes: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos eles previstos no caput do artigo 37 da CFB/1988. Deles, o que mais interessa nesse momento para o estudo é o princípio da eficiência.

Primeiramente, há que se asseverar que o dever de eficiência no Brasil já foi sancionado pelo Decreto-Lei n. 200/1967 como um dever de boa administração. Na CFB/1988, contudo, ele existia implicitamente, até 1998, quando, com a Emenda Constitucional n. 19, foi expressamente incluído na lista de princípios constitucionais que a

Administração Pública deve obedecer, juntamente com a legalidade, a moralidade, a publicidade e a impessoalidade. Entretanto, é preciso que se pontue que a prestação de serviços eficientes pela Administração Pública não é um capricho, tão somente, mas uma necessidade do Estado, ao qual se atribui o dever de acompanhamento das novas tendências, adaptando-se à prestação de serviços adequados ao cidadão (MELLO, 2021).

Portanto, não basta somente adotar uma solução possível; é necessário que se encontre aquela que seja a melhor solução para o caso específico. Nesse contexto, a Administração Pública tem o dever de agir com rapidez e precisão para tirar o máximo proveito de um programa a ser implementado. Para que isso ocorra, porém, o Estado deve melhorar o seu plano de ação, otimizando os meios adequados para atender da melhor forma as necessidades da comunidade (DI PIETRO, 2019).

De outra banda, há também que se considerar que o princípio da eficiência também exige que a Administração Pública se atente permanentemente aos padrões da gestão moderna, a fim de seja possível, assim agindo, superar a carga burocrática, para obter os melhores resultados na prestação de serviços públicos à população em geral - ou seja, aos cidadãos (DI PIETRO, 2019). Diante de tais apontamentos, pode-se contemplar a eficiência, grosso modo, como a ideia de se alcançar o melhor resultado possível, dependendo-se o menor esforço (MELLO, 2021).

Sendo assim, pode-se afirmar que o princípio da eficiência abrange a organização racional de comportamentos e desenvolvidos no âmbito da Administração Pública para que se possa atingir, de maneira mais fácil, rápida e simples, o interesse público primário, que corresponde ao interesse de toda a coletividade - do povo, detentor do poder constituinte originário (DI PIETRO, 2019).

O ANPP toca ao princípio da eficiência na medida em que se versa sobre a eficiência da justiça, da entrega do resultado ao jurisdicionado no menor tempo possível, e da melhor maneira. Neste sentido, deve-se relembrar que, conforme Mello (2021), este é um anseio de todos, de modo que a rápida solução para controvérsias, de uma forma mais eficiente sob o ponto de vista da economia processual, é questão que se avulta na sociedade contemporânea, especialmente nas últimas

duas décadas, que foram marcadas por um intenso e constante desenvolvimento e sofisticação dos meios de comunicação.

Sobre isso, recorde-se que, conforme Di Pietro (2019), a doutrina majoritária no Brasil, ainda que não confronte os conceitos de eficiência e de economicidade, atribui à primeira maior amplitude de função, para sopesar os resultados e custos sociais da ação do Estado. Ao último, porém, atribui o status de prescrição no sentido de que o Estado deve gastar o mínimo possível para realizar determinado investimento.

Entretanto, de acordo com Mello (2021), a sinergia que se estabelece entre as concepções de eficiência e de economicidade se mostra com maior evidência ao se observar, por exemplo, os casos de exigência de observância, no procedimento licitatório, do princípio da economicidade para a contratação de serviços ou obras, o que contribui, segundo o autor, para promover a eficiência administrativa. Já Di Pietro (2019) identifica como traço comum os conceitos a proporcionalidade (em sentido estrito). Para a autora, a noção de benefícios e custos que é comum a ambos é correlata à ponderação que é feita ao se discutir acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nesse tocante, ainda conforme a autora, pode-se considerar ineficiente e não econômica a Administração cuja atuação gerar mais perdas do que ganhos. Para Vecchio (2020), uma das formas de se conseguir o cumprimento da eficiência constitucional seria a adoção de mecanismos provenientes da justiça negociada/consensual – dentre eles, o ANPP, razão pela qual o princípio da eficiência é corolário que toca ao instrumento da justiça negocial aqui analisado.

## 2.2.2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal

Em que pese o entendimento acerca da obrigatoriedade prevalecer no País, inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer dispositivo, seja na Constituição ou na legislação infraconstitucional, que estabeleça que a ação penal seja obrigatória (SILVA, 2020). No Brasil, a ideia da indisponibilidade estaria supostamente prevista no art. 24 do CPP, que determina que, nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Da mesma forma, a suposta obrigatoriedade também estaria estampada no artigo 100, § 1º, do Código Penal (CP), que informa que a ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça (MAÇALEI; REZENDE, 2021).

Da leitura dos mencionados dispositivos legais, aliados ao artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, observa-se que estes apenas estabelecem que a ação pública é de titularidade do Ministério Público, determinando-lhe a função institucional, mas não impõem a obrigação de exercê-la (SOUZA; LIMA; RIBEIRO, 2022).

Assim, tendo em vista a ausência de previsão legal expressa no sentido de impor a obrigatoriedade da ação penal (SILVA, 2020), verifica-se que, em que pese a sistemática da indisponibilidade prevalecer na doutrina e na jurisprudência, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a obrigatoriedade da ação penal, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros (SOUZA; LIMA; RIBEIRO, 2022).

Neste sentido, considerando-se o entendimento legalista e civilista que prevalece no Brasil, em razão da nossa herança cultural jurídica romano-germânica (SILVA, 2020), buscar-se-á desconstruir o mito da indisponibilidade da ação penal pública, demonstrando que o órgão ministerial poderá exercer discricionariedade no exercício da ação, optando por não denunciar o agente criminoso por razões de conveniência pessoal e de política criminal (MAÇALEI; REZENDE, 2021).

Adentrando neste momento mais especificamente ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, tem-se que, no sistema processual acusatório, a jurisdição penal reclama ser provocada mediante o exercício do direito de ação. Nesta sistemática, o Ministério Público, enquanto dominus litis, desempenha a função de exercitar o poder punitivo do Estado, deflagrando a ação penal (SOUZA; LIMA; RIBEIRO, 2022).

Assim, por meio do Ministério Público, o Estado assume a titularidade da persecução criminal em juízo, sem que haja o comprometimento da imparcialidade e da inércia jurisdicional, de modo que as três funções do processo penal (defender, acusar e julgar) são entregues a sujeitos distintos. Neste sentido, tem-se que o processo penal é, instrumento de repressão penal e uma ferramenta de autolimitação do jus puniendi estatal (SILVA, 2020; SOUZA; LIMA; RIBEIRO, 2022).

Contudo, há que se ressaltar que, em um contexto pré-Constituição de 1988, o Poder Judiciário e o Ministério Público, assim como as leis (processuais) penais brasileiras, surgiram e evoluíram em uma sociedade cujos valores e preceitos em muito se diferenciam dos atuais. O Código de Processo Penal, criado em 1941, em um regime ditatorial, permanece vigente até os dias de hoje, não obstante a mudança de paradigma social trazida pela Constituição Cidadã. Quando de sua criação, foi influenciado pelo dogma da obrigatoriedade da ação penal pelo órgão do Ministério Público (LIMA, 2023).

Este órgão, por sua vez, era representante do Governo. Assim, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, trazendo o princípio democrático, o devido processo legal, o princípio acusatório, dentre outros princípios protetivos do indivíduo, a releitura do CPP de 1941 e, por conseguinte, do princípio da obrigatoriedade da ação penal, se fazem necessários.

A CFB/88, além de romper com os paradigmas inquisitórios, colocou o Ministério Público como defensor da sociedade e abriu espaço para o juizado especial criminal. Assim, cumpre analisar a compatibilidade constitucional dos institutos criados pelo legislador ordinário com os contornos constitucionais do princípio da obrigatoriedade da ação penal (LIMA, 2023).

Neste sentido, tem-se que a indisponibilidade da ação na esfera criminal é tradicionalmente conceituada como o dever incumbido ao Ministério Público de promover todas as medidas judiciais necessárias e previstas à aplicação de uma sanção criminal, sempre que for identificada a prática de um fato típico, antijurídico e agente culpável, havendo indícios seguros e suficientes de autoria e materialidade (MAÇALEI; REZENDE, 2021).

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal

e de justa causa para a deflagração do processo criminal (LIMA, 2023).

A regra da obrigatoriedade insere-se nos mecanismos de suporte do próprio Estado Democrático de Direito, destinada que está a impedir análises arbitrárias e potestativas acerca da conveniência de provocar-se a jurisdição penal, trazendo à sociedade a certeza de que o responsável pela prática de um delito será submetido ao cânone do devido processo legal (MAÇALEI; REZENDE, 2021).

Contudo, segundo Lima (2023), com a publicação da Lei nº 9.099/1995 no Brasil, o princípio da obrigatoriedade foi mitigado. Passou a ser possível transação penal nos crimes de pequeno potencial ofensivo e a proposta de suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89). A oferta da transação penal e a proposta da suspensão condicional do processo não são facultativas. Ressalta ainda o autor que o membro do Ministério Público não tem total discricionariedade de optar, ou não, pela aplicação dos benefícios. Há discricionariedade regrada em que é realizada análise da sua conveniência e oportunidade à luz do caso concreto. De forma fundamentada, pode o órgão ministerial deixar de oferecer os benefícios, mas de acordo com critérios legais.

### 2.2.3 Princípio da oportunidade da ação penal

Nos Estados Unidos da América (EUA), país que adota o sistema *common law*, existe um instituto chamado *Plea Bargaining*. Conforme Pacelli e Fischer (2017), trata-se de um acordo (*barganha*) realizado entre acusação e defesa a partir da confissão do réu (*guiltyplea*) (OLIVÉ, 2018). Em troca, são a ele oferecidos benefícios pelo órgão acusador, que passam por aspectos relativos à definição do crime a ser imputado, as qualificadoras consideradas, pena mínima e máxima cominadas, possibilidade ou não de liberdade condicional e regime de cumprimento de pena.

Segundo Vasconcellos (2019), para a aplicação deste instituto, deve-se considerar *barganha* como sendo o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão em troca de algum benefício (em regra, redução da pena), negociado a pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado.

Um dos pilares básicos do sistema *common law* é o princípio da oportunidade, segundo o qual o órgão acusatório possui

discricionariedade, que lhe permite decidir com ampla liberdade acerca do início e continuidade do procedimento penal, assim como negociar com a defesa a redução ou mesmo exclusão da culpa. No Brasil, entretanto, vigoram os princípios da obrigatoriedade da ação penal pública e da indisponibilidade da ação penal, como já brevemente mencionado no item 1.2.2, os quais atribuem ao órgão acusatório o dever de buscar a punição do autor de infração penal.

Sobre isso, Pacelli e Fischer (2017) asseveram que o Ministério Público, como titular da ação penal pública, tem, de fato, um poder-dever de exercê-la, não se reservando nenhum juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade da ação penal, tampouco lhe sendo facultado dela dispor, uma vez que a tenha iniciado, modelo esse que, segundo Vasconcellos (2019) é incompatível com o modelo negocial, baseado no princípio da oportunidade, premissa fundamental para o pleabargaining.

Lima (2023), por sua vez, ao dissertar sobre o princípio da legalidade no processo penal, amparado em lição de Siracusa, comenta as diversas soluções existentes no Direito comparado, e anota que dois são os princípios políticos que informam, nesse assunto, a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade (*Legalitdsprinzip*) e o princípio da oportunidade (*Opportunitdsprinzip*).

Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão-só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal.

Na legislação processual penal brasileira, se, embora presentes os pressupostos que autorizariam ou até exigiriam a propositura de uma ação penal pública, o membro do Ministério Público assim mesmo violar o dever de agir, o CPP admite a intervenção do juiz, que pode recusar o pedido de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e propor ao chefe do parquet que reveja a proposta de arquivamento formulada pelo promotor de Justiça (artigo 28) (LIMA, 2023).

Assim, se o Ministério Público identifica a existência da lesão em caso no qual a lei exija sua atuação, ele não pode alegar conveniência em não propor a ação ou não prosseguir na promoção da causa, o que lhe é um dever, salvo quando a própria lei lhe permita, às expressas, esse juízo de conveniência e oportunidade. Entretanto, se, ao investigar supostos fatos que poderiam servir de base para uma ação pública, o Ministério Público se convence de que esses fatos não ocorreram, ou que o investigado não é responsável por eles, ou que esses fatos ocorreram, mas não são ilícitos – em todos esses casos, o Ministério Público poderá deixar de agir, sem violar dever funcional algum.

#### 2.2.4 Princípio da intervenção mínima

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal deve proteger os bens jurídicos mais importantes. Assim, dentre os bens existentes, o Direito seleciona os mais importantes, qualificando-os, como bens jurídicos, e protegendo-os. Prado (2015), por sua vez, contempla o bem jurídico como instrumento limitador da intervenção estatal, assumindo, sob tal roupagem, quatro importantes funções:

- a) Função garantidora: que corresponde à limitação do direito de punir do Estado. O legislador somente pode tipificar condutas graves que lesionem ou coloquem em situação de perigo bens jurídicos, limitando a atividade do legislador no momento da construção de tipos penais;
- b) Função teleológica ou interpretativa: o bem jurídico representa o núcleo da norma, funcionando como instrumento de interpretação, permitindo descobrir a natureza do tipo em questão;
- c) Função individualizadora: trata-se de um critério utilizado para a fixação da pena, já que, neste momento, é levado em consideração a gravidade da lesão ao bem jurídico; e
- d) Função sistemática: o bem jurídico é levado em consideração na formação dos grupos dos tipos penais da parte especial do Código Penal.

Atualmente, o delito é visto como lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico; já bem constitui tudo que tem valor e satisfaz a uma necessidade do ser humano. Para Toledo (2012), bens jurídicos

são valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.

## 2.2.5 Princípio da proporcionalidade

O Direito penal é o ramo do direito que mais intervém negativamente na esfera de liberdade do homem, assim é necessário que existam limites a este poder de modo a equilibrar a garantia do bem comum com as punições devidas, necessárias e adequadas. A importância do princípio da proporcionalidade decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter sua variação atrelada ao grau de dignidade do bem jurídico e da sua afetação, fazendo nascer o binômio merecimento de pena/restrição da liberdade humana. É devido a essa gravidade da intervenção penal que se faz necessário definir o princípio da proporcionalidade e os meios imperiosos para efetivá-lo.

Existem diversos conceitos sobre o princípio da proporcionalidade penal, destacaremos alguns a seguir, lembrando que são poucos os doutrinadores que o conceituam como princípio, sendo que a maioria, principalmente a doutrina clássica, o disciplinam quando se referem à sanção penal. Independente do momento em que são prolatados é unânime a sua necessidade e a sua vinculação aos limites da sanção penal.

Em Beccaria (1996) encontra-se a concepção de prevalência da ideia da mínima intervenção do estado na liberdade do indivíduo. Para ele, as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança, e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos. Deste modo, ao seu ver, os meios de que utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente.

Na seara do direito penal e processual penal, a proporcionalidade deve ser contemplada com base na sanção penal, do fato de ser ela um mal com que a ordem jurídica responde ao mal praticado pelo delinquente, resulta que há de ser proporcional à gravidade do próprio crime. É por esta razão que alguns autores a tratam a partir do princípio

da humanidade, vinculando-o ao mesmo processo histórico de que se originaram o princípio da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo – sob o prisma da danosidade social – o princípio da lesividade.

Sob tal concepção, a proporcionalidade da pena revela-se como uma exigência de dupla face, na medida em que de um lado deve traduzir o interesse da sociedade de impor uma medida penal “[...] necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (artigo 59 do Código Penal); de outro, deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito.

Deste modo, pode-se assumir que, no direito penal, a aplicação do princípio da proporcionalidade significa que a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança a periculosidade criminal do agente. Neste contexto, a intervenção penal em um Estado de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena.

O princípio enseja uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, traduzindo aquilo que não é absurdo, ou apenas o que é admissível. Sustenta-se, inclusive, que para o senso comum, o que é proporcional também é razoável, embora o inverso não seja necessariamente verdadeiro, além de se constatar que em muitas utilizações do termo razoabilidade ao que se está fazendo referência aos princípios da necessidade e idoneidade, subprincípios da proporcionalidade.

Quanto ao desrespeito da proporcionalidade entre a sanção e os danos causados pelo crime, alguns autores consideram que esta ofensa aos direitos fundamentais traz mais prejuízo à sociedade do que o próprio crime. É preciso que o condenado sinta que existe um equilíbrio entre o dano que produziu e o castigo que a sociedade lhe infringe, pois de outra forma o culpado se transformaria em vítima, e o credor em devedor.

