

**TOLEDO PRUDENTE CENTRO UNIVERSITÁRIO**

**CURSO DE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**A SUPREMACIA DO DIREITO PUNITIVO EM FACE ÀS GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS**

Amanda Aparecida da Costa Marcelino

Presidente Prudente - SP

2020

**TOLEDO PRUDENTE CENTRO UNIVERSITÁRIO**

**CURSO DE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**A SUPREMACIA DO DIREITO PUNITIVO EM FACE ÀS GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS**

Amanda Aparecida da Costa Marcelino

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente - SP

2020

## **A SUPREMACIA DO DIREITO PUNITIVO EM FACE ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialista em direito penal e processo penal.

Florestan Rodrigo do Prado

João Victor Mendes de Oliveira

Matheus Sanches

Presidente Prudente, 20 de agosto de 2020.

## RESUMO

O presente trabalho não tem o intuito de estabelecer verdades, mas apenas e tão somente fazer comparativos e reflexões a fim de se chegar a um denominador no qual se faz uma percepção de que o direito no Brasil, não flua sempre para a supremacia do direito penal, ou seja, aplicação da pena, seja ela antecipada ou não, tema em voga constantemente nas políticas criminais. Busca-se um cotejo constante com as demais ciências autônomas como a criminologia, sociologia a fim de demonstrar que até mesmo a Carta Maior, vez por outra, em nome do punitivismo, é esquecida. Traçar-se-á também uma análise acerca das finalidades da pena, do direito penal total, dentre outras teorias do ramo criminal. Não obstante, efetuaremos uma pequena reflexão acerca do pacote anticrime, suas alterações no código processual penal. Assim, usaremos das doutrinas e jurisprudências que fazem com que o direito penal sobressaia-se, sobreponha-se de tal forma que mais se parece a um direito seletivo e político, afastando-se, não raro, do técnico, ou seja, os precedentes são, em regra, mais afeitos a satisfação social que um meio de se comungar a justiça ou enfatizar o direitos basilares e pétreos, esculpidos na Constituição Garantista de 1988. Assim, os temas abordados passam da prisão preventiva e outras medidas cautelares sem se esquecer do estatuto da criança e do adolescente e o margeamento das demais leis infraconstitucionais e supralegais, tudo em nome da punição.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Direito Processual Penal. Criminologia. Direito Penal Constitucional.

## ABSTRACT

The present work does not intend to establish truths, but only and only to make comparisons and reflections in order to arrive at a denominator in which a perception of law is made, in Brazil, it does not always flow towards the supremacy of criminal law, that is, the application of the penalty, whether it is anticipated or not, a theme that is constantly in vogue in criminal policies. A constant comparison with others and autonomous sciences, such as criminology, sociology, is sought in order to demonstrate that even the Carta Maior, occasionally, in the name of punitivism, is forgotten. An analysis of total criminal law will also be outlined, among other theories of the criminal field. Nevertheless, we will make a little reflection about the anti-crime package, its changes in the penal code and penal procedure. Thus, we will use the doctrines and jurisprudence that make criminal law stand out, overlap in such a way that it most resembles a selective and political right, often moving away from the technical, that is, the precedents they are, as a rule, more suited to social satisfaction as a means of communion with justice or basic and stony rights, sculpted in the 1988 Guarantee Constitution. Thus, the topics covered move from pre-trial detention and other precautionary measures without forgetting the child's status and adolescents and the margin of other infraconstitutional and supralegal laws, all in the name of punishment.

**Keywords:** Criminal Law. Criminal Procedural Law. Criminology. Constitutional Criminal Law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 DIREITO PENAL</b> .....	<b>9</b>
2.2 Finalidades da Pena .....	15
<b>3 CIÊNCIAS PENAIS</b> .....	<b>19</b>
3.1 Criminologia .....	19
3.2 Política Criminal .....	22
3.3 Direito Penal Total.....	24
3.4 Velocidades do Direito Penal .....	25
<b>4 DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>27</b>
4.1 Garantismo Penal e Processual Penal .....	28
<b>5 APONTAMENTOS DO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>31</b>
5.1 Devido Processo Legal .....	33
5.2 Reforma do Processo Penal.....	35
5.2.1 Juiz das garantias .....	36
5.2.2 Acordo de não-persecução penal.....	37
<b>6 EXEMPLOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>40</b>
6.1 Violação do Princípio da Não Autoincriminação .....	40
6.2 <i>Compliance</i> no direito criminal .....	41
6.3 Execução Antecipada da Pena .....	43
6.4 Ordem Pública como Fundamento da Prisão Preventiva .....	44
<b>7 MEDIDAS DESPENALIZADORAS</b> .....	<b>46</b>
<b>8 CONCLUSÃO</b> .....	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho foi escolhido ante à observação de que o direito penal tem sido utilizado piamente como mecanismo de controle de violência social, todavia, nos parece que de modo seletivo, sem observar os fatores sociais causados pela transição social da pós-modernidade e também os fatores criminológicos.

Como parte da sociedade, nós precisamos de regras básicas de convivência, de modo que a vontade coletiva fiscalize, cobre e limite o poder soberano do Estado, dessa forma, necessário se faz uma reflexão acerca do contrato social, idealizada pelo filósofo iluminista Rousseau.

Com a revolução francesa, a sociedade começou uma intensa busca pela liberdade, baseada no consenso, garantindo os direitos dos cidadãos, logo após, com o surgimento de um Estado de Direito "*Rule of Law*" deu-se origem ao controle estatal, sendo imposto limites ao exercício do poder.

É necessária uma análise do garantismo penal, que nos apresenta que, de um lado o homem está a todo momento em busca de sua liberdade e do outro, o Estado impera fazendo o seu poder punitivo prevalecer.

Busca-se analisar se a lei penal tem sido aplicada conforme as garantias previstas na Constituição Democrática, se para cada tipo penal há um procedimento adequado e que faça com que a sociedade tenha a sensação de justiça.

Nesse sentido, mostra-se relevante fazer um estudo sobre os fatores sociais criminológicos, se as penas aplicadas têm atendido as suas finalidades, tratando a definição do sistema jurídico processual penal, seu caráter instrumental e, das condicionantes do exercício das medidas coercitivas, encontradas na Constituição, de modelo típico do Estado Democrático de Direito.

Expor-se-á as linhas gerais da política criminal, aproximando a criminologia e da sociologia, abordando questionamentos relacionados aos princípios que regem o direito brasileiro e se a lei penal dá êxito nas garantias constitucionais, infraconstitucionais e supralegais.

Analisaremos resoluções e precedentes jurisprudenciais que têm flexibilizado direitos e garantias fundamentais em nome da eficiência, política criminal e em busca do interesse público.

O objeto de pesquisa é em razão da observação de que o direito punitivo estatal tem prevalecido sobre o direito constitucional de liberdade, em que há inúmeras decisões de cunho político e seletiva, remetendo-nos a uma análise de retrocesso quase que Lombrosiano na sociedade.

A metodologia a ser utilizada será a análise legal que nos leva a dedução da fragilidade hierárquica idealizada pela pirâmide de Kelsen da Constituição Federal.

Utilizar-se-á ainda do método histórico sobre a criação do Código Processual Penal (1941), suas alterações e sua reforma por meio do pacote anticrime, (Lei n.º 13.964/19).

Permeou-se também o método comparativo, quando se analisa a origem da Justiça Penal Negociada e o Direito Penal Garantista do nosso ordenamento jurídico. Para a presente pesquisa, também foram utilizados os meios doutrinários, sítios eletrônicos científicos e entrevistas com jurisperitos atuantes na área processual penal e criminal.

## 2 DIREITO PENAL

Neste primeiro capítulo será feita uma abordagem acerca do conceito, origem do direito penal e qual a finalidade da pena.

### 2.1 Origem e Conceito

O Brasil veio a ser colonizado pelos Portugueses por volta de 1500, e, naquela época se depararam com os índios, estes, não tinham um Código Penal, mas havia em todos os lugares, em qualquer parte do mundo a ligação com o Direito Penal.

A partir deste momento, deu-se início as chamadas Ordenações do Reino que abrangiam todas as matérias jurídicas, primeiros as Afonsinas (1446 até 1514), depois a Manuelinas (1521-1595) e por fim as Ordenações Filipinas (1603 até 1916), sendo que a primeira Constituição do Brasil foi criada em 1824.

O grande problema dessas ordenações é que na prática, as penas eram muito cruéis, o livro V das Ordenações Filipinas foi muito polêmico, vejamos:

é o da estratégia dual do direito penal do Antigo Regime, da alquimia entre temor e amor na legitimação do poder do monarca. Em suas próprias palavras, “infundindo respeito e temor, o castigo devia ser exemplar: a inscrição da vontade do soberano o corpo do condenado era também uma pedagogia de domínio, lição também aprendida por todos os que presenciavam o espetáculo penal. No mesmo registro, a comutação das penas e o perdão concedidos pelo monarca podiam ser usados com relativa frequência a fim de que rigor e mercê se temperassem, construindo uma imagem paternal do soberano absoluto. (HESPANHA, 1993, p. 240).

O primeiro Código que surgiu foi em 1830, este código recebeu a denominação de Código Criminal do Império Brasileiro.

O Código Criminal foi, afinal, aprovado em 20/10/1830 e remetido ao Senado do Império. Em 16/12/1830, o Imperador D. Pedro I sancionou-o. O Estatuto Criminal do Império constituiu-se obra verdadeiramente notável. Foi o primeiro Código autônomo de toda a América Latina, tendo recebido influência das ideias liberais do Iluminismo e do utilitarismo, e, em particular, de Jeremy Bentham. O nosso Código Criminal de 1830 serviu, inclusive, de modelo para o Código Penal espanhol de 1848, que, como se sabe, foi a codificação inspiradora de inúmeros diplomas latino-americanos. (JAPIASSÚ, 2018, p. 34).

O Código de 1830 recebeu todos os reflexos do período iluminista que se deu por meio da revolução francesa, pretendeu-se um código humanista.

Em 1889 foi proclamada a independência da república, e em 1890 foi editado um novo Código Penal, retirou-se a nomenclatura “criminal”, este código foi muito criticado, e em 1932 um desembargador chamado Vicente Piragibe criou as chamadas “Consolidações das Leis Penais”.

Pouco tempo depois, em 1940, foi aprovado o projeto do Professor José Alcântara Machado, e a frente deste projeto estava Nelson Hungria que era defensor da teoria causal, influenciado pela escola positivista, a maior crítica se dava pela aplicação do sistema de duplo binário, que basicamente era a resposta penal de pena ao imputável e para o perigoso (através de exame criminológico), a medida de segurança.

Consciente da iniquidade e da disfuncionalidade do chamado sistema “duplo binário”, a reforma adotou, em toda a sua extensão, o sistema “vicariante”, eliminando definitivamente a aplicação dupla de pena e medida de segurança para os imputáveis e semi-imputáveis. Seguindo essa orientação, o fundamento da pena passa a ser exclusivamente a culpabilidade, enquanto a medida de segurança encontra justificativa somente na periculosidade, aliada à incapacidade penal do agente. (BITTENCOURT, 2019, p. 914).

Em 1969, com a evolução social, criou-se o novamente um novo código, todavia, não foi bem recebido pelos operadores do direito, por essa razão, no período de *vacatio legis*, que perdurou até 1978, àquele foi revogado sem nunca mesmo ter entrado em vigor.

Em 1984 surgiu uma reforma da parte geral do nosso código penal, mantendo-se a parte especial de 1940, com pequenas alterações.

O direito penal está atualmente instituído pelo Decreto-lei n. 2.848/40, e sua finalidade principal é inibir condutas que violem bens ou interesses jurídicos, ou seja, prepondera-se o fator preventivo de ilícitos penais, mas também é retributivo quando se aplica a pena de fato na condenação criminal.

