



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL VIANNA CAVALCANTE FERNANDEZ

**OS SENTIDOS TEÓRICOS DA OBRIGATORIEDADE PROCESSUAL PENAL: UMA
ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Salvador

2022

GABRIEL VIANNA CAVALCANTE FERNANDEZ

**OS SENTIDOS TEÓRICOS DA OBRIGATORIEDADE PROCESSUAL PENAL: UMA
ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Texto da Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Mestre em
Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Salvador

2022

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F363 Fernandez, Gabriel Vianna Cavalcante
Os sentidos teóricos da obrigatoriedade processual penal: uma análise crítica a partir da revista brasileira de ciências criminais / por Gabriel Vianna Cavalcante Fernandez. – 2022.
82 f.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2022.

1. Processo penal. 2. Obrigatoriedade da lei. 3. Política criminal. I. Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345.05

GABRIEL VIANNA CAVALCANTE FERNANDEZ

**OBRIGATORIEDADE PROCESSUAL PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA
PRODUÇÃO JURÍDICA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**Texto da Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Mestre
em Direito.**

Aprovado em _____ de _____ de _____.

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Orientadora) _____
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Maria Auxiliadora Minahim _____
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela Universidade Federal
do Paraná
Universidade Federal da Bahia

Ney Menezes de Oliveira Filho _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade do Estado da Bahia

AGRADECIMENTOS

Ingressei no programa de pós-graduação em direito da UFBA no semestre de 2018.2 e encerro esta jornada em 2022.2. Falar de mudanças e transformações nesse momento da nossa história é quase cair em redundância. Para todo mundo foi assim. Na minha vida não foi diferente. Se tem uma coisa que posso dizer é que foi difícil chegar a este momento.

Minha mãe, te amo muito, você é tudo para mim. Marcos, obrigado por cuidar tão bem dela. À família Vianna Cavalcante eu só tenho o que agradecer. Especialmente aos meus avós, que com certeza estão em qualquer lugar muito bom para se estar, quando não se habita mais um corpo físico.

Meus queridos Pato, Eras, Lipe, Mat, Dan, todos os amigos e amigas. Sem vocês não haveria alegria no viver. Os pivetões Joaquim, Caetano e Bento – entre tantos outros que chegaram (ou estão para chegar!) nesses últimos anos – trouxeram uma alegria especial para esta família do coração. Lu, obrigado por ter me incentivado e apoiado tanto no meu processo de querer e ingressar em um mestrado acadêmico

Rodrigo Camarão, meu irmão, que jornada vivemos juntos nesses últimos anos, hein? Que papai do céu continue nos abençoando e trazendo muitas vitórias para nós nessa longa jornada que está por vir. Tamo junto!

Miloca, sem você eu nunca conseguiria. Esse texto foi escrito logo após uma conversa linda que tivemos. Amei compartilhar um tantinho da vida contigo e trago todos esses momentos, à maneira de Gil: num baú de prata preservado dentro de mim.

Agradeço especialmente à minha orientadora Alessandra, sempre paciente e confiante na minha capacidade de trabalho, à cada reviravolta. Obrigado pela postura amistosa e empática nas críticas, conselhos, advertências e cuidados. Foram, todos, muito importantes para mim.

Lembro com gratidão aqui também do auxílio do professor Lucas Matos nas minhas celeumas acadêmicas. Sempre disponível para dar uma luz, quando estou no breu. Agradeço também ao professor Elmir Duclerc, que me apresentou as potencialidades da obra de Zaffaroni para pensar processo penal e poder punitivo.

Meu muito obrigado, por fim, aos professores Maria Auxiliadora Minahim e Ney Menezes, pela disponibilidade, cuidado e atenção na avaliação e crítica deste trabalho.

Por fim, agradeço a Deus, que é por mim, à revelia da minha pouca, quase nenhuma, devoção. E a toda dor e delícia que está na vida que tenho vivido!

FERNANDEZ, Gabriel Vianna Cavalcante. **Obrigatoriedade processual penal: uma análise crítica da produção jurídica na Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 83 fls. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2022.

RESUMO

O presente trabalho busca compreender como se articulam os sentidos teóricos atribuídos à obrigatoriedade processual penal, nas publicações da Revista Brasileira de Ciências Criminais, problematizando-os a partir de uma perspectiva crítica, que tem como base de sustentação o realismo marginal de Eugênio Raúl Zaffaroni. Trata-se de pesquisa empírica e teórica que parte de uma análise sistemática das publicações da RBCCRIM, para identificar os discursos sobre obrigatoriedade processual penal veiculados no meio acadêmico e compreender as inconsistências teóricas internas e externas dos sentidos que são atribuídos a este construto, bem como as projeções de poder e funções meta jurídicas que lhe fundamentam. Como conclusão foi constatado que os discursos acerca da obrigatoriedade privilegiam enfoque nas posições ativas da persecução penal em detrimento das hipóteses normativas que indicariam a desnecessidade de investigação ou processo penal, ou soluções alternativas ao penal. Verificou-se ainda a disfuncionalidade da relação conceitual estabelecida entre a ideia de legalidade e obrigatoriedade, a fragilidade da caracterização da estrutura normativa da obrigatoriedade pela literatura jurídica e a ausência de reflexão teórica desta temática a partir dos marcos constitucionais. Por fim, examinou-se a relação de subordinação estabelecida entre a obrigatoriedade e as normas penais materiais incriminatório-sancionatórias, relacionando-a com concepções teórico-penais de caráter retribucionista e de defesa social, que implicam em uma política criminal de máxima realização do poder punitivo estatal, a partir da pauta criminalizante e penalizante prevista em lei.

Palavras-chave: obrigatoriedade; processo penal; revista brasileira de ciências criminais; pesquisa empírica.

FERNANDEZ, Gabriel Vianna Cavalcante. Obrigatoriedade processual penal: uma análise crítica da produção jurídica na Revista Brasileira de Ciências Criminais. 83 fls. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2022.

ABSTRACT

This dissertation seeks to understand how the theoretical meanings attributed to the criminal procedural obligation are articulated in the publications of the Brazilian Journal of Criminal Sciences, problematizing them from a critical perspective based on the "Marginal Realism" of Eugênio Raúl Zaffaroni. This is an empirical and theoretical study that starts from a systematic analysis of the RBCCRIM publications, to identify the discourses on criminal procedural obligation conveyed in the academic environment and to understand the internal and external theoretical inconsistencies of the meanings that are attributed to this construct, as well as the projections of power and meta-legal functions that underlie it. As a conclusion, it was found that the discourses on obligation emphasize a focus on the active positions of criminal prosecution, to the detriment of normative hypotheses that would dismiss the need for investigation or criminal proceedings, or alternative solutions to the penal process. It was also verified that the dysfunctionality of the conceptual relationship established between the ideas of legality and obligation, the fragility of the characterization of the normative structure of obligation by the legal literature and the absence of theoretical reflection on this theme based on constitutional landmarks. Finally, the relationship of subordination established between obligation and incriminatory-sanctionary criminal norms was examined, relating it to theoretical-penal conceptions of a retributionist and social defense character, which imply a criminal policy of maximum realization of the state's punitive power, based on the criminalizing and penalizing agenda provided for by law.

Keywords: obligation; criminal proceedings; Brazilian magazine of criminal sciences; empirical research.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1	Os autores dos textos analisados e suas relações profissionais.....	p. 20
-----------	---	-------

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	p.10
1.1 PROBLEMA E OBJETIVOS DE PESQUISA.....	p. 12
1.2 ESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO.....	p. 12
2 ASPECTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS E ESCOLHAS DE PESQUISA	p. 14
2.1 A REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS E OS DISCURSOS DE OBRIGATORIEDADE PROCESSUAL PENAL COMO OBJETO DE PESQUISA.....	p. 16
2.1.1 Definição da amostra de pesquisa	p. 17
2.1.2 Sobre a autoria dos artigos analisados	p. 18
2.2 O REALISMO MARGINAL COMO COLUNA VERTEBRAL EPISTEMOLÓGICA DO PRESENTE TRABALHO.....	p. 20
2.3 SOBRE OBRIGATORIEDADE PROCESSUAL PENAL E DOGMÁTICA – AS CONTRIBUIÇÕES ANALÍTICAS E CRÍTICAS DE VINÍCIUS VASCONCELLOS E GABRIEL DIVAN.....	p. 22
2.3 OPÇÕES TERMINOLÓGICAS PARA TRATAMENTO DO TEMA.....	p. 23
3 OS DISCURSOS DE OBRIGATORIEDADE PROCESSUAL PENAL NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	p. 25
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	p. 25
3.2 RECORTES TEMÁTICOS.....	p. 27
3.2.1 O(s) conceito(s) de obrigatoriedade	p. 27
3.2.2 Obrigatoriedade e legalidade	p. 31
3.2.3 Obrigatoriedade e estrutura normativa	p. 33
3.2.4 Obrigatoriedade e as funções que lhe são atribuídas	p. 35
3.2.5 Obrigatoriedade, igualdade e seletividade	p. 37
4 DISCUSSÃO E ANÁLISE CRÍTICA DOS DADOS COLETADOS	p. 40
4.1 A CONCEITUAÇÃO DE OBRIGATORIEDADE E A PERSECUÇÃO PENAL PAUTADA EM CRITÉRIOS LEGAIS: INFLEXÕES PARA UM DEVIR PERSECUTÓRIO EM DETRIMENTO DE OUTRAS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO.....	p. 40
4.2 A PROBLEMÁTICA RELAÇÃO ASSOCIATIVA ENTRE LEGALIDADE E OBRIGATORIEDADE: CONFUSÕES E DISFUNCIONALIDADES TEÓRICO-CONCEITUAIS.....	p. 45
4.3 OBRIGATORIEDADE E ESTRUTURA NORMATIVA: SILÊNCIOS TÉORICOS INDICATIVOS DE UMA COMPREENSÃO MERAMENTE CLASSIFICATÓRIA DA IDEIA DE PRINCÍPIO-JURÍDICO.....	p. 50
4.4 OBRIGATORIEDADE, FUNÇÕES DA PENA E HORIZONTES DE PROJEÇÃO: RETRIBUIÇÃO, DEFESA SOCIAL E LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL.....	p. 54
4.5 AS CONTRADIÇÕES ENTRE OBRIGATORIEDADE, IGUALDADE E SELETIVIDADE.....	p. 61
5 SISTEMATIZANDO IDEIAS, À GUIA DE UMA CONCLUSÃO	p. 64
REFERÊNCIAS	p. 70
ARTIGOS COMPONENTES DO CORPO EMPÍRICO DO TRABALHO - RBCCRIM (em ordem cronológica retrospectiva)	p. 78

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a obrigatoriedade processual penal e os sentidos teóricos que lhe são atribuídos pela literatura especializada, analisados de forma crítica, que se estrutura a partir de alguns dos pressupostos lançados pelo realismo marginal de Eugênio Raúl Zaffaroni. Para viabilizar esta análise foi escolhida como fonte de pesquisa a produção acadêmica publicada na Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM), prezando pela conjugação de uma abordagem empírica com o debate de natureza jurídico-epistemológico.

A eleição desta temática surge do meu interesse prévio pelas questões atinentes ao momento processual de instauração da persecução em juízo pelo acusador público¹, que deu origem ao artigo “O princípio da obrigatoriedade: ensaio sobre a estrutura normativa do dever geral de persecução penal e a proteção dos direitos e bens jurídicos fundamentais”, construído em meio à disciplina de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, do mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, e publicado em uma coletânea de artigos organizada pelo Prof. Dirley da Cunha Júnior e a colega Larissa Silva de Oliveira (2021).

Nesta primeira exploração da literatura jurídica sobre obrigatoriedade processual penal, a partir de uma base totalmente diversa de dados, foi possível perceber, desde muito logo, uma série de elementos problemáticos em relação à consistência conceitual e à variedade terminológica associada ao tema. Especialmente no que tange a relação da obrigatoriedade com o princípio da legalidade e a norma legal como fonte do direito. Verifiquei também uma situação geral de pouco adensamento do debate acerca da estrutura normativa da obrigatoriedade processual penal e da fragilidade teórica de sua caracterização enquanto norma-princípio.

Chamou ainda atenção, nesta pesquisa prévia, a diversidade e a natureza dos fundamentos justificativos da obrigatoriedade processual apresentados pelos diversos autores estudados, entre eles, a absoluta subordinação do acusador público ao programa legislativo incriminatório e aos interesses tutelados pela norma penal; a sua derivação de princípios como o da igualdade e da segurança jurídica; e, o que é mais interessante, sua associação com a realização de uma política criminal maximizante, de caráter retribucionista ou associada à um preventivismo extremado, calcado na ideologia de defesa social.

¹ Minha primeira pesquisa acadêmica em direito, um trabalho de conclusão de curso, tratou da questão do abuso do poder de denúncia e da aplicabilidade da teoria do desvio de poder ao ato de acusação pública, a partir de um estudo de caso sobre as repercussões teóricas da fundamentação da decisão final de julgamento do processo de *Habeas Corpus* nº 42.697/GB, da relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, no Supremo Tribunal Federal (2018).

Não obstante a diversidade de problemas que lhe enredam, e a sua explícita importância o processo penal brasileiro, a percepção de como a literatura especializada evocava a temática da obrigatoriedade processual penal, a partir repetição de uma série de fórmulas, por vezes contraditórias entre si, com pouco adensamento teórico, além de sutis mudanças aqui ou acolá, chamou a minha atenção para este campo de pesquisa.

Curiosamente, o presente trabalho se desenvolve em um momento histórico de franco, porém intermitente, avanço dos que se convencionou chamar de “espaços de consenso”² no processo penal brasileiro. Neste cenário, são ampliadas, cada vez mais, as possibilidades institucionais de aplicação de penas e dispositivos de controle do acusado, a partir da disposição dos instrumentos tradicionais do processo de investigação e conhecimento, bem como das garantias que lhes acompanham. Com essas novidades, passam a surgir também críticas ao modelo processual penal calcado na obrigatoriedade, regidas por uma lógica eficientista, justificada, sobretudo, por um discurso de otimização da administração dos recursos disponíveis à persecução penal³.

Diante deste quadro, a proposta de aprofundamento das discussões sobre a obrigatoriedade processual penal aqui travada não tem intenção de se somar acriticamente ao discurso de “modernização” e “eficiência” que tem acompanhado as novidades processuais importadas ao processo penal brasileiro, a partir das soluções negociais e de consenso. Ainda mais, tendo em vista como o avanço concreto deste novo modelo de justiça no Brasil está associado a uma expansão dos braços penais do Estado^{4 5}, em detrimento da possibilidade de diversificação da natureza das respostas institucionais ao delito.

² Segundo Vinícius Gomes Vasconcellos, a justiça consensual (ou negocial) criminal “é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra, impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes” (2015, p. 55).

³ A abordagem eficientista da abertura da janela negocial da justiça brasileira fica bastante evidente no livro “Acordo de não persecução penal”, organizado por Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros e Renne do Ó Souza e Rodrigo Leite Ferreira Cabral, que reúne artigos em defesa do referido instrumento de negociação penal, quando este ainda tinha formato na Resolução nº 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, ou seja, antes da lei 13.964/19 (que ficou conhecida como lei “anticrime”), que lhe deu o formato atualmente vigente.

⁴ Este fenômeno parece análogo aquele explicitado por Jesús-Maria Silva Sánchez sob a alcunha de “expansão do direito penal”, para caracterizar um cenário de deterioração dos pressupostos teóricos do direito penal liberal e minimalista que se aprofunda na Europa desde o fim da década de 70 do século XX, através da flexibilização das garantias penais, alargando os braços do poder punitivo estatal. O foco daquele autor, entretanto, se dá no campo do direito penal material, a partir da flexibilização dos critérios de imputação do delito.

⁵ Sobre as chamadas alternativas penais como meio de expansão dos braços penais do Estado, tem-se farta bibliografia. Em Salo de Carvalho (2016) apresenta-se uma perspectiva das ditas penas alternativas como meio de aumento da rede de controle não-prisional, sem, no entanto, representar impacto na diminuição dos níveis de encarceramento. Em análise acerca dos discursos oficiais sobre as penas alternativas, Dornelles de Souza e Ghiringhelli de Azevedo (2015), confirmam a hipótese lançada por Salo que os as penas alternativas não estão

Antes, contudo, o presente trabalho se justifica na busca de novos elementos de reflexão para reposicionar o debate jurídico acerca dos limites constitucionais ao poder punitivo e à atuação dos atores responsáveis pela persecução penal, em meio a este cenário de transição paradigmática da justiça criminal no nosso país.

1.1 PROBLEMA E OBJETIVOS DE PESQUISA

Com base nas expedições prévias lançadas no preâmbulo, a presente dissertação busca responder à questão de como se articulam os sentidos teóricos atribuídos à obrigatoriedade processual penal nas publicações da Revista Brasileira de Ciências Criminais, problematizando-os a partir de uma perspectiva crítica, que tem como base de sustentação o realismo marginal de Eugênio Raúl Zaffaroni.

Assim, este trabalho objetiva analisar criticamente os discursos de obrigatoriedade veiculados pelos especialistas, à luz dos pressupostos teóricos lançados pelo professor Zaffaroni em sua obra para a construção de um saber jurídico comprometido com a defesa dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito. Isto sem prejuízo de outros autores situados no campo da crítica do direito, do direito penal e processual críticos, do direito constitucionalizado, entre outras tantas influências.

Para tanto, propõe-se identificar os discursos de obrigatoriedade processual penal dos especialistas, a partir das publicações da RBCCRIM, e compreender as inconsistências teóricas internas e externas dos sentidos que lhe são atribuídos; as projeções de poder e funções meta jurídicas que fundamentam estas construções discursivas; além de como estes discursos conformam e articulam, a partir de seus elementos latentes e expressos, um modo próprio de conceber a persecução penal.

1.2 ESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO

No capítulo “Aspectos metodológicos e escolhas de pesquisa”, apresento os pressupostos teóricos que guiaram esta pesquisa, bem como as diretrizes que segui para a formação do corpo empírico do trabalho, justificando a eleição da RBCCRIM como fonte de dados deste trabalho, e demais escolhas de pesquisa. Trata-se, portanto de pesquisa empírica,

ideologicamente vinculadas à uma estratégia de enfrentamento à expansão do cárcere como forma de punição. Estes debates são fundamentais para iluminar as articulações entre ampliação da justiça penal negocial e a real diversificação das respostas penais ao fenômeno criminal.

com dimensão teórica, que, por motivos didáticos e de organização expositiva, teve deslocado para um capítulo próprio a discussão acerca dos pressupostos teórico-metodológicos que lhe orientaram.

Posteriormente, no capítulo “Os discursos de obrigatoriedade processual penal na Revista Brasileira de Ciências Criminais”, apresento os dados coletados a partir do corpo empírico selecionado para o presente trabalho, iniciando a análise a partir considerações gerais sobre os discursos de obrigatoriedade processual verificados nos artigos, bem como elegendo os seguintes recortes expositivos, a partir da leitura dos artigos estudados: a) o(s) conceito(s) de obrigatoriedade; b) obrigatoriedade e legalidade; c) obrigatoriedade e estrutura normativa; d) obrigatoriedade e as funções que lhe são atribuídas; e) obrigatoriedade, igualdade e seletividade penal.

Na sequência, o capítulo “Discussão e análise crítica dos dados coletados” apresenta a problematização dos discursos acerca da obrigatoriedade processual penal, para compreender os sentidos teóricos atribuídos à obrigatoriedade e suas projeções de poder, seguindo os recortes temáticos esquematizados no capítulo anterior.

Por fim, o último capítulo, “Sistematizando ideias, à guisa de uma conclusão”, traz uma síntese geral e organizada das conclusões acerca do objeto de análise, fornecendo uma imagem geral e articulada dos sentidos teóricos atribuídos à obrigatoriedade processual penal, apontando seus pontos problemáticos a partir da matriz teórica do realismo marginal de Zaffaroni.

2 ASPECTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS E ESCOLHAS DE PESQUISA

Este capítulo tem como desiderato a explanação em termos gerais do caminho trilhado para o conhecimento, compreensão e crítica do objeto de pesquisa, assim como as orientações que guiaram a eleição da fonte dos dados analisados até a formação do corpo empírico da pesquisa, além de outras escolhas feitas por este pesquisados.

Como é possível presumir, a pesquisa que deu origem ao presente trabalho se deu em meio à pandemia do coronavírus. Por consequência, em vista de todas as limitações impostas, privilegiei a análise de fontes bibliográficas e empíricas de alguma forma acessíveis pela via da rede mundial de computadores, sem ignorar, contudo, outros dados coletados anteriormente, bem como a bibliografia em meio físico que se fez acessível durante este período.

Como já indiciado na introdução, trata-se de uma pesquisa qualitativa, de caráter documental e bibliográfico, que possui uma preocupação descritiva – na qual se busca identificar os discursos de obrigatoriedade, tal como produzidos pelos especialistas –, que servirá como base para a resolução do problema de pesquisa, de dimensão crítico-analítica, perquirindo os sentidos atribuídos à obrigatoriedade à luz do realismo marginal de Zaffaroni.

Muito embora este trabalho não se integre ao campo teórico-metodológico conhecido como “análise do discurso”, alguns pressupostos são compartilhados com este paradigma de produção do conhecimento sobre linguagem.

Neste sentido, a partir das bases apresentadas por Viviane de Melo Resende e Viviane Ramalho (2006), é possível dizer que o presente trabalho compartilha com a “análise do discurso” a compreensão que discurso é linguagem em uso. Parte-se, assim, do pressuposto que a linguagem tem funções externas ao sistema linguístico:

(...) uma vez que o foco de interesse não é apenas a interioridade dos sistemas linguísticos, mas, sobretudo, a investigação de como esses sistemas funcionam na representação de eventos, na construção de relações sociais, na construção de relações sociais, na estruturação, reafirmação e contestação de hegemonias no discurso (RESENDE; RAMALHO, p. 13)

Do mesmo, modo, acompanhando o raciocínio das professoras acima citadas (RESENDE; RAMALHO, 2006), que a linguagem é atividade significativa e constitutiva, entendendo o discurso como modo de ação historicamente situado, onde o texto somente é compreendido quando em relação com as práticas sociais aos quais está vinculado.