Em relação à sua aplicação, deve-se assumir que o princípio da proporcionalidade penal tem basicamente dois destinatários finais, quais sejam, o Poder Legislativo quando da criação da lei penal, e o poder judiciário quando da aplicação da lei ao caso concreto pelo juiz

e quanto ao controle de constitucionalidade com base neste princípio. O respeito a este princípio é uma exigência para que se prevaleça a moderação do poder do estado, que é premissa em um Estado de Direito, garantindo, assim, a proteção dos direitos dos indivíduos e evitando arbítrios que atentem contra os direitos fundamentais.

A aplicação abstrata desse princípio está no âmbito legislativo, quando da definição dos tipos penais, é concebida ao se considerar a necessidade identificada pelo legislador da intervenção penal, depois verifica se esta intervenção é adequada a buscar os fins almejados pela proteção penal, e por último de acordo como valor do bem jurídico e da lesão que tipifica determina os limites mínimos máximos da pena, tendo também como referência proporcional, todos os outros delitos tipificados.

Por outro lado, a aplicação concreta deste princípio se materializa quando da definição do quantum da pena, após a condenação de um acusado. Sendo que o magistrado para ajudar na mensuração da proporção entre o mal causado pelo delito e a pena a ser aplicada, tem a seu favor os elementos do artigo 59 do Código Penal e por todos os outros princípios penais de garantia.

## 2.2.6 Princípio da duração razoável do processo

A problemática quanto à duração do processo não é privilégio do direito doméstico, tratando-se de tema recorrente no âmbito do direito alienígena. A prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável e efetivo já era previsto no direito internacional. Sob o status de direito fundamental do ser humano, o artigo 8º, item 1, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) preconizava que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ainda no plano internacional, merece registro o teor do artigo 6º da Convenção Europeia para Salvaguarda do Homem e das Liberdades Fundamentais. Subscrita em Roma, na data de 04 de novembro de 1950, dispõe que:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

No Direito doméstico, poder-se-ia sustentar que o direito fundamental à celeridade processual já existia em nosso ordenamento jurídico como desdobramento da cláusula do *due process* law, ou mesmo por intermédio do mandamento legal insculpido no inciso XXXV, artigo 5º, da Constituição de 88, que garante não apenas o acesso ao judiciário, mas também a efetiva proteção contra qualquer forma de violação de direitos.

Em que pese a previsão do direito a duração razoável do processo no plano internacional, foi a Emenda Constitucional nº 45, no ano de 2004, que explicitou o princípio no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da CF/88. A inclusão, pelo legislador constituinte derivado, do princípio da duração razoável do processo, tem como escopo positivar a necessidade da prestação jurisdicional de forma eficaz e eficiente.

### 2.2.7 Justiça negociada

Na Justiça Negociada, proveniente sobretudo do direito americano, o agente e o órgão acusador acordam acerca das consequências da prática criminosa, o que, evidentemente, pressupõe a admissão de culpa. Trata-se do denominado *pleabargaining*, que pode consistir na negociação sobre a imputação (*charge bargaining*), sobre a pena e todas as consequências do delito, como o perdimento de bens e a reparação de danos (*sentence bargaining*), ou sobre ambas.

Não se identifica esta liberdade de acusação no sistema jurídico brasileiro, em que o órgão do Ministério Público tem atuação vinculada

ao conjunto probatório proveniente da investigação, ou seja, a imputação deve ser estritamente relativa ao crime demonstrado. Além disso, a pena é aplicada por decisão exclusiva do juiz, sem possibilidade de influência direta do órgão acusador.

É possível, ainda no âmbito da Justiça Negociada, que o agente seja beneficiado em virtude da relevância de sua colaboração, como na situação em que o componente de uma organização criminosa aponta os demais agentes e revela detalhes de suas atividades delituosas, permitindo o desmantelamento da estrutura, a recuperação de bens e ativos, a libertação de vítimas em sequestros etc. Este sistema é aplicado no Brasil por meio de diversos diplomas legais, dentre os quais se destaca a Lei nº 12.850/13.

## 2.2.8 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público também está afeto ao ANPP, principalmente quando se trata de crimes de natureza econômica como a corrupção. De acordo com este princípio, os interesses qualificados como próprios da coletividade, não estão à livre disposição, se caracterizando como inapropriáveis (CRETELLA JÚNIOR, 1983).

Esse princípio vem para firmar o princípio da supremacia do interesse público. Faria (2022) cita seis aspectos principais que podem servir como padrão para verificar a validade das decisões administrativas que possam conflitar com a indisponibilidade do interesse público, os quais:

- (i) a submissão da atividade administrativa à legalidade e às condicionantes que isso impõe à realização de acordos; (ii) a necessidade de tratamento isonômico dos particulares com quem a administração realiza esses acordos; (iii) o respeito ao princípio da publicidade; (iv) o dever de motivação dos atos administrativos; (v) a moralidade na atuação dos agentes públicos envolvidos na negociação dos acordos e (vi) a observância ao postulado da segurança jurídica. (i) Como se sabe, o princípio da legalidade administrativa foi historicamente desenvolvido como instrumento de amarra à atuação da administração pública, notadamente em um contexto econômico e social

no qual o ordenamento jurídico era construído a partir de uma ideia de contenção do Estado, que só deveria atuar positivamente quando direitos individuais fossem (ou estivessem para ser) violados (FARIA, 2022, p. 289-290).

Assim, é possível entender a relação desse princípio com os crimes como a corrupção, considerando que o desvio de verbas públicas caracterizar-se-ia como apropriação de bens pertencentes à coletividade, sendo estes indisponíveis. Portanto, esse princípio vem para firmar que o interesse público não fica disponível ao agente, com regras que restringem esse acesso, devendo esse agente assumir a função de guarda ou fiscal da coisa pública.

### 2.3 Requisitos do Acordo de não Persecução Penal

O acordo de não persecução penal é regulado pelo artigo 28 A do Código de Processo Penal, nascido com a reforma emendada pela Lei nº 13.964/19, o qual doravante será ponderadamente esmiuçado no capítulo seguinte. Noutro norte, o acordo de não persecução penal deve ser ainda concebido como uma explanação da chamada justiça Multiportas, cuja atividade jurisdicional do Estado não é única, muito menos a principal opção dada às partes na solução de um conflito, certo de que são previstas outras formas de pacificação social, como os acordos penais antes citados. Lopes Jr (2021, p. 2020) concluiu:

Se fossemos pensar numa estrutura escalonada de negociação, levando em consideração seus requisitos e condições impostas, seria disposta na seguinte ordem: 1º transação penal; 2º acordo de não persecução penal; 3º suspensão condicional do processo e 4º acordo de delação premiada... Se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro e o impacto desses instrumentos negociais, não seria surpresa alguma se o índice superasse a casa de 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo. Portanto, estão presentes todas as condições para um verdadeiro “desentulhamento” da justiça criminal brasileira, sem cairmos na abertura perversa e perigosa de um pleabargaining sem limite de pena.

Por fim, aduz-se que o acordo de não persecução penal deverá ser feito na fase pré-processual, contudo, adiante serão comentados outros para celebração do referido acordo. Refere-se às exigências vinculadas ao fato delituoso que será objeto do acordo de não persecução penal, tal como a pena a ele cominada; circunstâncias, ou seja, se há emprego de violência e grave ameaça e a necessidade de cumprir suas funções em matéria de política criminal.

Com efeito, quando se fala no mencionado pressuposto, por certo, é de se falar que também englobam as vedações a possibilidade na celebração do acordo, previstas em lei: não ser hipótese de cabimento de transação penal: crime no âmbito da violência doméstica, familiar ou praticado contra mulher por razões de condições de sexo feminino em favor do seu agressor. Finalizando-se este ponto, tem-se que o inquérito policial deve estar pronto para que a denúncia do órgão acusador seja oferecida, logo, não seja caso de arquivamento dos autos.

### 2.3.1 Não ser caso de arquivamento

A proposta do acordo de não persecução penal está sujeita a uma série de requisitos legais, nesta vertente, nos aparece a hipótese legal de não ser caso de arquivamento do inquérito policial, na exata medida em que se assim o fosse, deveras, sentido nenhum se teria para propor o referido acordo penal, pois, no mínimo seria inadequada uma proposta do acordo, pensa-se quiçá abusiva. Lopes Jr (2021, p. 222) aduziu: “Não ser caso de arquivamento, devendo estar presentes as condições de admissibilidade da acusação (viabilidade acusatória)”.

É oportuno trazer à baila que, o arquivamento do inquérito é uma posição subjetiva adotada pelo promotor de justiça responsável por uma determinada investigação e geralmente ocorre quando o representante do órgão acusador não está convencido da existência dos indícios mínimos de autoria delitiva de um fato criminoso praticado pelo investigado, da efetiva existência material do fato, de feito.

É certo que não cabe ao delegado de polícia esta atitude, visto que longe da sua atribuição legal, pois, trata-se de um ato privativo do Ministério Público, conseqüentemente, se o representante da acusação pública propõe o acordo mesmo sabendo que é caso de arquivamento, acredita-se que estar-se-ia diante de uma prática eivada de abuso de

poder, eis que estaria violando o princípio da boa-fé. Falar do arquivamento do inquérito policial e não mencionar o ensinamento do Professor Afrânio Silva Jardim(2001, p. 169) acredita-se que o enfoque neste tópico ficaria vazio, leia-se:

[...] torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de prova da autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública...é preciso deixar claro que justa causa pressupõe um mínimo de lastro probatório no inquérito ou peças de informação. É necessário que haja prova, ainda eu leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim isto já é questão pertinente ao exame do mérito da pretensão do autor. Até Porque as investigações policiais não se destinam a convencer o juiz, mas apenas viabilizar a ação penal.

Pois então, não se propõe o acordo de não persecução quando o caso reclamar o arquivamento do inquérito policial nos moldes do artigo 28, caput, do Código de Processo Penal.

### 2.3.2 Confissão formal do investigado

Outro requisito objetivo do acordo penal em deslinde é a confissão do investigado, também prevista do citado dispositivo processual penal anterior, é obrigatório para realização do acordo de não persecução penal, pois, sem essa declaração de culpa não poderá haver o pacto entre as o Ministério Público e o investigado. Com efeito, muito embora, a ninguém seja permitido se autoincriminar ou mesmo obrigado a se dizer culpado em Juízo, para efeitos do instituto em deslinde, a recusa do investigado na confissão implica a negativa do acordo.

Acredita-se, com todas as vênias, que o legislador caminhou mal da exigência desta confissão para realização do acordo de não persecução penal, pois, de fato, coloca o investigado numa situação

de risco em caso de rescisão por descumprimento do acordo, consequentemente, deflagrada ação penal, a sério, esta confissão estará nos autos principais e, por óbvio, seria de conhecimento do Juízo da causa, inobstante, não possa valorá-la, por certo terá acesso e talvez possa ser que venha ter alguma influência negativa no julgamento da causa em desfavor do investigado.

Mas não é só. Imagine-se a situação que o investigado sabe que é inocente e efetiva sua confissão, apenas, para obter o acordo de não persecução penal para se livrar do crivo da jurisdição, também nos parece ser outra preocupação que o legislador não fez a devida reflexão, na exata medida em que ultrajado o princípio da presunção de inocência.

A referida assunção da responsabilidade penal não é exigida nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, institutos de desjudicialização e despenalização, portanto, não se consegue enxergar os motivos que levaram o legislador a exigir este requisito para realização do acordo de não persecução penal, nessa pegada, adotamos a linha de pensamento de Nucci (2021, p. 71) assim:

E sede de acordo, pode-se admitir essa obrigatoriedade da confissão, mas é preciso destacar que ninguém é obrigado a se incriminar ou mesmo admitir a culpa em Juízo. A Constituição Federal assegura o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), se que se possa extrair qualquer consequência negativa para a defesa. Portanto, para fins de acordo, admitir a culpa é justificada, as se o referido for rescindido e a ação penal, ajuizada, parece-nos ilícito utilizar a confissão como meio de prova contra os interesses do réu. Afinal, ele somente admitiu a sua culpa para obter o acordo. Sem isto, não o faria...Inova, ao impor a confissão como condição para tanto.

No mesmo pensamento, acompanhamos o raciocínio de Fuller (2021,p. 162), que bem afirma:

Entendemos ser inconstitucional a exigência legal da confissão do investigado, por violar a prerrogativa da não autoincriminação (art. 5º, LXIII, da CF), contida no art. 8ª, n. 2, alínea g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n.

678/1992), que assegura o direito de a pessoa “ não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”... Pior ainda; Se inocente, o investigado teria que mentir( confissão) para obtenção da proposta do acordo de não persecução penal!...Como se percebe, a exigência legal de confissão do investigado(formal e circunstanciada) configura mero capricho da mentalidade inquisitorial que permeia o processo penal brasileiro: nada mais inquisitorial que a busca da confissão do investigado no bojo de uma solução consensual que a NÃO persecução penal!

Destaque-se, igualmente, que a ausência de confissão do investigado em sede policial não inviabiliza o acordo de não persecução penal, nesse sentido:“HABEAS CORPUS N° 657165 - RJ (2021/0097651-5), Min. Rel. Dr. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma do STJ, julgado em 09.08.2-22”.A par do exposto acima, conclui-se que, muito embora, a confissão do investigado seja obrigatória para realização do acordo de não persecução pena, verdadeiramente, estamos diante de uma exigência inconstitucional.

### 2.3.3 Pena inferior a quatro anos

O acordo de não persecução penal é cabível nos crimes de média potencialidade com pena inferior a 4 anos, de efeito, se trata de requisito objetivo para aplicação do referido acordo penal, logo, vale lembrar que quando o legislador expressou que pena deve ser inferior aos quatro anos, ou seja, quis dizer cabível desde que a pena seja de 03(três) anos, 11 (onze) meses e 30 (trinta) dias. Nesse contexto, o instituto abarcará as infrações de menor potencial ofensivo e, corriqueiramente os denominados crimes de colarinho branco ou de cifra dourada.

Importante frisar, de modo oportuno que, para que para aferição da pena mínima cominada ao crime, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.Vale anotar ainda que, no caso de concurso material de crimes, o total na soma das penas também deve ser inferior aos quatro anos.Anote-se que, por pena em abstrato deve-se entender aquela material prevista no Código Penal,

dessarte, a existência de uma mínima, secundária ou pena em concreto que foi aplicada e a máxima. Nesse âmbito dos limítrofes aferidores da pena mínima, Cabral(2022, p. 95) destaca:

Na incidência das causas de aumento, para estabelecer-se a pena mínima, deve-se operar abstratamente o aumento mínimo previsto na lei e na hipótese de concorrer uma causa especial de diminuição, deve-se considerar a diminuição máxima prevista em lei. Assim procedendo, chega-se à pena mínima.

Fuller (2021, p. 165) explica:

Tratando-se de causa de aumento ou diminuição de pena com fração variável, e considerando que o requisito legal determina a aferição da quantidade da pena mínima em abstrato, devem ser observadas as seguintes regras:

--para causas de aumento, aplica-se a menor fração;  
--para causas de diminuição, aplica-se a maior fração.

Em outras palavras: para alcançar a pena mínima possível(em abstrato), deve ser aplicado o “menor aumento” e a “maior diminuição”.

Sendo assim, importa dizer que para haver viabilidade do acordo de não persecução penal a pena mínima imputada totalizar exatamente quatro anos, pois, do contrário o averiguado não terá direito ao referido instituto despenalizador. Pacceli e Fischer (2021, p. 125) arrematam;

Quanto ao mérito do acordo, com o balizamento escolhido – pena inferior a quatro anos, incluindo eventuais causas de aumento e de diminuição – nosso processo penal acaba de dar verdadeira guinada em seu modelo de justiça penal, optando, sempre que possível, pela não aplicação da pena privativa da liberdade, pelo procedimento do acordo de não persecução, que vem instruir, com discutível amplitude, a justiça negociada. Discutível, do ponto de vista de política criminal, não quanto à respectiva validade da escolha.

Por fim, vale a pena lembrar no tocante ao limite de pena para o seu cabimento que, o acordo de não persecução sempre será adequado, exceto quando não couber outro instituto de despenalização diverso dele, como por exemplo: transação penal ou sursis processuais.