Destaca-se que é o ramo do direito público no qual traz as definições acerca de crimes, suas penas e medidas de segurança aplicáveis aos violadores de tal norma.

É formado pela harmonização de princípios e regras que se destinam a proteger os bens jurídicos mais relevantes a fim de manter a paz social mediante a

imposição de penas, previamente positivadas, mas, sempre condicionadas à Lei Maior.

Conforme a doutrina de Busato (2018, p. 19):

Tradicionalmente se conceitua o Direito penal como um conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados socialmente graves ou intoleráveis e que ameaça com reações repressivas como as penas ou as medidas de segurança. Essa noção, em um primeiro momento, traduz garantias de liberdade, ao reconhecer o princípio de legalidade a que se encontra submetido o Direito penal (exigência de lei) e ao separar do Direito a influência da moral e da religião.

[...]

O Direito penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. É necessário reconhecer que sua intervenção constitui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com essa agressão (prevenção, retribuição etc.), ao final, a intervenção penal é sempre um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita. Isso deriva do fato de que o Direito penal é um mecanismo de controle social. A referida gravidade cobra que miremos as manifestações do Direito penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resultam necessários.

Muitos são os nomes atribuídos ao direito penal, sendo alguns deles: Direito Repressivo, Direito Restaurador, Direito Sancionador, Direito de Defesa Social etc. No entanto, as duas principais denominações foram e continuam a ser Direito Criminal e Direito Penal.

Considerando que a vida em sociedade necessita de ordem social, é necessário a imposição de normas que permitam e proíbam a realização de determinadas condutas.

Nesse sentido nos ensina Souza (2018, p. 5):

ordem social é assimilada pelos seres humanos por meio do longo processo de educação, sem a necessidade de uma força externa que a imponha. É por meio da família, da escola, da religião, das agremiações esportivas, dentre outras instâncias informais de controle, que se aprende o que se pode ou não fazer. A transgressão de tais regras acarreta sanções, tais como o castigo familiar, a reprovação escolar, a proibição de frequentar uma missa ou de praticar um esporte coletivo. Entretanto, a ordem social não pode por si só assegurar a convivência das pessoas em comunidade. Ela necessita ser complementada e reforçada pelas instâncias formais de controle, isto é, pelas normas emanadas de um centro de poder, capazes de impor consequências mais intensas àqueles que as transgredir. Surge, assim, o ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto de normas ordenadas pelo Estado, detentor do monopólio da força, de caráter geral e cogente. As normas que compõem o ordenamento jurídico podem ter natureza civil, administrativa, econômica, além de tantos outros ramos do Direito, todas vocacionadas para possibilitar a harmônica convivência social. Contudo, são as normas de Direito Penal que

asseguram, em última instância, a inviolabilidade de todo o ordenamento jurídico.

O direito penal descreve os preceitos denominados ilícitos jurídicos, ou seja, condutas que estão em desacordo o nosso ordenamento e estabelece suas consequências.

Sendo assim, considera-se o direito penal como conjunto de leis e princípios que tem como escopo combater o crime e a contravenção, impondo penas ou medidas de segurança, no último caso aos inimputáveis.

Diferentemente dos outros ramos do direito, visa a proteção dos bens mais relevantes da sociedade.

Nesse sentido é importante trazermos à baila o conceito deixado pelo renomado jurista Luiz Flávio Gomes (2006).

O verdadeiro direito penal está regido por princípios e regras limitadores do direito de punir do Estado, que vêm sendo desenvolvidos desde o Iluminismo. Ele tem como missão a tutela exclusiva de bens jurídicos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), que deve acontecer de forma fragmentária e subsidiária (princípio da intervenção mínima). Exige a exteriorização de um fato (direito penal do fato), que esteja previsto em lei (princípio da legalidade) e que seja concretamente ofensivo ao bem jurídico protegido (princípio da ofensividade). Por esse fato o agente responde pessoalmente (princípio da responsabilidade pessoal), quando atua com dolo ou culpa (princípio da responsabilidade subjetiva) e, mesmo assim, quando podia agir de modo diverso, conforme o Direito (princípio da culpabilidade). De outro lado, esse agente nunca pode sofrer tratamento discriminatório (princípio da igualdade). O castigo cabível não pode ofender a dignidade humana, ou seja, não pode ser degradante (princípio da proibição de pena indigna), não pode ser cruel, desumano ou torturante (princípio da humanização) e deve ser proporcional (princípio da proporcionalidade, que se exprime por meio dos subprincípios da individualização da pena, personalidade da pena, necessidade da pena, suficiência da pena alternativa e proporcionalidade em sentido estrito).

O direito penal é regido por alguns princípios, que constituem instrumentos necessários para que os julgadores balizem suas decisões.

Analisaremos alguns desses princípios, sendo importante iniciarmos por meio do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal.

Assim dispõe:

Não há pena sem prévia cominação legal” (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*). Referido dispositivo, por estar previsto na Carta Magna dentre os direitos fundamentais dos cidadãos, constitui cláusula pétrea, de modo que

não pode ser abolido nem mesmo por meio de emenda constitucional (art. 60, § 4º, da CF). O princípio da legalidade costuma ser desdobrado nos princípios da reserva legal e da anterioridade. Pelo princípio da reserva legal, apenas a lei em sentido formal pode descrever e estabelecer pena para condutas criminosas. A tipificação de infrações penais pressupõe, portanto, aprovação de projeto de lei pelo Congresso Nacional, de acordo com as formalidades constitucionais, seguida de sanção presidencial. Um ilícito penal jamais pode ser criado por meio de decreto, resolução, medida provisória etc. Esse princípio aplica-se também às contravenções penais, bem como às regras atinentes à execução penal. (GONÇALVES, 2019, p. 60)

Da legalidade outros princípios se desdobram, sendo um deles o da reserva legal e também o da anterioridade, ou seja, não há pena sem prévia cominação legal, é necessário que no momento da prática da infração penal, esteja previamente antecipada a sua conduta abstrata e a pena.

Temos ainda o princípio da irretroatividade da lei penal, a lei penal não pode atingir fatos pretéritos, só produz efeito a partir da sua vigência, portanto, a lei penal não retroage, salvo em benefício do réu.

Princípio da intervenção mínima, significa que o direito penal deve atuar quando ele é estritamente necessário, ou seja, se outros ramos do direito puderem resolver os conflitos sociais, o direito penal não intervirá.

Para melhor esclarecimento acerca deste princípio:

Em uma expressão mais moderna, o referido princípio significa que o Direito Penal, pela violência que lhe é imanente, deve ser reservado como última medida de controle social. Dito de outra forma, o Direito Penal deve ser o último recurso ao qual o Estado recorre para proteger determinados bens jurídicos e somente quando outras formas de controle não forem suficientes para alcançar tal resultado. A Política Criminal (estratégias políticas de redução da violência intrassocial) não pode ficar reduzida ao Direito Penal (incriminação e sanção de condutas com emprego, majoritariamente, da pena corporal) e nem mesmo tê-lo como seu primeiro e principal recurso. (JUNQUEIRA, 2019, p. 38).

O princípio da fragmentariedade, deriva do princípio anterior, dispõe que o direito penal só protege os bens mais relevantes para a coletividade, não protege todos os bens jurídicos, apenas os mais importantes, como a vida, integridade física, patrimônio e etc.

Importante analisarmos também o princípio da insignificância, no qual estabelece que não se preocupa o direito penal com bagatelas, tem que haver lesividade da conduta, salvo se existe emprego de violência ou grave ameaça.

Assim se manifestou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello no *Habeas Corpus* n.º 178.191 impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em um caso de furto de chocolates.

A análise objetiva do caso ora em apreciação conduz ao reconhecimento da configuração, na espécie, do fato insignificante, a descaracterizar, no plano material, a tipicidade penal da conduta em que incidiu a ora paciente, eis que estão presentes todos os vetores cuja ocorrência autoriza a aplicação do postulado da insignificância. (2019).

Considerando que o direito deve pautar-se de modo a garantir o bem estar social, este não deve excluir qualquer pessoa, com isso temos o princípio da humanidade da pena, art. 1º, III da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental no Estado Democrático de Direito, este princípio prevê que todo mundo nasce com direito inerente do ser humano, não importa a situação que esteja, ou seja, proteção a sua saúde, integridade física, educação, o mínimo existencial.

Princípio do Estado de Inocência, art. 5º, LVII da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Princípio da Igualdade, previsto no *caput* do artigo 5º da Carta Magna, todos nós temos os mesmos direitos e garantias.

Princípio do “ne bis in idem”, nenhum indivíduo pode ser punido ou processado duas vezes pelo mesmo fato.

Esse princípio busca vedar a aplicação de uma sanção penal, mais de uma vez, pela prática do mesmo delito, ou seja, valorar-se negativamente e de forma dupla o mesmo fato. O instituto da reincidência adotado pelo Direito Penal brasileiro, portanto, é uma modalidade de violação deste princípio, na medida em que, ao punir um autor por um delito, considerando-se a circunstância da reincidência como agravante de sua pena, está-se punindo novamente o fato anteriormente praticado, para o qual ele já havia sido condenado com trânsito em julgado. (COELHO, 2015, p. 38).

Princípio da individualização da pena, art. 5º, inciso XLVI da Carta Maior, a pena deve ser adequada a cada condenado, aplicável tanto na fase legislativa (criação da lei), quanto na fase processual e também na execução penal, de acordo com as características de cada pessoa.

Princípio da pessoalidade, art. 5º, XLV da Constitucional Federal, este princípio tem sido muito aplicado desde que foi publicado o *Habeas Corpus* Coletivo n.º 143.461 em 2018:

Aqui, não é demais lembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, sendo escusado anotar que, **no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram[...]** Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. (STF, 2018). [*grifo nosso*]

A doutrina traz outros diversos princípios aplicáveis ao direito penal, todavia, no decorrer do presente trabalho buscaremos menciona-los para maior compreensão do leitor.

## 2.2 Finalidades da Pena

A pena é resposta do poder soberano para aqueles que violarem a lei penal, e, a legitimidade de aplicação é do Estado. Há diversas teorias que visam a explicar as razões pelas quais o Estado não só pode como deve se utilizar do *jus puniendi* aos indivíduos que infringem as normas penais.

A pena é aplicação do direito penal no presente sob um olhar retrospectivo.

A norma penal é composta por preceito e sanção, sendo que no primeiro há o estabelecimento da conduta proibida e, na sanção, temos a previsão da consequência jurídica da prática da infração penal.

Nesse sentido, necessária uma análise para sabermos se as penas têm atendido as suas finalidades, e, para uma boa gênese acerca do tema, veremos a reflexão de Beccaria (1764, p. 190), em sua obra “Dos Delitos e das Penas”:

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

Quando o Estado priva o sujeito de sua liberdade visa-se um efeito sobre o sujeito ou na sociedade.

Dentro do direito penal temos três teorias para explicar as finalidades da pena, sendo elas: a teoria absoluta (retributiva), a teoria relativa (preventiva) e a teoria eclética ou unitária.

De acordo com a teoria retributiva "*punitur quia peccatum est*", a pena tem como finalidade tão somente castigar o sujeito, com resquício na "Lei de Talião", é um fim em si mesma.

Nesse sentido, Olivé (2017, p. 197): "Para as teorias absolutas, que visam o passado, a pena aplica-se como expiação do fato criminoso perpetrado, como retribuição pela culpabilidade. Diante do mal cometido, a pena pressupõe um novo mal que, ao ser imposto, consegue equilibrar a balança da justiça".

Immanuel Kant foi o maior defensor desta teoria, em seu livro 'A Metafísica dos Costumes', ele relata que o ser humano não poderia ser utilizado como ferramenta ou instrumento, pois "o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo".

Sendo assim, para esta teoria a pena é apenas uma resposta igualitária ao mal causado.