A pesquisa empírica aqui empreendida pode ser considerada como uma espécie de revisão de literatura, num sentido mais lato, como o processo de busca, análise e descrição de um corpo do conhecimento em busca de resposta a uma pergunta específica. Aqui, entretanto, não se propõe a realizar um processo de estado da arte acerca da temática ou depuração das melhores evidências científicas produzidas em determinado campo do conhecimento. Deste modo, embora possam fornecer alguns *insights*, os textos extraídos da RBCCRIM, que compõem o corpo empírico deste trabalho, não constituem elemento informativo das análises empreendidas, mas são eles próprios objeto destas análises.

Feitas estas considerações, ao trabalhar com o material empírico, a abordagem utilizada conjuga, de forma interativa, as perspectivas indutiva e dedutiva, no sentido apresentado por André Cellard, em que:

“a escolha de pistas documentais apresentadas no leque que é oferecido ao pesquisador, deve ser feita à luz do questionamento inicial. Porém, as descobertas e as surpresas que o aguardam às vezes obrigam-no a modificar ou enriquecer o referido questionamento” (2014, p. 303).

A fim de garantir a sistematicidade da pesquisa empreendida para extração dos discursos sobre obrigatoriedade, busquei uma base de dados que pudesse fornecer um mínimo de solidez e amplitude para as análises procedidas, e que fosse de alguma forma representativa do debate geral de ciências criminais no Brasil, conformando o corpo empírico deste trabalho.

A discussão acerca da obrigatoriedade processual penal proposta nesta dissertação tem como pressuposto a percepção do saber jurídico como um dado de poder, reflexão esta que embora estruturada por meio do pensamento do professor Zaffaroni (1993; 1998; 2011), também tem a inegável influência do professor Luís Alberto Warat⁶ (1982; 1994; 1995; 1997), e obviamente, por tabela, do mestre Michel Foucault (2002).

A partir deste axioma, surge como interesse da pesquisa acadêmica em direito, para além da revelação do real sentido jurídico de uma determinada norma em um determinado ordenamento jurídico, o conjunto de discursos produzidos acerca das normas jurídicas, e o conjunto de ideias, funções, ações, representações e omissões que lhes subjazem e se projetam como efeito no mundo real, implícita e/ou explicitamente.

⁶ A ideia de senso comum teórico dos juristas de Warat, muito embora não tenha sido problematizada com profundidade neste trabalho por falta de fôlego, era sempre avivada quando da observação e análise do conjunto de dados coletados.

Deste modo, necessário seria captar os discursos de obrigatoriedade em movimento, a fim de saber como a temática da obrigatoriedade é evocada de forma corrente nos textos produzidos por acadêmicos, juristas, pesquisadores e outros profissionais imbuídos na produção de literatura especializada em ciências criminais.

Para isto, escolhi como fonte de pesquisa a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM), classificação Qualis/CAPES A1, e uma das mais importantes publicações de ciências criminais do Brasil.

Deste modo, embora a eleição de uma revista científica de direito privilegie um enfoque acadêmico da temática analisada, é perceptível que os discursos ali veiculados interagem com o sistema de justiça criminal, não apenas por eventualmente informar a atuação dos seus diversos órgãos (ou daqueles que são responsáveis pela formação dos seus quadros). Mas também porque parte dos produtores dos discursos analisados são, eles próprios, membros do sistema de justiça criminal, o que será problematizado mais adiante, no tópico a seguir.

Após a seleção do material extraído destas publicações, a atribuição de sentidos aos discursos verificados se deu através da construção de eixos temáticos, que foram se formando a partir da verificação da reiteração de certas temáticas e da importância de discuti-las, com base no referencial teórico adotado, que tem como centro gravitacional as preocupações do realismo marginal de Zaffaroni.

Não obstante as preocupações do realismo marginal (e suas soluções para determinados problemas jurídico-epistemológicos) seja a base de sustentação das reflexões trazidas neste trabalho, este não se resume à obra do professor argentino. Também orbitam os referenciais deste autor a criminologia crítica, o direito penal, tanto liberal como o crítico, o processo penal constitucionalizado, a ideia de construção de uma dogmática criminologicamente referenciada e o expresso comprometimento com a produção de um saber jurídico emancipatório.

2.1 A REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS E OS DISCURSOS DE OBRIGATORIEDADE PROCESSUAL PENAL COMO OBJETO DE PESQUISA

Como já delineado, a análise que se busca fazer nesta dissertação tem como objeto o conjunto de discursos jurídicos acerca da temática da obrigatoriedade processual penal, em suas mais diversas dimensões.

A fonte eleita para a formação do corpo empírico da pesquisa, de onde serão extraídos os discursos em questão, foi a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM), em vista da, cada vez maior, proeminência das revistas científicas na divulgação de produção acadêmica

em direito, uma área que tradicionalmente está associada à uma “cultura dos livros”, como meios prioritários de publicação (VASCONCELLOS e SILVA, 2019).

A RBCCRIM é uma publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), fundado no ano de 1992 por um grupo de magistrados de orientação jus-humanística, com o objetivo de produzir conhecimento crítico de doutrina e jurisprudência, bem como qualificar o debate público acerca dos temas de ciências criminais, especialmente junto ao poder legislativo e a mídia (TORON, 1997).

Esta revista acadêmica é publicada sem interrupções desde a fundação do RBCCRIM, em parceria com a Editora Revista dos Tribunais, contando atualmente com aproximadamente 1.800 artigos científicos publicados, uma tiragem mensal de cerca de 800 exemplares impressos, também disponíveis pela via digital. Além disto, trata-se de publicação inserta, desde 2017, no estrato A1, junto à CAPES/Qualis, indicador e chancela do alto impacto científico da revista no meio acadêmico brasileiro (VASCONCELLOS e SILVA, 2019).

Em vista das características supra mencionadas, a Revista Brasileira de Ciências Criminais tem sido utilizada não apenas como fonte bibliográfica e referencial para inúmeros trabalhos acadêmicos no campo do saber jurídico-penal, mas também constituído objeto de pesquisa empírica em dissertações de mestrado, a exemplo das obras de Lucas Aquino de Ferreira (2020) e Alex da Rosa (2022).

Por todas estas características, a RBCCRIM constitui uma excelente fonte de dados relativos aos discursos jurídicos veiculados pelos especialistas do campo das ciências criminais, fato que justifica sua escolha como objeto da presente pesquisa empírica.

2.1.1 Definição da amostra de pesquisa

No presente trabalho, a formação do corpo empírico partiu de uma amostra inicial envolvendo desde a primeira edição da revista, publicada em 1992, até a edição de número 187, de 2022, acessadas por meio da versão online da revista, disponibilizada pela Editora Revista dos Tribunais.

Como esta amostra inicial traz uma grande quantidade de artigos, englobando praticamente vinte anos de publicações da RBCCRIM, além de se tratar periódico que compreende diversas temáticas, – inseridas dentro das áreas de direito penal, direito processual penal e criminologia, além dos respectivos diálogos transdisciplinares (VASCONCELLOS e SILVA, 2019) – o primeiro filtro de análise se deu através de uma seleção por meio de título, sumário e assunto, a fim verificar uma relação mínima com a temática objeto desta dissertação.

Num segundo momento, a partir de uma amostra mais reduzida, iniciei uma nova triagem que teve como critério de seleção a menção expressa a determinados termos tradicionalmente relacionados ao objeto de pesquisa, tais como “obrigatoriedade”, “indisponibilidade”, “legalidade” e “oficialidade”. Os termos “indisponibilidade” e “oficialidade” foram eleitos por serem termos expressamente correlatos ao estudo da obrigatoriedade processual penal, e cuja conceituação por vezes se confunde, na escrita de alguns autores. A busca pelo termo “legalidade”, por sua vez, se justifica por ser utilizada muitas como sinônimo da obrigatoriedade, no campo processual penal.

Por fim, havendo menção a algum dos termos acima mencionados, procedi com a verificação da utilização dos termos-chave, a fim de averiguar se seu uso estava contextualmente relacionado com a temática objeto de pesquisa, afinal as palavras “obrigatoriedade”, “indisponibilidade” e, principalmente, “legalidade” possuem usos e significados múltiplos, nem sempre associados ao estudo da obrigatoriedade processual penal, tal como conhecida pelo direito do processo criminal.

Ao fim deste processo de depuração, foram identificados cinquenta artigos aptos à análise proposta. Dentre eles, foram inclusos mesmo trabalhos que tratavam tangencialmente sobre o tema, ou mesmo faziam menções pontuais e sem qualquer tipo de reflexão mais aprofundada, e até através de citação direta de outros autores, como forma de evidenciar entendimento sobre o assunto. Esta opção se fez em vista do objetivo desta dissertação, que é captar ao máximo a expressão corrente que se faz da obrigatoriedade processual penal pelos especialistas, pelo menos no meio acadêmico.

Do mesmo modo, e pelos mesmos motivos, não houve distinção na escolha de artigos que partiam do pressuposto da norma de obrigatoriedade, ou mesmo a defendiam, ainda que de forma ponderada, e daqueles que tratavam a temática de um modo mais distanciado, descritivo, ou ainda cuja crítica chega ao ponto de pôr em xeque sua existência normativa no ordenamento jurídico.

2.1.2 Sobre a autoria dos artigos analisados

Dentre as preocupações básicas da pesquisa documental, está a localização dos textos pertinentes à análise, avaliando sua credibilidade, representatividade e autoria (CELLARD, 2014). A contextualização do lugar ocupado pela RBCCRIM no debate de ciências criminais brasileiro, conforme procedida, dá conta de questões acerca da natureza dos textos analisados e sua ambientação. Traz ainda como dado a veiculação dos seus autores à produção acadêmica

de ponta em nosso país, em vista do *status* do referido periódico ante as agências de controle de qualidade das publicações científicas no Brasil.

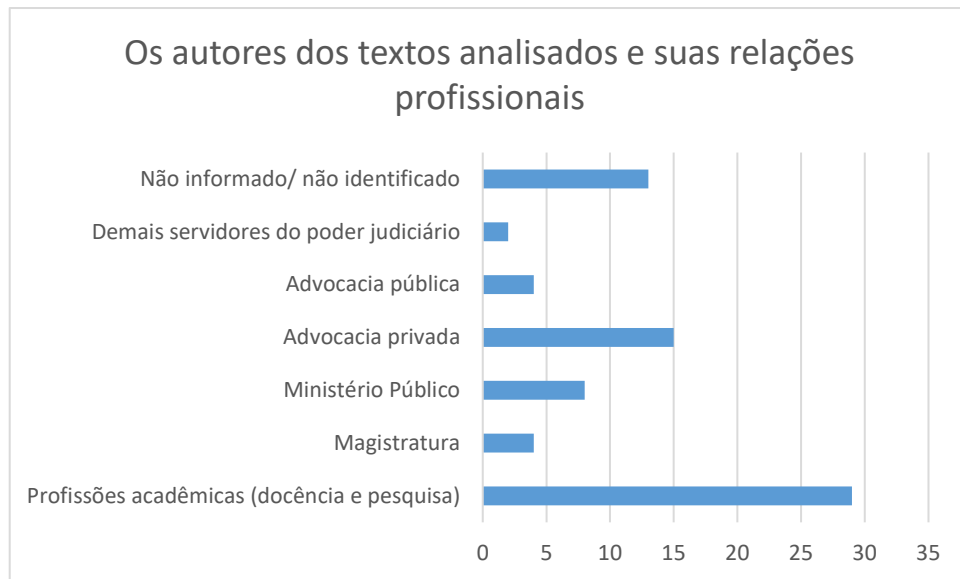
Embora não seja objeto deste trabalho a problematização dos discursos analisados em relação à história individual dos seus emissores, entendo por bem trazer como preâmbulo de análise alguns dados acerca dos espaços profissionais ocupados pelos autores dos artigos selecionados, como forma de minuciar de forma um pouco mais detalhada o lugar social de produção dos documentos que formam o corpo empírico da pesquisa.

Estes dados foram extraídos das descrições autodeclaradas destes autores junto aos seus artigos e não consideraram questões relativas à titulação acadêmica e ocupação de posições honoríficas ou de chefia em instituições de representação de classe, de debate e fomento de determinados temas, militância ou congêneres. Deste modo, em virtude de eventuais omissões da revista ou dos próprios autores na sua autodescrição, provavelmente determinada posição profissional ocupada por alguns autores tenha sido subtraída desta análise⁷.

Levando em consta as considerações expendidas, dentre os cinquenta artigos objeto de análise nesta dissertação, vinte e nove dos seus autores se declaram ocupantes de profissões acadêmicas, principalmente relativas à docência. Dezenove autores se declaram advogados, sendo quatro destes expressamente ligados à advocacia pública. Oito dos autores se declararam como membros do Ministério Público. Quatro dos autores se identificaram como magistrados. Dois autores são identificados como servidores da justiça. Por fim, treze autores não tiveram suas relações profissionais informadas e/ou identificadas.

Este breve panorama, embora não seja suficiente para análises mais profundas, permite inferir que o trânsito dos discursos analisados não apenas permeia o sistema de justiça como dados que lhe são informativos, mas também porque parte dos produtores dos discursos analisados são, eles próprios, membros das diversas agências veiculadas ao poder judiciário. Além disso, o grande número de professores arrolados dentre os autores pesquisados implica a inserção dos mesmos discursos na docência acadêmica e, por conseguinte, na formação dos juristas.

⁷ Disto, em verdade, não há dúvidas. Tome-se como exemplo a figura de Rômulo de Andrade Moreira, autor do texto “Art. 28 do código de processo penal” (1997). Embora na edição *online* não conste qualquer apresentação acompanhando seu nome (o que é uma exceção nas publicações da RBCCRIM), é do saber geral que o conhecido autor baiano de diversas obras de processo penal, além de professor em instituição universitária, também ocupa cargo público de procurador de justiça no Ministério Público da Bahia. Na mesma linha, o renomado processualista Fernando da Costa Tourinho Filho, embora tenha exercido a advocacia e atuado como membro do *parquet* paulista, é apresentado apenas como professor em sua descrição de autor no artigo “O princípio da indivisibilidade de ação penal pública” (1993).



Tais elementos devem ser considerados a fim de compreender os dados extraídos para além de um determinado nicho acadêmico, isolado do mundo, viabilizando a sua compreensão como integrada ao mundo jurídico mais amplo e ao exercício concreto (e não apenas simbólico) das relações de poder mobilizadas pelo direito em nossa sociedade.

2.2 O REALISMO MARGINAL COMO COLUNA VERTEBRAL EPISTEMOLÓGICA DO PRESENTE TRABALHO

Está bem claro que as bases lançadas por Zaffaroni na sua proposta realista marginal não esgotam as ferramentas teóricas mobilizadas neste trabalho, especialmente no campo do direito processual penal, que não constitui o cerne de seus trabalhos, pelo menos em um sentido mais estrito.

Entretanto, do ponto de vista epistemológico, é a obra de Zaffaroni⁸, que funciona como coluna vertebral das análises empreendidas nesta dissertação pois é a partir do conjunto de formulações, problemas, teses e hipóteses suscitadas por este autor que se deu o próprio

⁸ Neste trabalho, foram utilizados como referência amostral do pensamento do professor Eugênio Raúl os livros “Criminologia desde um margem”, que traduz seu diálogo com a criminologia latino-americana de matiz crítico e sua denúncia das mazelas do colonialismo e dos múltiplos genocídios racistas que são constitutivos da nossa margem; o ensaio “En busca de las penas perdidas”, que apresenta as bases do discurso jurídico realista marginal, como instrumento estratégico de transformação social, em vista de um horizonte abolicionista; “Hacia um realismo jurídico penal marginal”, onde em um conjunto de ensaios reafirma e amadurece alguns debates relativos à proposta do realismo marginal; e “Direito Penal Brasileiro”, onde, em conjunto o Alejandro Alajia e Alejandro Slokar, desenvolve um profícuo diálogo com o renomado penalista brasileiro Nilo Batista, desenvolvendo um painel geral das questões teórico-epistemológicas relativas à ciências criminais, em vista da realidade brasileira.

conhecimento do objeto de estudo, pois acabaram ocupando, ao longo dos meus estudos, espaço organizador e constitutivo da minha própria forma de conceber as ciências criminais.

Assim, portanto, a escolha deste referencial teórico se dá em razão da proposta do professor Zaffaroni, que consegue alinhar um discurso jurídico compatível com os nossos marcos constitucionais brasileiros e a proteção dos direitos fundamentais previstos no ordenamento pátrio, e a crítica radical e não legitimante das mazelas do sistema penal, em suas mais diversas instâncias.

O pensamento de Zaffaroni é adotado como marco teórico de análise neste trabalho por assentar as raízes do seu modelo de saber jurídico penal proposto na relação existente entre direito e poder, implicando o discurso jurídico insurgente como elemento estratégico de transformação social, cuja projeção é voltada para a redução da violência estatal e a contenção do seu poder punitivo. Para isto, Zaffaroni situa seu pensamento na crítica do legado colonial, percebendo a questão racial e o saber criminológico etiológico-lombrosiano como elementos chave do controle social punitivo exercido nas margens do sistema capitalista em latino-américa⁹.

A partir destes pressupostos, o pensamento de Zaffaroni viabiliza a construção de um saber jurídico alinhado à crítica criminológica, sem ignorar as contribuições da dogmática tradicional (sistematicidade, coerência), porém atento aos dados da realidade, suas contradições, e às imensas disparidades entre as promessas do discurso jurídico-penal e a realidade operativa do sistema.

Alguns temas tratados por Zaffaroni são especialmente caros para este trabalho.

Um deles é a defesa da importância da construção de um discurso jurídico racional, sistemático e coerente em seus próprios termos – estendendo a ideia de coerência, desde a lógica, para a compatibilidade com a realidade. Deste modo, muito embora Zaffaroni reconheça as promessas não cumpridas pela dogmática penal e pelo direito penal tradicional¹⁰, sua concepção de sincretismo metodológico¹¹, juntamente com a percepção da necessidade de

⁹ Conforme Zaffaroni, “el verdadero modelo ideológico para el control social periférico no fue el de Bentham, sino el de Cesare Lombroso, es decir, un modelo ideológico que partía de la premisa de la inferioridad biológica de los delincuentes centrales y de la totalidad de las poblaciones colonizadas, o sea, que eran biologicamente inferiores de modo análogo tanto los moradores de las instituciones de secuestro coloniales (cárceles y manicómos) como los habitantes originarios de las inmensas instituciones de secuestro coloniales (sociedades incorporadas al proceso de actualización histórica)”. (1998, p. 81).

¹⁰ Sobre modernidade e o as promessas não cumpridas pela dogmática penal, Vera Regina de Andrade (1994).

¹¹ A ideia de sincretismo teórico metodológico atravessa a obra de Zaffaroni, mas é lançada desde o “Aproximación desde un margen” (1988). A ideia é que a condição de subdesenvolvimento marginal implicaria na escassez de instrumentos teóricos construídos para a análise dos problemas específicos que acometem a periferia do capitalismo mundial, mais especificamente a latino-américa. Diante disto dever-se-ia adotar uma atitude sincrética de adaptação e conjugação de instrumentais teóricos de diversas matizes para a construção de uma epistemologia

reorientar politicamente o discurso jurídico para a deslegitimação do sistema penal existente e a contenção do poder punitivo, dão novo fôlego ao método jurídico-dogmático.

Assim, em consonância com a ideia de Mathiensen do uso estratégico e contra-majoritário das ferramentas do *establishment* em contra a irracionalidade do sistema penal (2015), a proposta de Zaffaroni é de “esticar a corda” da dogmática jurídico-penal, utilizando os pressupostos de sistematicidade e coerência, juntamente com uma leitura criminológica da realidade, para expor as mazelas do sistema penal, e as discrepâncias entre o devir atribuído aos institutos jurídico-penais e sua realidade operativa, bem como limitar ao máximo o uso da violência punitiva.

Outro ponto importante do pensamento de Zaffaroni para o presente trabalho é a dissociação entre as ideias de lei penal e direito penal. Segundo o professor argentino, o direito penal é um discurso de racionalidade. Desse modo, confundi-lo com a lei penal, que é um discurso de poder, significaria legitimar aprioristicamente o poder punitivo estatal habilitado por aquelas leis. Por outro lado, impediria o controle de racionalidade das normas jurídico penais a partir da constituição.

Por fim, o conceito ontológico de pena, que parte da verificação empírica da falência das modernas teorias da pena (e suas adaptações contemporâneas), e da ideia que a pena é “dor sem sentido”, é fundamental para ampliar o alcance do direito penal, como forma de controle da racionalidade das normas de direito para além das leis penais expressas. Além disso, a partir da deslegitimação das funções atribuídas a pena, e sua incapacidade real para proteção de bens jurídicos, permite a reorientação do discurso penal para a contenção deste poder irracional, abrindo espaço para outras formas de resolução de conflitos e situações problemáticas em geral.

2.3 SOBRE OBRIGATORIEDADE PROCESSUAL PENAL E DOGMÁTICA – AS CONTRIBUIÇÕES ANALÍTICAS E CRÍTICAS DE VINÍCIUS VASCONCELLOS E GABRIEL DIVAN

Especificamente acerca da temática da obrigatoriedade processual penal, foi importante para o presente trabalho mobilizar as reflexões contidas nas obras dos professores Vinícius Gomes de Vasconcellos (2015) e Gabriel Antinolfi Divan (2015).

Isto porque, fugindo do lugar comum de tratamento da obrigatoriedade processual penal, estes autores, cada um ao seu estilo, foram capazes de tratar da temática de uma maneira

e métodos originais de análise para nossa realidade. Para nós brasileiros, uma boa analogia à esta postura é aquela de “antropofagia”, por dos modernistas e depois tropicalistas, no campo das artes.

extremamente criativa e técnica, provendo bases sólidas para as reflexões trazidas nesta dissertação.

Em Vinícius de Vasconcellos (2015), há aprofundamento muito grande na bibliografia atinente à obrigatoriedade processual penal e suas correlações com as noções de oportunidade e da justiça negocial/barganha, tudo acompanhado de um esforço e rigor de depuração analítico e conceitual mais do que necessário para o desenvolvimento da temática, especialmente no que tange às relações entre obrigatoriedade, oportunidade e legalidade.