#### 2.3.4 Infração praticada sem violência ou grave ameaça

Outro requisito objetivo previsto na legislação para o investigador fazer jus ao acordo de não persecução penal é que o crime por ele praticado seja daqueles sem violência ou grave ameaça a pessoa, como exemplos: roubo, homicídio, sequestro e outros previstos na lei penal. A violência traduz-se numa conduta fisicamente agressiva e por grave ameaça acredita-se que é uma séria ou real possibilidade de um mal futuro a outrem. Cabral (2022, p. 96) aduziu:

O legislador, portanto, realiza uma clara e legítima opção político criminal de não beneficiar pessoas que tenham praticado delitos que envolvam violência ou grave ameaça. Isso porque, a prática de crimes com essas características consubstancia injustos mais reprováveis, uma vez que mais elevado o desvalor da ação.

Esta condição é bem controvertida, portanto, importa-se em ressaltar que na linha da grave ameaça ou emprego de violência, de fato, obviamente, anda-se numa trilha que não se pode atentar contra vida humana, no entanto, pensa-se que não se pode vedar sua aplicação nos crimes contra a vida ou integridade física, na modalidade culposa, eis que não existe vontade de praticar o resultado, mas sim, houve nesta modalidade um resultado involuntário.

De efeito, nota-se que foi clara a intenção do legislador por opção político-criminal não beneficiar investigados que perpetrassem condutas violentas ou praticadas com emprego de grave ameaça, na exata medida em que são condutas com maior reprovabilidade, portanto, crê-se que daí seu objetivo foi o de submeter à esfera do processo penal estas pessoas que se escolheram os caminhos deste tipo de criminalidade, evidentemente, as consequências por força de um julgamento serão mais dolorosas que a celebração do acordo penal.

### 2.3.5 Necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime

Estamos diante de uma questão de política criminal, consequentemente, deve se avaliar se mecanismo acordo de não persecução é oportuno a espécie ou tipo do crime que é imputado ao investigado e ao mesmo tempo se, de fato, será uma ferramenta recomendada e eficaz de combate ao crime, sendo certo que tal circunstância, evidentemente, nos remete ao modo de aplicação da pena, conforme previsão estampada no art. 59, do Código Penal. Nesse sentido, Pacceli e Fischer(2021, p. 125) coroarão:

O principal critério trazido pela nova lei, contudo, remete a circunstância já conhecida na modulação da aplicação da pena. Trata-se do conhecimento do juízo acerca da assunção do acordo “seja necessário e suficiente reprimir e prevenir o crime”(Art. 28-A), Aqui, como visto, importantíssimo papel foi reservado ao Ministério Público, em primeiro lugar, e, depois, ao juiz das garantias, responsável pela homologação do acordo...sempre estará presente o risco de excesso de subjetivismo na compreensão dessa circunstância nos casos concretos. Como o rol de crimes abrangidos pela possibilidade do acordo de não persecução penal é demasiado extenso, a justiça penal negociada poderá se tornar a principal alternativa para o sistema, desde que a aplicação das novas regras obedeça a critérios mais ou menos objetivos, e, de preferência, regulados normativamente no âmbito interno do Ministério Público.

Tem-se que, por óbvias razões não será recomendado o uso do acordo de não persecução penal quando se observar uma informação hábil contrária ou dando conta da insuficiência da medida como forma de solução penal, de toda sorte, isto nos parece por demais subjetivo e presunçoso de se concluir pela necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, com efeito, acredita-se que tal exigência legal deva ser analisada cautelosamente sob a ótica aos princípios constitucionais atinentes ao tema.

## 2.4 Regras de Exclusão do Acordo de não Persecução Penal

As restrições legais a realização do acordo em questão, na verdade são os descartes legais que o legislador optou para impedir a justiça consensual por este instituto, ou seja, são aquelas que não podem estar presentes, consoante a disposição legal estampada no artigo 28-A, § 2º, do Código de Processo Penal.

### 2.4.1 Se for cabível transação penal

A lei veda expressamente a utilização do acordo de não persecução penal, quando for cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais (artigo 28-A, § 2º, inciso I, do Código de Processo Penal). Com efeito, nos parece claro que a intenção do legislador neste aspecto objetivo foi a de evitar a utilização de um instituto mais gravoso do que o outro, certamente, a Transação Penal é muito menos desagradável que o acordo de não persecução, vale ressaltar o limite dos cabimentos ou balizas penais dos citados mecanismos de despenalização.

Neste particular, o artigo 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais da cobertura aos delitos cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Por isso, o legislador fez a vedação do acordo de não persecução penal nos casos em que caibam a Transação Penal, daí acredita-se que este é o motivo da inadmissibilidade legal.

### 2.4.2 Ter o agente sido beneficiado no quinquênio

Esta regra de negação evidencia que o investigado não poderá ser beneficiado pelo acordo de não persecução penal, de fato, se já tiver feito gozo dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo. Pensa-se que, quanto a este aspecto não há controvérsia do legislador.

### 2.4.3 Do investigado reincidente e outras circunstâncias

O conceito está inserido na regra prevista no artigo 63, do Código Penal. Com efeito, considera-se reincidente o agente que pratica novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no

País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Nucci (2021, p. 73)finaliza:

Não se aplica o acordo caso o investigado seja reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual ou profissional, exceto insignificantes as infrações pretéritas (o que é natural, em face da política criminal assumida com a adoção do acordo de não persecução penal). Este item é aberto e sujeito a várias interpretações, de modo que o fator impeditivo da reincidência somente deve se dar em crime doloso, não envolvendo delito culposo. Em segundo, apesar de primário, o investigado pode ter maus antecedentes; vai além, demandando habitualidade delitiva(não confundir com crime habitual) reiterada (sucessivas infrações) ou profissional(pessoa que vive na prática de crimes), noutros termos, a simples verificação de haver maus antecedentes não configura empecilho para o acordo de não persecução penal. Torna-se imperioso que os maus antecedentes indiquem, com clareza, a habitualidade delitiva, a reiterada prática de crimes ou profissionalismo do agente. Nem sempre quem tem antecedentes preenche esses três fatores (art. 28-A, § 2º, II).

Diante do exposto, embora, coadunando com o pensamento acima, tem-se que o previsto na legislação nos parece que o critério utilizado pelo legislador nesta regra de exclusão por força da sua imprecisão, pois, podem-se permitir eventuais discricionariedades do órgão da acusação pública.

2.4.4. Do cabimento do ANPP na ação penal privada, da retroatividade, uso nos processos em curso e após o trânsito em julgado

O acordo de não persecução penal é ao nosso pensar cabível nas ações privada, eis que não existe obstáculo legal. Lima (2020, p. 275) ensina que: “O acordo de não persecução penal pode ser celebrado independentemente da natureza do procedimento investigatório”.Com efeito, numa simples leitura do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, verifica-se com clarividência que o referido dispositivo

não traz no seu bojo qualquer proibição ao uso do ANPP nas ações penais privada.

Anote-se também, que o acordo negocial em tela de retroage para beneficiar o investigado, em se considerando que se trata de uma norma penal mista, certo que o Pretório Excelso já se posicionou acerca dessa possibilidade (HC nº 108.421, Exmo. Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, segunda turma do STF, julgado em 22.06.2021).

Registre-se, por oportuno, inobstante, inexistia previsão expressa na lei, também não há regra de proibição na celebração de acordo de não persecução penal no artigo 28-A, da norma processual penal, aliás, recentemente o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento da possibilidade de cabimento do acordo de não persecução penal até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (HC nº 217.275, Rel. Exmo. Min. Edson Fachin, 2ª T., Julgamento em 27.03.2023).

Sendo assim, conclui que o acordo de não persecução penal é cabível nas ações penais privadas, é aplicável nas ações penais em curso e tem efeito retroativo mesmo após o trânsito da sentença penal condenatória trânsito em julgado.



## CAPÍTULO 3

### CRIME DE CORRUPÇÃO: CONCEITO E EVOLUÇÃO, ASPECTOS DESCRITOS DO CRIME DE CORRUPÇÃO E A EXTENSÃO DO CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A corrupção têm sido uma temática frequente no campo de estudos das ciências sociais bem como no debate público. Através da compreensão deste conceito como fenômeno social – enquanto um problema que fragiliza as democracias representativas perpetuando as desigualdades sociais e deslegitimando o sistema político e eleitoral – faz-se uma releitura das principais perspectivas e abordagens que se estruturam a partir de conceitos e teorias distintas as quais propõem conceituar a problemática da corrupção.

A primeira corrente teórica que pretende analisar o fenômeno da corrupção se inicia na década de 1950, por uma perspectiva estrutural influenciada pela escola funcionalista, onde tem o paradigma da modernidade como eixo central do sistema político e econômico capitalista no limite em que compreende a corrupção como medidor de uma perspectiva de desenvolvimento, na qual o eixo comparativo entre sociedades consideradas desenvolvidas e subdesenvolvidas seria avaliado pelo nível de corrupção (FILGUEIRAS, 2006).

Sob a ótica do estrutural-funcionalismo a relação de causa e efeito tendo como parâmetro a corrupção estabelece um nexos comparativo de análise das sociedades. A partir da ideia de que a corrupção é um fenômeno social inerente ao sistema compreendido como disruptivo e disfuncional em relação à realidade social, política e econômica. Neste contexto, a corrupção pode ser considerada benéfica em determinados momentos, possibilitando maior desenvolvimento da sociedade, na medida em que cria condições para que camadas e sujeitos subalternizados possam se incluir no sistema (LEFF, 1964; HEIDENHEIMER, 1970; NYE, 1972; HUNTINGTON, 1975).

A classificação de tipos de corrupção foi a tônica de alguns teóricos que partilhavam da abordagem estrutural-funcionalista. Heidenheimer (1970) utilizou três eixos para qualificar e caracterizar

o fenômeno, sendo complementado por um quarto eixo por Gibbons (1989). O primeiro está associado ao fazer público, o que significa dizer que a corrupção se materializa a partir de desvio de verbas públicas para benefício próprio, direta ou indiretamente. O segundo eixo se apoia na questão mercadológica, no que se refere ao uso da ocupação ou emprego público como fins de aumentar seus rendimentos pessoais. O terceiro, está balizado na ideia de pertencimento público, ao designar como prática corrupta o bem comum ou coletivo é infringido em detrimento de benefícios próprios. O último eixo, proposto por Gibbons (1989) se remete à opinião pública.

A perspectiva de Samuel Huntington (1968) compreende como a corrupção como desvio, que em função da modernização aliada ao nível menor de burocratização e normatização da política promove os subsídios necessários para que grupos se utilizem do caráter público para contrair vantagens e favorecimentos pessoais. Heidenheimer (1970) atribuiu a definição do conceito da corrupção a partir da percepção e entendimento que os atores sociais têm deste fenômeno. Criou uma categorização a partir das perspectivas individuais dos atores sociais.

Conforme Peters e Welch (1978) a corrupção pode ser mensurada a partir de quatro fatores: a) o funcionário público, b) o doador/receptor, c) a doação e d) o pagamento. No entanto, Peters e Welch (1978) consideram alguns comportamentos que podem ser considerados mais graves como um funcionário público que não tem cargo político no governo, a exemplo de cargos jurídicos. Assim como o ato corrupto for realizado pelo funcionário por vontade própria, quando os valores envolvem quantias extensas.

A partir deste modelo universal e comparativo estabelecido pela abordagem pioneira no conceito da corrupção, esvaziou-se de significados simbólicos, culturais, econômicos e sociais em sua constituição. Estas se limitaram em perspectivas mais ampliadas como de desenvolvimento e modernização como eixos centrais do sistema capitalista para mensurar o grau de corrupção de um país.

Certamente, o desenvolvimento deste conceito está intimamente associado a uma exigência da agenda do próprio sistema capitalista. Por seu turno, esta abordagem careceu dos sentidos e significados da ordem subjetiva na sua construção de conceito e modelo. A partir da

lacuna deixada por esta corrente teórica, da década de 1960, serão retomados os estudos na década de 1990, focados na Teoria da Economia Política visando compreender as brechas e lapsos deixados pela escola anterior (FILGUEIRAS, 2006).

A segunda corrente teórica que se propôs a abordar o problema da corrupção irrompeu no final dos anos 1980, com a conjuntura política internacional relativa aos processos de abertura política e econômica, sobretudo de países ex-socialistas, como Rússia, países do Leste-Europeu e da Ásia. Esta abordagem privilegiou o viés econômico e as metodologias quantitativas aplicadas ao campo político (FILGUEIRAS, 2006).

Neste contexto, de reformas e políticas que promoviam a liberalização do Estado, a abordagem econômica superou a perspectiva funcionalista de análise. Entrava em cena um novo eixo analítico, que ainda partia do pressuposto herdado da abordagem funcionalista de a partir dos benefícios e prejuízos trazidos pela corrupção. Mas que adicionava que a corrupção produzia entraves ao desenvolvimento econômico e social a serem pagos pelos atores sociais.

De acordo com Santos (2016) esta perspectiva focou na produção de dados relativos a corrupção, servindo a empresas e governos como forma de medição e quantificação do nível de corrupção e riscos para os investimentos. Estes dados são construídos visando dar conta de questões culturais e sociais, assim se basearam a partir de problemas sociais como a crise do sistema político-partidário, os embates étnicos e religiosos, demais percepções acerca dos atores sociais sobre o sistema político. Estes dados são construídos visando satisfazer as questões culturais e sociais, assim se basearam em questões sociais amplas como a crise do sistema político-partidário, os embates étnicos e religiosos, por exemplo.

Neste bojo, alguns teóricos fazem a análise de índices a partir da compreensão da corrupção como risco (KAUFMANN; KRAAY; ZOIDO-LOBATÓN, 2000). O que significa dizer que há uma conversão do problema central da corrupção, que anteriormente, concebe o fenômeno como um desvio do sistema, para compreender como problema central nas questões de mercado, investimentos e negócios em relação aos riscos e confiabilidade aos governos dos países.

Há uma transformação radical na construção do conceito de

corrupção bem como ao campo empírico do qual se perfaz o recorte analítico onde a corrupção é vista como entrave na qual pode emperrar negociações e causar prejuízos aos países que operam com práticas ilegais. A busca parece seguir a direção de dois planos, o plano ampliado ou macro e o plano restrito ou micro.

Os estudos que seguiram este caminho, culminaram com a teoria do rent-seeking, que significa a obtenção de renda ou bens econômicos através do controle e influência dos espaços políticos onde se desenvolvem as ações e negociações econômicas. Por outro lado, o viés mais ampliado ou macroeconômico opera na relação sobre os impactos da corrupção em relação ao campo econômico, como índices de inflação, de crescimento econômico, resultados econômicos, de investimentos e negócios (BAPTISTA, 2015).

Sendo o objeto de estudo derivado dos efeitos e resultados, a partir dos fatores que ocasionam os mesmos. Deste modo, algumas noções são modificadas, no limite em que, os atores sociais passam a ter proeminência ainda que dentro de um quadro de possibilidades, escolhas impostas pela estrutura. Assim como os ambientes políticos dialeticamente influenciam nas decisões estando estas submetidas a estrutura política (FILGUEIRAS, 2006).

A corrupção está disposta na relação entre as esferas pública e privada. De modo que, a rede de corrupção decorre da forma que a máquina pública consente o uso indevido de seus recursos para proveitos próprios (ROSE-ACKERMAN, 1999). A partir da ótica da economia política, os meios pelos quais operam as instituições são as responsáveis por incentivar ou reprimir as práticas dos atores sociais, com relação a corrupção, nos espaços e campo político institucional. Assim, mediante a leitura da política sob um viés economicista, foram criados índices que medem satisfação e confiabilidade dos governos democráticos, com base na pesquisa de opinião.

O índice da democracia foi aplicado inicialmente em 1995, em oito países da América Latina pelo consórcio Latinobarômetro, com base em pesquisa de opinião. Representa as opiniões, atitudes e valores dos atores sociais nos países da América Latina (CARNEIRO; MÓISES, 2008). Sob a liderança de Daniel Kaufmann, pesquisadores do Banco Mundial construíram o índice de governabilidade através da utilização de pesquisa de opinião em diferentes países.

O tema da corrupção tem sido considerado um dos maiores problemas a serem combatidos pelos governos em todo o mundo. Este problema está imbricado a questões políticas, sociais e econômicas incidindo de maneira prejudicial a todas estas esferas. No que se refere às economias nacionais e internacionais, tem representado um risco ao progresso dos países. Tal conjuntura despertou uma série de ações com fins a seu combate por entidades internacionais como o Banco Mundial e a Transparência Internacional.