O jurista alemão Von Liszt (1899, p. 55) foi defensor da ressocialização social, para ele:

O Estado faz do cidadão meio para seus fins, quando o obriga a tomar armas para a defesa da pátria, ou a servir cargos públicos, ou a dar o seu testemunho em juízo, ou a pagar o imposto, etc. Si nestes e em muitos outros casos é lícito fazer do homem meio para a consecução de fins da vida social, também o é punir o delinquente, já que a pena é meio de prevenção e de educação moral e dela depende a manutenção da ordem jurídica. Esta conclusão é irrecusável, si não se preferir e defesa do direito a anarquia, o caos e a dissolução como consequências últimas.

A teoria preventiva, ao contrário da absoluta, diz que a pena deve ser uma forma de evitar o cometimento de novos crimes, utiliza-se a sanção de modo funcional, a depender de seus destinatários.

Nas teorias relativas, a pena baseia-se em sua eficácia futura (*ne peccetur*), isto é, existe uma finalidade e as penas devem ser úteis para a sociedade. A sanção penal não é a pura retribuição pelo fato cometido, como sustentam as teorias absolutas, nem deve ter um caráter metafísico. A pena não pode se fundamentar no puro racionalismo da retribuição, nem no caráter imoral do delito, senão em algo mais próximo e prático, o objetivo de que não se

cometam fatos criminosos no futuro, protegendo a comunidade e os cidadãos para que possam seguir seus distintos caminhos (prevenção geral ou prevenção especial (BRITO, 2017, p. 197).

O que podemos concluir aqui é que, se o destinatário for o infrator, estaremos diante da teoria preventiva específica, busca-se evitar que o sujeito não seja reincidente, que ele se ressocialize, todavia, essa teoria tenta também inibir que a sociedade não cometa a infração, nesse caso, é chamado de teoria preventiva geral.

De acordo com Montesquieu (1996, p. 101) em sua obra "Espírito das Leis": "É essencial que as penas se harmonizem, porque é essencial que se evite mais um crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos".

Por fim, Claus Roxin (1998, p. 27-8) idealizou a junção das duas teorias acima, para ele:

No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário, através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das proteções públicas necessárias para assistência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna.

Segundo a teoria unificadora, a pena deve funcionar de modo a ser instrumento de ressocialização, punição e inibição para que a sociedade não cometa novos crimes.

É basicamente a teoria adotada pelo Código Penal em seu artigo 59.<sup>1</sup>

E, no mesmo sentido dispõe o artigo 1º da Lei de Execuções Penais: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Diante do exposto, foi possível entender que aplicação da pena ao condenado possui diversos fundamentos, todavia, nos assusta que na prática há aumento constante da criminalidade, até mesmo dentro dos presídios, local recorrente

---

<sup>1</sup> Código Penal- Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

de rebeliões, homicídios, tráfico de drogas, o que nos faz questionar se a pena tem realmente atingido alguma finalidade real.

O Brasil teve uma alta de 11% no número de assassinatos em março deste ano em comparação com o mesmo período do ano passado. É o que mostra o índice nacional de homicídios criado pelo G1, com base nos dados oficiais dos 26 estados e do Distrito Federal.

De acordo com a ferramenta, houve 4.146 mortes violentas em março de 2020. No mesmo mês no ano passado, foram 3.729. O crescimento ocorre mesmo em meio à pandemia da Covid-19.

Já considerando o trimestre, foram 11.908 vítimas de assassinatos neste ano contra 10.924 em 2019, uma diferença de 984 mortes. (G1, 2020).

É necessário encararmos a realidade social e carcerária do nosso país para entendermos que estamos longe de um sistema penal que cumpra suas idealizações, quais sejam: punir, prevenir e ressocializar.

### 3 CIÊNCIAS PENAIS

Temos três ciências penais independentes que se auxiliam: a criminologia, o direito penal e a política criminal, são disciplinas que se complementam.

O direito penal como já abordado, é o ramo que por meio de lei define e sanciona condutas indesejadas, é ciência jurídica do “dever-ser”, traz um modelo de conduta.

Não constitui o Direito Penal um ramo isolado das ciências jurídicas, relacionando-se com todos os outros ramos do Direito, bem assim com as disciplinas auxiliares (Medicina Forense, Psiquiatria Forense e Criminalística) e com as ciências penais (Criminologia, Sociologia Criminal, Estatística Criminal, Política Criminal, Biotipologia Criminal, Vitimologia, Biologia Criminal, Antropologia Criminal, Psicologia Criminal e Endocrinologia Criminal). (ANDREUCCI, 2019, p. 43)

Também chamada dogmática jurídico-penal, o direito penal verifica o crime como fato jurídico, se encarrega da sistematização e desenvolvimento das normas legais, os métodos adotados são de uma ciência abstrata, é dedutivo, parte da regra geral para depois enfrentar uma situação específica.

Para darmos maior profundidade ao tema, abordaremos nos tópicos abaixo as outras disciplinas que não foram objeto de estudo anteriormente.

#### 3.1 Criminologia

O idealizador do termo criminologia foi Paul Topinard, e a primeira vez que a palavra criminologia surgiu foi na publicação do livro “L’uomo Delinquente” em 1876 do autor Cesare Lombroso, grande defensor da teoria do criminoso nato, que foi o marco científico desta ciência na escola positivista.

Sua visão acerca do indivíduo praticante de delitos, baseado em autores como Darwin o levaram a traçar uma “face” ao criminoso, relacionando certos aspectos físicos com a prática de delitos.

Ao ter contato com inúmeros detentos e cadáveres, chegou à conclusão que certas características eram comuns. Determinou que a hereditariedade deveria ser levada em consideração. A pessoa não seria influenciada pelo meio, as influências externas em pouco iriam contribuir, pois a patologia criminosa já se encontrava nele, era questão de tempo até desencadear. Seu trabalho foi amplamente divulgado e ganhou diversos adeptos, inclusive no Brasil. No entanto, sua tese foi, aos poucos, rebatida e caindo em desuso.

O autor determinou seis tipos de criminosos: o nato, o louco moral, o epiléptico, o louco, o ocasional e o passional. No entanto, as características encontradas por Lombroso eram basicamente do negro, imigrante na Itália. A tal “face” criada pelo autor se confundia com a figura afro, fato que tachou sua tese como racista. (NAZARETH, s/d).

E dando continuidade na escola positiva, aluno de Lombroso, o italiano Raffaele Garofalo publicou em 1885 a obra “La Criminologie”, também influenciado pelo Darwinismo.

A criminologia utiliza-se do método indutivo, empírico, através da averiguação acerca do fenômeno real, sendo que, para esta ciência, o crime é problema social, por meio do qual se traz as suas conclusões, é uma ciência do “ser”, parte-se da situação particular para a regra geral.

Nesse sentido, Prado (2019, p. 18).

A ciência objetiva ser objetiva, no sentido de busca da verdade, e de que suas propostas sejam independentes do ponto de vista de seu autor. O instrumento fundamental do objetivismo científico reside no recurso à sua metodologia, que permite fazer observações até certo ponto independentes de quem as realiza, e que podem ser repetidas e comprovadas por qualquer outra pessoa.

Busca-se com esta ciência fazer uma análise da realidade.

Segundo a concepção clássica de Sutherland (s/d, p. 48), a criminologia “é o conjunto de conhecimentos sobre o delito como fenômeno social. Inclui em seu âmbito, os processos de elaboração das leis, de infração das leis e de reação à infração das leis, e a extensão do fenômeno delitivo”.

Esta ciência possui métodos de investigação, os métodos podem ser quantitativos e qualitativos, os primeiros explicam as causas de determinados fenômenos, por exemplo usa-se da estatística para saber o aumento da criminalidade em determinado local, e o método qualitativo pode ser feito por meio de descrição ou outro modo para se aprofundar e entender o caso.

Na visão de Schecaira (2020).:

a criminologia é um saber jurídico que se debruça sobre o estudo do crime, do criminoso, da vítima e do controle social, portanto, é um saber interdisciplinar, que necessita a compreensão por parte dos juristas, dos antropólogos, dos psicólogos, dos sociólogos, dos estatístico, de pessoas de diferentes áreas das ciências humanas para se aproximar deste objeto que é tão complexo.

Até o século XX a criminologia só se preocupava com o delito e o delinquente, após o giro sociológico, começou a preocupar-se também com a vítima e o controle social.

O delito, para criminologia, é um comportamento presente, constante e expressivo na sociedade, deve causar incidência aflitiva, persistente no espaço e no tempo, e indubitável consenso.

Em relação ao criminoso, para a escola clássica, delinquente é aquele pecador que optou pelo mal, Beccaria tinha este entendimento, é dotado de racionalidade, possui livre arbítrio.

Já na escola positivista, como já vimos alhures, o delinquente já nasce assim, é uma patologia nata, o fator externo é apenas um meio de expor seu crime, Lombroso, Garofalo e Ferri são os três percussores desta escola, aqui, o problema está no homem.

Enrico Ferri, responsabilizará pelo delito, além dos fatores físicos (ambiente telúrico) e sociais (ambientes sociais), os fatores individuais (orgânicos e psíquicos) já apontados por Lombroso, o que culminará com a seguinte classificação feita por Ferri dos criminosos: natos, loucos, habituais, ocasionais e passionais. R. Garófalo<sup>107</sup> completa a tríade principal da Escola Positiva, com a tese sobre a temibilidade do delinquente e do crime como atentado a sentimentos de piedade e de probidade, conceitos esses que não podem vingar. Então, com a Escola Positiva, sustenta-se a substituição do direito de retribuição pelo direito de polícia, que procura descobrir o perigoso e o suspeito. Não se procura a comissão de um crime, mas as qualidades pessoais: condenado, vagabundo, reincidente, ocioso etc., argumentos esses que levam a concluir que o processo de democratização reduz na medida que se superfortalece o sistema penal e de prevenção. (BACILA, 2015, p. 153).

Após isso, tivemos a escola correcionalista que, para eles, o criminoso é apenas um ser inferior, um débil, sendo que o Estado deveria agir com orientação e proteção. Essa teoria, na prática, é aplicada ao menor infrator, o Estado objetiva isso aos adolescentes por meio de medidas socioeducativas.

Nesse sentido:

As medidas socioeducativas são, em natureza, protetivas e, não, punitivas, estando a internação, enquanto privativa de liberdade, limitada de forma absoluta à sua necessidade, não podendo exceder a 3 anos, prazo em que, por consequência evidente, deve ser computado o de internamento provisório. (STJ, HC 12.595-SP, Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJ 13.02.2001).

Tivemos ainda o Marxismo, aqui, o criminoso era a própria sociedade, em razão de certas estruturas econômicas.

O criminoso seria aquele excluído dos benefícios da sociedade, de uma sociedade onde alguns são ricos e outros são pobres, independentemente de isso ser resultado do trabalho de quem acumulou seu patrimônio. Para a esquerda radical, que serve de bússola para a esquerda moderada, a propriedade é um roubo, a mais-valia. Por conta de sua situação, o criminoso é a vítima e o proprietário o ladrão. Com isso, qualquer medida de repressão aos atos ilícitos seria injusta, opressora. (NOBREGA, 2018).

Dessarte, o conceito contemporâneo de criminoso é aquele indivíduo que está sujeito às leis, podendo ou não seguir por razões multifatoriais e nem sempre entendível por outras pessoas.

A vítima também é objeto de estudo da criminologia, temos a chamada vitimologia, considerando que no atual sistema, esta é parte necessária na concretização do delito.

Por fim, temos o controle social como objeto criminológico.

um primeiro plano tem-se o controle social informal, que reflete nos órgãos da sociedade civil: família, escola, ciclo profissional, opinião pública, clubes de serviço, igrejas etc. De outro lado, destaca-se o controle social formal, representado pelas instâncias políticas do Estado, isto é, a Polícia, o Ministério Público, a Justiça e a Administração Penitenciária etc. (PENTEADO FILHO, 2020, p. 155)

O controle social basicamente é responsável por impor o comportamento coletivo possibilitando o convívio harmonioso.