Gabriel Divan (2015), de forma igualmente técnica, irá fazer incursões extremamente críticas e acerca das raízes teóricas da obrigatoriedade processual penal, explorando de uma forma absolutamente criativa e inovadora, a partir de uma noção constitucionalizada de política criminal, as potencialidades da justa-causa, como elemento de contenção do poder punitivo e que propiciem a diversificação das respostas estatais ao crime, para além da punição.

O alinhamento destes autores com o marco teórico deste trabalho se dá especialmente em razão do seu compromisso e esmero na reflexão acerca dos conceitos jurídico-dogmáticos, além do seu compromisso com um direito processual penal de perspectiva garantista e redutora da violência estatal e a crítica da operabilidade real do sistema penal.

2.3 OPÇÕES TERMINOLÓGICAS PARA TRATAMENTO DO TEMA

Outra opção de pesquisa importante na exposição da temática central desta pesquisa é tratar a obrigatoriedade pela nomenclatura de “obrigatoriedade processual penal”. Esta escolha se deu pelos seguintes motivos, que ficarão mais claros no decorrer deste trabalho, expostos, ainda que de forma sucinta, desde já.

Como já mencionado, no processo penal uma grande parte da doutrina promove a utilização de ambos os termos, obrigatoriedade e legalidade, como expressão de um mesmo fenômeno normativo, tratando-os como se sinônimos fossem. Ocorre que esta perspectiva, além de trazer a conotação implícita que a obrigatoriedade é uma consequência necessária de um cenário de observância do direito legislado, traz consigo as problemáticas associadas à palavra legalidade, que possui diversas acepções jurídicas, atinentes aos mais variados campos do direito. Por isso, justifico a preferência pelo termo obrigatoriedade, que tem sido o mais frequentemente utilizado pela doutrina nacional, localizando-o em sua respectiva área, do direito processual penal.

Da mesma forma, é escolha intencional não tratar obrigatoriedade como princípio, como comumente fazem, os autores consultados. Isto porque tal acepção traz consigo o ônus de

associar a noção de obrigatoriedade processual penal a uma determinada espécie de norma, invisibilizando o debate (e as contradições internas) da doutrina acerca da estrutura normativa deste construto, bem como quais as posições jurídicas que lhe são derivadas, e mesmo sobre em que condições e termos é possível falar de uma norma de obrigatoriedade em processo penal, especialmente no quadro de um estado Democrático e Constitucional de Direito¹².

Por fim, na designação utilizada preferi não associar a obrigatoriedade de forma imediata ao tema que comumente lhe é correlato, o da ação penal, como faz grande parte da doutrina, sob pena de nublarem as possíveis relações do objeto de pesquisa com outras temáticas do processo penal.

¹² Como informam Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia (2011), há substancial diferença entre a interpretação jurídica em um Estado Legal de direito, onde a função da dogmática é meramente classificar e ordenar os conceitos jurídicos a partir da lei, e de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, cujo desiderato é a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e a realização de condições para tanto.

3 OS DISCURSOS DE OBRIGATORIEDADE PROCESSUAL PENAL NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

São apresentados no presente Capítulo os dados colhidos na pesquisa realizada na Revista Brasileira de Ciências Criminais a respeito do tratamento dado à obrigatoriedade processual penal, destacando as principais construções doutrinárias e categorias utilizadas nos discursos encontrados, tecendo considerações gerais e elegendo alguns recortes temáticos para análise e discussão, que será aprofundada no capítulo seguinte.

Deste modo, a exposição empreendida neste momento possui um caráter predominantemente descritivo, embora não totalmente, afinal a própria eleição daquilo que se convencionou como aspectos relevantes dos discursos em análise está embebida dos pressupostos que guiaram o olhar deste pesquisador, e do conjunto de problemas que nortearam os rumos desta pesquisa. Além disso, especialmente nas considerações gerais, apresento desde já alguns elementos de análise e comentários, que irão ser retomados posteriormente.

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como indiciado pelas linhas anteriores, adentrando aos discursos sobre obrigatoriedade processual penal encontrados, e ao próprio material empírico é possível, desde já, apresentar algumas considerações de cunho geral sobre os artigos que compuseram a amostra final de análise. Estas considerações não necessariamente possuem um cunho totalizante, no sentido de abranger todo o material analisado, sem nenhum tipo de exceção. Mas, antes sim, tem o condão de apresentar o panorama geral do debate acerca da obrigatoriedade processual penal nas publicações da RBCCRIM.

A primeira constatação – e talvez uma das mais importantes – é a da ausência de artigos que tenham a obrigatoriedade como temática principal. Nesta pesquisa, que atravessa trinta anos de produção acadêmica, a partir das mais diversas abordagens e enfoques, não foi possível encontrar nenhum artigo com obrigatoriedade como objeto central de pesquisa.

Este dado, sintomático do pouco esforço teórico dedicado à temática pelo campo, é corroborado pela quantidade ínfima de artigos que trazem a obrigatoriedade (ou congêneres) como elemento privilegiado de análise (ainda que não o principal) ou mesmo como parte de menção no resumo de pesquisa ou palavra-chave do artigo.

Mesmo nos artigos selecionados para a pesquisa, onde em algum momento foi possível observar menção à obrigatoriedade, o espaço dedicado à temática era, via de regra, diminuto.

Outro elemento corroborativo do pouco adensamento teórico-acadêmico sobre a temática surge no segundo ponto de impressão geral: nos artigos analisados pude verificar que as menções e discussões propostas acerca da obrigatoriedade processual penal são acompanhadas de muito poucas referências bibliográficas e/ou empíricas, isto quando sequer há qualquer tipo de referência.

Ademais, observa-se o uso recorrente de citações diretas como método de exposição da temática da obrigatoriedade, utilizando-se da voz de autoridade de algum autor para expor, por exemplo, qual o conceito de obrigatoriedade ou sua função social, sem qualquer tipo de problematização ou debate acerca dos conteúdos mencionados.

Em paralelo com este fenômeno, percebe-se em termos gerais, no tratamento da obrigatoriedade processual penal, pouca preocupação com linguagem e rigor conceitual no tratamento da matéria. Praticamente inexistente discussão sobre o uso ou eleição de determinados conceitos para a discussão da obrigatoriedade processual penal – não obstante a existência de diversos conceitos correlatos, como já apresentado (oficialidade, legalidade, indisponibilidade etc.), bem como das problemáticas de cunho jurídico-teórico que envolvem a temática, e que serão objeto de recorte de análise na sequência.

Dentre os artigos analisados, foi possível notar também a existência de uma grande maioria de discursos legitimatórios da obrigatoriedade, ou seja, de artigos que não questionam a posição ou papel desta norma no ordenamento jurídico, ainda que com uma ou outra pontuação crítica em sua abordagem.

Outro elemento geral de percepção na coleta dos dados objeto de análise nesta dissertação foi a percepção da obrigatoriedade como temática jurídica essencialmente ligada à fase processual-judicial da persecução penal, mais especificamente relativa ao momento de oferecimento da ação penal. Alguns poucos artigos mencionam a relação entre obrigatoriedade e a fase investigatória de persecução criminal e nenhum deles propõe discutir ou aventar qualquer tipo de relação entre obrigatoriedade processual e execução penal – não obstante a noção de autoexecutoriedade da sentença penal condenatória pelo próprio poder judiciário que marca a passagem da fase de conhecimento para a fase de execução do processo penal.

Outra percepção geral digna de nota diz respeito à baixa incidência do discurso constitucional e de referência às normas constitucionais nos discursos acerca da obrigatoriedade processual penal estudados. São muito poucos os artigos que chegam a afirmar ou mencionar o fulcro constitucional da norma de obrigatoriedade e mesmo das suas fontes normativas, ainda que adstritas ao campo da lei – embora a legislação seja mais mencionada, quando o é, do que a constituição. De todo modo, via de regra não há qualquer debate acerca da aptidão das fontes

normativas citadas para a extração da norma de obrigatoriedade processual penal ou das operações interpretativas que justificariam a sua existência (ou modulação ou flexibilização etc). A maioria dos artigos que se refere às fontes normativas da obrigatoriedade processual penal se refere, de forma mais ou menos genérica, ao fato de que esta seria implícita a um ou outro dispositivo de lei, ou ainda inferida de uma leitura sistemática do conjunto da legislação ou do ordenamento jurídico, como um todo.

Por fim, como já demonstrado de certa forma nas observações anteriores, verifica-se a completa ausência de embates teóricos e problematização acadêmica da temática de obrigatoriedade, com apresentação e confrontação das diferentes perspectivas sobre a questão, discutindo nuances, categorizações, enquadramentos dentro de determinado marco teórico etc. Quando muito, tais problematizações são realizadas de forma ensaística e especulativa, porém de forma breve e pontual.

3.2 RECORTES TEMÁTICOS

Para além destas considerações de caráter mais geral, transversais pois aos artigos que compõem o corpo empírico desta pesquisa, optei por organizar os dados de pesquisa a partir de recortes, tanto com o objetivo de trazer uma exposição organizada das temáticas mais latentes, como também para facilitar a análise, discussão e crítica dos discursos sobre obrigatoriedade processual penal encontrados. Deste modo, é possível dizer que a função dos recortes abaixo apresentados possui uma função didático-analítica, o que não elimina os intensos pontos de contato entre os temas analisados, inclusive com sobreposições temáticas, que serão evidenciadas no momento destinado à análise e crítica dos dados, no capítulo seguinte, bem como na sistematização do material de análise, em sede de considerações finais.

Dito isto, apresento os recortes temáticos utilizados para organização dos dados explorados para revelar os discursos dos especialistas acerca dos seguintes temas: a) o(s) conceito(s) de obrigatoriedade; b) a relação entre obrigatoriedade e legalidade; c) a estrutura normativa da obrigatoriedade; d) as funções sociais atribuídas à obrigatoriedade; e) a relação entre obrigatoriedade, igualdade e seletividade penal.

3.2.1 O(s) conceito(s) de obrigatoriedade

O primeiro recorte apresentado para estudo se refere à definição conceitual da obrigatoriedade processual penal. Este ponto de partida é fundamental para iniciar o debate

acerca do que se expressa como obrigatoriedade, dentre a diversidade de acepções e conceitos correlatos, tal como apresentados pela literatura especializada.

Como já inferido na introdução, o objetivo desta dissertação não é a apuração do que seria o conceito mais adequado à obrigatoriedade em processo penal, mas sim captar o conjunto de sentidos atrelados a este significante. Neste sentido, mais do que revelar eventuais inconsistências teóricas, esquemáticas ou expositivas na apresentação do que seria a obrigatoriedade, busco com o presente material perceber como os interlocutores tratam o tema ao defini-lo, e, a partir das interseções com os demais recortes de análise, quais os efeitos que dessa definição (ou deste conjunto de definições) se pode extrair.

As primeiras constatações gerais que se pode chegar com o estudo da conceituação da obrigatoriedade, na análise da bibliografia como um todo, remetem a sua relação sinonímica com a ideia de legalidade; sua caracterização normativa como princípio e/ou regra; bem como sua associação mais direta com a temática processual da ação penal.

No que tange a relação da obrigatoriedade com a legalidade, esta será objeto de análise própria em um dos tópicos deste trabalho. Entretanto, para fins de conceituação é importante evidenciar que a ideia de obrigatoriedade processual penal é tratada por muitos autores como sinônima de legalidade, associando-se princípio da legalidade ao princípio da obrigatoriedade; obrigatoriedade processual à legalidade processual; regra de legalidade à regra de obrigatoriedade, entre outras fórmulas vocabulares. Alguns autores, por sua vez, sequer utilizam a palavra obrigatoriedade para se referir ao fenômeno estudado, preferindo denominá-lo apenas de legalidade; legalidade processual; princípio da legalidade; princípio da legalidade em sentido processual, postulado da legalidade, entre outras tantas designações. Frise-se, contudo, que esta não é a opção terminológica adotada pela maioria dos autores brasileiros¹³.

A designação normativa de obrigatoriedade como princípio ou regra é também um dado comum da bibliografia e será objeto de análise mais acurada em um tópico de análise que pretende estudar a estrutura normativa da obrigatoriedade. Embora a acepção mais comum seja de princípio da obrigatoriedade, por vezes a obrigatoriedade é tratada também como regra, ou de forma mais genérica como norma, ou ainda simplesmente pelo nome de obrigatoriedade, inclusive podendo haver variação de tratamento no mesmo texto, sem mudança aparente de significado ou referente.

Por fim, a obrigatoriedade processual é apresentada na maior parte das vezes como um tema afeto à ação penal, inclusive sendo denominada de princípio da obrigatoriedade da ação

¹³ Os autores estrangeiros, em geral, tendem à utilização das fórmulas que tem como núcleo a palavra legalidade para denominação do fenômeno que aqui chamamos de obrigatoriedade processual penal.

penal ou obrigatoriedade da ação penal. Isto não impede que alguns autores citem a investigação criminal como temática abrangida pela obrigatoriedade processual, ou mesmo a impossibilidade de desistência do processo penal (e dos recursos interpostos) como sua expressão ou parte da sua definição (muitas vezes mediada pela noção de indisponibilidade, que lhe surge como correlata).

Adentrando a especificidade da revisão bibliográfica da RBCCRIM, foi possível identificar pelo menos dezesseis artigos que promovem de alguma forma esforço de conceituação acerca da obrigatoriedade processual penal. Aqui se considerou, para fins de análise, qualquer tipo de definição apresentada pelos autores, por mais corriqueira que fosse. Tomando como base este pressuposto, denota-se uma quantidade pequena de artigos que trazem alguma preocupação explicativo/conceitual sobre a obrigatoriedade. No que tange aos artigos propriamente analisados neste recorte, ou seja, aqueles que trouxeram, ainda que em forma de esboço, propostas de definição da obrigatoriedade, pode-se, de antemão, verificar um baixo grau de adensamento descritivo, teórico e de referência em outras obras das propostas conceituais apresentadas.

Na quase totalidade dos artigos analisados, a obrigatoriedade processual penal é descrita como um dever de agir, uma obrigação, uma atuação compulsória ou necessária, um vínculo, imposto ao órgão acusatório oficial (DUCLERC; MATOS, 2022; BORGES; RAZERA, 2020; VASCONCELLOS, 2020; MENEZES; VASCONCELOS, 2019; RIOS; FARIAS, 2018; ARANTES, 2015; VILARES, 2012; BITTAR, 2011; CARVALHO, 2010; ISAACSSON, 2008; DELMANTO, 1998; MOREIRA, 1997; LOPES, 1993; GOMES, 1992).

O conteúdo deste dever, por sua vez, é definido como de exercício da ação penal/oferecimento de denúncia (DUCLERC; MATOS, 2022; BORGES; RAZERA, 2020; MENEZES; VASCONCELOS, 2019; RIOS; FARIAS, 2018; VILARES, 2012; BITTAR, 2011; BADARO, 2009; ISAACSSON, 2008; DELMANTO, 1998; MOREIRA, 1997; LOPES, 1993; GOMES, 1992); assim como de apuração e processamento de todas as infrações de natureza pública (ISAACSSON, 2008; VASCONCELLOS, 2020; ARANTES, 2015; ISAACSSON, 2008; GOMES, 1992).

Quando referente ao exercício da ação penal em um regime de obrigatoriedade, verifica-se em parte dos autores menção expressa ao necessário preenchimento de critérios/requisitos/condições previstos em lei. Assim, presentes tais critérios/requisitos/condições legais para a propositura da ação penal, seria dever do acusador assim fazê-lo ((DUCLERC; MATOS, 2022; RIOS; FARIAS, 2018; LOPES, 1993). Há ainda quem se refira meramente, sem qualquer menção à lei, ao preenchimento de (in)determinadas

condições, como dado relevante para a verificação do dever de agir ministerial (MENEZES; VASCONCELOS, 2019; VILARES, 2012).

Este dever de agir, implicaria, por sua vez, na ausência de margem de atuação ao Ministério Público entre denunciar, pedir diligências complementares ou postular de forma fundamentada o arquivamento (RIOS; FARIAS, 2018; BITTAR, 2011). Frise-se, contudo, que nenhuma das definições encontradas se preocupa em adentrar à descrição de quais seriam exatamente os critérios legais referidos.

Outros autores, por sua vez, não se referem (pelo menos diretamente) a premissas legais para o surgimento do dever de propositura de ação penal por parte do Ministério Público, mas sim a um dado conteúdo empírico denotativo da ocorrência do delito e/ou sua autoria (VASCONCELOS, 2019; ARANTES, 2015; VILARES, 2012; BADARO, 2009; ISAACSSON, 2008; DELMANTO, 1998; MOREIRA, 1997).

Nessa linha, fala-se para a propositura de ação penal pelo Ministério Público, sobre a necessidade de “elementos probatórios suficientes a indicar a ocorrência de um crime (justa causa)” (VASCONCELLOS, 2020); “elementos razoáveis sobre a existência do crime e indícios de sua autoria” (ARANTES, 2015); “elementos de autoria e prova da materialidade” (VILARES, 2012); “indícios de materialidade e autoria criminal” (ISAACSSON, 2008), a mera formação da “*opinio delicti* ou a suspeita de crime” (DELMANTO, 1998); ou mesmo “tão-só tenha-se notícia do crime e não existam óbices que o impeçam de atuar” (MOREIRA, 1997).

Em uma abordagem um pouco mais completa, do ponto de vista técnico, um dos artigos se refere ao “suporte probatório mínimo” como a somatória de indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade (BADARO, 2009). Importante mencionar que nenhum dos artigos trata de forma expressa acerca da punibilidade como dado necessário para a deflagração da acusação pública¹⁴.

É interessante perceber, como dado comum dos discursos analisados, a inflexão narrativa que privilegia uma posição ativa do órgão acusatório, na adoção de providências que impliquem na instauração de um processo penal condenatório, propiciando a aplicação de pena criminal, através dele, em detrimento das reflexões acerca dos eventuais obstáculos aos atos persecutórios.

Como já mencionado, os discursos analisados acerca da obrigatoriedade processual penal têm claro foco na ação e processo penais. Entretanto, alguns autores chamam atenção

¹⁴ A questão da punibilidade aparece, contudo, implícita na discussão acerca da prescrição prospectiva, nos artigos que privilegiam esta análise, como aqueles publicados por Rômulo de Andrade Moreira (1997) e Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1993).

para a incidência de obrigatoriedade na fase investigativa da persecução penal (ARANTES, 2015; CARVALHO, 2010; ISAACSSON, 2008; GOMES, 1992) relacionando-a mesmo com o dever de instauração de inquérito policial, de prosseguimento nas investigações, e de promoção das diligências investigativas previstas em lei (CARVALHO, 2010; ISAACSSON, 2008).

Em um artigo tratando especificamente da incidência da obrigatoriedade no inquérito policial, o autor, que aparentemente não é crítico à ideia de obrigação processual penal como norma do nosso sistema, infere ser “inútil que alguns se apeguem à ideia da obrigatoriedade da instauração do inquérito”, quando a realidade prática da polícia investigativa nacional seria regida pelo “critério da conveniência” (SOUZA, 1998).

O conteúdo da obrigatoriedade também se estende à impossibilidade de desistir do processo e/ou transigir acerca do seu objeto (GOMES, 1992). Aqui, muitas vezes, se faz uso da noção de indisponibilidade, que é apresentada como correlata ou derivada da obrigatoriedade processual penal (MENEZES; VASCONCELOS, 2019).

A obrigatoriedade também é referida como dado que impõe a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (BORGE, RAZERA, 2020), e a sua indivisibilidade, que significaria o necessário oferecimento de ação penal contra todos os autores e partícipes do delito, sem exceções (TOURINHO FILHO, 1993).

3.2.2 Obrigatoriedade e legalidade

Como já mencionado anteriormente, a noção de legalidade está de tal forma atrelada à obrigatoriedade processual penal que ambas são tratadas como sinônimos por grande parte da doutrina. Deste modo, nada mais natural que eleger como recorte de análise os discursos que relacionam obrigatoriedade e legalidade, para além da relação sinonímica já evidenciada, é claro.

Na revisão bibliográfica da RBCCRIM foi possível identificar ao menos quinze artigos que tratam sobre a questão. De antemão, é possível identificar três vetores relacionais a serem destrinchados: a) a legalidade como fundamento da obrigatoriedade; b) a legalidade como obstáculo para a construção de vias alternativas à/de persecução penal; e c) a legalidade - ou, mais especificamente, a lei - como meio de excetuar a obrigatoriedade processual penal.

Em relação ao primeiro vetor, observa-se a construção teórica de derivação entre legalidade e obrigatoriedade processual penal (DUCLERC; MATOS, 2022; PELUSO, 2007; LOPES, 1993), a partir da ideia de que a “vinculação da atuação do Estado a critérios legais

justificaria a obrigatoriedade” (DUCLERC; MATOS, 2022), em vista da titularidade da ação penal pública por ente estatal (discurso associado à oficialidade ou princípio da oficialidade). Noutra acepção, afirma-se que o Ministério Público, por não ser titular do *ius puniendi* estatal, não poderia dispor da ação penal pública, daí derivando-se o princípio da obrigatoriedade, “decorrência lógica do princípio constitucional da legalidade” (PELUSO, 2007).

Há ainda a justificativa da obrigatoriedade na força cogente da norma penal, que aqui pode-se entender como referência à lei penal material incriminatória/cominatória, uma vez que “realizado seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos” (FACCINI NETO, 2020).

Importante aqui anotar a crítica ao discurso de obrigatoriedade associada ao fundamento de legalidade, que trata esta construção teórica como derivada de “uma construção invertida das bases principiológicas do poder de persecução em juízo, realizada desde a própria sistemática do CPP e não da Constituição, como deveria ser” (DUCLERC; MATOS, 2022).

Passando ao segundo ponto de análise, é possível identificar a legalidade sendo utilizada como meio de afastar alternativas diversionistas¹⁵ e/ou consensuais de justiça penal (OLIVEIRA, 2021; BORGES, RAZERA, 2020; WEDY; KLEIN, 2019; ARANTES, 2015). Em um artigo, por exemplo, associa-se a impossibilidade de soluções consensuadas como dado denotativo da vigência do “postulado da legalidade em sua pureza” (OLIVEIRA, 2021). Em outro trabalho, a obrigatoriedade processual penal, tendo seu fundamento na lei e na constituição, seria um empecilho para a instauração de uma justiça restaurativa no campo penal (BORGES, RAZERA, 2020).