De acordo com Rose-Ackerman (1997), os subornos estão no centro do problema da corrupção. Na medida em que os subornos são feitos pelos governos e pelas empresas estatais privatizadas a funcionários em processos de licitação. Significando que os contratados para prestar o serviço não são os mais eficazes e sim aqueles que pagam por meio de suborno. Os dados demonstram que os subornos em contratos feitos de forma ilícita os custos podem aumentar em 30% além de diminuir a qualidade e eficácia do projeto ou obra pública.

Altos níveis de corrupção atingem o investimento e desenvolvimento de um país tornando um governo ineficaz. Ainda que a corrupção opere como uma prática global, os maiores prejudicados são os países em vias de desenvolvimento. A prática da corrupção é responsável pela ineficácia econômica além do aumento das desigualdades nas sociedades de modo que é preciso que sejam feitas reformas governamentais para freá-la.

O fato de a corrupção ser um fenômeno imbricado a política exige que as reformas sejam constitucionais no que tange a relação do mercado com o Estado. No entanto, a efetividade destas reformas deve ocorrer tanto no plano internacional quanto no local, ou seja, os governos nacionais devem estar articulados a órgãos e associações internacionais para que ocorra este tipo de mudança (ROSE-ACKERMAN, 2001).

Outra questão relevante com relação a corrupção e suas implicações sociais e políticas, é o fator das desigualdades sociais no que se refere ao aumento dos custos sociais para os cidadãos. Os prejuízos causados pela corrupção por contratos ilícitos causam um déficit nas contas do governo, logo a elevação dos impostos é promovidas de modo a contrabalançar as contas públicas (ROSE-ACKERMAN, 1997).

A relação entre os países que possuem práticas corruptivas determinadas vezes soam como consequência do tamanho do Estado, ou seja, quanto maior o país em seu território e consequentemente mais divisões de estruturas institucionais de poder, como ministérios e secretarias, podem ser mais factíveis de atos corruptos. No entanto, estas relações não são comprovadas empiricamente.

As práticas sociais brasileiras são profundamente marcadas pelo desenvolver histórico, assim, para buscar a compreensão das infrações morais, Barbosa, buscou nas origens do processo de formação da sociedade brasileira o surgimento do conceito. Para isso, ancorou-se na obra “Raízes do Brasil” de Sérgio Buarque de Holanda, que – como já visto neste trabalho – apresenta o conceito de homem cordial, e esse conceito pode ser aplicado tanto na honestidade social, quanto na corrupção política, a depender do caso.

De acordo com o autor Sérgio Buarque de Holanda, o Brasil, com o seu extenso período de exploração que teve início com a chegada dos portugueses, a forma de administração trazida é a mesma que vigorava na coroa portuguesa, portanto, as particularidades desse novo território não foram consideradas; esse fator abriu possibilidade para que houvesse uma grande exploração de mão-de-obra e recursos naturais. Barbosa (1992) destaca que nação brasileira carregou no seu desenvolvimento, diversas características dessa um aspecto que precede da sua origem ibérica. Uma expressão marcante desse povo seria a solidariedade, esta existe somente onde há vinculação de sentimentos mais do que interesses, seja no ambiente doméstico ou entre amigos.

Com o desenrolar histórico no Brasil, ocorreram outros momentos de exploração, como no caso do coronelismo, período em que os coronéis forneciam proteção para algumas pessoas em troca de votos. Essa prática ficou conhecida como voto de cabresto. Essas relações são marcadas pela cordialidade, mesmo que em contextos de maior tensão. Assim, o brasileiro, em vários momentos, sentiu o peso dos vínculos de simpatia.

É possível afirmar que os desvios morais estão disseminados de forma tão assídua no cotidiano, que se faz como uma “instituição cultural”. Portanto, é como se pudesse estabelecer uma comparação análoga à propina para se instituir uma “vista grossa” e “facilitar o andamento dos casos”. A sociedade brasileira instruiu-se a conviver

normalmente com essa anomalia social, no entanto, ocorrendo em alguns momentos, a inquietude e descontentamento de alguns mais esclarecidos que detém conhecimento sobre todas as consequências e atrasos que os “desvios” poderiam acarretar.

Nesse caso, portanto, o caráter é uma variável importante a ser considerado, uma vez que, o almejo do prêmio acessível e imediato é algo humano e que assim, os indivíduos detentores de uma educação débil e fragmentada não hesitarão em se corromper caso as condições sejam favoráveis.

Diante dos fatos, se torna, portanto, indispensável a diferenciação entre a corrupção política e a desonestidade social, ambas possuem a mesma gênese, e os seus efeitos são orientados por condutas semelhantes. No entanto, em contrapartida desconforme e ruminante do senso comum, nem todas as práticas desonestas constituem uma prática de corrupção. Como conseguinte, o vínculo que se designa entre esses dois fatores pode ser comparado ao mesmo existente entre a lagarta e a borboleta.

É possível afirmar que os dois (lagarta e borboleta), são exatamente o mesmo ser vivo, uma vez que possuem exatamente o mesmo código genético. Não obstante, a lagarta, enquanto ente, possui suas características próprias, apresentando expressão e forma de lagarta. Ao longo do processo de metamorfose, a lagarta desintegra-se de sua feição e após a apoderação das matérias necessárias para o desenvolvimento torna-se borboleta, com distintas formas e expressões, contudo sendo ontologicamente, o mesmo ser lagarta de antes. Defendemos, que é desta mesma maneira, que se deve compreender a relação entre a desonestidade e a corrupção, ambas possuem a mesmo origem e fundamento, mas, que se desenvolve em instancias e/ou ambientes distintos.

Com isso, tanto a desonestidade, quanto a corrupção, possuem incorporadas no seu “DNA” a distorção de consciência para a percepção de moralidade e ética, sendo de modo simultâneo “a mesma criatura”, mas com suas características particulares quanto ente. Ademais, é importante ressaltar que dá mesma forma como a lagarta origina a borboleta, a desonestidade social concebe a corrupção política. Segundo o filósofo Leandro Karnal: “A desonestidade é um mal individual, a corrupção é um mal social”. Completa Karnal, aplicando

a política: “Não existe governo corrupto em uma sociedade ética, e não existe nação corrupta com um governo ético e transparente”.<sup>1</sup>

Dentro dessa óptica, a conduta das pessoas, independente da conjuntura econômica, é consequência direta da sociedade que este é socializado. Como resultado, caso um jovem da Suíça desempenhe um a conduta mais ética quanto um jovem brasileiro, está ação não é mérito próprio e direto do indivíduo, mas, reflexo do ambiente social e moral que o condiciona a agir de tal forma.

À vista disso, entre o povo e o governo, reverbera um espelhamento, em que cada pessoa em sua condição social, atua de modo a obter ganhos para o particular em função do coletivo. Com isso, é possível afirmar que um desvio de conduta praticado por parte de um político afeta negativamente o meio social de forma muito mais assídua do que um cidadão que fura uma fila ou estaciona em uma vaga exclusiva. Constituinto respectivamente, um ato de corrupção política e uma ação de desonestidade social.

Perante o exposto das consequências que os atos de corrupção política são capazes de promover, essa ação, se constitui como uma ação criminal. A violação da lei pode ser explicada por meio da teoria das Abordagens da Atividade Rotineiras, de Cohen e Felson (1979). Trata-se de linha teórica que se propõe a analisar e entender os motivos das ações criminosas a partir das observações e estudos. Isto posto, a teoria pode ser compreendida como um agrupamento de fundamentos e princípios que afirmam o acontecimento de um ato criminal quando convergem no mesmo espaço físico e temporal um possível criminoso e uma vítima em potencial, sem que entre esses exista a presença de um defensor capacitado.

Isto posto, se enquadra os aspectos de um ato criminal corrupto. Uma vez que, em comparação com a teoria, os criminosos/ofensores motivados são os políticos. Os alvos apropriados seriam os recursos financeiros, licitações, subvenções, acordos e negociatas. Por fim, a carência de profissionais capacitados para desempenhar a função protetora contra a violação, seria a legislação débil e flexível e a impunidade parlamentar. Elementos que originam um ambiente propício para a ocorrência de crimes.

A corrupção pode ser analisada sobre diferentes perspectivas, se estabelecendo como um estudo complexo que envolve patamares

1 <https://www.youtube.com/watch?v=Vvxp61H2fVc>

heterogêneos de compreensão. Nesse viés, não persevera no meio legislativo nenhuma definição unânime que relacione a “corrupção”; havendo divergentes abordagens sobre o assunto, o qual precede de determinados filósofos ou marcos teóricos, em concordância com o regime legal aplicável.

Em um patamar histórico, a corrupção passou a ser abordada em um viés literário apenas em algumas menções às Vidas dos Césares, de Suetônio (século I d.C.), sendo em períodos anteriores ao século XX tratada de maneira supérflua no âmbito acadêmico. Assim, estudos que tratassem a corrupção e os efeitos dessa, propagados na economia e no âmbito social, eram muito raros, sendo a temática abordada por especialistas como uma acidentalidade de insignificante importância na ordem social, e para alguns benéfica para o progresso econômico (NYE, 1972).

Dentro desse contexto, sob um viés funcionalista, a corrupção seria mais comum em países subdesenvolvidos, sendo uma ação política “aceita” diante da deflagrada institucionalização. Os instantes contestados de alterações sociais, contribuem para o agravamento da corrupção diante do lapso que existe entre a modernização e a institucionalização, tornando-a comum em sociedades em processo de mudança social, como no caso do Brasil. Assim, a corrupção tende a ser, nessas sociedades, um tipo de ação mais agravante, enquanto a modernização provoca atores inéditos no cenário político, viabilizando clivagens sociais.

Nessa perspectiva, em 1978, com a obra “Corruption: a study in politiceconomy”, a professora de jurisprudência e especialista em corrupção política, Susan Rose-Ackerman, defende a tese de que a função e as consequências da corrupção eram bem maiores e intensas do que até então se tinha conhecimento. O trabalho de Rose-Ackerman (1978) foi de extrema importância para que o assunto passasse a ser visto sob outra óptica.

Com isso, ocorreu o declínio da interpretação que defendia os atos corruptos como um “lubrificante” que contribuía para o progresso econômico (NYE, 1972), possuindo em abordagem todos os prejuízos econômicos que ela traria. A tese defendida por Nye (1972) era baseada na argumentação de que se a corrupção era um fator importante para a economia, seria considerável medi-la. No entanto,

transpareceu com a ação uma divergência considerável, visto que, se as ações corruptas são secretas, e como as frações detectadas nada se sabe sobre a quantidade agregada pelas transações ilícitas, medidas diretas são ilusórias.

Defende-se, assim, a percepção de que a corrupção, em linha gerais, pode ser definida pela ação de agente público, político ou não, que atue de modo a aferir algum tipo de vantagem ilícita, aproveitando-se da função que desempenha no âmbito social. Assim, possuindo por base preceitos defendidos por organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), Transparência Internacional e Banco Mundial, a corrupção é retratada como a ação desempenhada por algum agente público que realiza alguma função dentro das estruturas do Estado ou Governo. Assim, esse conceito definido serve como um divisor de águas do afirmado pelo senso comum.

A exemplo disso, no âmbito de instituição internacional, o FMI aprovou um modelo inédito de ação, o qual ampliará as explorações sobre os casos de corrupções em diversos países, assim como as consequências negativas que poderão acarretar para a economia. De fato, a corrupção é economicamente perniciosa, minando a capacidade dos países de proporcionar um crescimento econômico inclusivo e sustentável (BAPTISTA, 2017).

Dessa forma, de acordo com o argumentado, é indubitável que a corrupção gera um grave declínio de investimentos e perdas econômicas, assim como, uma diminuição no Produto Interno Bruto (PIB), aferido pela instituição. Os resultados brasileiros também mostram que a corrupção e a má governança estão associadas a uma maior desigualdade e a um menor crescimento inclusivo (BAPTISTA, 2017). De acordo com o FMI, atos corruptos fundam divergências na capacidade dos governos para distorcer e tributar os gastos para investimentos em áreas fundamentais para o desenvolvimento de um país, como saúde, educação e energia (BAPTISTA, 2017).

Assim, a corrupção, de modo a se distinguir do preceito comumente defendido, tende a ser ações cometidas por entes políticos, que de alguma forma possa obter vantagem sobre a função que desempenha. Contribuindo, assim, para um atraso no desenvolvimento da nação. De um modo geral, pois, pode afirmar que a corrupção no Brasil tem status de endêmica e crônica, quase um elemento cultural

e identitário da pátria. Até a operação Lava-Jato que simbolizou num primeiro momento a virtude e eficácia do combate, trazendo esperança de panaceia à doença, sucumbiu aos interesses para além da lei, ordem e justiça. No Brasil, até o combate a corrupção é corrompido.

A corrupção é um problema inerente à sociedade e bastante comum nas instituições governamentais, e acredita-se que sua prática distorce a alocação de recursos, distanciando-os de um uso mais produtivo e gerando uma barreira ao crescimento econômico. Recentemente, constatou-se a existência de uma relação entre instituições e prosperidade econômica, e muitos economistas argumentam que o mau funcionamento de instituições governamentais é um grande obstáculo ao investimento, empreendedorismo e inovação (FMI, 2018).

A presença de instituições bem desenvolvidas, tal como um sistema judiciário eficiente que garanta o cumprimento de contratos e os direitos de propriedades, aumenta os incentivos à inovação e ao investimento. Portanto, é de se esperar que práticas de corrupção afetem o desempenho da economia. Além disso, a prática de corrupção pode ter grandes impactos no longo prazo, através de seus efeitos na provisão e na qualidade dos bens e serviços públicos básicos. Assim, nos últimos anos, diversos estudos foram realizados com o objetivo de estudar como ocorrem as práticas corruptas, que fatores as influenciam e qual seu impacto na economia.

Apesar de ser a nona maior economia do mundo, o Brasil encontra-se entre os países com maior nível de desigualdade de renda, baixo índice de desenvolvimento humano e elevados níveis de pobreza. De acordo com o IPEA e o Banco Mundial, em 2011 o país possuía cerca de 26,8 milhões de pobres e ocupava 13<sup>a</sup> posição no ranking mundial de desigualdade. Diante desses indicadores, o país tem destinado cada vez mais recursos ao fornecimento de serviços básicos à população e à criação de políticas públicas voltadas à diminuição dessas disparidades.

Segundo Rocha (2015), embora tenha havido um considerável aumento no volume de recursos transferidos e de programas que buscam a melhoria dos indicadores econômicos e sociais, esses índices não têm apresentado melhoras significativas. De acordo com Gupta et al (2012), boa parte dessa ineficiência na alocação de recursos é causada pela corrupção governamental.

### 3.1 Conceito e evolução do crime de corrupção

No século XX, as perspectivas sobre a corrupção foram organizadas em torno de duas principais agendas de pesquisa (FILGUEIRAS, 2008b). A primeira, predominante até os anos 1990, baseia-se na vertente da modernização. Essa, no caso do estudo da corrupção no Brasil, centra-se no conceito do patrimonialismo (FILGUEIRAS, 2009; BAPTISTA, 2015). A segunda, hegemônica a partir da ascensão do programa de reformas baseado na New Public Management, relaciona-se à vertente da nova economia institucional e tem o rent-seeking como principal conceito para o estudo da corrupção (FILGUEIRAS, 2008a; ROSE-ACKERMAN, 2010; CHAIA, 2015).

Essas perspectivas marcam paradigmas sobre tal fenômeno e resultam da evolução do pensamento sobre ele, que, sendo histórico, vem se alterando no tempo em relação tanto aos sentidos que lhe são atribuídos quanto às ideias sobre seu enfrentamento (CHAIA, 2015). A importância do estudo de tais perspectivas reside em dois pontos. O primeiro se relaciona à malignidade emprestada à corrupção no Brasil e à conseqüente importância conferida à sua análise e combate.

Segundo Baptista (2015), duas pesquisas realizadas em 2008 e 2009 indicaram que a opinião pública brasileira considera a corrupção uma das principais mazelas do país e a julga a responsável por muitos dos problemas que afligem nossa população. Mesmo sendo um fenômeno sobre o qual já existe grande debate, o caráter fugidio da ideia de corrupção e a tendência moralista das abordagens sobre suas causas, práticas e efeitos demandam a realização de estudos mais acurados, voltados à compreensão de sua extensão e profundidade (FILGUEIRAS, 2009; BAPTISTA, 2015).

O segundo ponto é o de que há uma relação estreita entre a evolução do pensamento sobre a corrupção e as experiências de reforma experimentadas no Brasil. Analisados os estudos de Chaia (2015), verifica-se que as duas mais significativas experiências, iniciadas nos anos 1930 e 1990, se embasaram em teorias relacionadas a tais perspectivas sobre a corrupção, acompanhando-as em sua predominância na história.