De acordo com Durkheim (2014, p. 13): “A educação é uma coisa eminentemente social”.

Sendo assim, podemos entender que o controle social pressupõe uma aliança entre o cidadão e o poder soberano, de forma a se estabelecer e manter a paz coletiva.

### **3.2 Política Criminal**

Na política criminal busca-se diretrizes, soluções práticas para o fenômeno da criminalidade, trabalhando no campo da prevenção, através de

estratégias por parte do Poder Público no combate ao crime, analisando a eficácia das normas penais, por intermédio de legislação e aplicação da lei.

Franz von Liszt é considerado autor inicial acerca do tema, em sua obra publicada em 1889, “Princípios de Política Criminal”, dispôs:

Ao reconhecer que a pena é um dos meios para o combate ao crime, colocado nas mãos do Estado, somos levados para além do nosso Direito hoje vigente. Aproximamo-nos da questão do fundamento jurídico e dos fins do poder punitivo estatal, bem como da origem e natureza do crime. A solução científica para estas questões é o objeto da Política Criminal, que se baseia na criminologia e na penologia. Política Criminal nos dá os critérios para a apreciação do direito vigente e nos revela qual é o Direito que deve nos reger. Porém, também nos ensina a entendê-lo à luz dos seus fins, e aplicá-lo conforme essas finalidades aos casos particulares. (p. 07).

A política criminal ocupa-se do delito enquanto valor, leva em consideração estratégias de segurança pública.

Exemplo de política criminal de combate as drogas no Brasil.

o combate ao narcotráfico e ao crime organizado, no marco do direito penal do inimigo e da fixação do Estado de exceção permanente, dirime as fronteiras entre as políticas de segurança e o direito penal. o problema, desde a perspectiva do garantismo, é que o direito e o processo penal devem representar as barreiras de contenção das violências constantemente emanadas dos instrumentos da política repressiva. Do contrário, se operarem na legitimação e não na deslegitimação da violência, a tendência é o extravasamento e a perda do controle dos atos do poder. (CARVALHO, 2016, p. 124).

Esta ciência penal é quem faz a ligação entre o direito penal e a criminologia, analisa os dados valorados pela ciência criminológica e altera a nova realidade normativa.

Nada contém a batalha diária de insanidade informativa. As toneladas de pesquisa sobre o tema da violência, da política de guerras às drogas e do funcionamento do sistema de justiça criminal de nada valem diante dos vídeos, memes, e dos comentários dos novos pseudointelectuais virtuais, que sentenciam sobre tudo sem nunca terem lido, estudado ou vivenciado nada sobre o assunto que abordam. (FABRES, 2020).

Na prática, infelizmente vemos que em razão da nossa tradição autoritária, cultural é difícil visualizar um efeito realmente controlador e de paz social por meio da política criminal contra as drogas.

### 3.3 Direito Penal Total

O tempo social que estamos vivendo nos traz como subproduto nas instituições jurídicas uma sociedade líquida, com mudanças normativas constantes.

Conforme analisado nos tópicos acima, ficou elucidado que uma ciência criminal auxilia a outra, sendo o elo entre a criminologia e o direito penal feito pela política criminal.

Segundo Bauman (2001, p. 145-7):

A nova instantaneidade do tempo muda radicalmente a modalidade do convívio humano — e mais conspicuamente o modo como os humanos cuidam (ou não cuidam, se for o caso) de seus afazeres coletivos, ou antes o modo como transformam (ou não transformam, se for o caso) certas questões em questões coletivas.[...] É difícil conceber uma cultura indiferente à eternidade e que evita a durabilidade. Também é difícil conceber a moralidade indiferente às consequências das ações humanas e que evita a responsabilidade pelos efeitos que essas ações podem ter sobre outros. O advento da instantaneidade conduz a cultura e a ética humanas a um território não-mapeado e inexplorado, onde a maioria dos hábitos aprendidos para lidar com os afazeres da vida perdeu sua utilidade e sentido.

Alguns entendem que o direito penal é mecanismo de educação da sociedade, todavia, o direito penal é subproduto daquilo que não deu certo, nos parece que o direito penal é a principal norma de disciplina na sociedade, diferente do que teoricamente é ensinado, *ultima ratio*.

Um dos grandes contributos da sociologia recente, conferindo novas tarefas ao direito penal, deu-se no âmbito da sociologia do risco, que trouxe à tona a característica da modernidade atual de se ocupar dos riscos procedentes do manejo humano de tecnologias. Este novo modelo de sociedade é matéria de estudo de diversos sociólogos, atribuindo-se a denominação “sociedade de risco” ao sociólogo alemão Ulrich Beck. (CABRERA, p. 2011)

Estamos caminhando a um modelo híbrido de *civil law e common law*, para uma política de barganha.

O Direito Criminal passou a se preocupar sobremaneira com as transições constantes em razão da globalização, tecnologia, aumento de crime dentro da atividade empresarial, houve uma nítida expansão do campo de atuação do direito penal.

O direito penal total busca uma abordagem interdisciplinar do processo de criminalização, implicando a junção de várias áreas que contribuem para elucidação da causa do crime, por meio de metodologias, e, para isso devemos nos

lembrar da ideia de Miguel Reale e a tridimensionalidade, ou seja, sucessão de fatos que consolidem valores e criam normas que possuam efetividade.

Algumas normas estão anacrônicas, não acompanharam a evolução constante das práticas da sociedade, que tem agora novos sujeitos passivos de crime (direitos difusos e coletivos), aumento do crime organizado, econômico-financeiro etc.

Sendo assim, a ideia de política penal total é essencial na sociedade pós-moderna, cheia de disfunção, agregando todas as ciências que tocam o direito penal para termos um mínimo de organização e controle, usando mecanismos capazes de resolver problemas e não simplesmente usar do processo, devemos pensar na justiça restaurativa, prática capaz de resolver de forma coletiva os imbrólios de modo a atender todas as finalidades da pena.

### **3.4 Velocidades do Direito Penal**

O professor Jesus-Maria Silva Sanchez, idealizador da expansão do direito penal foi o primeiro a usar a expressão velocidades do direito penal.

Velocidades do direito penal é basicamente a forma pela qual o Estado executa a persecução penal.

A primeira velocidade, chamada também de clássica, vem desde as ordenações do reino, de visão iluminista, cheia de liturgias, com exacerbado apego à formalidade.

Por se valer da pena privativa de liberdade como instrumento fundamental, deve ser informado por princípios garantísticos da Carta Maior e pelas tradicionais regras de atribuição da responsabilidade, ou seja, o processo é mais lento, podendo se utilizar de todos os mecanismos recursais e temporais.

Já a segunda velocidade se faz uma análise de custo-benefício, abre-se vertentes para mitigação de garantias fundamentais, em razão do menor impacto punitivo, como exemplo, a transação penal prevista no art. 76 da lei 9.099/95.

O instituto do injusto penal restaurável vem ao encontro do tão desejado combate eficiente a prática de crimes, bem como à própria vitimização, estabelecendo-se resposta estatal célere, uma vez que a vítima é informada do dever do ofensor em indenizá-la pelo delito praticado. (SANTOS, 2020).

Busca-se uma forma mais econômica de resolução do problema, abre-se mão de algumas garantias em troca de política de negociação, a colaboração premiada, o acordo de não-persecução penal criado por meio de Resolução do Conselho Nacional Ministério Público são exemplos esclarecedores do encaminhamento desta velocidade na nossa sociedade.

É uma alternativa na busca da eficiência, celeridade e informalidade na persecução penal.

Temos ainda a terceira velocidade, que é considerada a de política de inimigos, aplicável aos casos de crime organizado, terrorismo, com uma forma percussora a mais rigorista.

Com viés extremamente punitivo e sem observância das garantias processuais, o Direito Penal do Inimigo almeja punir aquele que viola as expectativas sociais e põe em risco toda a coletividade. O inimigo é aquele que não respeita o Estado de Direito, praticando condutas criminosas que ameaçam todos os direitos sociais, como a vida, a segurança pública, a saúde etc. Se assim o for desrespeitando as leis e a Constituição Federal, o ordenamento jurídico também não deve ser aplicado a ele de forma a tratá-lo igualmente àquele que respeita todos os direitos e as garantias individuais. (GONZAGA, 2018, p. 22).

O direito penal do inimigo foi idealizado por Gunther Jakobs, e é pautado pela extrema adoção de proteção de perigos abstratos, usando-se de medidas rigorosas e antecipatória de penas em razão da expansão de intervenção punitiva, punindo-se até mesmo atos preparatórios que, segundo a visão clássica no estudo de *iter criminis* não é crime.

Conforme nos ensina o Professor Alexandre Rocha Almeida de Moraes: “O panorama do atual Direito Penal nada mais representa, como pretendem Luhmann e Jakobs, que um retrato da sociedade. Nesse sentido, o ‘Direito Penal do Inimigo’ é o retrato da crise da humanidade” (2006, p. 334).

Com a pós-modernidade há novas doutrinas que defendem a ideia da quarta velocidade, aplicáveis aos casos de violação de direitos humanos, e, ainda o de quinta velocidade com olhar nos direitos difusos, o direito penal começou a proteger os bens transindividuais, coletivos, diferente da visão clássica, não sendo possível se utilizar de todos os meios da primeira velocidade para proteger bens difusos. Aqui tenta proteger a, saúde, segurança, meio ambiente, e outros direitos democráticos por meio da Constituição Dirigente traçada por Canotilho.

## 4 DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), é necessário nos protegermos contra mecanismos arbitrários impostos pelo Estado quando se interpreta e aplica a norma, a Carta garantista é suprema no sistema normativo.

A Constituição contém os comandos superiores quanto à operacionalização do Direito Penal, como também encerra, explícita e implicitamente, a possibilidade de criminalização e descriminalização de condutas, regulando assim direito fundamental dos indivíduos: a liberdade. É a Constituição, pois, que traça os contornos da possibilidade ou impossibilidade da criação de infrações penais, além de fixar marcos que impedem e os marcos que possibilitam a descriminalização. (LIMA, 2012, p. 59).

No presente capítulo abordaremos o real panorama do direito penal brasileiro com base na doutrina e jurisprudência ao analisar se a Constituição Federal situa-se no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico vislumbrada por Kelsen, de modo que o Direito Constitucional relaciona-se intimamente com os demais ramos do Direito, iremos discutir se o garantismo penal realmente dá supremacia constitucional na realidade da justiça criminal.

Para iniciarmos, vejamos a abordagem de Canotilho (2011, p. 2).

A reserva mental com que se procede ao reconhecimento e configuração do poder coercitivo do Estado por parte da “cultura hipergarantística” justifica e explica a leitura da Constituição à luz de uma pré-compreensão negativa da autoridade do Estado. No plano do direito penal (e processual penal) as refracções do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminístico-liberal centrada na protecção do criminoso com quase completo desprezo da vítima. O direito penal do cidadão — o Bürgerstrafrecht — equivale a um “direito penal do criminoso” e o direito constitucional das liberdades e garantias implica a centralidade do “direito constitucional à liberdade do crime”.

A Carta Maior talvez possa ser considerada a força limitante do braço estivador do Direito Penal, pela lógica do sistema, a aplicação da pena por meio do processo penal deverá ser por meio da efetivação das garantias constitucionais

A Constituição contempla uma série de normas de Direito Público, entre as quais se destacam as que se referem a direitos, liberdades e garantias fundamentais (art. 5.º, CF). Então, o referido conjunto normativo consubstancia explícita ou implicitamente diretrizes basilares do sistema penal, próprios do Estado Constitucional, que não apenas impõe restrição infranqueável ao jus puniendi, mas institui direitos e garantias inerentes ao

homem enquanto pessoa. É exatamente aí que se encontra o conteúdo essencial de legitimidade do sistema penal. (PRADO, 2020, p. 5).