A noção de legalidade aparece ainda como grande obstáculo à diversão processual e penal, impondo a persecução e punição de todo delito, “por mais desprezível que seja”, não podendo o Ministério Público dispor da pretensão punitiva (ARANTES, 2015). Em um artigo específico, o autor, embora afirme a influência dos caracteres da justiça penal norte-americana no Brasil, expressa na lei de juizados, defende a obrigatoriedade como regra, que inviabilizaria “consentir com qualquer possibilidade de acordo entre Ministério Público e acusado” (WEDY; KLEIN, 2019).

De forma diversa, em meio às inovações processuais que diversificaram os procedimentos e circuitos da persecução penal, inclusive com alternativas consensuais de encaminhamento do caso penal, a legalidade (e a lei) é utilizada como elemento justificativo da instituição de eventuais exceções à obrigatoriedade processual penal.

¹⁵ As ideias de diversionismo ou diversão processual são utilizadas pelos autores consultados como forma de se referir às alternativas negociais e de consenso ao processo penal pautado pela obrigatoriedade.

Nessa série de discursos, a obrigatoriedade é colocada como regra, sujeita à possibilidade de exceção/mitigação/flexibilização por meio de lei (SANTORO, 2022, ABRÃO, 2021; BARROSO, 2019; CANOTILHO; BRANDÃO, 2017; ARANTES 2015; GRINOVER, 1995; GOMES, 1992), com alguns autores pontuando a necessidade do crivo judicial para tanto (ARANTES, 2015; GRINOVER, 1995).

Outros autores falam da possibilidade de convívio da obrigatoriedade, com critérios de oportunidade que permitam saídas alternativas ao processo, desde que com a observância das limitações legais previamente estabelecidas, partindo da premissa da existência de mecanismos de controles, sem excessos, nem violação do princípio da igualdade na condução dos casos criminais (VILARES, 2012). A maioria dos artigos, contudo, coloca ênfase na vigência da obrigatoriedade processual penal, falando-se mesmo de “incontornabilidade” da obrigatoriedade, fora dos casos legalmente previstos (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017).

3.2.3 Obrigatoriedade e estrutura normativa

As incongruências internas dos discursos de obrigatoriedade processual penal e o pouco aprofundamento teórico dado ao tratamento do tema trouxeram a necessidade de um recorte específico a fim de evidenciar o conjunto de problemas atrelados à estrutura normativa da obrigatoriedade.

Algo que se verifica desde a conceituação da obrigatoriedade processual penal pelos autores estudados na revisão bibliográfica da RBCCRIM é a sua caracterização majoritária como um princípio jurídico. Praticamente todos os artigos estudados tratam a obrigatoriedade como princípio, embora este tratamento não seja acompanhado de qualquer justificativa teórica ou mesmo discussão sobre a estrutura da norma e os aspectos interpretativos que lhe envolvem.

Não obstante, a obrigatoriedade processual penal também é tratada como regra, as vezes no bojo do mesmo artigo que lhe enquadra enquanto princípio, sem qualquer tipo de consideração sobre esta opção jurídico-semântica. Esta caracterização normativa se percebe mais presente quando a “a regra geral de demandar judicialmente”, representada pela obrigatoriedade, é confrontada com possíveis exceções, ainda que para negá-las, eventualmente (OLIVEIRA, 2021; WEDY; KLEIN, 2019; PALERMO, 2011; PELUSO, 2007; MOREIRA, 1997; LEAL, 1996). Isso não impede que determinados artigos apresentem as hipóteses diversionistas de justiça criminal, de não promoção de atos persecutórios ou, mais genericamente, de oportunidade, como exceções à obrigatoriedade, quando esta é caracterizada enquanto princípio (NETO. 2019; VASCONCELLOS, MENEZES; VASCONCELOS, 2019;

ARANTES, 2015; VILARES, 2012; PALERMO, 2011; ISAACSSON, 2008; MOREIRA, 1997; LEAL, 1996).

A confusão sobre o tratamento como princípio ou regra e a questão da excepcionalidade da hipóteses de não persecução penal é bastante presente no material analisado, e se verifica de forma bem demonstrativa na seguinte oração extraída de um dos artigos analisados: “(...) pode-se sustentar que o princípio da legalidade já não é mais a regra exigida pela Constituição, mas pode chegar a se converter em exceção (,,,)” (PALERMO, 2011, p. 188).

Nos artigos estudados predomina uma visão de afirmação da vigência da obrigatoriedade processual penal, reconhecendo, porém, em maior ou menor grau, um fenômeno de “flexibilização”¹⁶ desta norma (ABRÃO, 2021; OLIVEIRA, 2021; MENEZES; VASCONCELOS, 2019; ARANTES, 2015; VILARES, 2012; PALERMO, 2011; BITAR, 2011.88; ISAACSSON, 2008; PELUSO, 2007; COSTA, 2004; GRINOVER, 2002; MOREIRA, 1997; LEAL, 1996), a partir sobretudo da lei de juizados especiais (ABRÃO, 2021; MENEZES; VASCONCELOS, 2019; VILARES, 2012; BITAR, 2011; COSTA, 2004; GRINOVER, 2002; MOREIRA, 1997; LEAL, 1996).

A obrigatoriedade, por sua vez, é descrita como originalmente “irrestrita” (VILARES, 2012), dotada de “inflexibilidade” (COSTA, 2004.47; GRINOVER, 2002; LEAL, 1996), “intocável” (MOREIRA, 1997) e objeto de defesa “intransigente” (GRINOVER, 1993). Há ainda a caracterização da obrigatoriedade processual penal como “tradição” (ARANTES, 2015), “dogma” (ISAACSSON, 2008) ou mesmo, de forma superlativa, como “regra absoluta” (LEAL, 1996).

As situações decorrentes da transição de um paradigma de obrigatoriedade processual penal supostamente mais rígido para um modelo hipoteticamente mais flexível, ou passível de exceção, são descritas a partir de um conjunto de expressões, aparentemente utilizadas como sinônimos, que caracterizariam um regime jurídico diferenciado, tais quais “discricionariedade regrada” (DE-LORENZI, 2019; VILARES, 2012; PALERMO, 2011; PELUSO, 2007; LEAL, 1996) “discricionariedade mitigada” (ARANTES, 2015; PELUSO, 2007) “legalidade mitigada” (ARANTES, 2015) , “discricionariedade controlada” (ARANTES, 2015), “oportunidade regrada” (VILARES, 2012; ISAACSSON, 2008; PELUSO, 2007; MOREIRA, 1997), “disponibilidade regulada” (VILARES, 2012; 2011.88), “discricionariedade regulada” (VILARES, 2012; LEAL, 1996), “oportunidade mitigada” (2007.65). Ou mesmo afirma-se

¹⁶ Outras palavras ou ideias são utilizadas para desempenhar a mesma função, como sinônimos, exemplo de “relativização”, “abrandamento”, “amenização”, “mitigação”.

adoção excepcional (ou alternativa) do princípio da oportunidade (ARANTES, 2015; VILARES, 2012; LEAL, 1996).

No mesmo trilho, demonstrativo da desordem conceitual, em um artigo específico, ao comentar acerca do dever de oferecimento de proposta de transação penal pelo Ministério Público, caso presentes os requisitos legais, afirma-se “reconhecer a existência de um cunho de obrigatoriedade no que ora se chama princípio da oportunidade” (LEAL, 1996).

3.2.4 Obrigatoriedade e as funções que lhe são atribuídas

Um dos temas mais importantes – talvez o mais importante – para desvelar o sentido da obrigatoriedade processual penal é o das funções sociais (ou como se costuma dizer, meta-jurídicas) que se atribuem a este construto teórico.

Muito embora a ideia de função declarada não necessariamente corresponda à operabilidade real do sistema, as imagens funcionais que este construto projeta são de fundamental importância para relevar do conjunto de representações e projeções que são associadas à obrigatoriedade processual penal. Neste mesmo recorte também interessa a relação travada entre obrigatoriedade e poder de punir estatal, uma vez que parte substancial dos discursos analisados se referem, ainda que de forma mediata, às funções atribuídas à pena criminal. Por fim, interessa também investigar as relações entre obrigatoriedade (e a sua negação) com a ideia de eficiência.

Na revisão de literatura da RBCCRIM, foi possível identificar pelo menos onze artigos que se referem, de alguma forma a noções de funcionalidade atribuídas à obrigatoriedade processual penal. A relação entre obrigatoriedade e poder de punir foi verificada em pelo menos dez artigos. E questões atinentes ao debate de eficiência relativos à obrigatoriedade são observadas em pelo menos sete artigos.

Trata-se de um número relativamente substancial de artigos, considerando o universo de análise e a constatação geral do pouco espaço dado à reflexão acerca da obrigatoriedade nos artigos objeto desta pesquisa empírico-bibliográfica. Entretanto, o pouco adensamento teórico e o próprio espaço ainda mais reduzido dado a este recorte, permite desde já colocar a funcionalidade e a relação com o poder punitivo como elementos lateral do discurso jurídico de (ou sobre) obrigatoriedade processual penal.

Nos trabalhos, é possível observar a caracterização da obrigatoriedade como uma espécie de garantia em favor da vítima e da sociedade contra a impunidade, funcionando como hipotética salvaguarda à promoção da persecução penal pelo Estado, face a elementos de erro,

negligência, atuação dolosa e ou pessoalizada do órgão acusatório e/ou investigatório (DUCLERC; MATOS, 2022; ARANTES, 2015; BITTAR, 2011; MOREIRA, 1997 e GOMES, 1992).

Há ainda menção da obrigatoriedade como expressão processual do dever estatal de proteção dos bens jurídicos constitucionais (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017), que também é colocada como garantia de aplicação do *ius puniendi* e de proteção dos direitos fundamentais da cidadania (BITTAR, 2011).

No esteio da ideia de obrigatoriedade como garantia de persecução de todos os crimes de ação penal pública (ARANTES, 2015; GOMES, 1992), e de aplicação da meta de *full enforcement*, com a aplicação das normas incriminatórias sem resíduos a todas as condutas em abstrato subsumíveis (GOMES, 1992), há ainda a associação da obrigatoriedade da persecução penal com a obrigatoriedade da pena (ISAACSSON, 2008; PELUSO, 2007), apresentando-se entendimento de que se “o processo penal é o único instrumento admitido para que a pena seja aplicada”, logo, se “a aplicação do Direito Penal depende da atuação dos órgãos estatais, devem eles agir inarredavelmente”, já que o dever do Estado é perseguir o delito e garantir a justiça (PELUSO, 2007).

Observa-se também, em meio à discussão de obrigatoriedade, a atribuição ao processo penal da finalidade de realização das escolhas e finalidades do direito penal material (VILARES, 2012; BITTAR, 2011; PALERMO, 2011; MOREIRA, 1997), este que por sua vez teria como desiderato a proteção de bens jurídicos, através da instituição e aplicação de penas criminais (MOREIRA, 1997). Em um viés mais crítico, relaciona-se a obrigatoriedade com um modelo de atuação estatal intervencionista e de forte inclinação à criminalização e penalização de condutas (CHOUKR, 1994).

Além da palavra garantia, utilizada por diversas vezes, é possível observar a associação da obrigatoriedade com as ideias de segurança (ARANTES, 2015; GOMES, 1992) e confiança (ARANTES, 2015). Há também a caracterização da obrigatoriedade processual penal como instrumento de manutenção e reintegração da ordem jurídica (PELUSO, 2007).

Em um artigo específico, trata-se a obrigatoriedade face os espaços de disponibilidade, regulada pela lei e controlada pelo juiz, ambos como alternativas de gestão das escolhas de direito penal, com objetivo de pacificação social (VILARES, 2012).

Verifica-se ainda o estabelecimento de correlação entre a obrigatoriedade processual penal e as teorias absolutas/retribucionistas da pena (VILARES, 2012; GRINOVER, 1993; GOMES, 1992) ou, como já mencionado à noção de justiça (PALERMO, 2011; PELUSO, 2007) – signo este normalmente associado ao retribucionismo, neste contexto – inclusive em

menção expressa à perspectiva hegeliana (GOMES, 1992) e kantiana (VILARES, 2012) acerca da pena criminal. Na mesma senda, surge como fundamento da obrigatoriedade ao brocardo *nec delicta meneant impunita* (nenhum delito deve ficar impune) (MOREIRA, 1997).

Em sua oposição, a noção de oportunidade em processo penal estaria associada às finalidades preventivas da pena (VILARES, 2012), apresentando-se inclusive alguma perplexidade, quanto à manutenção do paradigma de obrigatoriedade processual penal face a superação das teorias absolutas pelas teorias utilitárias da pena (GRINOVER, 1993).

Por sua vez, afirma-se que a relativização da obrigatoriedade estaria associada, pelo menos no âmbito da teoria à noção de diversificação da resposta penal e da atribuição de novos sentidos ao direito penal, além da preocupação com a vítima e a reparação dos seus danos (SANTOS, 2009; ISAACSSON, 2008; GOMES, 1992). Repensar a obrigatoriedade também estaria em consonância com uma justiça mais célere (BARROSO, 2019; WEDY; KLEIN, 2019; PALERMO, 2011) e à redução de custos da persecução penal (PALERMO, 2011) Há também uma crítica da obrigatoriedade, associando-a a um modelo pouco eficiente de persecução penal (GONÇALVES, 2004; CHOUKR, 1994), bem como um obstáculo à implementação de práticas restaurativas no âmbito dos delitos de ação penal pública (BORGES; RAZEIRA, 2020; LEMOS, 2020).

Em um dos artigos, faz-se a observação que as soluções de oportunidade e consenso em processo penal não podem servir a interesses outros que não os imanentes ao sistema penal, nem recair em um negócio sobre a pena, desaconselhando que a persecução penal se oriente por critérios economicistas e eficientistas (SANTANA, 2005). Em outros trabalhos, faz-se a observação que, em última instância, o que estaria em jogo na discussão da obrigatoriedade seria a possibilidade de renúncia do próprio poder de punir estatal (DUCLERC; MATOS, 2022), ou mesmo a sua impossibilidade, em virtude da ideia de indisponibilidade do *ius puniendi* (PELUSO, 2007).

De forma aparentemente paradoxal, ao comentar o advento da lei de juizados especiais, e a mitigação da obrigatoriedade processual penal que lhe seguiu, um dos artigos estudados traz a interessante observação que a flexibilização daquele dito princípio teve como consequência a diminuição das cifras ocultas e a contribuição para a efetiva aplicação de sanções penais (GONÇALVES, 2004).

3.2.5 Obrigatoriedade, igualdade e seletividade

Como último dos recortes, apresento as interações entre obrigatoriedade processual penal e a norma de igualdade, bem como a questão da seletividade, tema recorrente do estudo da persecução penal, especialmente no que tange aos seus efeitos práticos.

Na análise procedida na RBCCRIM foi possível observar um artigo que associa a igualdade como fundamento da obrigatoriedade processual penal. Em relação à seletividade, sete artigos discutem o tema, a partir de diferentes perspectivas.

Pode se dizer, em termos gerais, que este recorte forneceu menos material de análise que os demais. Entretanto, a relevância da questão da igualdade/seletividade para a análise da obrigatoriedade processual penal justifica a sua apresentação como tópico autônomo.

Em relação à questão da igualdade como fundamento da obrigatoriedade, verificou-se artigo em que a defesa da obrigatoriedade é pautada na igualdade da persecução penal, subtraindo do Ministério Público o estabelecimento de critérios decisórios próprios acerca de quem deveria ser ou não denunciado (FACCINI NETO, 2020).

Num sentido semelhante, outro artigo entende que o art. 28 do Código de Processo Penal¹⁷ serviria de elemento para a preservação da obrigatoriedade, salvaguardando-a de uma atuação seletiva dos órgãos acusatórios na persecução penal (MORAES FILHO, 1997).

Há ainda a constatação de que a obrigatoriedade imporia restrições de tal calibre às práticas diversionistas, que implicaria em uma incidência “estruturalmente seletiva” da justiça restaurativa, dependente ademais dos poderes seletivos do juiz e do acusador público (BORGES; RAZERA, 2020).

Em relação à obrigatoriedade processual, é um dado comum dos textos que tratam da temática a partir de um viés um pouco mais crítico, a partir da chave de seletividade, a constatação da inexecuibilidade da investigação e/ou processamento de todos os delitos (ARGUELLO; MURARO, 2015; LEAL, 1996; GRINOVER, 1993; GOMES, 1992).

Observa-se, a partir de um olhar criminológico focado especialmente na atividade policial, a inexecuibilidade do programa criminalizante redundaria em uma persecução penal seletiva, discricionária e regida por práticas e filtros alheios ao direito, como a aparência e comportamento do sujeito objeto de criminalização, o local onde o fato ocorreu, dinâmicas internas de poder na polícia, entre outros fatores (ARGUELLO; MURARO, 2015). A vigência prática e informal da “oportunidade e conveniência” no campo da investigação policial, a

¹⁷ Aqui está a se tratar do antigo art. 28 do Código de Processo Penal, que viabilizava o controle jurisdicional do arquivamento requerido pelo Ministério Público, com possibilidade de remessa das peças de informação ao procurador geral do *parquet*, em caso de discordância do magistrado acerca dos fundamentos aventados pelo acusador natural. Este dispositivo foi revogado pela lei nº 13.964/2019, embora permaneça aplicável, por força de decisão cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

inexequibilidade da apuração de todos os fatos noticiados e a seletividade na fase pré-processual da persecução penal também são objeto de reflexão em outros artigos (SOUZA, 1998; LEAL, 1996).

A inferência de critérios informais e politicamente caóticos de seleção dos casos penais também é denunciada, para além das autoridades policiais, como dados que informam as atividades do Ministério Público e magistratura, tratando a vigência absoluta da obrigatoriedade como falaciosa e hipócrita (LEAL, 1996). Em outro texto, fala-se da indemonstrabilidade da obrigatoriedade, tanto do ponto de vista de atingir as funções atribuídas à persecução penal, como para viabilizar a persecução de todos os delitos, invisibilizando “os métodos ocultos de seleção que a prática emprega” (GRINOVER, 1993).

4 DISCUSSÃO E ANÁLISE CRÍTICA DOS DADOS COLETADOS

Neste Capítulo me dedico ao esforço de compreensão, análise e crítica do material empírico coletado. Importante frisar que embora à título expositivo, a apresentação dos dados e sua análise tenham sido apresentadas em capítulos diversos, o processo de pesquisa não separou estas duas instâncias, que interagem de forma dialética, tendo a seleção de dados sido guiada pressupostos teóricos, que por sua vez, na medida do processo de conhecimento do objeto, se enriquecia e tomava novas forma, a partir das questões que surgiam a partir dos próprios dados sob análise.

Da mesma forma, os recortes de análise, embora cada um focado em um aspecto problemático dos discursos de obrigatoriedade, não são herméticos e isolados entre si, antes, porém, possuem uma série de interseções, que serão percebidas e desenvolvidas ao longo do trabalho.

Para fins de acompanhamento do presente capítulo, a análise seguirá pela ordem dos recortes temáticos apresentados no capítulo passado, tópico 3.2.

4.1 A CONCEITUAÇÃO DE OBRIGATORIEDADE E A PERSECUÇÃO PENAL PAUTADA EM CRITÉRIOS LEGAIS: INFLEXÕES PARA UM DEVIR PERSECUTÓRIO EM DETRIMENTO DE OUTRAS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO

Com base no recorte “O(s) conceito(s) de obrigatoriedade”, ponto 3.2.1 do capítulo desta dissertação, foi possível observar o discurso dos juristas acerca da obrigatoriedade processual penal quando buscam descrevê-la. Desde logo, confirmou-se neste tópico específico a impressão geral do pouco esforço dispendido no apuro conceitual das exposições sobre a obrigatoriedade – temática tratada quase como auto-evidente em seus termos, dado o baixo grau de adensamento descritivo, teórico e de mobilização de referências para seu tratamento. Não se vê também qualquer justificativa ou discussão mais aprofundada sobre essas escolhas semânticas e conceituais para o tratamento do tema, nem mesmo discussão sobre as implicações das nuances que envolvem estas escolhas.

Como dado característico destas exposições, verificou-se que a obrigatoriedade processual penal é apresentada por meio de inflexão narrativa que privilegia a posição ativa do órgão acusatório/ministerial (por vezes também atribuída aos órgãos investigatórios) em prol da persecução penal, especialmente através da instauração de processo penal em juízo, por meio de oferecimento de ação penal.

Estas escolhas narrativas são marcadas pela centralidade e ênfase no caráter vinculado das condutas persecutórias (investigação e, principalmente, propositura de ação penal), relacionando-as com as posições jurídicas de dever, obrigação, e caracterizando o agir persecutório como dado compulsório.

Esta construção deontológica que privilegia o agir persecutório dos órgãos policiais e ministeriais é construída em detrimento da reflexão sobre os cenários em que o dever persecutório, seja ele investigativo ou relativo ao processo penal em juízo, não se verifica. Associa-se, portanto, a ideia de dever, obrigação e/ou compulsoriedade aos atos de promoção da persecução penal, descurando-se que condutas contrárias à promoção e/ou manutenção de atos investigativos ou instauração de ação criminal em juízo podem ser igualmente qualificadas como atos vinculados¹⁸, ou seja, decorrentes de posições jurídicas de dever, atribuíveis aos órgãos públicos de persecução em determinados cenários.

De forma correlata, a inflexão narrativa em prol da promoção da persecução penal se verifica no baixíssimo grau de preocupação e aprofundamento dos artigos analisados com o suporte fático e contextual para a configuração do dever de agir penalmente por parte do órgão acusatório estatal. Como bem verificado, chega-se a mencionar a existência de requisitos legais para oferecimento de denúncia criminal, porém sem adentrar ao conteúdo fático-jurídico destes requisitos. Tal fato, por si, é demonstrativo de que os elementos obstativos do dever de oferecimento de ação penal ocupam uma posição secundária na narrativa de obrigatoriedade extraída dos autores estudados.

Em alguns artigos, doutra maneira, sem mencionar a totalidade dos requisitos previstos em lei, infere-se que o suporte fático para a propositura de ação penal pública teria relação com elementos empíricos mínimos, porém de forma imprecisa e cambiante em relação à qual seria o conteúdo probatório apto a ensejar ação penal pública.