Faoro (2000) apresenta a tese de que os diversos problemas enfrentados pelo Brasil, incluídos aí a corrupção, seriam resultantes

da prevalência de um modelo institucional baseado no “capitalismo politicamente orientado”. Esse tipo de capitalismo teria incorporado parte das características do que seria o “capitalismo moderno”, voltado para a racionalidade e a impessoalidade, em que se valoriza a técnica e a indústria, e, principalmente, em que se garantem as liberdades individuais e propriedade, cabendo ao Estado a afirmação de tais garantias (FAORO, 2000).

No capitalismo politicamente orientado haveria a proeminência do estamento, que seria formado a partir de quadros parcialmente insulados, políticos ou burocráticos, que dirigiriam as ações do Estado orientando-as para o atendimento de seus próprios interesses em detrimento do interesse público, situação que representaria o suporte social à invasão do público pelo privado (FAORO, 2000).

Faoro (2000) destaca que esta comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito e a sociedade se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi

Para a tese patrimonialista a partir das ideias de Faoro (2000), a corrupção no Brasil seria derivada da colonização portuguesa, cujo produto foi a persistência de um modelo institucional em que as relações sociais, políticas e econômicas ocorreriam sem que houvesse uma clara separação entre o público e o privado. Supõe-se que a tradição política brasileira não respeita a separação entre o público e o privado, não sendo, o caso brasileiro, um exemplo de Estado moderno legitimado por normas impessoais e racionais.

Filgueiras (2009) destaca que, na visão de Holanda e Faoro, o patrimonialismo é a mazela da construção da República, de maneira que não promoveria a separação entre os meios de administração e os funcionários e governantes, fazendo com que esses tenham acesso privilegiado para a exploração de suas posições e cargos. Dado o patrimonialismo inerente à construção da cena pública brasileira, a corrupção é uma prática cotidiana, chegando a ser legitimada no âmbito de uma tradição estamental e tradicional herdada do mundo ibérico.

Em seu estudo sobre as principais teorias acerca das causas da corrupção, Graaf (2007) apresenta estudo comparativo entre tais teorias, considerando as seguintes dimensões de análise: elo causal, nível de análise das causas, nível de análise da corrupção, contexto e métodos de pesquisa mais comuns.

Graaf (2007) aponta que tais teorias são predominantemente utilizadas em estudos sobre a corrupção em países subdesenvolvidos. A partir delas, tal fenômeno é entendido como resultante do antagonismo entre a moralidade pública (macro) e a moralidade privada (micro). O combate à corrupção a partir dessas bases passaria pela instituição e aplicação de códigos de conduta, bem como pela promoção de treinamentos de sensibilização e formação ética, voltando-se à eliminação do clientelismo e do nepotismo na administração pública.

Para a literatura baseada nessa perspectiva, a corrupção seria comumente associada ao subdesenvolvimento, o que faria com que a retórica sobre sua erradicação fosse relacionada à racionalização das relações Estado sociedade como meio de se buscar o desenvolvimento (GRAAF, 2007).

Analisando esse posicionamento, Filgueiras (2008b) aponta que tal perspectiva estabelece a compreensão da corrupção a partir de análises dicotômicas e evolucionistas, entendendo que tal fenômeno é inerente às sociedades atrasadas. Por essas bases, então, o combate a tal fenômeno ficaria orientado para a realização de reformas voltadas à afirmação dos valores próprios da racionalidade moderna, como a adoção da burocracia profissional e da meritocracia.

Do ponto de vista do nosso problema de pesquisa - isto é, as relações entre elitismo e corrupção, e como estes impactam no agravamento e manutenção das desigualdades sociais no Brasil - seria correto afirmar que toda a elite é corrupta, de forma a estabelecer uma relação de sinergia ou de causa e efeito? A resposta prudente a dizer seria não.

Mas, no Brasil - considerando a elite política e a econômica - provavelmente sim, e os são não apenas por conta de um declínio moral, mas, fundamentalmente por conta das facilidades e “oportunidades” que encontra nas fragilidades do Estado e suas instituições em estabelecer um maior rigor no controle e punição dos atos de corrupção. Logo, para ser corrupto no Brasil, é preciso estar na condição de

um membro da elite (política e econômica), o que geralmente só é possível a um restrito e seleto grupo de pessoas, com grande influência política e econômica.

No Brasil, a primeira experiência sistemática de enfrentamento da corrupção por meio da adoção da burocracia profissional se refere à reforma administrativa do Estado Novo, durante o primeiro Governo de Getúlio Vargas. Segundo Chaia (2015), esse processo visou à racionalização do Estado brasileiro, buscando introduzir no aparelho administrativo do país a centralização, a impessoalidade, a hierarquia, o sistema de mérito, a separação entre o público e o privado.

A segunda grande perspectiva baseia-se na nova economia institucional, tem o rent-seeking como conceito central para estudo da corrupção e seu marco inicial se deu com a publicação, em 1978, do livro de Susan Rose-Ackerman intitulado “Corruption: a study in Political Economy”. Essa perspectiva tornou-se hegemônica a partir dos anos 1990, quando instituições financeiras internacionais passaram a defender programas de reforma baseados na New Public Management (FILGUEIRAS, 2008a, 2008b; SACRAMENTO; PINHO, 2009).

Sobre o estudo da corrupção a partir das teorias relacionadas à nova economia institucional, Rose-Ackerman (2010) define que a essência de tal abordagem se funda na ideia de que os diferentes atores, seja no exercício de prerrogativas públicas ou na defesa de interesses privados, têm seu comportamento orientado pelo conjunto de incentivos criados pelo contexto institucional que os envolve.

Para essa autora, o problema da corrupção não estaria relacionado de forma simplista a baixos níveis de democratização, mas sim à existência de situações de competição entre atores autointeressados (self-interested) que buscariam (por meios lícitos ou ilícitos) subverter decisões coletivas para a satisfação de seu próprio bem-estar, mesmo que em detrimento do interesse público, seja em ambientes autoritários ou democráticos (ROSE-ACKERMAN, 1978).

De forma geral, o estudo dos fenômenos políticos por meio das teorias relacionadas à vertente da nova economia institucional orienta-se pela concepção hobbesiana da natureza humana, tendo o racionalismo econômico e o individualismo metodológico como seus pressupostos (CHAI, 2015).

O primeiro pressuposto se relaciona ao postulado do homo

econômicos, atribuído à análise da prosperidade na teoria econômica clássica de Adam Smith, por meio do qual parte-se da premissa de que os homens racionalizam suas decisões por julgamentos amorais, orientando-se por seu interesse egoísta e comportando-se com base no utilitarismo em suas relações econômicas, sociais e políticas.

O segundo, parte do primeiro, sustentando-se pela ideia de que, se o indivíduo se orienta pelo seu autointeresse tanto no campo familiar quanto no profissional ou no político e se todas as decisões derivam de tal interesse, então não há decisões coletivas que derivem de um verdadeiro interesse coletivo. Portanto, as decisões coletivas devem ser compreendidas como resultantes do universo de interesses individuais dos atores que delas participem (MOISÉS, 2010; CHAIA, 2015). A partir desses pressupostos, erigem-se o conceito do rent-seeking e as teorias voltadas à compreensão da corrupção relacionadas à vertente em tela. Destacam-se entre elas a teoria da escolha racional, dos incentivos, dos custos de transação, dos jogos, da escolha pública e do principal-agente.

Sobre o conceito do rent-seeking, esse tem como referências seminais os trabalhos de Gordon Tullock e Anne Krueger (FILGUEIRAS, 2008a), tendo sido cunhado com vistas à explicação do problema do consumo de recursos por conta da competição entre agentes pela obtenção ou manutenção de monopólios. Essa competição proporcionaria transferências de rendas entre diferentes grupos dentro da sociedade, rendas essas criadas artificialmente por conta da intervenção do Estado sobre os mecanismos de mercado (KRUEGER, 1974).

O rent-seeking permite a compreensão das causas da corrupção a partir da ideia de que sua prática ocorre quando os atores que exercem prerrogativas de Estado se locupletam por conta da existência de competição entre diferentes atores econômicos, pela obtenção ou manutenção de monopólios que lhes propiciem transferências de renda decorrentes da intervenção governamental. Essas transferências seriam constituídas da diferença entre os preços estabelecidos a partir de monopólios estatais num arranjo institucional falho e os preços num mercado competitivo (BAPTISTA, 2015).

Por esse conceito, tais transferências seriam viabilizadas, por exemplo, a partir de lobbies e/ou do pagamento de propinas a agentes do Estado que, por suas prerrogativas, favoreceriam que

agentes econômicos obtivessem delegações de monopólios estatais, permitindo o estabelecimento de preços sobre-dimensionados aos de um mercado perfeitamente competitivo, incluindo neles ainda os custos desses lobbies ou propinas (TULLOCK, 1967, CARAZA, 2018).

Nesse sentido, a possibilidade do recebimento de propinas ou outras vantagens causaria também uma competição pelos cargos de Estado cujas prerrogativas viabilizassem tais transferências (KRUEGER, 1974). Dessa forma, pelo rent-seeking, compreende-se a corrupção como um comportamento oportunista de atores amorais, que se manifesta por meio de ações, no caso, ilegais, voltadas a propiciar transferências de renda que atendam aos interesses particulares desses atores em detrimento do interesse público.

Essas ações seriam resultantes de incentivos propiciados por redes de privilégios decorrentes de arranjos institucionais falhos, que permitiriam a existência de monopólios estatais, excessos de discricionariedades na condução de negócios públicos e de mecanismos inadequados ou insuficientes de accountability (KLITGAARD, 1994; BAPTISTA, 2015).

A teoria da escolha racional aplicada à compreensão da corrupção busca interpretar como as instituições moldam o processo decisório e diminuem ou aumentam os custos relacionados, permitindo a construção de propostas de reformas institucionais que aumentem o constrangimento à busca da satisfação de interesses individuais contrários ao interesse público (HALL; TAYLOR, 2003; MOISÉS, 2010).

A escolha racional, tendo como objeto os processos de decisão política numa democracia e como pressupostos o racionalismo econômico e o individualismo metodológico, é uma variante da teoria do consumidor da economia neoclássica, consistindo na aplicação de uma teoria microeconômica para a interpretação dos fenômenos políticos a partir da investigação dos interesses (CHAIA, 2015).

A teoria dos incentivos seria um desdobramento da escolha racional, voltada à compreensão de como as decisões dos atores envolvem a consideração dos incentivos que eles possam vir a obter, a análise das recompensas possíveis (pay-offs) (MOISÉS, 2010). Segundo essa teoria, os pay-offs correspondem ao objeto de estudo de uma corrente específica da teoria dos incentivos aplicada à corrupção, a teoria da propina (bribe).

Essa última entenderia que um Estado sem instituições adequadas à responsabilização de seus agentes propicia a impunidade, que, por sua vez, é vista como o grande incentivo ao comportamento corrupto (ROSE-ACKERMAN, 2010; BAPTISTA, 2015). A teoria dos custos de transação analisa como as instituições moldam os processos racionais de decisão, aumentando ou diminuindo as incertezas e influenciando os custos associados à diminuição dessas incertezas, tendo o fito de propor mudanças institucionais voltadas à redução desses custos (HALL; TAYLOR, 2003; MOISÉS, 2010).

Assim, os custos de transação podem representar, por exemplo, possíveis propinas pagas a atores públicos que atuam como “despachantes” dentro do Estado, para acelerar processos para o exercício de direitos, como licenças e alvarás. Nesse sentido, tais propinas (bribes) seriam justamente as recompensas (pay-offs) da decisão de se corromper (BAPTISTA, 2015).

A teoria dos jogos se relaciona à escolha racional e visa analisar a tomada de decisões entre indivíduos cujas decisões afetam uns aos outros: a decisão de um afeta os resultados de outros e vice-versa. Essa teoria traz para a agenda de pesquisa da corrupção um modelo de análise de estratégias a partir dos dilemas da confiança e da previsibilidade limitada, do compartilhamento de informações entre atores em competição, do consentimento e da colaboração e do equilíbrio “ineficiente”, tipicamente exemplificado pelo dilema do prisioneiro (HALL; TAYLOR, 2003; MOISÉS, 2010).

A teoria da escolha pública decorre do estudo da agregação de preferências e da decisão coletiva, o que corresponde ao ponto de vista da demanda por bens públicos (CHAIA, 2015). Associada à escolha racional e à teoria dos jogos, a escolha pública visa à compreensão de desenhos constitucionais e das instituições relacionadas às decisões colegiadas típicas dos processos legislativos ou eleitorais.

Uma diferença entre a escolha racional e a escolha pública partiria do fato de essa segunda não se basear na ideia de que a natureza humana seja puramente utilitarista, considerando que decisões coletivas podem ser resultantes de interesses individuais tanto egoístas quanto altruísticos (ANDREWS; KOUZMIN, 1998). A teoria principal-agente tem como base o pressuposto de que a economia e a política funcionam a partir de relações contraditórias, em que tanto produtos e

serviços quanto leis e políticas são resultado de interações entre atores com interesses não coincidentes.

Essa teoria busca analisar como as instituições influenciam as relações entre os principais e os agentes. Os primeiros seriam os mandantes e/ou detentores de bens/direitos cujo usufruto/exercício dependeria da ação de terceiros (justamente os agentes). Os últimos seriam os mandatários eleitos e/ou designados pelos principais para empreender ações em seu nome/interesse e que deveriam ser remunerados para tanto (MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006).

Aplicando esse dilema à compreensão da corrupção, busca-se analisar as possibilidades de agentes (políticos, burocratas e empresários) lograrem proveito de negócios públicos em detrimento dos interesses dos principais (cidadãos), em decorrência do déficit informacional (opacidade) de suas ações e da conseqüente deficiência dos sistemas de accountability em responsabilizá-los por eventuais falhas ou irregularidades. Pela perspectiva em tela, o ato corrupto resultaria, então, da percepção dos agentes quanto às fraquezas das instituições, visto que é com base nelas que eles calculariam se os possíveis benefícios da corrupção superariam seus eventuais custos (BAPTISTA, 2015).

Nesse sentido, os níveis de corrupção seriam maiores em arranjos institucionais que estabelecessem um conjunto excessivo de monopólios e redes de privilégios e um sistema frágil de controles governamentais e sociais, de forma a delinear relações entre o Estado e a sociedade que seriam pouco orientadas pelos valores relacionados à proteção do interesse público e, ao mesmo tempo, à garantia da propriedade e dos contratos, gerando, por sua vez, maiores possibilidades de captura (BAPTISTA, 2015). As propostas de enfrentamento da corrupção baseadas nas teorias relacionadas à nova economia institucional centram-se na busca de reformas institucionais, já que as falhas dessas são as principais causas para esse fenômeno indesejado.

Para Klitgaard (1994), o combate à corrupção deve contemplar ações voltadas: ao estabelecimento de procedimentos meritocráticos e impessoais para seleção de agentes (sejam servidores, formuladores de políticas ou mesmo fornecedores); à adequação das estruturas organizacionais e dos processos decisórios com vistas à segregação de funções e à mitigação das discricionariedades; à realização de ações de sensibilização sobre os malefícios da corrupção; à análise de informações

sobre casos de corrupção; e à alteração da relação entre benefícios e custos da corrupção, com vistas a desmotivar o comportamento ilegal dos agentes.

### 3.1.1 Aspectos descritivos do crime de corrupção

A corrupção têm sido uma temática frequente no campo de estudos das ciências sociais bem como no debate público. Através da compreensão deste conceito como fenômeno social – enquanto um problema que fragiliza as democracias representativas perpetuando as desigualdades sociais e deslegitimando o sistema político e eleitoral – faz-se uma releitura das principais perspectivas e abordagens que se estruturam a partir de conceitos e teorias distintas as quais propõem conceituar a problemática da corrupção.

A primeira corrente teórica que pretende analisar o fenômeno da corrupção se inicia na década de 1950, por uma perspectiva estrutural influenciada pela escola funcionalista, onde tem o paradigma da modernidade como eixo central do sistema político e econômico capitalista no limite em que compreende a corrupção como medidor de uma perspectiva de desenvolvimento, na qual o eixo comparativo entre sociedades consideradas desenvolvidas e subdesenvolvidas seria avaliado pelo nível de corrupção (FILGUEIRAS, 2006).