Considerando que o processo é o instrumento do Estado para aplicação de pena, é objeto de análise a averiguação se em alguns momentos a relativização dos direitos democráticos não fere o sistema de aplicação máxima da carta garantista.

#### 4.1 Garantismo Penal e Processual Penal

A discussão acerca do garantismo teve como ícone o professor Luigi Ferrajoli, surgiu esta teoria na Itália nos “anos de chumbo”, onde havia confronto de grupos terroristas, uma situação de emergência na qual o governo teve que editar leis duras.

Quanto a legislação é muito dura, aborda-se o direito penal do inimigo, e essas leis via de regra acabam colidindo com os direitos e garantias fundamentais, o garantismo prega o direito penal mínimo.

uma Constituição pode ser avançadíssima pelos princípios e os direitos que sanciona e, sem embargo, não passar de ser um pedaço de papel se carece de técnicas coercitivas – de garantias – que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo. (FERRAJOLI, 2014, p. 852)

Ainda nos anos de chumbo, foi formado um grupo denominado “Magistratura Democrática” no Rio Grande do Sul, grupo de juízes que se rebelaram contra este regime fascista, tentando resgatar os princípios penais e processuais penais que foram criados durante o período iluminista, daí surgiu a teoria garantista.

A teoria do garantismo penal busca esclarecer que o fundamento do Estado Democrático de Direito é a Constituição, e nela há a base do Estado, por meio de princípios expressos e implícitos regendo todo o sistema.

O direito penal é mecanismo necessário para proteger os bens mais importantes da sociedade, todavia, não pode considera-lo mais essencial que a Constituição pois, é nela que está a base para todo o ordenamento jurídico.

a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há que existir e se desenvolver o processo penal, forçado que está – pois modelo pré-constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma. Então, não basta qualquer processo, ou a mera legalidade, senão

que somente um processo penal que esteja conforme as regras constitucionais do jogo (devido processo) na dimensão formal, mas, principalmente, substancial, resiste à filtragem constitucional imposta. (JUNIOR, 2019, p. 37)

No Brasil, surgiu o movimento chamado “direito penal alternativo” uma espécie de garantismo, que implicava em aplicar a lei com viés social, todavia, preocupou-se apenas e tão somente com o réu, nesse sentido:

Se é possível definir de forma bastante sintética e inicial, a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente os direitos fundamentais (também os deveres fundamentais, dizemos) estampados na Constituição. Normas de hierarquia inferior (e até em alterações constitucionais) ou então interpretações judiciais não podem solapar o que já está (e bem) delineado constitucionalmente na seara dos direitos (e deveres) fundamentais. Embora eles não estejam única e topicamente ali, convém acentuar já aqui que o art. 5º da Constituição está inserto em capítulo que trata “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Assim, como forma de maximizar os fundamentos garantistas, a função do hermenauta está em buscar quais os valores e critérios que possam limitar ou conformar constitucionalmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal. (FISCHER, 2009).

O garantismo deve servir para proteger o réu contra a opressão estatal, por meio dos direitos e garantias fundamentais, todavia, deve se dar proeminência à vítima, como vimos no tópico acerca da ciência da criminologia.

Assim se manifesta Santana (2017): “Noutro prisma, analisando-se sob o olhar da vitimologia, tem-se que a figura da vítima foi completamente negligenciada pelo garantismo, sendo todo o sistema de garantias criado para o agente criminoso”.

Não se fala em impunidade, mas apenas em limitação ao poder punitivo, usando-se do devido processo penal, dando eficácia as garantias fundamentais.

Parece-nos que a solução há de ser encontrada num meio-termo. Nem o Direito Penal Mínimo nem o Máximo, mas o necessário e suficiente. O criminoso não pode ficar completamente à margem da sociedade, sendo tratado como verdadeiro pária ou como um câncer a ser extirpado, mas a população não pode, do mesmo modo, ficar desprotegida, relegada à própria sorte, sem a proteção do Estado. *Virtus in medium* est. Em nosso modo de ver, a Constituição Federal é o único norte a orientar a produção e a concretização do Direito Penal. Tem razão, portanto, o garantismo penal quando defende o respeito intransponível aos direitos e garantias fundamentais previstos no Texto Maior. (STEFAM, 2019, p. 64).

Há uma evidente tensão entre o direito de liberdade e do poder punitivo, não devendo nosso sistema abolir o *jus puniendi*, mas sim usar do direito penal de

forma utilitária, punindo-se com racionalidade, respeitando as regras do jogo democrático.

A Justiça penal nos dias atuais deve trabalhar com a perspectiva de que o problema é estrutural, fugir de sistemas reformista, pensar em estratégias de reparação de danos, é fundamental que o garantismo abdique-se de qualquer forma de legitimação da pena, racionalizando a dogmática que compreenda os índices de violência provocadas pelas agências penais.

Um exemplo importante e atual de enfrentamento da realidade se deu em razão da pandemia (COVID-19) foi a edição da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que prevê *in verbis*: “Art. 1º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema educativo”.

Portanto, fica claro que, mais do que só garantir direitos e garantias fundamentais ao processo, retirar o maior número de pessoas do cárcere foi uma forma de salvar vidas.

Ferrajoli se manifestou recentemente:

Mas, acima de tudo, o caráter global dessa epidemia confirma a necessidade – já evidente em matéria de agressão ao ambiente, mas tornada ainda mais visível e urgente pelo terrível saldo cotidiano de mortos e infectados –, de dar origem a uma Constituição da Terra que preveja garantias e instituições à altura dos desafios globais e da proteção da vida de todos. (2020).

O modelo de garantias global proposto é para países de Constituição rígida como o Brasil, fazendo-se valer o já então previsto no artigo 5º da nossa Carta, a questão é que parece utópico esperar que realmente se limite o poder de punir em nossa realidade.

## 5 APONTAMENTOS DO PROCESSO PENAL

O direito penal é despido de poder coercitivo direto, somente se efetivando através de processo penal (princípio da necessidade) que é o instrumento necessário para alcançar a aplicação da sanção através de um juiz imparcial.

O entendimento é que o direito penal só tem sua realidade por meio de um processo, ou seja, para que a pena seja aplicada é necessário a submissão ao *due processo of law* e assegurada todas as garantias constitucionais.

Para melhor elucidação:

O direito processual penal é o corpo de normas jurídicas com a finalidade de regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto. É o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir a aplicação de vários dos princípios constitucionais, consagradores de garantias humanas fundamentais, servindo de anteparo entre a pretensão punitiva estatal, advinda do direito penal, e a liberdade do acusado, direito individual. (NUCCI, 2020, p. 22).

Estamos vivendo uma realidade na qual temos um processo penal mais aberto a justiça negociada, ao amplo consenso que ganhou repercussão desde o amplo uso do instituto da delação premiada com a investigação da Operação Lava-Jato.

a colaboração premiada, entendida como recurso à cooperação de coautor após a prática do crime, e inserida no processo penal como elemento de prova, tem origem nos ordenamentos jurídicos do modelo anglo-americano. Isso porque, nestes países, a colaboração do réu com a administração da justiça é um dos pilares do sistema penal. Assim, as práticas negociais entre os réus e a justiça penal constituem uma instituição típica do sistema da *common law*, sendo a concessão de benefícios ao réu colaborador é um dos seus componentes básicos. (PEREIRA, 2016, p. 45).

Em razão da pós-modernidade, com a globalização, surgiram novos bens jurídicos relevantes a serem protegidos pelo ordenamento penal, resultando em acréscimo da quantidade de condutas típicas, aumentando de forma significativa a demanda processual, saturando o sistema penal.

Com esta nova ótica de justiça de barganha, começou a se admitir a aplicação imediata da pena com a mitigação de algumas garantias processuais e constitucionais, nos remetendo a então análise da segunda velocidade do direito penal.

O devido processo legal é o princípio “chefe” de todo o ordenamento jurídico processual penal.

Devendo ser feita uma leitura e interpretação do processo penal à luz da Constituição Federal.

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição. (LOPES Jr., 2019, p. 34)

No Brasil o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico é o acusatório, sua característica principal é a divisão das tarefas de acusar, defender e julgar, impondo tarefas desconcentradas das mãos de uma pessoa, ou seja, necessária a nítida imparcialidade do órgão julgador.

O réu aqui é visto como sujeito de direitos, possui garantias, por meio da forma de governo instituída pelo Estado Republicano.

Busca-se perquirir algumas passagens na lei processual penal, a fim de dimensionarmos se a lei ordinária está em harmonia com a Carta Magna, visto que, necessário se faz analisarmos o sistema jurídico à luz da pirâmide de Hans Kelsen.

Considera-se que processo é a subsequência e constância de atos por meio de atividade política voltada a exercer o *jus puniendi*, que em regra é antecedido por investigação criminal, o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41) é quem disciplina as regras gerais que necessitam serem observadas do início da investigação até o deslinde finalístico do processo.

Nas lições de Mossin (2010, p. 55):

Para que esses atos processuais sejam realizados sem que se ponha em risco a imparcialidade do órgão jurisdicional e para que o direito de punir do Estado e direito de liberdade do réu sejam amplamente debatidos, deverão eles ser elaborados de acordo com as regras e formalidades previamente traçadas na lei processual penal. A essa sequência de atos dispostos de acordo com as regras e formalidades previstas em lei dá-se o nome de procedimento.

O processo, além da sua característica formal é também uma relação jurídica entre sujeitos de direito (imputado, órgão acusador e juiz), cada um buscando determinado resultado, no qual o imputado lutará pela sua liberdade e o ministério

público pela pretensão punitiva, por último, o órgão jurisdicional irá proferir a sentença condenatória ou absolutória, externando assim o direito penal.

Nesse sentido, Marcão (2020, p. 56-7):

Em substituição às partes envolvidas, como terceiro imparcial, também cabe ao Estado exercer o *jus puniendi* e resolver a controvérsia penal, seja ela pública ou privada, e isso só se faz cabível por meio do devido processo, posto que impossível a aplicação de pena criminal sem processo. Mesmo naquelas hipóteses em que admitido o instituto da transação penal no que instituiu Juizados Especiais Criminais para as infrações penais de menor potencial ofensivo, ou acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP, introduzido pelo art. 3º da Lei n. 13.964/2019), a homologação judicial é imprescindível e só por meio dela é que pode nascer o título que adquire força executiva.

Ante o exposto, para aplicação de uma pena pública é necessário seguir um conjunto de regras normativas sistematizadas e ordenadas levando-se em conta a dignidade da pessoa humana, na qual guiará a jurisdição por meio do desenvolvimento da marcha processual que atenderá as finalidades do processo, ou seja, a solução de conflito e a paz social.

## 5.1 Devido Processo Legal

Para que o processo exerça seu papel em um Estado Democrático de Direito, relevante é que este se observe e cumpra as regras previamente impostas pelo ordenamento jurídico.

O descumprimento de qualquer formalidade é motivo de nulidade por violação ao princípio esculpido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, recentemente o Ministro Celso de Mello suspendeu uma condenação criminal pela falta de intimação pessoal do réu acerca da decisão.

Segundo o decano, foi prejudicado, no caso, o exercício das prerrogativas inerentes ao direito de recorrer.

O acusado foi absolvido pelo juízo da Vara Criminal de Concórdia (SC). Ao analisar apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC) o condenou a um ano e quatro meses de reclusão, em regime inicial semiaberto. O acórdão transitou em julgado em novembro de 2019. Em abril deste ano, foi expedido o mandado de prisão.