¹⁸ Em sua clássica obra “Discrecionabilidade e controle judicial” (2012), o professor Celso Antônio Bandeira de Mello define poder vinculado como “quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento”, em oposição à noção de poder discricionário, “quando, em decorrência do modo pelo qual o direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa”. Entretanto, a partir de uma visão teleológica do direito, em que o poder administrativo se subordina à noção de dever, em vistas da realização de um estado de coisas, Bandeira de Mello questiona, por um lado, a ideia de que discrecionabilidade se confunde com arbítrio, bem como, por outro lado, à própria ideia de definitividade dos poderes vinculados, que podem ser executados quando concretamente não são aptos à realização do estado de coisas para o qual foram projetados.

Estas constatações corroboram a hipótese lançada por um dos artigos analisados no bojo do corpo empírico desta dissertação, de viés mais crítico, reproduzido no trecho a seguir:

A noção de obrigatoriedade traz consigo a mensagem simbólica de que o dever-ser ideal a partir da investigação de um fato é a persecução penal, mensagem que se articula com a visão tradicional do processo como caminho natural para a punição. Nessa construção ideológica, as garantias constitucionais são vistas como obstáculos incômodos para a realização do devir punitivo (DUCLERC; MATOS, 2022)

Coincidentemente, a ênfase discursiva em prol dos atos persecutórios e a ausência de clareza dos requisitos necessários à propositura da ação (especialmente aqueles de natureza probatória), coadunam com a construção jurisprudencial (BUDIÓ; DALLASTA, 2016), corroborada por parte da doutrina¹⁹, da noção de *in dubio pro societate*. Este suposto “princípio”, que não possui qualquer tipo de fundamento legal exposto²⁰, operaria em claro descompasso com a Constituição vigente (LOPES JR. 2000; BADARÓ, 2003), como fator de redistribuição do ônus da prova em desfavor do acusado no juízo de admissibilidade da denúncia criminal; na decisão de pronúncia, relativa ao procedimento de persecução dos crimes contra a vida; e mesmo em decisões acerca da progressão de regime em sede de execução penal (BUDIÓ; DALLASTA, 2016).

É importante perceber que a ausência de aprofundamento sobre os requisitos para a propositura de ação penal contrasta com um quadro legislativo que, pelo menos desde a reforma legislativa de 2008²¹, regula as hipóteses gerais de não recebimento de denúncia ou queixa a

¹⁹ Afirmando a incidência do *in dubio societate* na decisão de pronúncia, porém sem maiores digressões acerca de seus fundamentos Nestor Tavora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013). Veja-se que neste curso de processo penal, bastante difundido nas instituições de ensino jurídico baianas, há diversos excertos jurisprudenciais demonstrando o uso corrente do *in dubio pro societate* pelos Tribunais.

²⁰ Segundo Aury Lopes Jr., “... é importante desmascarar o frágil argumento de que no momento de admissão da denúncia existia uma presunção de *in dubio pro societate*. Não só não existe no plano normativo tal previsão, como, se existisse, seria inconstitucional, pois, ao afirmar que na dúvida deve-se proceder contra uma pessoa, estaríamos retirando o manto de proteção constitucional da presunção de inocência. A investigação preliminar está destinada a conhecer o fato em grau suficiente para afirmar a sua existência e autoria, isto é *probabilidade* da materialidade e da autoria. Se não atingir esse nível – ficando na mera *possibilidade* – justificará o pedido de arquivamento (não-processo) e, como consequência, não deverá ser admitida. Também não deverá conhecer profundamente da matéria, pois a cognição plena, destinada ao juízo de certeza, está reservada à fase processual” (2000, p. 55).

²¹ A Lei nº 11.719/2008 promoveu uma série de modificações no Código de Processo Penal brasileiro. Especialmente em relação aos dispositivos atinentes à admissibilidade da ação penal, foi revogado o artigo 43 da redação original do código, cujas hipóteses expressas de rejeição da denúncia eram muito mais estreitas, introduzindo, em sua substituição o art. 395, que trouxe consigo hipóteses mais largas e genéricas de inadmissibilidade das acusações criminais, com a introdução expressa dos requisitos de regularidade dos pressupostos processuais e condições da ação para o recebimento de denúncia ou queixa, além da necessidade de presença de justa-causa para o oferecimento de ação penal. Ainda no que atine à fase de saneamento do processo penal – cuja normatividade é correlata com os próprios requisitos de oferecimento da ação penal – introduziu-se o

partir de cláusulas de larga amplitude, que além de impor diálogo com a teoria das condições da ação de processo civil, preveem “justa causa”²² como elemento intrínseco à acusação criminal.

É sabido que há um grande debate acerca da teoria das condições da ação, cuja matriz tem origem no processo civil, e sua (in)aplicabilidade ao direito processual penal²³. Não obstante, os questionamentos a respeito da recepção do trinômio legitimidade, interesse e possibilidade parece gerar mais celeumas no que tange à categoria do interesse de agir (MOURA, 2001, p. 195). Mais especificamente no que diz respeito à subcategoria do interesse-utilidade²⁴.

A polemica entorno da inadequação da categoria interesse-utilidade ao processo penal parte do pressuposto que a utilidade do processo seria intrínseco ao objeto da persecução penal, qual seja, a aplicação da pena pública, dada a constatação de um crime que lhe precede, por meio do processo penal (MOURA, 2001)²⁵. Como se a aplicação da pena, *per se*, garantisse a realização dos fins sociais que lhe são atribuídos²⁶.

Este raciocínio extirpa a possibilidade de discussão, no campo do direito processual, especialmente no momento de análise da propositura e admissibilidade de uma ação penal,

art. 397, com as hipóteses de absolvição sumária do acusado, face manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; quando o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou, quando extinta a punibilidade do agente.

²² Antes mesmo da introdução da justa causa como requisito expresso para a acusação criminal, este instituto jurídico já tinha incidência no regime de admissibilidade em processo penal, pela via jurisprudencial, por meio da análise de *habeas corpus* impetrados contra decisões de recebimento de ação penal, com base no art. 648, inciso I, do Código de Processo Penal. Como antes da reforma não havia parâmetros legais mais claros para o controle da base empírica da acusação criminal, dada a estreiteza dos requisitos impostos pelo art. 43 do Código de Processo Penal, a construção da exigência de lastro probatório mínimo para oferecimento de denúncia ou queixa se deu através da ideia de justa-causa. No HC 42.697/GB, por exemplo, o Ministro Victor Nunes Leal chega a caracterizar o ato de oferecimento de ação penal sem lastro em prova como “abuso de poder”, alargando os limites de controle da acusação criminal para além do mero texto legal (FERNANDEZ, 2018). Não tardaria para o legislador incluir de forma expressa a justa causa como filtro de análise de admissibilidade de ação penal, pelo menos naqueles relativos aos crimes previstos na Lei de Imprensa por meio da Lei, nº 5.250 de 1967.

²³ Neste sentido, por exemplo, Maria Thereza Assis de Moura (2001) e Aury Lopes Jr. (2014).

²⁴ Segundo Fredie Didier Jr. verifica-se interesse-utilidade “sempre que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; sempre que o processo puder resultar em algum proveito ao demandante” (2015, p. 360).

²⁵ Segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura, o interesse de agir, “decorre da necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a imposição da sanção penal e da adequação do provimento pleiteado. Tais requisitos são ínsitos à acusação, não só em virtude da legalidade, como também da regra da obrigatoriedade da ação penal. Irrelevante, pois, mencionada condição, para a ação penal de natureza condenatória” (2001, p. 216-217). Percebe-se que, além da afirmação da sanção penal como dado suficiente para a existência de interesse no processo, há uma certa circularidade no uso da obrigatoriedade processual penal, que se verifica quando presentes os requisitos para propositura de ação, e ao mesmo tempo, serve de fundamento para um destes requisitos, qual seja o do interesse de agir.

²⁶ Esse debate será aprofundado mais adiante, quando da discussão dos resultados de pesquisa que relacionam, obrigatoriedade às funções atribuídas à pena.

acerca de eventuais circunstâncias concretas que tornem a persecução penal inútil, não recomendável, ou mesmo contraproducente, face os objetivos que lhe justificam.

Como parêntese, dentre outros pontos necessário à reflexão, ignora-se completamente o potencial punitivo encerrado nos próprios instrumentos da persecução penal²⁷, temática insuficientemente debatida no direito processual e cuja repercussão nos discursos acerca da obrigatoriedade é praticamente nula, como se pode notar dos dados colhidos na presente pesquisa, onde tal fenômeno sequer é mencionado.

Algo semelhante ocorre com o requisito da justa causa, praticamente ignorado pelos artigos objeto de estudo e cuja própria semântica e histórico de desenvolvimento abrem espaço para problematizações alternativas ao silogismo “se é crime, deve ser pena” e seu consectário processual penal, “se noticiado e/ou aparenta ser crime, deve haver persecução e processo”.

Como bem frisa Gabriel Divan, a interpretação dada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência tende a encerrar a justa causa como um conceito redundante, que em termos pragmáticos representaria nada mais do que mera compatibilidade com a lei ou, quando muito, instrumento pleonástico de checagem judicial em relação à viabilidade da própria acusação (2015, p. 372). Ainda seguindo Divan:

Não se pode deixar de lado o caráter monocromático e limitador da visão tradicional da justa causa para a ação penal no que tange às possibilidades reais de uso do conceito para aquela que parece sua completa e essencial finalidade. Ao “aprisionar” legal e doutrinariamente o conceito dentre um punhado de parâmetros já demonstrados outro erro passa a ser cometido: se exclui ou retira da

²⁷ Em relação à transmutação do processo penal em instrumento de culpabilização preventiva e estigmatização pública, Luigi Ferrajoli, traz as seguintes considerações: “Aqui estamos obviamente nos casos de patologia judiciária. Mas de uma patologia que assinala a possibilidade de fazer uso do processo como escopo de punição antecipada, ou de intimidação polícial, ou de estigmatização social ou de persecuções políticas, ou por todos estes motivos conjuntamente. Em todos os casos, além de cada intenção persecutória em relação ao suspeito, é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada -, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão. Desta forma retomou-se nos nossos dias a antiga função infamante da intervenção penal que caracterizou o processo penal pré-moderno, onde a pena era pública e o processo corria em segredo. Apenas que a berlinda e o colar de ferro hoje foram substituídos pela exibição pública do acusado nas primeiras páginas dos jornais ou na televisão, e isto não após a sua condenação mas após a sua incriminação, ainda quando o imputado é presumido inocente” (2002, p. 587-588). Ainda sobre a relação mídia e sistema penal, tem-se o ensaio “Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio” (2003), de Nilo Batista, bem como o livro “Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação”, de Marcus Alan Gomes (2015). Sobre a prisionização processual como principal forma de controle do sistema penal latino-americano, Zaffaroni (2000); sobre o uso punitivo, desmedido e seletivo da cautelaridade processual na persecução de crimes relacionados à lei de drogas, Ana Luísa Barreto (2017); sobre a atribuição de verdadeiras funções penas às medidas cautelares do art. 319, numa análise de sua aplicação face a população em situação de rua, em audiências de custódia, Vinícius Romão (2019).

ideia de justa causa para a ação penal uma concepção de ela se mostrar como instrumento crítico, dissolutor, ou ao menos paliativo, da(s) coação(s) ilegal(s) em um espectro mais amplo e pleno de possibilidades (2015, p. 370).

Deste modo, verifica-se uma contradição interna nos discursos de obrigatoriedade, que caracterizam a obrigação estatal de persecução penal como pautada em critérios legais, porém à revelia de dispositivos como o do interesse de agir e da justa causa, que também possuem guarida legal e poderiam servir como suporte para alternativas à persecução e resposta penal, para além de mero instrumento de verificação do suporte empírico da acusação criminal (prova mínima, aparência de crime).

4.2 A PROBLEMÁTICA RELAÇÃO ASSOCIATIVA ENTRE LEGALIDADE E OBRIGATORIEDADE: CONFUSÕES E DISFUNCIONALIDADES TEÓRICO-CONCEITUAIS

Rememora-se que a obrigatoriedade processual penal foi tradicionalmente tratada como a dimensão processual do princípio da legalidade em matéria penal (VASCONCELLOS, 2015, p. 35), utilizando-se, inclusive, o denominador legalidade como próprio sinônimo de obrigatoriedade. Na presente pesquisa foi possível averiguar, ademais, como exposto de forma mais pormenorizada no tópico 3.2.2, algumas das articulações discursivas que associam obrigatoriedade processual penal à ideia de legalidade.

Neste sentido, a caracterização da obrigatoriedade se faz a partir da subordinação da atuação estatal e de seus órgãos de persecução penal ao império da lei. Com a consideração especial de que o Ministério Público, por não ser titular do *jus puniendi* - e, assim, litigar em nome próprio por direito alheio - deveria se submeter ao programa criminalizante estabelecido por lei. Despido, portanto, o órgão ministerial da possibilidade de transigir ou dispor do conteúdo deste “direito/dever” de punir, em vista da força cogente da norma penal material de natureza incriminatória e sancionatória.

A partir deste mesmo viés, percebe-se a construção da legalidade (e, por conseguinte, da obrigatoriedade processual penal afirmada como seu derivado) como um dado normativo impeditivo de soluções diversionistas, que fujam ao padrão “se é crime, deve ser pena”, no campo do direito penal material. Sejam estas alternativas de condução do caso penal baseadas em instrumentos de consenso, justiça restaurativa ou a mera abstenção do exercício dos poderes persecutórios e punitivos dos órgãos competentes de estado.

Diante deste panorama, a partir de um juízo crítico, Gabriel Divan constata um tipo específico de relação entre legalidade e obrigatoriedade. No diagnóstico deste autor, a “legalidade” (compreendida como obrigatoriedade da persecução penal em juízo, através da propositura de ação penal) estaria diretamente associada a outra espécie de “obrigatoriedade”, qual seja aquela relativa ao Estado em “punir” determinadas condutas, em observância da pauta criminalizadora legislada²⁸ (DIVAN, 2015, p. 269).

Esta constatação também é extraída do pensamento de Vinícius Gomes de Vasconcellos, que percebe na literatura processual penal uma inversão da legalidade substantiva (*nullum crimen sine legem*) como fundamento da obrigatoriedade processual penal. Neste modelo de raciocínio, o comando de vedação à persecução ante a inexistência de conduta passível de criminalização é interpretado de forma negativa, concluindo a doutrina “pela imposição da obrigação de início do processo penal por uma denúncia sempre que se constate a existência de um crime” (VASCONCELLOS, 2015, p. 35-36)²⁹.

Colocado desta forma, o discurso de obrigatoriedade processual penal traz consigo uma noção de legalidade que põe em relevo a lei penal material de caráter sancionatório no processo de interpretação das normas jurídico penais e processuais penais, com objetivo de realização máxima do programa incriminatório e penalizante previsto pela legislação.

Como consequência, tem-se, em primeiro lugar, a subordinação do processo penal à realização do poder punitivo, em desconsideração da especificidade dos bens jurídicos protegidos pelo direito processual penal, que não necessariamente coincidem com aqueles cuja proteção é atribuída à norma penal sancionatória^{30 31}.

²⁸ Esta estrutura de raciocínio é passível de verificação em construções de clássicos da literatura processual penal, tal como esta passagem do professor Fernando da Costa Tourinho Filho: “embora inexata a afirmativa de que do crime surge a ação penal, deve ser aceita, no sentido de que do delito surge, necessariamente, para os órgãos da persecução, o dever de atuar em procura da repressão” (2012, p. 319)

²⁹ É importante ressaltar que esta leitura da regra de legalidade penal, representa inversão ideológica do garantista que lhe subjaz, uma vez que nesta lógica, a impossibilidade de aplicação de pena às condutas não abarcadas pelo texto da lei penal incriminadora implica, *per se*, que todas as condutas abarcadas pelo texto da lei penal incriminadora devem necessariamente ser apenadas (FERNANDEZ, 2021, p. 267).

³⁰ É possível traçar um paralelo entre este padrão e o alguns dos discursos tradicionalmente associados ao processo penal, de subordinação do direito processual ao direito material. Em seu profundo estudo de genealogia das ideias autoritárias no direito processual penal brasileiro, o professor Ricardo Jacobsen Gloeckner (2018) percebe o tecnicismo e a ideia de instrumentalidade do processo, de origem civilística e cuja finalidade seria a tutela do direito material, como perspectivas teóricas de natureza autoritária, que implicam na caracterização do processo penal como instância repressiva, cuja função seria viabilizar a aplicação da pena criminal e garantir a pacificação social.

³¹ Falar sobre autonomia do processo penal em relação ao direito material e os bens jurídicos protegidos por estes (por exemplo: direito à participação nas decisões do estado; direito à proteção da honra; direito à verdade; direito à não auto-incriminação; direito à palavra e à liberdade de expressão; direito de petição; direito à garantia do estado inocência até eventual condenação criminal transitada em julgado; direito à liberdade; direito à propriedade e à incolumidade dos seus bens; direito à intimidade; direito à produção de prova e à não autoincriminação; entre outros).

Em segundo lugar, verifica-se uma legitimação apriorística do conteúdo da lei penal incriminatória e sancionatória, sem margens para o questionamento das possíveis inflexões normativas decorrentes da sua interpretação, em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico, especialmente aquelas de matiz constitucional.

Deste modo, o modelo de legalidade apresentado em discurso coincide com o dado extraído na presente pesquisa, relativo à baixíssima permeabilidade das reflexões acerca da obrigatoriedade processual penal ao discurso normativo de matiz constitucional e de direitos fundamentais.

Neste sentido, os professores Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alajia e Alejandro Slokar, trazem boas pistas para compreender as raízes deste modelo de interpretação legal a partir das origens do saber-jurídico penal brasileiro e latino-americano:

(...) nossa doutrina penal foi importada da Europa, onde o controle de constitucionalidade era desconhecido nem se propunha a legalidade da lei, mas havia apenas uma sistematização classificatória de elementos que facilitassem o ensino e as decisões. Por conseguinte, entre nós, as fontes da doutrina penal provêm das elaborações classificatórias próprias de estados legais de direito e foram inseridas em um saber jurídico para agências que, constitucionalmente, corresponderiam a um estado constitucional de direito. Tal fenômeno se explica em grande parte pela peculiar disparidade entre o modelo de estado constitucionalmente programado e o realizado, de fato, durante todo o período das repúblicas oligárquicas latino-americanas (2011, p. 167-168).

Ocorre que os ordenamentos jurídicos, marcados por um modelo de persecução penal baseado na obrigatoriedade processual penal, e programados para realização máxima do programa criminalizante e sancionatório legislado, vem passando por um processo histórico de aderência cada vez maior aos institutos característicos de uma justiça criminal negocial, de origem no *common law* (DEU, 2013).

Contudo, estes novos espaços de negocialidade no campo penal vão se incorporando aos ordenamentos jurídicos de matriz continental por meio de uma série de iniciativas de natureza legislativa³², resultando em uma organização de discurso – bem captada, como pôde se ver,

³² Este fenômeno de incorporação de instrumentos de justiça negocial, característicos de um modelo de justiça criminal dito de “oportunidade”, teve ecos em diversos países, como Portugal (RIBEIRO, 2002, p. 395-417; COSTA, 2001), Espanha (DEU, 2013), Itália (CAPPARELLI; VASCONCELLOS, 2017.), Alemanha (ROXIN, 2000.; SCHUNEMANN, 2020). É importante registrar o importante alerta dado por Schunemann (2000) sobre a incursão de espaços de consenso no processo penal alemão pela via da informalidade, à revelia da lei vigente. Este autor também dá conta da expansão da lógica própria do modelo de oportunidade por outros países europeus. Aqui no Brasil, este fenômeno se dá a partir do advento da Lei 9.099/95, dado este presente e bastante ressaltado nos

pela presente pesquisa empírica – a qual, paradoxalmente, prevê um regime de legalidade (sinônimo obrigatoriedade) que se permite excetar pela própria lei.

Como sintoma desta perplexidade, tem-se como demonstrativo o seguinte excerto de um dos artigos analisados, no qual, de forma bastante confusa, o autor busca conciliar a ideia de obrigatoriedade (tratada como expressão de legalidade) e as condições jurídico-legais para a sua ressalva:

A regra geral de demandar judicialmente é flexibilizada com a aplicação do princípio da oportunidade regrada, ocorrendo, dessa forma, uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em um âmbito de positividade legislativa em que o princípio da estrita legalidade é conformado pelo consenso legislado em matéria penal (OLIVEIRA, 2021).

Parece muito claro que os discursos analisados não buscam se contrapor à necessidade de regulação quando admitem a possibilidade de exceção da obrigatoriedade processual penal e do regime de persecução penal que lhe é derivado. O esforço para demarcar a necessária normatização destes espaços abertos à negociação na justiça penal é explicitado semanticamente pelas sortidas expressões – muito pouco trabalhadas do ponto de vista técnico-jurídico, diga-se – encontradas nos discursos analisados para nominar as posições jurídicas assumidas pelo órgão acusatório nas situações de exceção à obrigatoriedade: “discricionariedade regrada”, “discricionariedade mitigada”, “legalidade mitigada”, “discricionariedade controlada”, “oportunidade regrada”, “disponibilidade regulada”, “discricionariedade regulada”, “oportunidade mitigada”³³, entre outras.

Porém, a organização do pensamento tal como exposto transparece uma compreensão polarizada que organiza as ideias e valores presentes em parte substancial dos discursos analisados: a ideia de persecução penal, de criminalização³⁴ e de apenamento surgem como elementos inerentes à noção de legalidade (por conseguinte, devem ser tidos como regra, como

diversos dos artigos que compuseram o corpo empírico deste trabalho e que está registrado na própria exposição de motivos da referida lei (BRASIL, 1989).

³³ A própria exposição de motivos da lei nº 9.099/95 fala em abertura de espaços para a denominada “discricionariedade regulada, contida pela lei e submetida a controle jurisdicional” (BRASIL, 1989).