Sob a ótica do estrutural-funcionalismo a relação de causa e efeito tendo como parâmetro a corrupção estabelece um nexos comparativo de análise das sociedades. A partir da ideia de que a corrupção é um fenômeno social inerente ao sistema compreendido como disruptivo e disfuncional em relação à realidade social, política e econômica. Neste contexto, a corrupção pode ser considerada benéfica em determinados momentos, possibilitando maior desenvolvimento da sociedade, na medida em que cria condições para que camadas e sujeitos subalternizados possam se incluir no sistema (LEFF, 1964; HEIDENHEIMER, 1970; NYE, 1972; HUNTINGTON, 1975).

A classificação de tipos de corrupção foi a tônica de alguns teóricos que partilhavam da abordagem estrutural-funcionalista. Heidenheimer (1970) utilizou três eixos para qualificar e caracterizar o fenômeno, sendo complementado por um quarto eixo por Gibbons (1989). O primeiro está associado ao fazer público, o que significa dizer

que a corrupção se materializa a partir de desvio de verbas públicas para benefício próprio, direta ou indiretamente. O segundo eixo se apoia na questão mercadológica, no que se refere ao uso da ocupação ou emprego público como fins de aumentar seus rendimentos pessoais. O terceiro, está balizado na ideia de pertencimento público, ao designar como prática corrupta o bem comum ou coletivo é infringido em detrimento de benefícios próprios. O último eixo, proposto por Gibbons (1989) se remete à opinião pública.

A perspectiva de Samuel Huntington (1968) compreende como a corrupção como desvio, que em função da modernização aliada ao nível menor de burocratização e normatização da política promove os subsídios necessários para que grupos se utilizem do caráter público para contrair vantagens e favorecimentos pessoais. Heidenheimer (1970) atribuiu a definição do conceito da corrupção a partir da percepção e entendimento que os atores sociais têm deste fenômeno. Criou uma categorização a partir das perspectivas individuais dos atores sociais.

Conforme Peters e Welch (1978) a corrupção pode ser mensurada a partir de quatro fatores: a) o funcionário público, b) o doador/receptor, c) a doação e d) o pagamento. No entanto, Peters e Welch consideram alguns comportamentos que podem ser considerados mais graves como um funcionário público que não tem cargo político no governo, a exemplo de cargos jurídicos. Assim como o ato corrupto for realizado pelo funcionário por vontade própria, quando os valores envolvem quantias extensas.

A partir deste modelo universal e comparativo estabelecido pela abordagem pioneira no conceito da corrupção, esvaziou-se de significados simbólicos, culturais, econômicos e sociais em sua constituição. Estas se limitaram em perspectivas mais ampliadas como de desenvolvimento e modernização como eixos centrais do sistema capitalista para mensurar o grau de corrupção de um país.

Certamente, o desenvolvimento deste conceito está intimamente associado a uma exigência da agenda do próprio sistema capitalista. Por seu turno, esta abordagem careceu dos sentidos e significados da ordem subjetiva na sua construção de conceito e modelo. A partir da lacuna deixada por esta corrente teórica, da década de 1960, serão retomados os estudos na década de 1990, focados na Teoria da Economia

Política visando compreender as brechas e lapsos deixados pela escola anterior (FILGUEIRAS, 2006).

A segunda corrente teórica que se propôs a abordar o problema da corrupção irrompeu no final dos anos 1980, com a conjuntura política internacional relativa aos processos de abertura política e econômica, sobretudo de países ex-socialistas, como Rússia, países do Leste-Europeu e da Ásia. Esta abordagem privilegiou o viés econômico e as metodologias quantitativas aplicadas ao campo político (FILGUEIRAS, 2006).

Neste contexto, de reformas e políticas que promoviam a liberalização do Estado, a abordagem econômica superou a perspectiva funcionalista de análise. Entrava em cena um novo eixo analítico, que ainda partia do pressuposto herdado da abordagem funcionalista de a partir dos benefícios e prejuízos trazidos pela corrupção. Mas que adicionava que a corrupção produzia entraves ao desenvolvimento econômico e social a serem pagos pelos atores sociais.

De acordo com Santos (2016) esta perspectiva focou na produção de dados relativos a corrupção, servindo a empresas e governos como forma de medição e quantificação do nível de corrupção e riscos para os investimentos. Estes dados são construídos visando dar conta de questões culturais e sociais, assim se basearam a partir de problemas sociais como a crise do sistema político-partidário, os embates étnicos e religiosos, demais percepções acerca dos atores sociais sobre o sistema político. Estes dados são construídos visando satisfazer as questões culturais e sociais, assim se basearam em questões sociais amplas como a crise do sistema político-partidário, os embates étnicos e religiosos, por exemplo.

Neste bojo, alguns teóricos fazem a análise de índices a partir da compreensão da corrupção como risco (KAUFMANN; KRAAY; ZOIDO-LOBATÓN, 2000). O que significa dizer que há uma conversão do problema central da corrupção, que anteriormente, concebe o fenômeno como um desvio do sistema, para compreender como problema central nas questões de mercado, investimentos e negócios em relação aos riscos e confiabilidade aos governos dos países.

Há uma transformação radical na construção do conceito de corrupção bem como ao campo empírico do qual se perfaz o recorte analítico onde a corrupção é vista como entrave na qual pode emperrar

negociações e causar prejuízos aos países que operam com práticas ilegais. A busca parece seguir a direção de dois planos, o plano ampliado ou macro e o plano restrito ou micro.

Os estudos que seguiram este caminho, culminaram com a teoria do rent-seeking, que significa a obtenção de renda ou bens econômicos através do controle e influência dos espaços políticos onde se desenvolvem as ações e negociações econômicas. Por outro lado, o viés mais ampliado ou macroeconômico opera na relação sobre os impactos da corrupção em relação ao campo econômico, como índices de inflação, de crescimento econômico, resultados econômicos, de investimentos e negócios (BAPTISTA, 2015).

Sendo o objeto de estudo derivado dos efeitos e resultados, a partir dos fatores que ocasionam os mesmos. Deste modo, algumas noções são modificadas, no limite em que, os atores sociais passam a ter proeminência ainda que dentro de um quadro de possibilidades, escolhas impostas pela estrutura. Assim como, os ambientes políticos dialeticamente influenciam nas decisões estando estas submetidas a estrutura política (FILGUEIRAS, 2006).

A corrupção está disposta na relação entre as esferas pública e privada. De modo que, a rede de corrupção decorre da forma que a máquina pública consente o uso indevido de seus recursos para proveitos próprios (ROSE-ACKERMAN, 1999). A partir da ótica da economia política, os meios pelos quais operam as instituições são as responsáveis por incentivar ou reprimir as práticas dos atores sociais, com relação a corrupção, nos espaços e campo político institucional. Assim, mediante a leitura da política sob um viés economicista, foram criados índices que medem satisfação e confiabilidade dos governos democráticos, com base na pesquisa de opinião.

O índice da democracia foi aplicado inicialmente em 1995, em oito países da América Latina pelo consórcio Latino-barômetro, com base em pesquisa de opinião. Representa as opiniões, atitudes e valores dos atores sociais nos países da América Latina (CARNEIRO; MÓISES, 2008). Sob a liderança de Daniel Kaufmann, pesquisadores do Banco Mundial construíram o índice de governabilidade através da utilização de pesquisa de opinião em diferentes países. Para desenvolver esse índice, um total de 175 países foi avaliado com base em seis dimensões de governabilidade. Essas dimensões foram as

seguintes: Eixo 1: Voz, liberdades fundamentais e responsabilidade; Eixo 2: Estabilidade política e falta de violência; Eixo 3: Governo ou eficiência burocrática; Eixo 4: Qualidade do marco regulatório; Eixo 5: Aplicação das regras de direito; e Eixo 6: Controle de corrupção.

Estes índices demonstram como são construídos os conceitos a partir de critérios e variáveis que permitam estruturar níveis de corrupção. Com base nos índices é possível fazer análises comparativas entre países diferentes, além de servir como ferramenta para construir políticas públicas. Os pressupostos da abordagem das ciências sociais conseguiram revelar que a corrupção representa custos muito maiores que eventuais benefícios ao desenvolvimento. Por outro lado, apresentou debilidades metodológicas ao se basear em um postulado reducionista do conceito de corrupção (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011).

Esta abordagem foi criticada por privilegiar analiticamente apenas os aspectos econômicos de cunho financeiro da corrupção pois tinham como objeto central as práticas rent-seeking. Esta perspectiva relegou os aspectos políticos e culturais envolvidos nestes processos, pois há que se considerar que as práticas corruptas, sejam elas subornos, pagamento de propina, lavagem de dinheiro, carregam valores morais e éticos para a sociedade, logo a ausência de crítica e reflexão política em torno destes processos gera uma despolíticação da sociedade civil fazendo com que processos como as privatizações ocorridas no auge do neoliberalismo favorecessem mediações corruptas por parte de grandes conglomerados transnacionais (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011).

Do ponto de vista do nosso problema de pesquisa, seria correto afirmar que toda a elite é corrupta, de forma a estabelecer uma relação de sinergia ou de causa e efeito? A resposta prudente a dizer seria não. Mas, no Brasil – considerando a elite política e a econômica – provavelmente sim, e os são não apenas por conta de um declínio moral, mas, fundamentalmente por conta das facilidades e “oportunidades” que encontra nas fragilidades do Estado e suas instituições em estabelecer um maior rigor no controle e punição dos atos de corrupção. Logo, para ser corrupto no Brasil, é preciso estar na condição de um membro da elite (política e econômica), o que geralmente só é possível a um restrito e seletivo grupo de pessoas, com grande influência política e econômica.

O filósofo político, historiador e senador vitalício italiano

Norberto Bobbio, em seu Dicionário de Política (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1991), define que Plutocracia, proveniente do grego, significa governo dos ricos e poderosos, ou seja, trata-se de um sistema político em que o poder está concentrado nas mãos dos indivíduos que são detentores das fontes de riqueza da sociedade.

Historicamente o conceito surgiu na Antiguidade Clássica onde os filósofos clássicos procuraram responder à seguinte questão: quem deve governar e como deve governar? Essa pergunta, aparentemente simples e até desprezível, gerou uma grande reflexão e que tem consequências até hoje e serviu inclusive de orientação para a criação da teoria das elites (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1991).

A plutocracia seria portando uma forma de governo que se institui quando as classes mais altas (elites política e econômica) estão a cargo da gestão do Estado. O conceito é derivado de Plutão, o deus da riqueza, de acordo com a mitologia da Grécia Antiga. É importante salientar que na plutocracia as pessoas, grupos e elites que dominam os recursos materiais de um país também detêm o poder político. Face este emaranhado de interesses econômicos e políticos, bem como à existência de Estados nacionais fragmentados e débeis, é muito possível que, no quadro de uma democracia representativa (onde os representantes políticos são eleitos por voto popular), as principais decisões sejam tomadas, na verdade, por aqueles com poder econômico.

Quando um Estado é governado pela elite plutocrática, quase sempre se institui um regime similar, chamado de Cleptocracia, designado por um termo de origem grega, que significa, literalmente, “governo de ladrões”, cujo objetivo central é apropriação indiscriminada de todos os recursos financeiros de um país. A cleptocracia ocorre quando um país deixa de ser governado e dirigido por um Estado de Direito sólido e imparcial e passa a ser governado pelo poder discricionário de pessoas ou grupos (Elites) que tomaram o poder político nos diversos níveis e que conseguem transformar esse poder político em valor econômico a serem apropriados de diversas formas.

Desta forma, a fase “cleptocrática” de um Estado ocorre quando a maior parte de um sistema público governamental é capturada por pessoas que praticam corrupção política, institucionalizando-a e os seus derivados como o nepotismo, o peculato, de forma que estas ações delitivas ficam impunes, por todos os setores do poder estarem

corrompidos, desde a Justiça, os funcionários da lei e todo o sistema político e econômico.

É neste amplo e provocador horizonte de análise que esta pesquisa intitulada *Elitismo, corrupção e desigualdade sociais no Brasil* objetiva compreender qual a relação existente entre a atuação das elites, (política e econômica) o fenômeno da corrupção e suas possíveis influências na construção e manutenção do aviltante quadro das desigualdades sociais no Brasil.

Voltamos à definição de corrupção, desta vez, do original do latim *corrupta*, junção das palavras *cor* (coração) e *rupta* (quebra, rompimento) é o ato ou efeito de se corromper, oferecer algo para obter vantagem em negociata, onde se favorece uma pessoa e se prejudica outra. Corrupção, assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. É, portanto, um comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estatal (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1991).

### 3.1.2 Tipos de corrupção

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010, cerca de 2804 ações de crimes de corrupção, improbidade administrativa e lavagem de dinheiro tramitavam nos tribunais federais. Nos tribunais estaduais eram cerca de 10104 ações. Segundo a Advocacia Geral da União (AGU), de 60% a 70% do total de casos de corrupção envolvendo dinheiro público no Brasil ocorrem nas áreas de saúde, educação e saneamento básico. Além disso, segundo a Fiesp, o custo da corrupção no Brasil fica entre 1,38% e 2,3% do PIB. Ou seja, apenas em 2010, a corrupção causou uma perda de recursos entre R\$ 50,8 bilhões e R\$ 84,5 bilhões (FIESP, 2010), uma projeção de 120 a 250 Bilhões em 2019, segundo dados do Ministério Público Federal (MPF).

Com todos os impactos da corrupção, a população se encontra descontente, e tem sua confiança e credibilidade no Estado abalada, em consequência disso, as instituições são vistas como corruptas e não terão apoio popular (PEREIRA, 2012). Entre os anos de 2010 e 2019, a confiança na classe política tem diminuído sistematicamente, onde

81 % dos brasileiros consideram as instituições corruptas.

A corrupção influencia negativamente no desenvolvimento socioeconômico, pois afeta a igualdade e justiça social, abala a confiança dos cidadãos, que começam a reconhecer na corrupção um dos fatores responsáveis pela ineficiência de recursos básicos e pela má qualidade dos serviços públicos. A corrupção não somente desvia recursos públicos como também cria incentivos errados para o direcionamento dos investimentos econômicos, desmoraliza as instituições e gera altos custos sociais (SPECK et al., 2015).

Uma das formas de controlá-la seria a imposição de reformas institucionais e econômicas (FIESP, 2010). Essas reformas deveriam reavaliar a questão da representatividade, aumentando o controle da sociedade sobre os seus representantes. Estabelecer procedimentos de transparência, adotar medidas que reduzam a percepção de impunidade, aumentando a probabilidade de uma rápida punição.

O papel do Estado no controle da corrupção é inibir e combater a criação de oportunidades para práticas corruptas, bem como vigiar e promover a transparência e a eficácia governamental do Poder Judiciário. Divulgar amplamente a punição à corrupção e punir severamente seus corruptores. Se o Estado cumprisse esse papel, que lhe foi designado, as práticas corruptas seriam controladas, bem como seus impactos na sociedade seriam mais brandos e estaríamos mais próximos do desenvolvimento.

De um modo geral, portanto, a corrupção afeta diretamente e negativamente toda a riqueza de uma sociedade, fere os direitos essenciais à vida quando amplia a exclusão social, afetando o bem-estar dos cidadãos. Contribui para a péssima qualidade dos serviços públicos, tais como mobilidade, saúde, educação, moradia, saneamento básico e infraestrutura.

Limita o crescimento econômico, altera a composição dos gastos governamentais, causa distorções na concorrência, abala a legitimidade dos governos e a confiança da sociedade no Estado, prejudica a estabilidade do ambiente de negócios no instante em que reduz a atração do investimento produtivo, além de gerar consequências negativas sobre o nível do PIB per capita e sobre o IDH, afeta a capacidade de crescimento da economia, pervertendo os mercados.

### 3.2 Impactos da corrupção no desenvolvimento socioeconômico no Brasil

A corrupção é um problema inerente à sociedade e bastante comum nas instituições governamentais, e acredita-se que sua prática distorce a alocação de recursos, distanciando-os de um uso mais produtivo e gerando uma barreira ao crescimento econômico. Recentemente, constatou-se a existência de uma relação entre instituições e prosperidade econômica, e muitos economistas argumentam que o mau funcionamento de instituições governamentais é um grande obstáculo ao investimento, empreendedorismo e inovação (FMI, 2018).

A presença de instituições bem desenvolvidas, tal como um sistema judiciário eficiente que garanta o cumprimento de contratos e os direitos de propriedades, aumenta os incentivos à inovação e ao investimento. Portanto, é de se esperar que práticas de corrupção afetem o desempenho da economia. Além disso, a prática de corrupção pode ter grandes impactos no longo prazo, através de seus efeitos na provisão e na qualidade dos bens e serviços públicos básicos. Assim, nos últimos anos, diversos estudos foram realizados com o objetivo de estudar como ocorrem as práticas corruptas, que fatores as influenciam e qual seu impacto na economia.