O ministro Celso de Mello afirmou que **houve violação ao devido processo legal, pois o acusado não foi intimado pessoalmente do acórdão** que reformou a sentença absolutória, o que lhe impediu de ter acesso à

informação sobre a movimentação da ação que lhe era movida e interpor recurso. (STF, *Habeas Corpus* n.º 185051, 2020. [grifei])

Sendo assim, cabe ao processo penal observada as regras e princípios constitucionais, exteriorizar o direito penal caso se observe a culpabilidade do imputado, aplicando se o caso, sanção. Lembrando que a Constituição autoriza em alguns casos a aplicação imediata de penas alternativas nos crimes de menor potencial ofensivo, pressupondo um processo consensual.

É em virtude da inocência do acusado que a ele somente poderá ser imposta uma pena depois de um processo no qual lhe sejam garantidos todos os recursos legais possíveis. Em outras palavras, o devido processo legal é estabelecido a partir de um ponto controvertido. O conformismo com a acusação não afasta o devido processo legal, porque se está diante do princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade do devido processo legal. O devido processo legal é representação garantista e, por isso, indisponível. Assim, no processo penal não há que se falar em fato incontroverso, como autorizador do julgamento imediato do mérito, pois é a liberdade jurídica que está em jogo. (BRITO, 2019, p.14).

Portanto, demonstrado está que o exercício do devido processo penal é uma forma de limitação do poder soberano estatal, fazendo-se compor segurança jurídica e justiça não sendo apenas instrumento de interesse político para controle social, mas também mecanismo de defesa para o cidadão.

Cabe ao Estado demonstrar autoria e materialidade de um crime, não podendo o cidadão ser lançado ao rol de culpados em razão do princípio da presunção de inocência, princípio este que exige a prova cabal da prática delituosa impedindo assim o cumprimento de pena por decisão recorrível até que seu deslinde transite em julgado.

Com este entendimento se pronunciou o Ministro Teori Zavascki no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 964246):

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação, a presunção de inocência. (STF, 2020).

Nesta seara, deve-se conceber o devido processo adequando-se a ritualística prévia, imputando tratamento isonômico entre partes para que haja uma concreta realização da justiça.

A operacionalização do processo deve pautar-se de forma ética, fazendo a manutenção das garantias essenciais, inibindo deste modo o arbítrio e coerção do Estado para que qualquer decisão tenha valor social.

## 5.2 Reforma do Processo Penal

Com a promulgação da Lei nº. 13.964/19 (Lei Anticrime), que entrou em vigência dia 23 de janeiro de 2020, ocorreu uma reforma parcial na estrutura do sistema penal e processual penal.

Segundo Aury Lopes Jr (2020, *podcast* Criminalplayer Ep. 58): “o processo penal brasileiro sempre foi inquisitório, com juiz tendo protagonismo, juiz correndo atrás da prova, nos termos do art. 209 do CPP”.

Com a reforma pretendeu-se romper este sistema inquisitório adotando um processo acusatório real, com a formulação do artigo 3-A do CPP<sup>2</sup>, as funções, foram demarcadas atribuindo especificamente a de investigar ao delegado de polícia, outro acusa (MP) e o órgão jurisdicional julga, não podendo este último coadjuvar com a polícia judiciária ou com o *parquet*, pois é terceiro imparcial, não podendo inovar ou ampliar o foco do órgão acusador.

É comum que a doutrina tradicionalmente defina o sistema processual penal brasileiro como misto, ou seja, inquisitorial durante a fase investigativa e acusatório na fase processual. Contudo, como dito acima, não é somente a formal separação de funções que confere a um sistema a característica acusatória ou inquisitorial, mas sim o princípio acusatório ou dispositivo em que a gestão das provas está nas mãos das partes, configurando-se o juiz ou a juíza como expectador ou expectadora e não como ator ou atriz que, sob o princípio inquisitivo, tem consigo poderes para o controle probatório. De fato, ainda que a figura do juízo de garantias seja um passo largo em direção ao sistema acusatório, utilizando de uma expressão cunhada por Lopes Jr., entendemos que o processo penal brasileiro permanecerá “neoinquisitório”, posto que ainda preme de possibilidades/usos dos meios probantes por um magistrado ou magistrada atuante que, em uma quebra de imparcialidade visível, ainda poderá reconhecer agravantes, ainda que não tenham sido alegadas (art. 385). (MENDES, 2020, p. 52).

O apontamento da estrutura acusatória deve ser medida para todo o processo penal, infelizmente alguns dispositivos ainda estão em desacordo com este

---

2 Código de Processo Penal: Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

sistema, como por exemplo o artigo 156 do CPP, *in verbis*: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício” e ainda o texto do art. 385 do CPP que permite que o Magistrado nos crimes de ação pública, profira sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Nos parece inaceitável o juiz agir desta maneira, pois violaria frontalmente o princípio da ampla defesa, deixa de levar em conta que não é dele a titularidade da ação penal.

### 5.2.1 Juiz das garantias

O Juiz não pode ser dirigente da acusação, não pode fazer a função do Ministério Público, o juiz tem o dever de buscar a legalidade das prisões em flagrante, zelar pela observância dos direitos da pessoa enclausurada provisoriamente, sua função é supervisionar se as garantias e direitos do cidadão estão sendo respeitadas na fase investigatória.

É relevante notar – e nisso reside um dos grandes problemas das mudanças legislativas pontuais – que a nova Lei não se encarregou de revogar dispositivos do CPP que são diretamente incompatíveis com o sistema acusatório. Além disso, percebe-se que a redação do art. 3º-A poderia ser mais explícita, considerando que estabelece a estrutura acusatória do processo penal, mas ressalta com mais ênfase a fase de investigação, quando se sabe que há dispositivos que permitem a iniciativa do juízo também na fase processual – esses, entendemos superados por força da segunda parte do art. 3º-A. (ASSUMPÇÃO, 2020, p. 48).

A reforma processual penal possui uma visão de que devemos usar do *Fair Play*<sup>3</sup>, de modo a caminhar pela democratização do processo.

Mas atenção, muita atenção. É preciso ter paciência; que se não concilia com resignação. Afinal, esperança é de democracia; e ela, seja lá em que face se apresente, não é nunca o que se quer e sim sempre o que se conquista. Por isso é preciso muita paciência, tanto quanto resistência para não se desistir nas primeiras ou mesmo nas mais duras dificuldades; e luta porque, no jogo pela democracia, muitos não querem saber de *fair play*, começando por

---

3 Jogo Limpo. Disponível em: <

aqueles que, como diziam os romanos, pensam-se em um lugar de *legibus solutio*. Trata-se, portanto, de uma receita amarga, de luta dura; mas é a que se pode ter se não se quiser fazer a racionalidade ou manter tudo como está ou – pior – fazer um novo sistema que seja igual ao que se quer superar. (AMARAL, 2014, p. 27)

O que se busca é um processo com paridade de armas, em que os atos de investigação não tenham resquícios jurisdicionais, com função justificadora da própria investigação e pedidos de naturezas cautelares, para que, posteriormente possa o Ministério Pública valer-se do processo e assim valorar as provas, que terá todo o apoio do contraditório e da ampla defesa ao acusado, destinando-se ao juiz apenas a elaboração da sentença.

Infelizmente o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux suspendeu a eficácia do Juiz das Garantias, com base na Resolução 663/2020, em sua decisão ele alega que:

(a1) O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição);

(a2) O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas; (ADI 6298 MC – DF).

E o Ministro Dias Toffoli fixou as regras de transição suspendendo a aplicação do juiz das garantias por 180 dias.

Necessário aguardar o desfecho para sabermos na prática os efeitos do sistema acusatório, todavia, nos parece um caminho para justiça com valor social, destacando que o juiz das garantias aprimorará os princípios fundamentais.

### **5.2.2 Acordo de não-persecução penal**

Outra alteração de grande importância no código de processo foi a adoção do acordo de não-persecução penal.

Em tempo de política criminal de negociação em sentido lato o que se busca é a adaptação da justiça à realidade de nosso país, em que os corredores de fóruns, sistemas digitais, servidores encontram-se empanturrados de processos, causando prisões excessivas, o que conseqüentemente gera recursos sobrecarrega ainda mais todo o mundo jurídico.

O acordo foi criado por meio da Resolução 181 de 2017 do CNMP, sendo o Conselho Nacional do Ministério Público o editor da norma, este órgão, foi trazido pela reforma do judiciário na emenda constitucional (EC 45 de 2004) no qual a ele foi designada a função de órgão fiscalização externa do Ministério Público.

O ANPP busca realizar acordos em hipóteses mais amplas que na transação penal prevista na Lei n.º 9.099/95.

Foi objeto da ADI 5.793, proposta pelo Conselho Federal dos da Ordem dos Advogados do Brasil e outra de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a ADI 5.790.

Com a reforma processual penal do anteprojeto do Min. Alexandre de Moraes, inseriu-se no código o do art. 28-A ao CPP, *ipsis litteris*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Trata-as de uma inovação jurídica que vislumbra uma justiça imediata, de execução instantânea, seguindo uma tendência utilitária no direito penal e processual penal.

Esta medida normativa brasileira foi importada da política de barganha do sistema anglo-americano, que se utilizam do *plea bargaining* ou da *plea guilty*, que significa, a troca da aplicação da pena ou redução no caso de confissão de culpa do investigado das imputações a ele submetidas.

Ao obter a declaração de culpa (*plea of guilty*), a acusação evita o demorado e custoso julgamento (trial). A própria Suprema Corte norte-americana já decidiu que o *plea bargaining* é um método apropriado para resolver casos criminais, descrevendo-o como um componente essencial da administração da justiça. Ressalta-se, no entanto, que o réu não tem direito subjetivo de receber uma oferta de acordo da acusação, razão pela qual ele pode preferir

ir a julgamento. Igualmente, assevera-se que o réu não possui nenhuma obrigação de iniciar uma *plea bargain*. (PACELLI, 2020, p. 153).

O *Guilty Plea*, de origem inglesa é uma forma de defesa perante o juízo no qual o acusado reconhece a sua culpa, admite o fato a ele atribuído, renunciando o direito de ser processado (devido processo legal).

O *Plea Bargain* de origem Americana, a pena ou a tipificação delituosa deve ser negociada com o acusado, há uma ampla possibilidade de transação, sobre os fatos e consequências penais, este acordo pode ser feito extrajudicialmente.

O pensamento aqui é, se o custo do processo para a vítima for maior que o custo do processo, não há porque o fazê-lo, porque não é só a morosidade, afeta-se toda uma sociedade.

Já no sistema italiano, existe o *Nolo Contendere*, no qual o acusado não faz confissão, mas também não contesta a acusação, ele “não quer litigar”.

Diverso è il caso – più affine, sotto alcuni aspetti, al patteggiamento italiano – del nolo contendere o nolo contendere plea, in cui un imputato, senza confessare espressamente la colpevolezza, rinuncia a contestare l'impianto accusatorio, manifestando la disponibilità a subire una sanzione ridotta<sup>15</sup>. Secondo la disciplina delle Federal Rules, si tratta di un strumento negoziale in cui il giudice, considerati la posizione delle parti e l'interesse pubblico ad un'efficace amministrazione della giustizia, è chiamato a verificare – come nel caso del classico plea bargaining – la volontarietà dell'impegno assunto dal defendant, e che questi abbia compreso il capo di imputazione e le conseguenze della dichiarazione, ma senza alcuna necessità che sia riscontrata una factual basis, permettendo così all'imputato di aggirare completamente la questione.<sup>4</sup> (CALLARI, s/d).

Com esta inovação, o processo passa a não ter tanta solenidade, a finalidade é reduzir o tempo de resolução de um conflito, mecanizando e de racionalizando o sistema.