³⁴ A ideia de criminalização tem origem na virada criminológica, no marco do interacionismo simbólico, no qual a criminologia deixa de tratar o crime como um dado ontológico, para ser compreendido como uma convenção social, passando os estudiosos a centrar foco nos processos de reação social aos fatos considerados desviantes (BARATTA, p. 85-99). Deste modo, torna-se possível tratar a criminalidade como um produto do fenômeno de criminalização, que envolve a criminalização primária (instituição abstrata de normas que tipificam crimes e preveem penas) e criminalização secundária (processos sociais e normativos que envolvem a atribuição concreta de crimes a determinados indivíduos ou grupos) (ZAFFARONI *et al*, 2011).

caminho natural, ou ainda o correto, caso se faça associação entre a ideia daquilo que é legal com aquilo que é certo, adequado). Por outro lado, soluções alternativas do trato penal, que transpareçam implicar em roteiros diversos da persecução penal orientada ao sancionamento, figuram em um espaço anverso da legalidade, e que, no limite, só podem ser admitidos como excepcionalidade, sujeitas portanto à ostensivo regramento e vigília, por meio de legislação e de crivo a ser exercido pelo poder judiciário³⁵.

Resta clara, portanto, a disfuncionalidade teórico-conceitual da relação imediata ou sinonímica traçada pela doutrina – e confirmada nos discursos analisados por esta pesquisa – entre as noções de legalidade e obrigatoriedade processual penal³⁶.

A desvinculação da obrigatoriedade processual como expressão direta da legalidade característica do direito público, na qual os órgãos estatais devem atuar conforme a programação legal, abre espaço para a problematização da persecução penal como um conjunto de atos de necessária e irrefletida implementação, por parte dos atores do processo penal.

Isto se dá não somente com base na reinterpretação de institutos como o da justa causa, previstos em lei, porém pouco explorados em suas potencialidades teórico normativas. Mas, principalmente, por meio da constitucionalização dos debates acerca dos pressupostos e requisitos para a persecução penal³⁷, processual e preliminar, trazendo potenciais novos vetores de consideração para a sua (não) implementação, tais quais: os efeitos punitivos da investigação e processo penal sobre o acusado e as pessoas ligadas a ele, bem como impacto do processo penal na comunidade e junto a vítima; as finalidades reais (e não aquelas meramente atribuídas pela via teórica) que podem ser alcançadas ou não adoção de atos persecutórios, e sua compatibilidade com os valores constitucionais; o impacto do processo sobre o conflito (ou conjunto de conflitos) sobre o qual ele busca se sobrepor; o cotejo de custos e benefícios entre

³⁵ Como visto na nota anterior, a contenção pela lei e a submissão ao controle jurisdicional são dados discursivos presentes desde a exposição de motivos do projeto de lei que redundou na instituição dos juizados especiais criminais.

³⁶ Essa disfuncionalidade é muito bem apresentada por Vinicius Vasconcellos, que afirma haver “distinção entre os significados de princípio da legalidade e da obrigatoriedade, além de que inexistente ligação necessária entre ambos”, vislumbrando a possibilidade de “caracterização de espaços de oportunidade/não-obrigatoriedade em um cenário de legalidade” (2015, p. 50).

³⁷ Sobre a extração da obrigatoriedade de uma interpretação sistemática da legislação, e a constitucionalidade da legislação que engendra a persecução penal no Brasil, Gabriel Divan afirma o seguinte: “há que se ressaltar que o uso da sistemática do código como meio de argumentação é raso e despropositado: como se fosse possível apoiar uma proposição no simples fato de que “assim o é” prescrito pela pauta oferecida pelo Código. Ademais, cabe registrar que esse fluxo “contínuo” que é guiado pelo sistema de nosso Código processual é por demais datado e aliado a lógicas penais e processuais de caráter constitucional duvidoso: um código de processo que esteja verdadeiramente afinado com a índole processual-democrática programada pela ordem constitucional não poderia abrir esse flanco na engenharia acusatória do processo e em sua função essencial de garantia, para tratar arquivamentos (devidamente motivados) e expedientes similares como “exceção” a merecer reexame” (2015, P. 303).

a adoção do método persecutório-punitivo para a decisão do conflito ou métodos de fato alternativos³⁸, restaurativos, entre outras tecnologias de composição de litígio, aplicáveis ao caso concreto³⁹.

4.3 OBRIGATORIEDADE E ESTRUTURA NORMATIVA: SILÊNCIOS TÉORICOS INDICATIVOS DE UMA COMPREENSÃO MERAMENTE CLASSIFICATÓRIA DA IDEIA DE PRINCÍPIO-JURÍDICO

No esteio das ambiguidades apresentadas na relação entre obrigatoriedade processual penal e a ideia de legalidade, bem como dos resultados da pesquisa empírica, recorte do item 3.2.3, passo à problematização dos discursos sobre a estrutura normativa da obrigatoriedade.

A preocupação com a estrutura normativa das normas de direito está relacionada à investigação dos conceitos jurídicos, e de suas influências no sistema jurídico, em vista de uma fundamentação racional de juízos concretos, viabilizando o controle intersubjetivo da produção dos enunciados normativos. Para tanto, em um Estado Democrático de Direito, que tem como base a segurança jurídica e a garantia de direitos, deve haver “clareza tanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 43).

Mesmo no âmbito de uma teoria não comprometida com a legitimação do sistema penal, os requisitos de racionalidade e sistematicidade do método dogmático jurídico são imprescindíveis para a construção de um discurso jurídico comprometido com a redução dos níveis de violência estatal. Neste sentido, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar:

A perversão do método dogmático não é uma consequência da construção conceitual de um sistema, mas sim do sentido com que se constrói esse sistema. (...) A sistematização não tem outro efeito senão evitar contradições internas da teoria, transferindo para toda construção um componente teórico que será autoritário ou limitador segundo a prévia função política atribuída ao sistema de compreensão que se constrói (2011, p. 156)⁴⁰.

³⁸ Aqui, mais uma vez, chamo atenção para as armadilhas trazidas por certos tipos de vias alternativas de decisão do conflito penal, mas que, porém, resultam mera repaginação do modelo vertical, punitivo e de controle, característico da seara penal. Sobre a temática, remeto à nota de rodapé nº 5.

³⁹ Em relação às alternativas de lida com a desviância, o pensamento abolicionista é absolutamente rico em possibilidades e estratégias. Neste sentido, ver Louk Houlsman e Jacqueline de Celis (1993) e Nils Christie (2016). Sobre como o sistema industrializado de repressão prisional inviabiliza outras respostas sociais ao crime, Angela Davis (2009). Sobre justiça restaurativa, Raquel Tiveron (2014).

⁴⁰ Sobre a incapacidade da dogmática moderna em cumprir suas promessas, Vera Regina Pereira Andrade (1994).

Ocorre que, antes mesmo de discutir a definição do horizonte de projeção dos discursos analisados (seu sentido político), foi possível constatar na pesquisa a absoluta carência de reflexão analítica da doutrina processual penal acerca da estrutura normativa da obrigatoriedade processual penal e do necessário diálogo com os marcos bibliográficos que aprofundam a pesquisa sobre os princípios e regras, como diferentes espécies normativas, e sua relação com os direitos fundamentais e os marcos do Estado Democrático de Direito.

Esta omissão verificada na literatura objeto de pesquisa, que se revela pelo uso indiscriminado e sem ajustamento das noções jurídicas de regra e princípio para o tratamento da obrigatoriedade processual penal, coaduna com aquilo que Luís Alberto Warat chama de senso comum teórico dos juristas, no sentido de representar uma série de hábitos semiológicos de referência, constituídos por uma série móvel de conceitos não relacionados com as teorias que lhes deram origem explicitadas e cujos pressupostos não são devidamente explicitados ou colocados em discussão (1982, p. 54)^{41 42}.

Em um artigo bastante elucidativo das aporias relacionadas aos múltiplos sentidos dados à noção de princípios jurídicos, Wálber Araújo Carneiro (2020, p. 19-20) identifica como dado geral do discurso jurídico uma falta de cuidado com a integridade do modelo teórico que respalda determinada visão acerca dos princípios, também mobilizando a noção de senso comum teórico para compreender esse estado de coisas do pensamento jurídico corrente⁴³.

Como bem ressalta Carneiro (2020), o discurso dos princípios jurídicos cumpre uma função valiosa, viabilizando fórmulas de contingência que viabilizam um arsenal mais variado de ferramentas hermenêuticas no sistema jurídico, após a superação das teorias jusnaturalistas pelas concepções positivas.

Especialmente no contexto do pós-II Guerra Mundial, há um adensamento teórico e movimento de reconhecimento institucional cada vez maior dos princípios como normas jurídicas, frente ao fracasso das experiências políticas nas quais a lei era a única fonte de legitimação do direito, e cujo critério de verificação de validade da norma seria única e

⁴¹ Num sentido comum, porém atento à banalização da linguagem relacionada aos princípios jurídicos, tem-se Lenio Streck (2013). Entretanto, no caso da obrigatoriedade processual penal, não obstante verificar-se o uso indiscriminado da noção de princípio, o seu uso não está ligado de forma direta ao que o professor Lenio caracteriza como ativismo judicial.

⁴² A relação entre obrigatoriedade processual penal e senso comum teórico dos juristas é lançada, ainda que de forma sucinta, por Elmir Duclerc e Lucas Matos (2022), cujo artigo faz parte do corpo empírico analisado nesta dissertação.

⁴³ Fica evidente que as preocupações de Carneiro (2020), como a de outros autores por ele mencionados, como os professores Lenio Streck (2013) e Marcelo Neves (2018), acerca da banalização do discurso principiológico no meio jurídico estão focadas no fenômeno do ativismo judicial como expressão da criatividade judicante em detrimento dos pressupostos e bases teórico-metodológicas originais dos princípios jurídicos como vetores de abertura hermenêutica no direito.

exclusivamente sua produção por autoridade dotada de competência normativa (DIRLEY, 2012, p. 39).

Este movimento envolve maior permeabilidade do sistema à novas teorias jurídicas que reconhecem a força normativa da constituição, trazendo para o centro do debate jurídico as normas de direitos fundamentais (DIRLEY, p. 39-40), em um contexto epistemológico marcado pela valorização da dimensão discursiva-comunicativa do direito, com o fortalecimento da retórica; relativização do conhecimento jurídico, no sentido de não coadunar com verdades jurídicas absolutas, mas operar a partir de dados relativos e provisórios; e, por fim, de valorização do saber hermenêutico (SOARES, 2008, p. 80-89). Do ponto de vista jus-histórico, este paradigma coaduna com a positivação dos direitos humanos das normas de direito internacional e nas constituições dos mais diversos países (ZAFFARONI, 1998).

Entretanto, a partir da literatura objeto desta pesquisa, não é possível associar a ideia de obrigatoriedade processual penal a este modelo de conhecimento jurídico. Antes contudo, a obrigatoriedade, tal como apresentada, se vincula muito mais a um modelo silogístico e legalista de aplicação do direito (DIVAN, 2015), com pouca ênfase na constituição como fonte normativa e nos direitos fundamentais como cerne da interpretação jurídica.

Assim, a obrigatoriedade processual penal, não obstante nominada como princípio pela grande maioria dos autores estudados, parece mais associada a um modelo de interpretação jurídica cuja primazia está nas regras derivadas da legislação⁴⁴ - especialmente as regras de cunho incriminatório sancionatório.

⁴⁴ É preciso atentar, contudo, que a diferenciação entre regras e princípios jurídicos não é unívoca. Como o próprio professor Walber afirma em seu artigo, no Brasil se popularizaram as propostas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em Dworkin (2002), propõe-se uma ponte entre a teoria jurídica e a teoria moral, explorando a natureza moral da argumentação jurídica e questionando o papel das regras no processo decisório. É a partir desta obra que se populariza a diferenciação de Dworkin entre regras e princípios, no qual as regras seriam aplicadas sob um modelo “tudo-ou-nada” e os princípios, por outro lado, teriam uma dimensão de peso ou importância entrecruzar e levando a necessidade de resolução do seu conflito através da mensuração do peso relativo de cada um. Alexy (2008), por sua vez, entende que há diferença qualitativa entre estas duas espécies normativas, definindo os princípios como “mandados de otimização”, caracterizados pela possibilidade de serem satisfeitos em graus variados, na qual a medida da sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas seria determinado por regras e princípios colidentes. Já as regras são normas que sempre são satisfeitas ou não (mandamentos definitivos). O conflito entre regras se resolveria quando se introduz uma exceção de aplicação em uma das regras ou uma das regras é declarada inválida. O conflito entre princípios, por sua vez, se daria através do seu sopesamento, com a instituição de uma regra de prevalência (norma atribuída), à qual o caso concreto pode ser subsumido. Em conclusão, Alexy apresenta a concepção que os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Frente a ambas as propostas teórico-epistemológicas, contudo, percebe-se que os contornos dados à norma obrigatoriedade processual penal (ou o conjunto de normas de obrigatoriedade) melhor se enquadram no modelo de regra, tendo em vista que as soluções previstas por estas normas possuem pretensão de definitividade, não havendo na doutrina processual menção à possibilidade de satisfação da norma de obrigatoriedade em variados graus, tal como um mandado de otimização. Quando muito, sua não-aplicação seria possível apenas por meio de exceções, “legalmente reguladas e limitadas”, como já referido no dizer de Vinícius Vasconcellos (2015 p. 48-49).

Nesse sentido, é importante atentar que a caracterização da obrigatoriedade como um princípio jurídico não constitui aprioristicamente um erro. Isto porque, como bem aponta Carneiro (2020, p. 23), a própria noção de princípio jurídico não é unívoca, levantando a hipótese que haveria uma relação direta entre a noção determinada aceção de princípio jurídico, enquanto espécie normativa, e a respectiva concepção de sistema jurídico pressuposta pelo modelo teórico lhe a sustenta

Desta forma, considerando a classificação de Rafael Oliveira (2007), apresentada por Carneiro (2020), os discursos associados à obrigatoriedade processual penal não parecem estar vinculados à noção de princípios pragmáticos-problemáticos, que funcionariam como fundamentos materiais do direito (direitos fundamentais) e teriam relação direta com os sistemas abertos, característicos da virada de paradigma teórico da interpretação jurídica da segunda metade do século XX.

Antes, contudo, a obrigatoriedade parece melhor se enquadrar dentro da noção de princípios jurídico-epistemológicos (OLIVEIRA, 2007; CARNEIRO, 2020), cuja função seria de organização do estudo lógico-sistemático das disciplinas jurídicas, por indução, a partir de um dado sistema de direito positivo.

Trata-se, pois, de um quadro teórico característico de sistemas de compreensão do direito de natureza classificatória, que se limitam a organizar, classificar e hierarquizar os seus elementos ou componentes, a partir da ficção de racionalidade imanente do legislador. E que diferem dos sistemas teleológicos por não trazerem como explícita pressuposição a funcionalidade política e/ou social das suas projeções conceituais. Assim:

*Ensañar um sistema de compreensão do direito penal para um estado constitucional de direito não é a mesma coisa que ensaiá-lo para um estado legal de direito. O segundo tenderá a ser classificatório, porque suas agências judiciais requerem organização que lhes permita resolver todos os casos sem deixar de fora a racionalização de toda e qualquer lei penal. Elas não enfrentam o problema da constitucionalidade das leis penais, porque não tem poder de decisão sobre o assunto. Este foi o quadro de poder condicionante da dogmática jurídico-penal europeia, que não tinha experiência amadurecida de controle de constitucionalidade até o fim da II Guerra Mundial (ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 163-164).*

Resta claro que a caracterização de estrutura normativa da obrigatoriedade processual penal pela literatura especializada parece adequada a um modelo classificatório de compreensão da legislação penal e processual penal. O que chama atenção, contudo, é a completa ausência

de quaisquer diálogos entre os discursos de obrigatoriedade verificados na pesquisa empreendida e estes novos paradigmas de conhecimento jurídico que atribuem aos princípios jurídicos função de flexibilização do modelo de regras, a partir de um modelo de interpretação que confere primazia aos direitos fundamentais. Ainda que fosse para refutá-los.

Essa ausência de interseções é ainda mais evidente, e perniciosa, dada a ampla receptividade da doutrina brasileira para com autores como Dworkin e Alexy, pelo menos a partir dos anos 90 – e mesmo a vulgarização de suas proposições pela literatura jurídica (CARNEIRO, 2020) –, bem como a própria abertura da Constituição de 1988 a um duplo modelo de controle de constitucionalidade das leis, seja por meio de dispositivos de controle concreto-difuso ou abstrato-concentrado.

O que se percebe afinal, é que a construção do discurso de obrigatoriedade processual penal é seletiva quanto aos elementos teóricos que lhe conformam, privilegiando aqueles que reforçam os atos persecutórios, em detrimento de dados do sistema (interesse de agir, justa causa) e da própria literatura jurídica, que viabilizariam a exploração de uma maior variedade de hipóteses de não-persecução penal, a partir dos instrumentos de abertura discursiva com foco nos direitos humanos e fundamentais, por parte dos atores investigativos e acusatórios.

4.4 OBRIGATORIEDADE, FUNÇÕES DA PENA E HORIZONTES DE PROJEÇÃO: RETRIBUIÇÃO, DEFESA SOCIAL E LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

A partir da análise do recorte apresentado no ponto 3.2.4, do capítulo anterior, foi possível observar a obrigatoriedade processual penal como mais um campo do discurso jurídico onde se constrói uma relação automática entre a punição criminal e as ideias de proteção e segurança.

Neste sentido, foi possível observar a obrigatoriedade colocada como garantia em favor da vítima e da sociedade; instrumento de proteção de bens jurídicos e de proteção da cidadania; associada às ideias de segurança e confiança. Nestas narrativas, a persecução penal, propiciada pela norma de obrigatoriedade, é considerada como um bem social, pois imprescindível para a efetivação do *ius puniendi* estatal, realizando assim as finalidades sociais do direito penal material.

Trata-se, portanto, de discursos que apresentam a persecução penal sob um aspecto positivo, que se afirma por associação à pena criminal e às benesses que lhe são atribuídas.

A abordagem da persecução penal e da própria pena criminal como elementos aprioristicamente positivos é acompanhada, como se pôde notar, de discursos que relacionam a

obrigatoriedade ao combate à persecução do delito; combate à impunidade; a metas de política criminal de *full enforcement* e implementação máxima do programa de criminalização legislado; podendo tais projeções serem resumidas à ideia reproduzida pelo brocardo *nec delicta meneant impunita* (nenhum delito deve restar impune).

A partir destes extratos, é possível afirmar que estes discursos de obrigatoriedade além de se colocarem como fundamento jurídico de uma política de distribuição máxima da persecução penal (e de sancionamento máximo, por tabela), cumprem uma função política de legitimação de um sistema de justiça criminal altamente intervencionista. Isto porque, além de reificar as funções atribuídas à pena aos atos de persecução penal e aplicação da pena através do processo, os discursos analisados invisibilizam os efeitos deletérios e disfuncionalidades do processo penal⁴⁵ e do próprio apenamento criminal, especialmente em contexto de larga escala, bem como a possibilidade de manejo dos instrumentos processuais e penais em situação de desvio de poder⁴⁶.

Estas características colocam tais discursos de obrigatoriedade processual penal alinhados com aquilo que Alessandro Baratta (2016) denominou de ideologia de defesa social⁴⁷ e da moralidade que lhe acompanha, especialmente no que tange às noções ao princípio teórico da legitimidade e ao princípio teórico do bem e do mal, colocando a intervenção estatal através do processo e da pena como um dado aprioristicamente legítimo, positivo e relacionado

⁴⁵ Alguns deles mencionados na nota de rodapé 10.

⁴⁶ Sobre a relação entre persecução penal e a teoria do desvio de poder, tive oportunidade de escrever monografia de conclusão de curso, onde foi possível explorar a noção de “abuso do poder de denúncia” através de jurisprudência e debate doutrinário (FERNANDEZ, 2018).

⁴⁷ A relação entre obrigatoriedade e defesa social é traçada expressamente por autores como Fernando da Costa Tourinho Filho (2012), José Henrique Pierangeli e José Carlos Aquino (1983), e implicitamente por tantos outros, sendo imanente a boa parte do material empírico analisado nesta pesquisa.

⁴⁸ Em seu livro “Criminologia crítica e crítica do direito penal”, Alessandro Baratta define a ideologia de defesa social a partir de um conjunto de princípios teóricos, que unificariam as escolas clássica e positiva, quais sejam, “a) *Princípio da legitimidade*: O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e normas sociais. b) *Princípio do bem e do mal*: O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem; c) *Princípio da culpabilidade*: O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador. d) *Princípio da finalidade ou da prevenção*: A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente. e) *Princípio da igualdade*: A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos. f) *Princípio do interesse social e do delito natural*: O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais)” (2016, p. 42-43).

ao interesse público, portanto no campo do “bem”, em oposição ao delito, situado no campo do mal, e que não pode permanecer impune.

Em relação ao princípio teórico da finalidade ou da prevenção, também característico da ideologia de defesa social, os discursos de obrigatoriedade são dúbios, e até mesmo contraditórios – pelo menos do ponto de vista filosófico.

Isto porque, ao lado dos discursos que referenciam a obrigatoriedade processual penal às funções de proteção e segurança, características das teorias relativas da pena, verificou-se também discursos que associam a obrigatoriedade à ideia de retribuição, a partir da menção expressa às teorias absolutas, inclusive com menção a Hegel e a Kant⁴⁹, ou mesmo a representação da pena como um elemento daquilo que se poderia entender como “justiça”, ideia tradicionalmente mobilizada para justificar modelos penais retribucionistas⁵⁰.

De acordo com o Claus Roxin (2000), a obrigatoriedade processual penal teria origem no contexto do Estado absolutista, a partir da desconfiança do monarca em relação aos seus procuradores, na persecução dos delitos – que representariam ofensa ao Estado e à própria figura do rei, por tabela⁵¹ – corporificando em norma o ideário retribucionista vigente à época⁵².

Por outro lado, há possibilidade de adequação da obrigatoriedade processual penal aos objetivos de prevenção geral negativa (COSTA, 2001), a partir da ideia de que a eficácia

⁴⁹ Segundo o professor C zar Roberto Bittencourt (2012), Immanuel Kant e Friederich Hegel são os maiores expoentes da perspectiva retribucionista. Kant justificaria a pena a partir de um imperativo  tico-moral. Hegel, por sua vez, entende que a pena se justificaria pelo reestabelecimento da ordem jurídica, representando a nega o da nega o do direito (nega o do  lcito, do antijurídico).