Apesar de ser a 12<sup>a</sup> maior economia do mundo em 2021, o Brasil encontra-se entre os países com maior nível de desigualdade de renda, baixo índice de desenvolvimento humano e elevados níveis de pobreza. De acordo com o IPEA (2012), em 2011 o país possuía cerca de 26,8 milhões de pobres e ocupava 13<sup>a</sup> posição no ranking mundial de desigualdade, posição que piorou no ano de 2019 com o relatório do IDH, que indicava o Brasil ter a 8<sup>a</sup> maior desigualdade social do mundo, superando apenas os países africanos da África (África do Sul, Namíbia, Zâmbia, São Tomé e Príncipe, República Centro Africana, Suazilândia e Moçambique). Apenas mais e melhores investimentos no fornecimento de serviços básicos à população e à criação de políticas públicas voltadas à diminuição dessas disparidades, pode reverter esse quadro.

Embora tenha havido um considerável aumento no volume de recursos transferidos e de programas que buscam a melhoria dos indicadores econômicos e sociais, em diversos países, esses índices não

têm apresentado melhoras significativas. De acordo com Gupta et al (2008), boa parte dessa ineficiência na alocação de recursos é causada pela corrupção governamental.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010, cerca de 2804 ações de crimes de corrupção, improbidade administrativa e lavagem de dinheiro tramitavam nos tribunais federais. Nos tribunais estaduais eram cerca de 10.104 ações. Segundo a Advocacia Geral da União (AGU), de 60% a 70% do total de casos de corrupção envolvendo dinheiro público no Brasil ocorrem nas áreas de saúde, educação e saneamento básico. Além disso, segundo a Fiesp (2010), o custo da corrupção no Brasil fica entre 1,38% e 2,3% do PIB. Ou seja, apenas em 2010, a corrupção causou uma perda de recursos entre R\$ 50,8 bilhões e R\$ 84,5 bilhões (FIESP, 2010), uma projeção de 120 a 250 Bilhões em 2019, segundo dados do Ministério Público Federal (MPF).

Com todos os impactos da corrupção, a população se encontra descontente, e tem sua confiança e credibilidade no Estado abalada, em consequência disso, as instituições são vistas como corruptas e não terão apoio popular (PEREIRA, 2002). Entre os anos de 2010 e 2019, a confiança na classe política tem diminuído sistematicamente, onde 81% dos brasileiros consideram as instituições corruptas.

A corrupção influencia negativamente no desenvolvimento socioeconômico, pois afeta a igualdade e justiça social, abala a confiança dos cidadãos, que começam a reconhecer na corrupção um dos fatores responsáveis pela ineficiência de recursos básicos e pela má qualidade dos serviços públicos. A corrupção não somente desvia recursos públicos como também cria incentivos errados para o direcionamento dos investimentos econômicos, desmoraliza as instituições e gera altos custos sociais (SPEACK; BRAGA; COSTA, 2015).

Uma das formas de controlá-la seria a imposição de reformas institucionais e econômicas (FIESP, 2010). Essas reformas deveriam reavaliar a questão da representatividade, aumentando o controle da sociedade sobre os seus representantes. Estabelecer procedimentos de transparência, adotar medidas que reduzam a percepção de impunidade, aumentando a probabilidade de uma rápida punição.

O papel do Estado no controle da corrupção é inibir e combater a criação de oportunidades para práticas corruptas, bem como

vigiar e promover a transparência e a eficácia governamental do Poder Judiciário. Divulgar amplamente a punição à corrupção e punir severamente seus corruptores. Se o Estado brasileiro cumprisse esse papel, que lhe foi designado, as práticas corruptas seriam controladas, bem como seus impactos na sociedade seriam mais brandos, e isso possibilitaria uma marcha mais acelerada e continua em direção ao desenvolvimento.

De um modo geral, portanto, a corrupção afeta diretamente e negativamente toda a riqueza de uma sociedade, fere os direitos essenciais à vida no momento em que amplia a exclusão social, afetando o bem-estar dos cidadãos. Contribui para a péssima qualidade dos serviços públicos, tais como mobilidade, saúde, educação, moradia, saneamento básico e infraestrutura.

Limita o crescimento econômico, altera a composição dos gastos governamentais, causa distorções na concorrência, abala a legitimidade dos governos e a confiança da sociedade no Estado, prejudica a estabilidade do ambiente de negócios no instante em que reduz a atração do investimento produtivo, além de gerar consequências negativas sobre o nível do PIB per capita e sobre o IDH, afeta a capacidade de crescimento da economia, pervertendo os mercados. A sociedade brasileira não tem o real conhecimento de como a corrupção impacta negativamente o desenvolvimento da nação. Esta falta de conhecimento, acaba por gerar um conformismo, do tipo pouco inquieto com relação a este grave problema social.

Segundo o ex-presidente do Banco Mundial Paul Wolfowitz (2006), em linhas gerais, a corrupção está associada à inoperância e competência dos governos em lidar com problemas mais complexos. Ele afirma que a corrupção “enfraquece os sistemas, distorce o mercado e convida, portanto, a artes não produtivas. No fim, os governos e os cidadãos acabam por pagar um preço, com rendimentos mais baixos, menor investimento e oscilações econômicas mais voláteis” (WOLFOWITZ, 2006, p. 1). Neste mesmo diapasão de análise, Peter Eigen (2002), presidente do conselho da Transparência Internacional, afirma que:

[...] inescrupulosamente elites políticas corruptas nos países em desenvolvimento, trabalham de mãos dadas com homens de negócios e investidores inescrupulosos, e colocam os lucros privados

antes do bem-estar dos cidadãos e do desenvolvimento de seus países (EIGEN, 2002, p. 1).

De forma crescente, especialistas em desenvolvimento estão encarando a corrupção como um dos principais obstáculos para a capacidade de uma nação atrair investimentos estrangeiros necessários para a criação de empregos e redução da pobreza. O prejuízo é grande e a conta é muito alta. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) (2016, p. 1), “os custos da corrupção superam 5% do Produto Interno Bruto (PIB) global e chegam a mais de 2,6 trilhões de dólares por ano”. Na África, por exemplo, 25% do PIB simplesmente desaparece por causa da corrupção, de acordo com o levantamento da União Africana. São quase 148 bilhões de dólares perdidos que poderiam ser convertidos em desenvolvimento para o continente (ONU, 2016).

Segundo a Transparency International (2017), a “corrupção” também desvia os recursos que deveriam aliviar a pobreza. Esses vazamentos comprometem o crescimento econômico do país, os níveis de investimento, as tentativas de redução da pobreza e demais progressos relacionados ao desenvolvimento.

Ao mesmo tempo, a corrupção em pequena escala esgota os recursos dos pobres, forçando-os a oferecer propinas em troca de acesso a bens e serviços básicos, muitos dos quais deveriam ser “gratuitos” por lei – como serviços médicos e educação. Com poucas outras escolhas, eles recorrem à corrupção como estratégia de sobrevivência à exclusão de frequentar a escola, conseguir um trabalho, comprar uma casa, votar ou simplesmente participar da sociedade.

Ainda segundo a Transparency International (2017, p. 1), “mais de seis bilhões de pessoas vivem hoje em países com sérios problemas de corrupção”. A corrupção sufoca pessoas, comunidades e nações. Enfraquece a educação e a saúde, contamina os processos eleitorais e reforça injustiças ao desmoralizar os sistemas de justiça criminal e o Estado de Direito. Ao desviar recursos nacionais e internacionais, a corrupção destrói a economia e o desenvolvimento social, aumentando a pobreza (KI-MOON, 2016).

É preciso entender que há sempre um ser humano por trás da corrupção. No final, haverá uma criança sem merenda na escola, uma pessoa sem remédios no hospital, uma mulher vítima de violência

sexual sem atendimento. Portanto, este é o momento de lutar contra ela” (MAKINWA, 2015, p. 1). Nesse sentido, o FIESP (2010) simulou os benefícios que os brasileiros deixaram de receber em decorrência da corrupção, considerando os setores da saúde e educação e infraestrutura (Pacto de Aceleração do Crescimento - PAC), conforme é possível verificar na Tabela 1.

Tabela 1: Simulação de benefícios que os brasileiros deixaram de receber em decorrência da corrupção

	Valor observado ou meta (A)	Adicional: equivalente ao desviado para a corrupção (B)	Adicional em % (B/A)
<b>Educação - Ensino Fundamental</b>			
Número de alunos da rede pública	34.510.989	16.438.071	47,6%
<b>Saúde - SUS</b>			
Número de leitos (internação)	367.397	327.012	89,0%
<b>PAC - Metas (2007-2010)</b>			
Luz para Todos (Pessoas atendidas)	5.150.000	24.570.088	477,1%
Saneamento básico (domicílios atendidos)	22.500.00	23.347.547	103,8%
Habitação (famílias atendidas)	3.960.000	2.940.371	74,3%
Rodovia (Km)	45.337	56.341	124,3%
Ferrovia (Km)	2.518	13.230	525,4%
Porto (unidade)	12	184	1537,3%
Aeroporto (unidade)	20	277	1383,6%

Fonte: FIESP (2010).

A partir dos resultados da simulação realizada pelo FIESP (2010) é possível perceber as perdas sociais advindas do processo de corrupção, evidenciando, assim, seus impactos no desenvolvimento socioeconômico do país.

### 3.3 O desafio: a extensão do seu cabimento pelo limite máximo da pena nos crimes de corrupção: uma viável opção de política criminal

A sociedade brasileira, não tem o real conhecimento de como a corrupção impacta negativamente o desenvolvimento da nação. Esta falta de conhecimento, acaba por gerar um conformismo, do tipo pouco inquieto com relação a este grave problemas sociais. Segundo o ex-presidente do Banco Mundial, Paul Wolfowitz (2006), em linhas gerais a corrupção está associada à inoperância e competência dos governos em lidar com problemas mais complexos. Ele afirma que a corrupção “enfraquece os sistemas, distorce o mercado e convida, portanto, a artes não produtivas. No fim, os governos e os cidadãos acabam por pagar um preço, com rendimentos mais baixos, menor investimento e oscilações econômicas mais voláteis”.

Segundo Neves (2010), em relação às velocidades do Direito Penal, afirma que a primeira velocidade se caracteriza pelo “cumprimento ao devido processo legal, no que diz respeito a penas privativas de liberdade e as garantias constitucionais”, e ressalta ser o fundamento de tal velocidade os ideais iluministas e, por conseguinte, uma visão garantista.

Para Jakobs e Meliá (2009, p. 68), “a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de moto estrito os princípios políticos-criminais”, ou seja, se caracteriza pelas regras clássicas quanto à imputação penal, sem ignorar os princípios processuais, que são concebidos como garantias conquistadas pelos acusados ao longo da evolução do Direito Penal.

Desta feita, na primeira velocidade pode-se notar que há uma garantia de todos os direitos constitucionais. Visualiza-se claramente princípios como o *in dubio pro reo*, o devido processo legal e a presença de advogado, ou seja, aqui o Direito Penal apresenta-se como deve ser, com a pena em última ratio e não como regra, tendo em vista ser esta uma medida extrema. Na segunda velocidade do Direito Penal substitui-se a pena de prisão por penas restritivas de direitos ou outras penas alternativas (pena pecuniária, prestação de serviço comunitário, etc.) em razão de que delimitariam a vida do criminoso e impõe obrigações frente ao mal causado (JAKOBS; MELIÁ, 2009).

A proposta nesta etapa é a relativização de garantias, mas que, em contrapartida, sejam aplicadas penas mais brandas, isto é, que ocorra a flexibilização de garantias e princípios processuais, mas também a exclusão da pena de prisão (JAKOBS; MELIÁ, 2009). No sistema jurídico vigente, por exemplo, observa-se a relativização das garantias penais e processuais penais do infrator na Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995), que não exige a presença de advogado para algumas fases do processo, e não há processo e nem há denúncia quando se fala em transação penal, visto que esta já possui seu tipo específico de pena.

No tocante à segunda velocidade, ressalta Neves (2010) ser caracterizado pela possibilidade de substituição da pena de prisão por penas restritivas de Direito, exemplificando com o disposto nos art. 8 e 13 da Lei dos Crimes Ambientais - Lei n. 9.605/1998 e na Lei dos Juizados Especiais. Logo, a cerne dessa velocidade é exatamente a flexibilização das penas privativas de liberdade por medidas alternativas à prisão.

Já Jakobs e Meliá (2009, p. 70) ressaltam que a segunda velocidade do Direito Penal “seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direito - tratando-se de figuras delitivas de cunho novo -, caberia flexibilizar”, sem, contudo, ignorar os princípios e regras considerados clássicos. E ressalta os autores, ainda, que tanto na primeira, quanto na segunda velocidade, coexistem a pena privativa de liberdade, sendo uma característica também presente na terceira velocidade do Direito Penal.

Desta feita, pode-se dizer que a segunda velocidade do Direito Penal acabou por adentrar na esfera do Direito Penal clássico sem que se questionasse a sua legitimidade, o que se deve, em grande parte, aos benefícios de natureza processual, como a celeridade, sem que isso configure, na prática, ameaça à liberdade do indivíduo (JAKOBS; MELIÁ, 2009). É, pois, uma fase de flexibilização dos direitos processuais, na qual se tem uma situação fática em que o Estado “abre mão” de seu poder-dever de acusar o infrator, realizando acordos, o que configura uma verdadeira interrupção da persecução penal, devendo o acusado, para tanto, cumprir as condições ofertadas pelo acusador.

A primeira questão a ser ressaltada é que no Direito Penal de terceira velocidade têm-se uma grande mistura das duas primeiras

velocidades. Trata-se de um sistema que possui a prisão como regra, característica da primeira velocidade, mas que, além disso, suprime diversas garantias penais e processuais penais, o que é elemento marcante na segunda velocidade.

A terceira velocidade do Direito Penal relaciona-se ao Direito Penal do Inimigo, que será conceituado alhures, mas que se caracteriza, em apertada síntese, segundo ensinamentos de Neves (2010, p. 27), pela “antecipação da punição do inimigo, desproporcionalidade das penas e ou supressão de garantias; criação medidas gravosas contra crimes de alto repúdio social”.

Logo, é a distinção entre o cidadão e o inimigo que caracterizam esse terceiro momento, sendo o inimigo visualizado como aquele que se apresenta como ameaça ao Estado, tese esta que foi reforçada após os atentados de 11 de setembro de 2001, às denominadas torres gêmeas, nos Estados unidos da América, trazendo à baila, de forma mais acentuada, os ideais preconizados por Jakobs desde meados da década de 1980, com influência em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

### 3.4 Propostas para o alargamento do acordo de não persecução penal

Anote-se que, corrupção é uma prática muito usual nos Pais, um ciclo repetitivo que, de fato, precisa ser mais bem ponderado, destarte, que há muito tem se aumentado os prejuízos financeiros econômicos do Estado pela crescente judicialização das demandas voltadas a estes delitos econômicos. Mergulhão(2021, p. 71) sustenta que:

Os atos de corrupção considerados infrações penais passam por uma valoração mais rígida quando erigidos a essa categoria. Através desse mecanismo, em Estados Democráticos, cuja sociedade pressupõe a legalidade como parâmetro de Justiça, as infrações penais relacionadas à corrupção passam a ter a resposta estatal imposta por coerção. Resta refletir se o ordenamento jurídico brasileiro desde o período colonial até os tempos atuais, realiza o controle social idealizado que a sociedade concebeu...Há de se registrar que desafia a curiosidade o comportamento dos representantes

públicos brasileiros quanto ao combate da corrupção em tempos atuais, eis que no denominado “pacote anticrime” foi retirada da pauta, inobstante, diversos projetos anteriores, a tipificação da corrupção privada.

A ideia proposta pela digna autora acima nos chama a atenção para este assombro costumeiro em nossa pátria, nesse trilha, imagina-se que um viés de perseguição penal contra estes criminosos econômicos deve atacá-lo diretamente no seu bolso, eis que para estes será a ferida que mais doerá no seu corpo, pois, é através dele que satisfaremos os prejuízos sofridos pelas vítimas, especialmente, o Estado, a Administração Pública, sujeito passivo da Corrupção.

Beirando às margens finais, acontecerá uma submersão ao mundo avesso da prisão. Com efeito, a cadeia não recupera, regenera ou ressocializa ninguém, pelo contrário, cria cínicos, hipócritas, embrutece, perverte, degrada, és a verdadeira escola da criminalidade e indústria da reincidência, portanto, pensa-se que este instituto obsoleto instituto da prisão, há muito fadado ao insucesso, nos leva a sustentar que para este crime ou quiçá todos àqueles da linhagem dourada ou Colarinho Branco.