---

<sup>4</sup> A situação é diferente - mais parecida, em alguns aspectos, à barganha italiana - do argumento do frete ou do argumento do frete, em que um réu, sem confessar expressamente a culpa, renuncia a contestar o sistema acusatório, manifestando sua disposição de sofrer uma penalidade reduzida<sup>15</sup>. Segundo regras do Federal Rules, é uma ferramenta de negociação na qual o juiz, dada a posição das partes e o interesse público em uma administração eficaz da justiça, é chamado a verificar - como no caso da negociação clássica - a voluntariedade do compromisso assumido pelo réu e que ele entendeu a acusação e as consequências da declaração, mas sem a necessidade de encontrar um fato, permitindo assim que o réu contorne completamente o assunto.

## 6 EXEMPLOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Um dos maiores argumentos defensivos da possibilidade de flexibilização dos direitos e garantias fundamentais é de que qualquer garantia individual não possui caráter absoluto.

Nosso proeminente Supremo Tribunal nos descreve:

**Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto**, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que **excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.[MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000.] Vide HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, DJE de 3-9-2010. [Grifei]

Aplica-se um juízo de razoabilidade, balanceando interesses constitucionais no caso em concreto, possibilitando a mitigação nas excepcionalidades.

### 6.1 Violação do Princípio da Não Autoincriminação

Uma das exigências para possibilitar o ANPP é que o réu confesse formalmente e circunstancialmente a autoria e materialidade delitiva, em outras palavras, a lei exige que o réu confesse extrajudicialmente (até porque busca-se a não instauração de processo). Ocorre que, na prática poderá implicar em inúmeras consequências em razão de eventual revogação do acordo.

considerada por muitos sistemas jurídicos estrangeiros e por incontáveis autores estrangeiros, como “a rainha das provas” ou a *probatio probatissima*. Se o interrogatório é o momento-chave para o acusado apresentar a sua versão defensiva sobre os fatos, e se, mesmo assim, ele decide confessar (evidentemente espontaneamente) a prática do crime, sem apresentar, em

contrapartida, nenhuma versão defensiva excludente da ilicitude ou da culpabilidade, parece claro que desnecessária seria a produção de qualquer outra prova. É assim nos sistemas anglo-saxões, onde após o primeiro ato processual, ocorrendo a confissão do acusado, o Juiz profere sentença de mérito, dispensando o prosseguimento da ação penal. Nos EUA, a grande maioria dos casos, em torno de 90%, é resolvida através da *plea bargaining*, acordo entre a Promotoria e a Defesa, com a confissão do acusado e dispensado o processo criminal. (MENDRONI, 2015, p. 129)

O princípio do *nemo tenetur se detegere* é o exercício do direito de não produzir prova contra si, o direito ao silêncio é tutelado constitucionalmente, no mesmo sentido também estabelece o Art. 186 do CPP “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.”

É cristalino o choque da aplicação do instituto quando se exige ao imputado que este abra mão de direitos para que não seja submetido a um longo e enfadonho processo penal, até porque até o momento, o juiz das garantias encontra-se suspenso, o mesmo juiz que homologa o acordo no qual conterà a confissão será o juiz que, havendo o descumprimento e revogação, julgará o processo, ou seja, contaminado.

## 6.2 Compliance no direito criminal

Na sociedade contemporânea vivemos conforme o sociólogo Ulrich Beck descreveu, a chamada “sociedade de riscos”, e, pensar em gestão de riscos criminais dentro de uma empresa permite o registro claro de documentação de situações mostrando boa-fé, elemento primordial na discussão de responsabilidade penal.

Primeiramente faremos uma abordagem trazendo o conceito de *compliance*:

Compliance vem do verbo *to comply*, que significa conformidade, agir de acordo com uma regra ou comando. Compliance é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização. (MORAIS, 2015, p. 50).

Atualmente as empresas tem adotado sistemas de atenuação de riscos, a transição mundial e aumento de proteção jurídica de bens transindividuais, difusos,

econômicos em razão do inflacionismo penal no Brasil, fizeram com que a atividade empresarial se utilize do mecanismo da *compliance*, que é uma forma de auto-regulamentação de suas condutas.

O direito penal passou a proteger crimes de perigo abstrato por meio de prevenção, auxiliando o Estado no controle da economia, o que traz embate com o princípio da intervenção mínima quando o direito penal se agrega com o direito administrativo, deixando de ter seu caráter de *ultima ratio*.

Como vimos no capítulo das velocidades do direito penal, agora é visível a imputação a novos polos ativos na seara criminal, as pessoas jurídicas.

A Constituição Federal nos deixa claro em seu art. 225, § 3º que: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A situação atual é, a sociedade começou a assumir uma preocupação coletiva.

Isso é bastante evidente em um horizonte globalizado, onde as perspectivas mundiais mostram-se presentes, existem verdadeiras imposições internacionais buscando uma uniformidade de certos tratamentos. Tais imposições, ao seu turno, evidenciam-se como novas fontes do próprio Direito Penal. Justamente a partir dessa premissa é que se verifica que, com a aproximação do Direito Penal de novas fontes, como embrionariamente fazia a *Lex Mercatoria*, ou, mais proximamente, se mostram os institutos de *soft law*, é possível buscar melhor explicação para a importação de tantos e tantos novos entes penais, os quais sempre pareceram alienígenas mesmo quando divulgados em ordenamentos nacionais. (SILVEIRA, 2015, p. 27)

É uma forma de proteção social as pessoas expostas ao risco, a *compliance* dá permissão para que eventuais indícios de desvios empresariais (corrupção, lavagem de dinheiro), possam ser submetidos à investigação interna, de forma a preservar a identidade dos dirigentes da empresa.

Essa investigação interna, seja por meio de auditoria, é um incentivo para denúncias, o que também pode ir de encontro com o princípio da não autoincriminação no âmbito empresarial ao ponto que ela mesma, por meio das pessoas físicas, comunicará suas infrações e sua punibilidade, com a finalidade de reduzir uma pena administrativa com base na Legislação Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

### 6.3 Execução Antecipada da Pena

Foi objeto de muita polêmica no cenário brasileiro o julgamento da possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância diante do caso emblemático da prisão do ex-presidente do Brasil Luiz Inácio Lula da Silva.

se demonstra a inviabilidade jurídica de reformas do sistema recursal criminal descoladas do texto constitucional, sobretudo com a conversão de recursos para as instâncias extraordinárias em ações rescisórias a fim de antecipar o trânsito em julgado de sentença condenatória, mas também de restrição do texto constitucional que confere presunção de inocência aos imputados. Para isso, contextualizou-se o debate acerca da execução penal antecipada e se analisou algumas das propostas elaboradas para demonstrar a inconstitucionalidade por proibição de retrocesso. Destaca-se que o tema ganha maior repercussão em virtude da recente decisão do STF de vetar a execução antecipada de pena, notadamente pelo fato do legislativo usar isso como bandeira simbólica. (CANI, 2020).

A grande controvérsia se deu em torno da afronta ao princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade previsto no texto constitucional e nas palavras do Ministro Celso de Mello: “Essa Corte Suprema não julga em função da qualidade das pessoas ou de sua condição econômica, política, social ou estamental ou funcional”, todavia, na prática não é o que ocorre, visto que, dificilmente pessoas de baixo poder econômico conseguem sequer chegar nos ápices judiciais, quem dirá no Supremo, nos parecendo mais uma forma de seleção de quem pode ou não ficar preso.

Nesse sentido: “não é difícil perceber que apontar o dedo para defensores que abusariam dos recursos é apenas uma tática para ocultar o autoritarismo e a seletividade do sistema de justiça criminal”. (SERRANO, 2019).

Em novembro de 2019 este entendimento foi revisto pelo STF que condicionou o início do cumprimento da pena com o trânsito em julgado, nos termos do artigo 5º, LVII da CF/88, não abrindo espaço para interpretação pois o texto constitucional é objetivo e claro e o direito penal e processual penal é regido pelo princípio da legalidade.

Na teoria, a prisão só se manterá no caso de situações individualizadas nas quais preencha os requisitos para a aplicação do art. 312 do CPP e, portanto, pelo cabimento da prisão cautelar.

## 6.4 Ordem Pública como Fundamento da Prisão Preventiva

Não se imagina o alcance da Justiça se seu “cajado” pesado verter-se ferozmente e de modo contínuo sobre as costas dos cidadãos, só se podendo tornar a justiça efetiva quando, sopesados os bens tutelados, restar evidenciado que a mitigação de um direito, certamente, justifique a atenuação do outro. Ou seja, após promover o confronto, o apreço de uma situação de mitigação de garantias, pelas circunstâncias, necessita-se justificar o desprezo ao outro.

O instituto da prisão preventiva está regulado nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal, que constitui objeto de análise deste tópico.

Renato Marcão (2012, p. 127) nos traz um conceito básico do que é a prisão preventiva:

A prisão preventiva é modalidade de prisão cautelar de natureza processual que decorre de decisão judicial, podendo ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, e mesmo no momento da decisão de pronúncia ou da sentença penal condenatória, desde que presentes os requisitos legais.

A regra geral é a liberdade do acusado, seu fundamento de validade repousa no princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade), insculpido na Carta Maior, e, em caráter excepcional, podem incidir medidas cautelares, de natureza pessoal, conforme as exigências da lei processual penal e ainda, somente em casos extremos, quando verificada a impossibilidade de tais medidas, justifica-se a adoção da prisão preventiva por ser questão de *ultima ratio*.

O art. 312 do Código Processual Penal que nos traz as circunstâncias permissivas<sup>5</sup> para impor a segregação cautelar também foi objeto de reforma com o “pacote anticrime”.

É requisito da prisão preventiva o *fumus commissi delicti* ou seja, para sua decretação é necessária: “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.

---

<sup>5</sup> Código de Processo Penal: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Um dos fundamentos para decretação constante da prisão preventiva é a utilização da denominada ordem pública, para tentarmos entender o que é ordem pública, trazemos a lição de Aury Lopes Jr (2019, p. 652-3):

Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica “garantia da ordem pública”, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o “restabelecimento da credibilidade das instituições”.

[...]

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal.

A ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva reclama situação de risco concreto, à incolumidade social capaz de incutir receio fundado de reiteração delitiva por parte do réu, exige uma clara evidência de periculosidade.

Nesse sentido, vejamos uma decisão recente em um *Habeas Corpus*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARGUMENTOS GENÉRICOS. GRAVIDADE ABSTRATA. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. PRIMARIEDADE. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 4. **A necessidade de garantia da ordem pública e gravidade abstrata do delito, dissociadas de elementos concretos que indicam a necessidade rigorosa providência cautelar, não constituem fundamentação idônea para justificar a prisão preventiva, especialmente diante da primariedade da paciente. Constrangimento ileal configurado ...**(STJ – HC: 487611 PA 2018/0347652-4, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 19/02/2019 – T5 – Quinta Turma, Data da Publicação DJe 01/03/2019). [Grifei]

Ante o exposto, pelo princípio da proporcionalidade, cabe ao Estado proteger a sociedade contra os abusos ou arbítrios do *jus puniendi* (garantismo negativo), pautado pela proibição de excesso, resguardando os direitos fundamentais numa visão não apenas individual, mas coletiva, vedando a proteção deficiente.

É de se repudiar a utilização da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, já que, nesse caso, a prisão seria utilizada como uma forma de retribuição ao mal causado, atuando como uma pena antecipada, a sua função deve casar com a realidade de cada caso, as circunstâncias do delito e condições pessoais do agente imputado, sem bases futuroológicas, fazendo-se valer primeiramente, o direito constitucional de liberdade.

## 7 MEDIDAS DESPENALIZADORAS

Considera-se medidas despenalizadoras o mecanismo processual no qual busca-se afastar o fenômeno da punibilidade, não se confunde com medida descriminalizadora, que é o caso da *abolitio criminis*.

Tais medidas em tese, é meio alternativo para fazer com que o processo seja mais célere, eficiente e menos invasivo na esfera da liberdade do cidadão.