⁵⁰ A associa o da obrigatoriedade processual penal com a concep o de pena enquanto retribui o já foi verificada em trabalho anterior de minha autoria (2021), e   mencionada por diversos autores, a exemplo de Claus Roxin (2000).

⁵¹ Sobre a rela o entre obrigatoriedade processual penal e lesa-majestade, ensina Gabriel Divan: “A generaliza o continental de sistemas voltados para o cunho inquisitivo gerou em um primeiro momento, uma espécie de uniformiza o em rela o a um princípio (ainda que distorcido – como bem veremos) de obrigatoriedade: a vinga a privada e a lesa civil foram sendo substituídas tanto no campo decisório-jurisdicional como no campo processual por procedimentos oficiais que em um primeiro momento tratavam de suplementar a querela privada (ou mesmo “força-la”) quando insuficiente ou desidiosa, e em um segundo momento – já próximo do inquisitorialismo enquanto tipo ideal – substituí-la integralmente. Um princípio de visualiza o absolutista-estatal (modelo político que séculos depois conheceria seu apogeu na Europa) se une ao inquisitorialismo nessa percep o político-processual de cores inquisitivas. Se o delito   necessariamente alvo de interesse público por ser de lesa majestade (ataca a “ordem e a organiza o estatal”⁵⁰⁴– ainda que um conceito de “Estado” como hoje o vemos seja, neste momento, por demais incipiente), o antigo costume germânico da indiferencia o civil e penal e do privatismo processual (que já em Roma encontraram momentos de vigor enquanto mola mestra das contendas jurídicas) têm seus últimos respiros e vai sendo suplantado definitivamente naquela quadra histórica por uma legalidade de ares inquisitoriais e autoritários que   representada em muito pela no o obrigatória de persecu o penal via acusa o estatal (“oficial”)

(2015, p. 274).

⁵² Para Roxin (2000), a supera o das teorias absolutas pelo preventivismo teria subtraído da obrigatoriedade processual penal parte de sua fundamenta o teórica, porém a espécie normativa teria subsistido em virtude do princípio da certeza e da igualdade, que demandariam a aplica o da norma penal sancionatória da mesma maneira para todos os casos que lhe são previstos abstratamente.

intimidatória da pena só poderia ser alcançada em sua plenitude com a persecução (e punição, por consequência) de todos os delitos^{53 54}.

Não obstante tenha se observado no material empírico analisado pontuais críticas à compatibilidade da obrigatoriedade com finalidades preventivas da pena e às teorias penais de natureza utilitária (VILARES, 2012; GRINOVER, 1993), bem como a adoção do pressuposto que toda teoria da pena implica em um paradigma de saber penal⁵⁵, a impressão mais relevante que se tem da análise dos discursos sobre obrigatoriedade processual penal é que o fundamento teórico (retribucionismo/preventivismo extremado⁵⁶) e horizonte de projeção (maximização dos diversos atos de persecução penal) da obrigatoriedade processual penal não possuem relevância propriamente jurídica. Como se a análise e interpretação jurídica da vigência, extensão e aplicabilidade da norma de obrigatoriedade (ou do conjunto de normas de obrigatoriedade) não pudesse ser afetada por questões desta natureza.

A consequência deste estado de coisas é o esvaziamento de um riquíssimo campo de discussão (com necessárias consequências práticas) acerca da compatibilidade dos horizontes de projeção das teorias penais que fundamentam a obrigatoriedade com os valores constitucionais vigentes, bem como sobre da própria efetividade das finalidades que lhe são atribuídas, em contraste com os dados da realidade – e como tais dados podem ser elementos constitutivos do processo de interpretação do direito no caso concreto. Algo já comentado nos tópicos anteriores.

O fenômeno de autonomização da dogmática jurídico-penal face às teorias da pena é bem apontado por Salo de Carvalho (2015), que observa a história do direito penal do século XX, marcada pelo protagonismo do desenvolvimento das teorias do delito, em detrimento das teorias da pena. Neste contexto, o papel reservado às teorias da pena e as funções que são atribuídas ao sancionamento criminal seria essencialmente de marco ideológico legitimatório

⁵¹ A possibilidade de reorientação da obrigatoriedade a objetivos de cunho preventivista também foi verificada em trabalho anterior de minha autoria (FERNANDEZ, 2021).

⁵⁴ A ideia de infalibilidade das penas articulada com sua eficácia intimidatória é presente nas ciências criminais modernas desde a escola clássica, com Cesare Beccaria. Na obra do marquês (2016), diga-se, contudo, a ideia de certeza das penas deve ser diretamente associada ao seu abrandamento.

⁵⁵ De acordo com Zaffaroni, os componentes teóricos de legitimação do sistema penal “deben comenzar por asignarle una *función a la pena*, que pretende ser *racional* y estar sometida a la *legalidad*. Según sea la función que se asigne a la pena, se procede a derivar deductivamente de ella toda una construcción teórica que abarca los componentes pautadores, con lo cual cada teoría de la pena se convierte en una teoría del derecho penal. De este modo, cada justificación o legitimación de la pena es una teoría del derecho penal, que abarca la totalidad de la función pautadora y la subsume, dado que ésta se limita a derivarse *deductivamente* como proyecto o planificación del ejercicio de poder de la agencia judicial” (1998 (1998, p. 189).

⁵⁶ Quando falo em preventivismo extremado, me refiro a concepções utilitárias de pena que entendem que a medida de sucesso do efeito de prevenção estaria atrelado a atribuição de resposta penal ao máximo de condutas delituosas possíveis.

da intervenção penal e de objeto do debate político. Entretanto, sem maiores repercussões práticas no âmbito técnico-jurídico e nas decisões do poder judiciário.

Noutro giro, comentando a respeito do desenvolvimento da dogmática jurídica, Eugênio Raúl Zaffaroni (1998) afirma que o projeto de incorporação de dados da realidade à interpretação jurídica promovido por Hans Welzel⁵⁷ provocou mudanças consideráveis no discurso jurídico relativo à teoria do delito, mas não foi capaz de adentrar à teoria da pena, por implicar na deslegitimação do sistema penal e do próprio discurso jurídico penal que lhe sustenta.

Por outro lado, como bem chama atenção Gabriel Divan (2015), o esvaziamento da questão do “por que punir” do âmbito das preocupações sobre aplicação das normas jurídicas, faz referência a um modelo de interpretação legalista do direito, que subordina o intérprete à realização de operações silogísticas em vista da pauta legal-incriminatória (“se há crime, deve ser pena”), cuja racionalidade figuraria como dado apriorístico desta fórmula, dada relação atribuída de forma intrínseca entre lei e razão.

Essa forma de subordinação do discurso jurídico à pretensa vontade do legislador é objeto da crítica de Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia (2011, p. 155) que entende tais racionalizações como elemento de legitimação do poder punitivo, “começando por legitimar toda a criminalização primária de uma maneira acrítica”⁵⁸. Continuam os mencionados autores:

Para cumprir essa função política, seu ponto de partida teórico é uma confusão dos planos normativo e fático: o requisito republicano, segundo o qual *o legislador deve ser racional*, transmuta-se na *ficção de que o legislador é racional*. Partindo dessa ficção, a doutrina penal se impõe como tarefa construir um sistema que legitima todas as criminalizações primárias decididas em função de políticas e maiorias conjunturais, sacrificando os dados da realidade que perturbam ou obstaculizam sua elaboração (2011, p. 155-156).

Desta forma, os discursos de obrigatoriedade parecem operar sobre uma dupla naturalização, que confunde as instâncias do ser (ontologia, aquilo que de fato é) e do dever ser (deontologia, aquilo que deveria ser).

⁵⁷ Segundo Zaffaroni, a teoria da estruturas lógico-reais teria sido fundada no pensamento de Gustav Radbruch, e incorporada ao pensamento de Welzel, no que tange à teoria do delito. Suas principais características seriam a rejeição ao idealismo neokantista, a ideia de que o direito é um instrumento de poder e que o conhecimento jurídico não se sobrepõe a outros tipos de conhecimento, devendo dialogar com os dados da realidade, com a conclusão de que “si el derecho quiere actuar sobre un ámbito de la realidad, debe reconocer y respetar la estructura óptica de esse ámbito y no inventarla, porque em tal caso regulará outra cosa u obtendrá outro resultado” (1998, p. 196).

⁵⁸ Na obra de Zaffaroni, “criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONNI *et al*, 2011, p. 43).

Primeiramente, tal como demonstrado por Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia (2011) naturaliza-se a legalidade (e o conteúdo das leis) como discurso de racionalidade, admitindo de forma apriorística sua compatibilidade e coerência com o conjunto de elementos do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, naturaliza-se a pena como consequência imediata do delito⁵⁹, e a persecução penal, por conseguinte, como via necessária para sua efetivação, portanto obrigatória e incontornável⁶⁰. Mais: naturaliza-se os efeitos sociais atribuídos à pena criminal como se lhe fossem dados intrínsecos. O que resulta no esquema “se é crime, deve ser pena, através de processo; aplicada a pena, através de processo, será, necessariamente, efeito atribuído aprioristicamente à pena”.

Nessa ordem de coisas, o processo penal tem para si reservado uma função mediata, de subordinação, em relação ao direito penal material sancionador, na qual pauta epistemológica do direito processual penal fica subordinada à realização/efetivação do poder punitivo habilitado pela norma penal incriminatória/cominatória. Afinal, se a pena criminal legislada é racional, e carrega consigo, de forma imanente, os efeitos sociais que lhe são atribuídos (e que justificam sua instituição), o direito penal sancionador é um fim em si mesmo, ao qual se subordina o processo penal, como instrumento da sua realização.

Neste sentido, Ricardo Gloeckner (2018), em obra que investiga as origens autoritárias do processo penal brasileiro, percebe uma grande influência das ideias juspublicistas, do fascismo italiano, na produção processual brasileira. Nesta ideologia, o processo seria instrumento de promoção da paz social e subordinado à realização do direito substantivo, representativo dos propósitos do Estado. Ocorre que, para este autor:

⁵⁹ Esse fenômeno é caracterizado pelo professor Álvaro Pires como ontologização da estrutura do direito penal moderno: “No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (aflictiva), o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma não pode ser pensada sem a outra. Tal forma de definição pode ser qualificada como uma sinédoque, aquela figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena). Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena aflictiva, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno” (2004, p. 42). Neste quadro, continua Álvaro Pires, “é freqüente atribuir-se às normas a propriedade de um dever-ser. Não podemos discutir aqui a distinção entre ser e dever ser, mas basta-nos lembrar com Kelsen que se toda norma estatui um dever ser “essa palavra engloba todas as funções normativas possíveis: comandar, habilitar, permitir, anular”. Se levarmos em conta os dois níveis da norma, será possível distinguir duas funções na estrutura telescópica da lei penal: “faça ou não faça x” (função de comando obrigatório) pode ou não ser sancionado, e se sancionado, desta ou daquela forma (função de autorização, dirigida sobretudo às autoridades). Em suma, para um observador externo à racionalidade penal moderna não há nenhuma necessidade teórica ou prática de que as normas de comportamento e sanção sejam simultaneamente obrigatórias” (PIRES, 2004, p. 42).

⁶⁰ Aqui há também uma inversão valorativa do princípio da necessidade (*nulla pena sine iudicio*). Neste sentido, Gabriel Divan: “(...) não é o princípio da necessidade um verdadeiro ente fomentador de uma “obrigação” de se denunciar. Se houver pena, é porque antes houve processo. Mas não se pode dizer que, em virtude da necessidade de haver processo (quando devido), está justificada e imposta uma obrigatoriedade. São conceitos que transitam em níveis argumentativos diferentes, cremos” (2015, p. 298).

A relação de instrumentalidade entre processo e direito material nasce no campo da processualística civil. Ali, a instrumentalidade significa exponenciar as formas de satisfação de um interesse ou direito. Na lógica chiovendiana de importação da doutrina tedesca, a instrumentalidade, trabalhando com a relação entre processo e direito material na lógica de um princípio da transmissão, procura maximizar o direito à obtenção de um provimento jurisdicional. Contudo, esta relação é absolutamente inapropriada ao processo penal. Justo pelo fato de que a função do processo não é garantir, imediatamente, uma punição. Mas servir de anteparo a uma punição injusta. As relações entre direito material e processual, no campo civil e penal, nem de longe podem ser comparadas. Daí porque a noção de instrumentalidade carregaria consigo um problema epistêmico irresolúvel (GLOECKNER, 2018, p. 539).

Por consequência, o fechamento do discurso jurídico em relação ao questionamento das funções atribuídas à pena, e a subordinação do direito processual penal à realização da norma penal material sancionatória, inviabilizam uma discussão acerca da compatibilidade do horizonte de projeção da norma (ou conjunto de normas) de obrigatoriedade processual penal, expressamente voltadas à maximização do poder punitivo e das funções penais do Estado, em relação ao paradigma constitucional vigente.

Não obstante os discursos analisados nesta pesquisa se refiram à “relativização” da obrigatoriedade como janela para a diversificação da resposta penal, a atribuição de novos sentidos ao direito penal, a preocupação com a vítima e a reparação dos seus danos, observa-se, em paralelo, uma linha crítica à obrigatoriedade pautada na ideia eficientista de busca aceleração do procedimento, redução de custos e incremento da produtividade, lida aqui como ampliação da distribuição de resposta penal, ainda que eventualmente mais branda, para os casos que chegam ao sistema penal de justiça, e a possibilidade de implementação (explícita) de um contencioso estratégico na seara penal.

Neste último caso, os instrumentos de “flexibilização” da obrigatoriedade, estão associados à abreviação do procedimento criminal; distribuição de sanções de natureza penal, sem o exaurimento do processo de conhecimento (mesmo que não tão intensas quanto aquelas habilitadas pelo preceito sancionador da norma penal material); flexibilização de direitos e garantias do acusado, especialmente aqueles de caráter processual; presença de dispositivos de confissão ou colaboração com a persecução penal para obtenção dos “benefícios” oferecidos pelo órgão de acusação e/ou poder judiciário.

É importante frisar que o modelo eficientista de superação ou relativização da obrigatoriedade penal, que parece presente em muitos dos institutos de negocialidade penal

inseridos no direito brasileiro⁶¹, não representa, por si, uma superação das aporias que sustentam discursivamente a obrigatoriedade, especialmente no que diz respeito ao seu horizonte de projeção, de maximizar a distribuição de apenamento.

Pois, enquanto a obrigatoriedade continha uma proposta idealista (ideal negativo) e irrealizável de punição de todos os delitos, o paradigma negocial de justiça criminal parece manter como horizonte estratégico a realização máxima do poder punitivo estatal, porém, a partir de uma perspectiva mais realista e pragmática, a partir de um cálculo de otimização dos recursos disponíveis, por meio da diversificação de instrumentos de controle penal, passíveis de aplicação sem os custos e a mora de um processo de penal acompanhado das suas devidas garantias.

4.5 AS CONTRADIÇÕES ENTRE OBRIGATORIEDADE, IGUALDADE E SELETIVIDADE

Por fim, passo à análise do recorte dos discursos de obrigatoriedade associados às temáticas da igualdade e da seletividade. Embora o trabalho de reflexão aqui empreendido seja feito sob uma base menor de dados, algumas considerações devem ser compartilhadas.

Nesta pesquisa foi possível notar a associação tensa e contraditória da obrigatoriedade processual penal às ideias jurídicas de igualdade⁶² e impessoalidade, bem como, ao mesmo

⁶¹ Neste sentido, a transação penal prevista na Lei nº 9.099/95 admite a expressa aplicação de pena por meio de acordo, sem o devido processo de conhecimento e responsabilização penal. O instituto de suspensão condicional do processo, também da Lei 9.099/05, possui dispositivos de claro teor sancionatório e de restrição de liberdade, além da abertura para a indeterminação de condições de cumprimento. O acordo de não persecução penal, advento mais recente, que surge com a autodenominada Lei anticrime, exige confissão do crime, e além de condições com caráter potencialmente sancionatório, e referenciadas na pena criminal, também possui abertura área atribuição de outras condições indeterminadas. A colaboração premiada, por sua vez, é um instituto claramente à ideia de eficiência, pois negocia condições penais com o intuito de ampliar o alcance dos braços penais em relação ao demais membros de uma determinada organização criminosa.

⁶² A perspectiva de igualdade apresentada pelos autores estudados é a formal, ou seja, de aplicação da lei penal e processual de uma forma igual para todos, sem privilégios.

tempo, ao fenômeno da seletividade penal⁶³, que é negação prática da efetivação de uma persecução penal igual⁶⁴.

Deste modo, foi possível perceber discursos que justificam e projetavam a obrigatoriedade com base em uma persecução penal igualmente distribuída, em que os órgãos persecutórios, especialmente o Ministério Público, atuariam de forma impessoal, processando a totalidade dos delitos, sem distinções em relação às pessoas objeto de persecução. Paradoxalmente, os discursos que tratavam da operabilidade real da obrigatoriedade, afirmam uma prática seletiva, a partir da inxequibilidade da investigação e processamento de todos os delitos em relação a todos os fatos que chegavam ao conhecimento da polícia e do não processamento de todos os delitos pelo Ministério Público. Essa tensão corrobora um diagnóstico de cisão completa entre os efeitos reais e os efeitos projetados da obrigatoriedade processual penal, dado característico do discurso jurídico penal legitimatório do sistema penal, conforme Eugênio Raúl Zaffaroni (1998).

Chama atenção ainda que a incidência crítica à real efetividade de normas de obrigatoriedade incida de forma mais direta e focada na atividade persecutória desempenhada pelas forças policiais, embora presente em poucos artigos, considerada a totalidade das publicações analisadas. É representativo desta faceta discursiva, o seguinte trecho, extraído de um dos artigos analisados: “(...) é inútil que alguns se apeguem à ideia de obrigatoriedade da instauração do inquérito policial, quando a realidade da prática da Polícia, em todo o país, é claramente pelo critério da conveniência” (SOUZA, 1998).

⁶³ A ideia de seletividade tal como aqui tratada parte da percepção de atribuição diferencial da criminalidade, em vista de caracteres sociais de privilégio ou estigma, e que começa a ser trabalhado na criminologia a partir da obra de Sutherland (1999), refletindo sobre a criminalidade do colarinho branco e a blindagem que lhe recobriria, e será elemento fundamental para a deslegitimação do pressuposto de igualdade da persecução penal, característico de uma perspectiva liberal ou mesmo etiológica de ciências criminais (BARATTA, 2011). Neste sentido, as reflexões sobre o fenômeno de criminalização secundária, já mencionado na nota de rodapé nº 34, ganham especial destaque, pois analisados sob uma perspectiva crítica, permitem desmistificar o abstracionismo e generalidade atribuído às normas penais, verificando os reais objetivos políticos efetivados pelo Estado através dos órgãos seus órgãos de persecução penal. Neste sentido, é possível desnudar como o sistema penal, não obstante recoberto por um discurso jurídico asséptico, constitui pilar de manutenção de uma estrutura racializada e genocida em um país formalmente democrático como o Brasil (FLAUZINA, 2006).

⁶⁴ A partir do estudo da escola do *labeling approach*, e sua recepção alemã, o professor Alessandro Baratta questiona o princípio da igualdade, como elemento constitutivo da ideologia de defesa social, afirmando que, a partir da virada criminológica do interacionismo simbólico, ficou demonstrado que “a criminalidade, segundo sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo sua definição sociológica, é um *status* atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e de aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo de grupos sociais têm uma influência fundamental” (2011, p. 112-113).

Essa constatação é bastante sintomática se tomarmos como pressuposto o poder exercido pelas agências policiais em nosso sistema penal, e como ele se reflete nas decisões das agências judiciais⁶⁵.

Assim, invertendo a ordem que se apresenta na totalidade dos discursos analisados, que dão pouca prioridade à dimensão policial da persecução penal, Zaffaroni dedica especial atenção à atividade policial no processo de criminalização, conforme trecho abaixo reproduzido.

“A seletividade estrutural da criminalização secundária confere especial destaque às agências policiais (sempre tensamente condicionadas àquelas políticas e de comunicação). As agências judiciais limitam-se a resolver os poucos casos selecionados pelas policiais e, finalmente, as penitenciárias recolhem algumas pessoas entre as selecionadas pelo poder das agências anteriores. Isto demonstra ser a realidade do poder punitivo exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico, que pretende colocar em primeiro lugar o legislador, em segundo o juiz, e quase ignora a polícia” (ZAFFARONI et al, 2011, p. 51)⁶⁶.

Por outro lado, e em vista de tudo quanto exposto, a afirmação de da obrigatoriedade como decorrente da ideia de igualdade jurídica regente da persecução penal, face a inexequibilidade do programa criminalizante e sancionatório previsto em lei, e da consequente seletividade das agências responsáveis pela persecução dita obrigatória, caracteriza estes discursos como ideológicos, no sentido de comunicarem uma falsa representação da realidade.

⁶⁵ Invertendo a ordem que se apresenta na totalidade dos discursos analisados, que dão pouca prioridade à dimensão policial da persecução penal, Zaffaroni dedica especial atenção à atividade policial no processo de criminalização. Veja-se: “A seletividade estrutural da criminalização secundária confere especial destaque às agências policiais (sempre tensamente condicionadas àquelas políticas e de comunicação). As agências judiciais limitam-se a resolver os poucos casos selecionados pelas policiais e, finalmente, as penitenciárias recolhem algumas pessoas entre as selecionadas pelo poder das agências anteriores. Isto demonstra ser a realidade do poder punitivo exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico, que pretende colocar em primeiro lugar o legislador, em segundo o juiz, e quase ignora a polícia” (ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 51).

⁶⁶ No mesmo sentido, refletindo sobre a seletividade policial nas audiências de custódia Jacqueline Sinhoretto afirma que “a Polícia Militar tem assumido cada vez mais o protagonismo do sistema penal, o que é feito com anuência e convivência do Ministério Público e do Poder Judiciário” (SINHORETTO, 2022, p. 69). Tal diagnóstico corrobora com as percepções de Saulo Matos, que, refletindo sobre a persecução penal no tráfico de drogas, percebe como o processo penal brasileiro é eminentemente policialesco e como as acusações criminais, do ponto de vista linguístico, reproduzem em geral o texto policial (MATTOS, p. 146-7).