Acredita-se que o cárcere não pode ser a única ou última solução, realmente, seja o direito penal última forma de intervenção, aqui parece-se que não soa muito bem a saúde financeira destas vítimas, na exata medida em que o criminoso dourado preso não ressarcirá o prejuízo, certo ainda que será por demais dificultado fazer um levantamento do seu capital branqueado.

Sendo assim, tem-se que mecanismos diversos da prisão, como o uso do acordo de não persecução penal e na sua forma extensiva especialmente com a primordial condição de reparação do dano a vítima, bem como por meio de pagamentos de multas pecuniárias elevadas, visto que, enxerga-se que preso ficarão engessados, no entanto, através de outras medidas diversas do cárcere, com uma política criminal de combate direito nas finanças daqueles, conclui-se que serão punidos com satisfatório aproveitamento para o Estado e a sociedade. Silva (2014, p.1) arremata:

A política criminal do nosso tempo deve encaminhar-se para a gradual eliminação da pena de

prisão, com o encontro de substitutivos. Para se chegar a esse objetivo, preconiza-se a descriminalização, isto é, a retirada das leis penais de infrações que não devem mais ser catalogadas como crimes, de acordo com os costumes de nossa época. Bons exemplos são o adultério e emitentes de cheques sem fundo não vão para a cadeia. A despenalização - aplicação de sanções que não pena de prisão - é outro instrumento importante que se aplicaria aos delitos que não apresentam maior gravidade nem ofendem regras de manutenção de convívio social, que é o caso de pequenos furtos. Também seria necessário desjudicializar, ou seja, retirar da competência do poder judiciário penal, ações cuja solução melhor ficaria na esfera civil ou administrativa, como delitos de dano sem violência. A prisão restaria para os delitos mais graves.

Por certo, o atual acordo de não persecução penal dentro dos seus requisitos legais abarca crimes com pena abstrata prevista na lei inferior a 4 anos, entretanto, muitas das vezes as penas nos delitos de corrupção se elevam por diversos fatores, notadamente, estes crimes normalmente não vem desacompanhados de outras infrações econômicas nas investigações criminais, via de regra em concurso, logo, inviabilizando uma resolução consensual dos conflitos ou até mesmo numa perspectiva da pena do investigado que diante das suas condições possa ser superior aos quatro anos.

Com isso, continuaria se levando ao encarceramento sem o devido ressarcimento da vítima e o visível asoberbamento do poder judiciário, tal como lotando ainda mais do falido de sistema prisional brasileiro, nessa pegada, acredita-se que a política criminal punitiva-retributiva não seria pena ineficaz a espécie, cogita-se a possibilidade de se aderir um aumento no acordo no cabimento do acordo de não persecução penal para maior eficácia na justiça penal, atendendo todos os anseios e alinhada com a evolução dos pensamentos de política criminal do nosso tempo.



## CONCLUSÃO

Os valores que giram em torno da corrupção são absurdos. Tal afirmação se torna ainda mais alarmante ao se considerar o dano direto a direitos difusos causados pela corrupção. Os acordos internacionais são de suma importância, provavelmente, o rastreamento dos bens ou dinheiro seria inviável, não fossem eles para contribuir na obtenção de provas, que por sua vez, forçaram diversos investigados e réus a colaborar, visando benefícios, possibilitando, então, seguir o rastro do dinheiro público desviado e encaminhado irregularmente para o exterior.

As convenções internacionais que trata o tema corrupção tem a preocupação de que determinado estado atinga o grau máximo de corrupção quando ela passa a ser sistêmica, e não raro exportando a corrupção a outros países. Esse círculo vicioso quando contamina um estado é de difícil. Pois, a justiça penal é falha, as instituições de direito estão desacreditadas, sociedade vê a corrupção como algo normal e existe a falta de confiança e de credibilidade, consequências gravíssimas que afeta o sistema político, sistema econômico e de desenvolvimento de um estado e por consequente os cidadãos desse estado corrupto sente na pele os seus direitos fundamentais e direitos humanos serem lhe tirado como acesso a uma saúde de qualidade, boa educação, entre outros direitos

Por fim, a corrupção é um problema sistêmico e capitalizado nas estruturas do estado que deve ser combatido com eficácia na persecução penal sem ofensas a garantia de direitos fundamentais e a eficiência de ferramentas para atuar preventivamente e um processo penal especial para esse tipo de delito como colaboração de outros estados.

A partir do exposto, ao final deste estudo sugere-se a aplicação prática do Garantismo Penal, ou seja, usar o Direito Penal como intervenção mínima e última ratio, priorizando as medidas preventivas e investigativas previstas nas convenções internacionais. Porém, ratifica-se que o Direito Penal tem sim que se preocupar com a corrupção, tendo em vista os bens jurídicos afetados, sendo aplicado de forma racional, necessária e proporcional.

O acordo de não persecução adveio com objetivo de tornar a

justiça penal mais célere, eficiente e sem burocracia, considerando que o modelo consensual além destes propósitos, busca o distanciamento do fracassado instituto da prisão e deter o uso do processo, ademais, destaca-se a reparação do dano as vítimas, consoante já previamente delineamos no início desta pesquisa.

Ao longo deste estudo, se fez uma caminhada pelos diversos tipos de acordos penais para melhor compreensão e diferenciação dos institutos despenalizadores e desjudicializadores, sendo certo que todos àqueles antecederam o acordo de não persecução penal, o qual retrata uma evolução no pensamento criminológico e político criminal no combate a criminalidade.

É que o consenso ganhou espaço na justiça penal brasileira, mas também na linha do processo civil, visto que hoje é possível a formalização de termo de ajuste de conduta (TAC) feito pelo Ministério Público. Noutra senda, os acordos penais transmudaram aquele ideal de que nenhum crime deveria ficar impune, situação característica da ação penal, posto que o princípio da obrigatoriedade da ação penal foi mitigado, dessarte, o atual modelo de justiça consensual tornou a justiça mais econômica e muito mais rápida. Mais que isso. Existe harmonia com o princípio da intervenção mínima do nosso sistema criminal e também evidencia o princípio da oportunidade.

## REFERÊNCIAS

- AMORIM, Carlos. Assalto ao Poder. Rio de Janeiro: Ed. Record, Rio de Janeiro, 2010;
- ANCEL, Marc. A Nova Defesa Social. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979.
- ANJOS, J. Haroldo. As Raízes do Crime Organizado. Florianópolis: Ed. IBRADD, 2002.
- ARAS, Vladimir. Acordo de Não Persecução Penal. Bahia: Ed. JusPODIVM, 2020.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de Araújo. O Direito Penal Contemporâneo. Duque de Caxias: Ed. Unigranrio, 1999.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. Sistema Penal para o Terceiro Milênio. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello; LYRA, Roberto. Criminologia. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.
- ARAÚJO, Carlos Alberto Brittes. Breves Comentários sobre o acordo de não persecução penal. Cadernos Jurídicos da Escola da Magistratura de São Paulo, ano 22, n. 57, p. 161-177, 2021.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica do Direito Penal. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos e ICC-Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- BARROS, Francisco Dirceu. Acordo de Não Persecução Penal. Salvador: Ed. Podivm, 2020.
- BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2019.
- BATISTA, Nilo. Punidos e Mal Pagos. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990.
- BATISTA, Nilo. Temas de Direito Penal. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1984.
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Ed. RT, 1996.
- BERKMAN-RABINOVICH, Ricardo. Principios generales Del derecho latinoamericano. Buenos Aires-Bogotá: Ed. Astrea, 2012.
- BETIOL, Giuseppe. O Problema Penal. São Paulo: Ed. LZN, 2003.
- BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Dornival Francisco. Acordo de Não Persecução Penal. São Paulo: Dialética, 2020.

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada. Curitiba: Ed. Juruá, 2016.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte Geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978.
- CALLEGARI, André Luis. Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentário à Constituição do Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- CARNELLUTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. São Paulo: Ed. CL EDIJUR, 2019.
- CARNELLUTI, Francesco. Como Se Faz Um Processo. São Paulo: Ed. EDIJUR, 2018.
- CARNELLUTI, Francesco. O Problema da Pena. São Paulo: Ed. Pillares, 2019.
- CARVALHO NETO, Algomiro; CARVALHO, Roldão Oliveira. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. São Paulo: Ed. LED, 1997.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. Processo Penal e Constituição. Rio de Janeiro: ED. Lúmen Juris, 2004.
- CASTRO, Lola Anyar de Castro. Criminologia da Reação Social. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.
- CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Desjudicialização e Resolução de Conflitos. Paraná: Ed. Juruá, 2017.
- CHRISTINO, Marcio Sérgio. A Máfia. São Paulo: Ed. Associação Paulista do Ministério Público São Paulo, 2016.
- CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Penas Alternativas. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2003.
- COSTA, Álvaro Mayrink. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2015.
- COUTO, Marcos; FLEXA, Alexandre; COUTO, Ana Paula; ROCHA, Felipe Borring; CHINI, Alexandre. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Rio de Janeiro: Ed. JusPODIVM, 2022.
- CRETELLA JUNIOR, José. Curso de direito tributário constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- CRETELLA JUNIOR, José. Dos Delitos e das Penas. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994.
- CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de Não Persecução Penal. Bahia: Ed. JusPODIVM, 2020.
- DALLAGNOL. A Luta Contra a Corrupção. Rio de Janeiro: Ed. Primeira Pessoa, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2017;

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Forense, 2019.
- DRAPKIN. Israel. Manual de Criminologia. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1978.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. São Paulo: Ed. Atlas, 2021.
- FAGUNDES. M. Seabra; JOHNSTON. Michael; RIOS; PACINI. Mário; Rios. José Arthur; CARVALHO. Getúlio; F. Antonio Evaristo de Moraes. Sociologia da Corrupção. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1987.
- FALCAO. Joaquim. O Supremo. Rio de Janeiro: Ed. FGV Direito, 2015.
- FARIA, Luzardo. O papel do princípio da indisponibilidade do interesse público na Administração Pública consensual. Revista de Direito Administrativo, v. 281, n. 3, p. 273-302, 2022.
- FARIA. José Eduardo. Corrupção, Justiça e Moralidade Pública. São Paulo: Editora Perspectiva, 2015.
- FERRAZ JUNIOR, Jairton. Análise criminológica da corrupção: uma visão des-penalizante. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 134, ano 25, p. 109-134, ago. 2017.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe; AGUIAR, Jean Menezes; CASTRO JÚNIOR, Oswaldo Agripino. Cadernos de Direito da Unigranrio Duque De Caxias: ed. Unigranrio, 1999.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1977.
- FREITAS. Vladimir Passos. O acordo no processo penal é um caminho sem volta. Conjur. Publicado em 30.06.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-30/segunda-leitura-acordo-processo-criminal-caminho-volta> Acesso em: jul. 2023.
- GARCIA, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 68, p. 39-42, 2019.
- GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.
- GRAEL. Coronel Dickson M. Aventura, Corrupção e Terrorismo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1985.
- GRECO, Luís. Um Panorama da Teoria da Imputação Penal Objetiva. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2007.
- GRINOVER. Ada Pellegrini; CINTRA. Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO. Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 13. Ed.

São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

GUERRA. Sidney Cesar Silva. O Crime, o Criminoso e a Criminalidade. Rio de Janeiro: Ed. Unigranrio, 1999.

GUERRA; Sidney Cesar Silva. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Saraiva, 2020.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meireles et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. O Ensino Jurídico e a Produção de Teses e Dissertações. São Paulo: Ed. Blucher, 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista. Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista. Penas Alternativas. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

KOSOVSKI. Ester; PIEDADE JUNIOR. Heitor. Anatomia do Código Penal. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1985.

LAI, Salvei. Primeiras Impressões Sobre o Acordo de Não Persecução Penal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. N. 75, Rio de Janeiro, Jan./Mar, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

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

LYRA, Roberto. Penitência de um Penitenciário. Belo Horizonte: Ed. Lider, 2013.

MAÇALEI, Nicole; REZENDE, Guilherme Carneiro de. 4 Acordo de Não Persecução Penal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Diálogos e Interfaces do Direito-FAG, v. 4, n. 1, p. 73-103, 2021.

MARTINS. Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Rio de Janeiro: Ed. Forensem, 1995.

MARTINS. Humberto. Artigo publicado no Site do Superior Tribunal de Justiça. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05082021-Ministro-Humberto-Martins-defende-desjudicializacao-da-execucao-civil.aspx> Acesso em: jul. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 35. ed. Salvador: JusPODIVM; São Paulo: Malheiros, 2021.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. A Reparação Civil e os Exatos Contornos nos Danos em Espécie. Instituto de Direito Real., 2021. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/a-reparacao-civil-e>

- [-os-exatos-contornos-dos-danos-em-especie](#) Acesso em: jul. 2023.
- MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. Corrupção no Brasil: Um Ciclo Repetitivo. Curitiba: Ed. Juruá, 2021.
- MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. Pena de Multa Criminal- Uma abordagem realística. Revista de Direito do Ministério Público do Rio de Janeiro.N. 76, abriljunho, p. 159-176, 2020.
- MESSIAS, Mauro;PINHEIRO, Igor Pereira. Acordo de Não Persecução Penal e Cível.São Paulo: Ed. Mizuno, 2021.
- MESTIERI, João. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.
- NETTO, Vladimir. Lava Jato. Rio de Janeiro: Ed. Primeira Pessoa, 2016.
- NUNES,Adeildo. Da Execução Penal. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.
- OLIVÉ, José Carlos Ferré. El PleaBargaining, o cómo pervertir La justicia penal a través de un sistema de conformidades lowcost. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, jun. 2018.
- PACELLI, Eugênio;FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. São Paulo: Ed. Atlas, 2021.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho;SOUZA, José Washington Nascimento. Direito Econômico e Socioambiental. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2014.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 10.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.
- PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. Segurança e justiça: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório. Opinión Jurídica, v. 19, n. 38, p. 115-135, 2020.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada. Curitiba: Ed. Juruá, 2016.
- PIERANGELI, José Henrique. Escritos Jurídico-Penais.São Paulo: Ed. RT, 1999.
- PODVAL, Roberto. Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- PORTOCARRERO, Claudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. Leis Penais Extravagantes. Bahia: Ed. JusPodivm, 2020.
- PRAÇA, Clóvis de Barros Filho Sérgio. São Paulo: Ed. Papirus, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais,2014.
- PRADO, Luíz Regis. Direito Penal Econômico. São Paulo: Ed. RT,

2007.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986.

REZENDE, Augusto Cezar Leite. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. Revista Ibraspp. 2020.

SANTOS, Marino Barbero. Pena de Muerte. Buenos Aires: Ed. Depalma., 1985.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 9, ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SILVA, Evandro Lins. Memoria Jurisprudencial. Brasília: Edição Supremo Tribunal Federal, 2009.

SILVA, Letícia Zeferino da. A compatibilização da transação penal com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Direito-Içara, 2020.

SILVA, Evandro Lins. É preciso para de prender. Jornal da Paraíba. 25 de Maio de 2014.

SILVA, Marcelo Oliveira. O acordo de Não Persecução Penal. EMERJ, v. 22. N. 3. P. 261-285, Rio de Janeiro, 2020.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. Revista do Instituto de Ciências Penais, v. 5, n. 1, p. 213-232, 2020.

SOUZA, Marcos França Junior; LIMA, João Victor Silva; RIBEIRO, Lara de Paula. O Acordo de Não Persecução Penal e a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Facit Business and Technology Journal, v. 2, n. 33, 2022.

STURART, Hebert Lowe. Ética e Corrupção. São Paulo: Ed. Nobel, 2004.

SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TILLY, Charles. Democracia. São Paulo: Vozes, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

VANZOLINI, Patricia; PARDAL, Rodrigo; JUNQUEIRA, Gustavo; FULLER, Paulo Henrique Aranda. Lei Anticrime. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 318, mai. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Barganha e Justiça Criminal Negocial. Belo Horizonte: Ed. D’Placido, 2018.

VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil: aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. 2021. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2156](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2156). Acesso em: jul. 2023.

VECCHI, Luiz Fernando. O acordo de não persecução penal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Revista de Estudos Jurídicos, v. 1, n. 30, 2020.

VILLA, Marco Antonio. Mensalão. São Paulo: Ed. Leya, 2012.

WARDE, Walfrido. O Espetáculo da Corrupção. Rio de Janeiro: Ed. Leya, 2018.

WUNDER, Paulo. Temas de Análise Econômica do Direito Processual. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. A crucificação e a democracia. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.



**Editora**