Na Lei n.º 9.099/95, há previsão de três medidas, sendo elas: a transação penal, que é instituto pré-processual proposto pelo *Parquet*, a composição dos danos civis e a suspensão condicional do processo.

No âmbito do Juizado Especial Criminal, conforme o enunciado 124 do CNJ:

A reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do artigo 28 da Lei 11.343/06 em sede de transação penal (XXXIII Encontro – Cuiabá/MT).

Trata-se de uma proposta de solução do sistema penal no âmbito de políticas públicas de combate as drogas.

Importante lembrarmos ainda que é vedada a aplicação de qualquer dessas medidas no âmbito de violência doméstica, nos termos da Lei Maria da Penha, de n.º 11.340/2006.

Outra importante mudança que tem ocorrido em nosso sistema é a iniciativa da chamada Justiça Restaurativa, que é uma nova técnica de resolução de conflitos.

A denominada Justiça Restaurativa, aos poucos, instala-se no sistema jurídico-penal brasileiro, buscando a mudança do enfoque supramencionado. Começa-se a relativizar os interesses, transformando-os de coletivos em individuais típicos, logo, disponíveis. A partir disso, ouve-se mais a vítima. Transforma-se o embate entre agressor e agredido num processo de conciliação, possivelmente, até, de perdão recíproco. Não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado. A ação penal passa a ser, igualmente, flexibilizada, vale dizer, nem sempre obrigatoriamente proposta. Restaura-se o estado de paz entre pessoas que convivem, embora tenha havido agressão de uma contra outra, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público. (NUCCI, 2020, p. 45).

A prática da justiça restaurativa tem se expandido no Brasil, desde agosto de 2014, o Conselho Nacional de Justiça firmou o Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa em conjunto com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

E por fim, outra novidade que tem se desenvolvido no país é a Justiça Terapêutica, medida que busca a reabilitação de infratores.

... é importante que se considere inicialmente que a prática criminosa é um vício que assola a sociedade, sendo que há tempos busca-se encontrar as suas raízes, seja no próprio instinto humano ou na deturpação dos valores sociais. Por outro lado, todas as teorias já propostas, embora distintas, levam à conclusão de que a criminalidade não pode ser erradicada. Contudo, mesmo que não se possa excluir este vício social, sob pena de, juntamente, desaparecer o direito à liberdade; ele pode ser amenizado, desde que tratado com medidas eficazes. (PONTAROLLI, 2008)

Com o aumento exponencial de crimes, a justiça terapêutica nos parece ser uma alternativa para os problemas nos estabelecimentos prisionais na medida em que, a grande maioria dos detentos estão encarcerados em razão de drogas, que é um problema social.

Dessa forma, devemos considerar que todas essas medidas, são, em regra, formas que tentam fazer com que o sistema penal brasileiro seja eficiente de forma concreta, não apenas como estatísticas no âmbito da judiciário, mas que tenha reflexo na sociedade, de modo com que se respeite nada menos do que é fundamento dela, a dignidade da pessoa humana.

## 8 CONCLUSÃO

Podemos concluir que, muitos meios para resolução de litígios foram criados de acordo com a evolução social, vemos uma justiça preocupada com o custo benefício de suas ações e procedimentos, a fim de fazer prevalecer um processo célere, eficiente, com resultados externos à condenação criminal, não visando apenas e tão somente a pena, mas efeitos benéficos para a vítima, que, na maioria das vezes quer apenas a reparação do bem jurídico lesionado.

Ao mesmo tempo, nos deparamos com discursos iluminista de justificação da pena, que parte da premissa de que o objetivo da dela seja na minimização da ação violenta contra o delito, ou prevenir ou eliminar uma reação formal ou informal, seria a asserção básica do garantismo.

Tem-se ainda que, necessário analisarmos que o desenvolvimento de uma constituição democrática tornou clara a ideia de que a justiça penal, para ser considerada legítima, deve se vincular às garantias fundamentais descritas na Constituição Federal.

Todavia, o que vemos no ordenamento jurídico brasileiro é a leitura de um Direito Penal pelas finalidades, aplicando por meio do seu instrumento regulador, sanções sem respeitar o devido processo legal, na qual a pena seria um fator real de vingança, a partir da ideia do confisco do litígio, na verdade apaga-se a vítima e transforma o poder punitivo em poder político ilimitado.

Sabido que a segurança jurídica decorre da certeza do direito, e que este pressupõe, não apenas a rigidez na elaboração da norma como previsibilidade dos resultados de sua aplicação e a estabilidade de seus efeitos, mas também deve observar os direitos e garantias fundamentais constitucionais.

O que estamos vivendo hoje é uma crise de legitimidade e ineficiência do atual modelo de justiça criminal, vivemos em um país extremamente punitivista, com visão de que o processo penal só está correto se resultar em condenação, uma constante militância constitucional, que vai de encontro ao vetor de relativização de dispositivos punitivos.

Lavagem de dinheiro, crime de colarinho-branco é novidade em nosso país de sistema democrático, veio por meio de leis extravagantes, não podendo deixar de considerar a enorme dificuldade enfrentada pelo Estado em combater o crime organizado, sendo que, a criação de mecanismos como o acordo de não-persecução

penal é uma fonte de celeridade para crimes de médio potencial ofensivo, assim como se tem a Lei nº 9.099/95 para os de menor potencial, de forma a deixar a justiça penal de primeira velocidade para os crimes de maiores impactos sociais.

A justiça restaurativa busca estruturar novas possibilidades, no qual não haverá um terceiro imparcial, de modo que ao menos teoricamente, é possível observar é que a sociedade tem se tornado mais preocupada com as questões de âmbito humano, com vistas à resolução do conflito de forma mais célere e eficiente a todos os protagonistas do sistema jurídico.

O que se conclui portanto é que, ainda que tenhamos uma idealização de aplicação igualitária da lei, devemos na prática analisar as situações sociais com todos os mecanismos jurídicos, científicos, econômicos disponíveis, atendendo a realidade social que se assola no país, em que há disparidades financeiras, intelectuais de modo que possamos fazer com que o processo penal se torne mecanismo não apenas de punição, mas de fazer valer o sentimento social de justiça.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo** /. --1. ed. -São Paulo: Almedina, 2014.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal** – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019** /. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Editora Zahar. 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**, disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em 14 de junho de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** v. 1– 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

BRITO, Alexis Couto. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

BUSATO, Paulo César, **Direito penal: parte geral**: volume 1. – 4. ed., rev., atual. ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

CABRERA, Michele Girona. **Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos** / coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 2017

CALLARI, Francesco. **L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno "speciale" paradigma processuale cogni uno "speciale" paradigma processuale cognitivo**, 2012.

CANI, Luiz Eduardo. DAVID, Décio Franco. **O que virá depois da vedação de execução antecipada de pena?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-25/opinioao-vira-vedacao-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em 24 de julho de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Justiça Constitucional e Justiça Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2011.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 –** Presidente Prudente, 2019.

COELHO, Yuri Carneiro **Curso de direito penal didático, volume único**– 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação 62 de 17 de março de 2020.**

DURKHEIM, ÉMILE. **Educação e Sociologia.** 2º edição, edições 70, 2014.

FABRES, Thiago de Carvalho. **Guerra é Paz.** Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/03/10/thiago-fabres-de-carvalho-guerra-e-paz/>>. Acesso em 14 de maio de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

FERRAJOLI, Luigi. **O vírus põe a globalização de joelhos.** Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>>. Acesso em 15 de jun. 2020.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breve anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais.** Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em 26 de jun. 2020.

G1. **Mesmo com pandemia do coronavírus, Brasil tem alta de 11% no número de assassinatos em março.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/05/25/mesmo-com-pandemia-do-coronavirus-brasil-tem-alta-de-11percent-no-numero-de-assassinatos-em-marco.ghtml>> Acesso em 21 de jun. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. “**Direito penal, ciência do direito penal e poder punitivo estatal**”. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 927, 16 jan. 2006.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** – Volume 1/ 3º Edição, São Paulo, Saraiva, 2019.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HESPANHA, António M. **“A Punição e a Graça”**: História de Portugal: o Antigo Regime (1620-1807). Vol. IV. Lisboa: Ed. Estampa, 1993

JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JUNIOR, Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KANT, Immanuel. **Die Mataphysic der Sitten, Zweits, Blatt, Metaphysiche Anfangsgründe der Rechtslehre, §49E, “Vom Straf – und Begnadungsgescht”**, I, 1798, *apud* DIAS, Jorge Figueredo. Questões Fundamentais de Direito Penal Revisadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro. 1899.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas** — 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. MARTINEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das leis**. Apresentação Renato Janini Ribeiro; - São Paulo, Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo — a terceira velocidade do direito penal**, dissertação de mestrado – PUC, 2006.

MORAIS, Eslei José de. **Controles internos e estrutura de decisão organizacional: o caso da Contadoria do Banco do Brasil**. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: Acesso em 10/10/2015. p. 50.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal: curso completo** — Barueri, SP: Manole, 2010.

NAZARETH, Yuri Carvalho. RODRIGUES, Carolina Carneiro. **A Identidade do Criminoso: Visão Atual da Teoria de Cesare Lombroso**. Disponível em: < <https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/37186/a-identidade-do-criminoso-visao-atual-da-teoria-de-cesare-lombroso>>. Acesso em 16 de jun. de 2020.

NOBREGA, Ítalo. **Marxismo: pai dos pobres e oprimidos ou dos criminosos?** Disponível em: < <https://ipco.org.br/marxismo-pai-dos-pobres-e-oprimidos-ou-dos-criminosos/>>. Acesso em 14 de jun. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza **Curso de direito processual penal** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema.** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 24<sup>a</sup> ed. São Paulo, Grupo GEN, 2020. 9788597023763. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/>. Acesso em: 27 jul. 2020

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia.** – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada, Legitimidade e Procedimento: Aspectos Controvertidos do Instituto da Colaboração Premiada de Coautor de Delitos como Instrumento de Enfrentamento do Crime Organizado.** 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

PONTAROLLI, André Luís. **Justiça Terapêutica.** Disponível em: <<http://criminal.mppr.mp.br/pagina-518.html>>. Acesso em 03 de agosto de 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Criminologia** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal;** organização Luís Roberto Gomes, Mário Coimbra. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. LOPES Jr. Aury. **Nova Reforma do CPP.** Episódio 58 – *Podcast.* Criminalplayer, 2020.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3<sup>a</sup> ed. Vegas: Lisboa, 1998.

SANTANA, Selma Pereira de. **JUSTIÇA RESTAURATIVA E GARANTISMO PENAL: ASPECTOS DE DIVERGÊNCIA E CONVERGÊNCIA.** Revista dos Tribunais, vol. 136, 2017.

SANTOS, Celeste Leite dos. **Acordo de não persecução penal: rumo ao Direito Penal de segunda velocidade?** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-16/mp-debate-acordo-nao-persecucao-direito-penal-segunda-velocidade>>. Acesso em 16 de jun. 2020.

SERRANO, Pedro Estevam. LACERDA, Fernando Hideo. CARVALHO, Marco Aurélio. **Três jovens pobres, quatro gramas de maconha... o assombroso caso da jovem Irene.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/314598/tres-jovens-pobres-quatro-gramas-de-maconha-o-assombroso-caso-da-jovem-irene>>. Acesso em 19 de julho de 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Novas Perspectivas da criminologia.** Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/cursos-e-eventos/exibir/novas-perspectivas-da-criminologia>> Acesso em 14 de jul. de 2020.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único** São Paulo: Atlas, 2018.

STEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado. Parte geral.** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado Pedro Lenza)

SUTHERLAND, E. H. **Anotaciones e interpretaciones en The professional thief. By a professional thief.** [S. l.]: Phoenix Books, [1937] 1967.