5 SISTEMATIZANDO IDEIAS, À GUIA DE UMA CONCLUSÃO

Nesta conclusão, a partir das análises empreendidas no último capítulo, busco concatenar o conjunto de ideias que defluem dos discursos de obrigatoriedade processual penal extraídos das publicações que serviram de corpo empírico para este trabalho, organizando os elementos de crítica anteriormente apresentados.

É preciso, antes de tudo, reiterar que o objeto de pesquisa não é absolutamente harmônico nas concepções apresentadas acerca da obrigatoriedade processual, como bem ficou evidenciado da exposição dos dados coletados.

Deste modo, a articulação dos sentidos teóricos captados nestes discursos deve ser lida menos como dado intrínseco às concepções individualizadas de obrigatoriedade processual penal explicitadas (ou implícitas) em cada um dos artigos que compõem o objeto de análise. E mais como exercício de problematização de uma imagem geral, ou resultado vetorial, deste conjunto de discursos e suas visões acerca da obrigatoriedade.

A partir destas considerações e dos próprios discursos analisados, foi possível caracterizar a obrigatoriedade processual penal como elemento normativo que direciona os órgãos públicos competentes à persecução criminal, a partir de um impulso narrativo que privilegia as posições ativas persecutórias, especialmente de caráter investigativo e processual, e cujo horizonte de projeção é a efetiva aplicação de pena para a totalidade dos delitos teoricamente ocorridos.

Neste conjunto de narrativas, há uma associação da posição jurídica de dever com os atos persecutórios direcionados à punição. E, em última instância, essa associação se estende ao próprio exercício do poder punitivo estatal de aplicação da pena criminal. Relaciona-se, portanto, por vezes implícita, ou mesmo explicitamente, a noção de dever jurídico com a própria ideia de punição, aqui lida como exercício da pena criminal pelo Estado.

Concomitantemente, a obrigatoriedade processual penal é tratada como instrumento garantidor da atuação impessoal dos órgãos públicos de persecução criminal. Por conseguinte, a adoção deste conjunto de posições ativas persecutórias estaria relacionada à uma política de vedação a condutas discriminatórias por parte dos órgãos do sistema de justiça criminal. No polo oposto, a ideia de abstenção de atos de persecução fica caracterizada, por exclusão, como potencial expressão da vontade pessoal e subjetiva de determinado agente público.

Para caracterizar este cenário, mobiliza-se a ideia jurídica de discricionariedade, como sinônimo de liberalidade⁶⁷. Assim, quando em face de hipóteses de diversificação do roteiro persecutório penal por soluções de natureza negocial ou da própria abstenção da persecução penal, resta transparente nos textos analisados a preocupação da doutrina em normatizar, regular, regrar esse poder discricionário como uma exceção, com o objetivo de preservar a promoção de persecução penal como regra do sistema.

A mais bem acabada expressão deste quadro de assimetria no tratamento das hipóteses de persecução, e de sua abstenção ou diversificação, é corporificada na forma absolutamente sucinta e deficiente com que os mais diversos autores estudados abordam os requisitos de configuração do conjunto de deveres persecutórios, especialmente do dever de agir em juízo destinado ao acusador público. Como demonstrado nesta pesquisa, quando muito, os discursos de obrigatoriedade processual penal se limitam a afirmar que o dever de ação penal se daria quando presentes os requisitos legais, nunca aprofundados nesses textos, ou então face algum tipo inexato e pouco rigoroso de demonstração empírica da ocorrência do crime e/ou sua autoria.

Esta compreensão da obrigatoriedade processual penal se apresenta como fundada na ideia de legalidade. A lei, portanto, seria elemento justificativo do dever de persecução face a ocorrência (ou notícia/aparência de ocorrência, melhor dizendo) de qualquer delito. Entretanto, a leitura de direito positivo que se denota dos discursos de obrigatoriedade processual penal analisados aparenta uma seletividade na leitura das fontes normativas que se dá, pelo menos, em dois níveis.

No nível da constituição, há quase que completa omissão quanto aos possíveis influxos dos dispositivos e normas constitucionais na configuração da obrigatoriedade processual penal enquanto fenômeno jurídico. Esta lacuna também é estendida em relação ao aparato conceitual, teórico e político que emerge com o movimento de reafirmação da supremacia da constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais, na interpretação dos dispositivos dos ordenamentos jurídicos dos países democráticos – e que aqui no Brasil emerge juntamente à superação do regime ditatorial liderado pelos militares e a consequente promulgação da Constituição de 1988.

⁶⁷ Essa associação entre a situação jurídica de discricionariedade e a ideia de facultatividade/liberalidade (poder de escolha indiscriminado e não pautado pelas normas jurídicas), contudo, não parece corresponder à evolução da técnica jurídica no que diz respeito ao estudo dos atos discricionários e a possibilidade de seu controle pela via jurisdicional, como bem demonstrado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012).

No nível da legislação propriamente dita (lei *strictu sensu*), verificou-se que o discurso de obrigatoriedade processual penal privilegia a lei penal material de caráter incriminatório-sancionatório, vinculando a ideia de obrigatoriedade de promoção dos atos de persecução penal ao pressuposto dever de punição de todos os fatos delituosos.

Por outro lado, os dispositivos legais de direito processual com potencial de viabilizar juridicamente cenários alternativos à persecução penal são praticamente ignorados pelos autores analisados, como observado na ausência de aprofundamento acerca dos requisitos de configuração do dever de agir em juízo, cujo destinatário é o acusador público.

Quando muito, tais dispositivos são interpretados em subordinação ao devir persecutório voltado à realização máxima do programa penal incriminatório e sancionatório legislado, operados a partir de uma compreensão silogística do direito baseada nas noções paralelas de “se é crime, deve ser pena”, portanto, “se noticiado crime, deve-se ser persecução penal”, “se aparenta ser crime, deve ser ação penal” e “se verificado crime, por meio de processo, aplicar-se-á pena”, entre outros consectários possíveis.

Ainda no que se refere à ideia de legalidade, parece haver, nos discursos de obrigatoriedade, uma inversão do sentido garantista da lei penal, tanto no campo material quanto processual.

Assim, a legalidade penal material (*nulla poena sine lege*), passa a significar não apenas a impossibilidade de incriminação e punição de fatos não tipificados em lei, mas também, *contrario sensu*, a obrigatoriedade de incriminação e punição de todos os fatos subsumíveis à lei penal de tipo incriminatório-sancionatório.

Por outro lado, a ideia de devido processo legal, que redundava no chamado princípio da necessidade em processo penal (*nulla poena sine iudicio*), se converte de impossibilidade de incriminação e punição sem a precedência de processo penal tal como previsto em lei, para significar a obrigatoriedade de persecução e processamento máximo, de todos os fatos potencialmente incrimináveis e hipoteticamente puníveis⁶⁸.

A primazia, ainda que implícita, da lei penal de natureza incriminatória-sancionatória na construção dos discursos de obrigatoriedade, por sua vez, é acompanhada de uma atribuição de sentidos positivos à pena criminal e à própria persecução penal que lhe precede. Neste sentido, o processo penal acionado pela obrigatoriedade processual penal é valorizado por servir de instrumento à aplicação da pena criminal e via de realização das funções do direito penal,

⁶⁸ A forma com que a jurisprudência tem rejeitado as teses de prescrição em perspectiva é apenas um exemplo demonstrativo que até mesmo a ausência de perspectiva de punição concreta não tem sido levada em conta para evitar instauração de persecução e processo penal.

sendo-lhe atribuídas as qualidades de garantia em favor da vítima e da sociedade; a função de proteção de bens jurídicos e da própria cidadania; bem como elemento de segurança e confiança na atuação dos órgãos públicos de persecução.

Os sentidos atribuídos à pena e à própria obrigatoriedade, por conseguinte, muito embora tenham direta correlação com a justificação teórica destes institutos, não são lastreados por instrumentos de verificação dos seus enunciados a partir dos dados da realidade. Mas, tão somente, repercutem as teorias e ideologias da pena mais tradicionais, e apresentam, do ponto de vista da teoria, evidentes conexões com os ideários retribucionistas e de um preventivismo geral negativo extremado.

Independentemente da teoria utilizada para sua justificação, os discursos analisados apresentam como horizonte de projeção político criminal da obrigatoriedade processual penal a programação do Estado e seus órgãos para a persecução de todos os delitos porventura ocorridos, e por consequência a distribuição de pena para a totalidade dos crimes verificados.

Neste modelo de raciocínio, como já visto, o apenamento é um bem em si, e igualmente assim são tratados os atos que lhe servem de instrumento de implementação. Portanto, a implementação da persecução e de processo penal são vistos como dado positivo, ou ao menos axiologicamente neutro, desconsiderando-se para efeito do discurso jurídico suas potencialidades negativas e danosas, disfuncionalidades e eventuais efeitos contraproducentes em relação ao próprio litígio e seus envolvidos.

Por fim, fica claro em parte dos discursos analisados a percepção explícita da disparidade entre as funções atribuídas idealmente à obrigatoriedade processual penal em relação a operabilidade prática da persecução penal, com forte conteúdo seletivo, especialmente pontuado no que tange à sua dimensão policial, mas estendida também às demais fases persecutórias.

Veja-se que as etapas de construção do raciocínio aqui empreendido acerca dos discursos de obrigatoriedade processual penal se deram por meio do seguinte roteiro: percebe-se uma inflexão desses discursos em prol da promoção de atos persecutórios; que, por sua vez, denotam uma determinada leitura (ou um conjunto determinado de leituras) do significado e repercussões da legalidade no ordenamento jurídico; e, que, por fim estão concatenados a um determinado horizonte de projeção, com seu respectivo ideário político criminal e de atribuição de sentidos à pena.

Nada impede, contudo, que a leitura do mesmo fenômeno seja proposta “do fim para o começo”, a partir, portanto, dos sentidos atribuídos à pena criminal.

Nesta via invertida de leitura, é perfeitamente possível compreender que a reificação das funções atribuídas à pena criminal, como se lhe fossem dados intrínsecos, e positivos, do ponto de vista axiológico, repercutem não somente na legitimação do programa incriminatório-sancionador legislado, mas também em uma política criminal de distribuição máxima de sanção penal.

O reflexo deste esquema, no campo do direito, é a orientação da interpretação e do discurso jurídico-penal para a realização da pena criminal prevista em lei, dotando de centralidade os dispositivos normativos de incriminação e sancionamento do delito e subordinando as demais normas à sua realização, especialmente aquelas de natureza processual.

Assim, surge a ideia de obrigatoriedade processual, projetando a atuação dos órgãos públicos para a apuração e processamento de toda aparência de crime, viabilizando aplicação de sanção penal para todos os delitos que se verifiquem e servindo, ao fim, como instrumento de realização máxima do poder punitivo estatal.

Esse panorama teórico em que se enquadra a obrigatoriedade é absolutamente problemático, se observado a partir das lentes propostas por Eugênio Raúl Zaffaroni, para a construção de um discurso jurídico penal comprometido com a contenção do poder punitivo, com o Estado Constitucional de Direito, com a defesa dos direitos humanos e fundamentais e que não legitimante das atrocidades do sistema penal.

Em primeiro lugar, porque se trata de um conjunto de discursos contraditório em seus próprios termos, cujos obstáculos criados por seus arranjos conceituais criam grandes dificuldades para o preenchimento dos requisitos básicos de coerência interna e sistematicidade do método dogmático.

Em segundo lugar, porque esses discursos de obrigatoriedade promovem uma associação instantânea entre a ideia de lei penal e direito penal, conferindo uma razão apriorística de razão ao exercício de poder legislativo, independentemente do seu conteúdo, ou das razões práticas da sua aplicação. Portanto, coloca-se de forma subserviente à legislação vigente, impedindo que a interpretação jurídica das normas legais seja inflexionada pelo direito de matiz constitucional, especialmente pelas normas de direitos fundamentais.

Em terceiro lugar, porque os discursos analisados aparentam compreender a ideia de punição, a partir de uma perspectiva formalista, que tem como horizonte de projeção a rubrica de penal dada às normas expressamente sancionatórias, dentre aquelas dispostas nas fontes legislativas do direito. Deste modo, não conseguem problematizar ou conceber, pelo menos explicitamente em discurso, o potencial punitivo e o efeito configurador da realidade encerrado

nas normas de direito processual e na própria persecução penal, independe da sua relação direta ou indireta com a aplicação de sanções penais, em um sentido formal.

Em quarto lugar, porque atribui efeitos apriorísticos à pena criminal e seus instrumentos, como se sua aplicação, *per se*, fosse dado de realização das funções que lhe são atribuídas. Opera-se, portanto, uma confusão entre o ser e o dever ser, na qual os efeitos que deveriam decorrer da pena e da persecução penal, passam a ser considerados os efeitos que, de fato, decorrem da pena e da persecução penal.

Em quinto e último lugar, pelo menos para os fins estreitos desta dissertação, porque desconsidera os dados da realidade como elementos constituintes da interpretação jurídica. E portanto, à revelia dos efeitos reais da obrigatoriedade, e da operabilidade seletiva do sistema, mantém firme em discurso o horizonte de projeção de persecução máxima de todos os delitos noticiados e/ou aparentes - e punição de todos aqueles que se verifiquem por meio de processo - sem considerar a real aptidão dos instrumentos persecutórios e penais para a realização do fins que lhe são atribuídos ou sua compatibilidade com o programa constitucional vigente.

É importante frisar, que em meio à transição paradigmática do modelo persecutório em nosso sistema jurídico, com a implementação de mecanismos cada vez mais abrangentes de negociação penal, os elementos de crítica aqui elencados a partir de Zaffaroni, mas com a ajuda de tantos outros autores, não se esgotam na desconstrução dos discursos de obrigatoriedade processual penal.

Mas se colocam também à disposição da crítica aos instrumentos de consenso penal que buscam tão somente criar atalhos para aplicação de sanções que, embora não tenham a rubrica de pena, operam na lógica punitiva, em detrimento de direitos e garantias, atualizando a estratégia de distribuição máxima do poder punitivo, a partir agora do suposto primado da eficiência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida**. Tese (doutorado). Centro de Estudos Jurídicos, Universidade federal de Santa Catarina, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. **Urgência Punitiva e tráfico de drogas: as prisões cautelares entre práticas e discursos nas Varas de Tóxicos de Salvador**. Dissertação (mestrado). Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, n 12. Rio de Janeiro/RJ: Revan/ICC, 2002, p. 253-270.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral 1**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. **Legislação Informatizada - LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995 - Exposição de Motivos**. Brasília, DF. Congresso Nacional. Texto original no Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 24/2/1989, Página 329. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaoodemotivos-149770-pl.html>. Acesso em 05/08/2022.

BUDÓ, Marília de Nardin; DALLASTA, Karina. In dubio pro societate na progressão de regime: defesa social, periculosidade, vulnerabilidade. **Revista Jurídica**, vol. 03, nº 44, Curitiba, 2016, pp. 499-534.

CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Notas sobre a perene crise do princípio de obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, Ano 11, V. 18, N. 1, 2017, p. 118-149.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Os princípios do direito: entre Hermes e Hades. In: LIZIERO, Leonam; TEIXEIRA, João Paulo Allain. (Org.). **Direito e sociedade. Vol. 4. Marcelo Neves como intérprete da sociedade global**. Andradina: Ameraki, 2020, p. 17-46.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. **Res Severa Verum Gaudium**. Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/index.php/resseveraverumgaudium/article/view/64516>. Acesso em: 27 ago. 2022.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CELLARD, André. A análise documental. In: POPART, Jean; DESLAURIES, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H.; LEPRRIÈRE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Álvaro P.. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. 4ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 295-316.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

COSTA, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes. **Revista do Ministério Público**. Lisboa, Ano 22, n. 85, jan./mar., 2001, p. 37-42.

CUNHA, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6ª Edição. Salvador: Juspodvm, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. (org.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DAVIS, Angela Yvonne. **A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

DEU, Teresa Armenta. Principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria. Principios y garantías procesales. **Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos**. Barcelona: Editora Bosch, 2013, p. 1-11.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17^a edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDEZ, Gabriel Vianna Cavalcante. **Aplicabilidade da teoria do desvio de poder na análise do oferecimento de ação penal pelo acusador público**. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado). Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia, 2018.

FERNANDEZ, Gabriel Vianna Cavalcante. **O princípio da obrigatoriedade processual penal: ensaio sobre a estrutura normativa do dever geral de persecução penal e a proteção dos direitos e bens jurídicos fundamentais**. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da; OLIVEIRA, Larissa Silva de (organizadores). *Direitos humanos e direitos fundamentais: debates contemporâneos*. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 255-280.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Lucas Aquino. **A incorporação da teoria da penalidade neoliberal na criminologia brasileira : uma leitura a partir dos artigos publicados nos periódicos Discursos Sediciosos e Revista Brasileira de Ciências Criminais entre 2002 e 2016**. Dissertação (mestrado) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2020.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2006.

FOULCAUT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª edição. Rio de Janeiro/RJ: NAU Editora, 2002.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 1ª edição. Niterói/RJ: Luam editora, 1993.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MATHIENSEN, Thomas. **Politics of Abolition: revisited**. New York: Routledge, 2015.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. **Tráfico de drogas ou porte para consumo próprio? “de cara” com o Ministério Público da Bahia**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica. e uma interpretação do caso brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2018.

OLIVEIRA, Rafael. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2007.

PIERANGELI, José Henrique; AQUINO, José Carlos G. Xavier de. Da oficialidade e da obrigatoriedade. **Justitia**, São Paulo, Ano 45, V. 122, jul./set., 1983. p. 70-81.

PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**, v. 68, p. 39-60, 2004.

RESENDE, Viviane de Melo; RAMALHO, Viviane. **Análise do discurso crítica.** São Paulo: Editora Contexto, 2006.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. Obrigatoriedade e oportunidade no direito processual penal brasileiro e português. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 806, dez. 2002, p. 395-417.

ROMÃO, Vinícius de Assis. **Entre a vida na rua e os encontros com a prisão: controle urbano e audiências de custódia.** Belo Horizonte: Letramento, 2020.

ROSA, Alex da. **Análise da Revista Brasileira de Ciências Criminais : discursos criminológicos 1996-2004.** Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires: Editora del Puerto s.r.l., 2000.

SANCHÉZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHUNEMANN, Bern ¿La crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo?). **Revista de derecho penal**. Montevideo, Fundación de Cultura Universitária, n. 11, jun., 2000, p. 111-118.

SINHORETTO, Jacqueline. O joio e o trigo: a seletividade em audiências de custódia. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; ROMÃO, Vinícius de Assis (Orgs.). **Audiências de custódia no Brasil: a prática em debate**. Salvador: EDUFBA, 2022.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro**. Tese (doutorado). Programa de pós-graduação em direito, Universidade Federal da Bahia, 2008.

SOUZA; Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos: uma análise a partir de discursos sobre crime e punição. **Contemporânea Ravista de Sociologia da UFSCar**, v. 5 n. 1 (2015): Janeiro - Julho de 2015. Disponível em: <https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/297/129>. Acesso em: 27 ago. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito del cuello blanco**. Madrid: La piqueta, 1999.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014.

TORON, Alberto Zacharias. Os pais fundadores do IBCCRIM, o massacre do Carandiru e a produção de conhecimento. **Boletim do IBCCRIM**, n. 298, set. 2017. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6031-Os-pais-fundadores-do-IBCCRIM-o-Massacre-do-Carandiru-e-a-producao-de-conhecimento. Acesso em: 13/08/2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo/SP: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; SILVA, Willians Meneses da. **RBCCRIM: experiência em editoração científica e produção de conhecimento em periódicos científicos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 1161, 2019, p. 19-28.

WARAT. Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Vol. 3, n. 05, 1982, pp. 48-57.

WARAT. Luís Alberto, **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei, temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT. Luís Alberto, **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT. Luís Alberto, **Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

ZAFARONNI, Eugênio Raúl. **Hacia um realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993.

ZAFARONNI, Eugênio Raúl. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídica penal**. 2ª reimpressão. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Processo penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad. In: ZAFFARONI, E.R. (org.) **El proceso penal: sistema e derechos humanos**. 2ª Edição. Cidade do México: Porrúa, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro.
Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro/RJ: Revan, 2011.

ARTIGOS COMPONENTES DO CORPO EMPÍRICO DO TRABALHO - RBCCRIM
(em ordem cronológica retrospectiva)

DUCLERC, Elmir; MATOS, Lucas Vianna. A lei anticrime e a nova disciplina jurídica da persecução pública em juízo: pistas para uma interpretação crítica dos arts. 28 e 28-a do CPP. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 187, 2022, p. 233 – 258.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Disposições extra e contra legem nos acordos de colaboração premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 182, 2021, p. 191 – 226.

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o plea bargaining. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 179, 2021, p. 177 – 196.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Acordo de não persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 178, 2021, p. 311 – 333.

PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na lei anticrime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 174, 2020, p. 199 – 254.

BORGES, Clara Maria Roman; RAZERA, Bruna Amanda Ascher. Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 173, 2020, p. 279 – 315.

LE MOS, Clécio. Justiça pós-penal: hora de propor. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 169, 2020, p. 139 – 162.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 166, 2020, p. 241 – 271.

FACCINI NETO, Orlando. Notas sobre a instituição do plea bargain na legislação brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 166, 2020, p. 175 – 201.

MENEZES, Daniel Feitosa de; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 161, 2019, p. 163 – 186.

BARROSO, Anamaria Prates. A transversalidade do acordo de colaboração premiada e seus efeitos na demissão do servidor público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 157, 2019, p. 175 – 208.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156, 2019, p. 165 – 188.

WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156, 2019, p. 279 – 306.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 155, 2019, p. 293 – 337.

RIOS, Rodrigo Sá; FARIAS, Renata Amaral. O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 148, 2018, p. 319 – 347.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 133, 2017, p. 133 – 171.

JUNIOR, João Carlos Harger. A insignificância como sintoma da crise dogmática do direito penal e sua autonomia nos crimes tributários. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 117, 2015, p. 17 – 50.

ARANTES, Francine Nunes. A suspensão condicional do processo nos crimes ambientais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 114, 2015, p. 173 – 198.

ARGUELLO, Katie; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 113, 2015, p. 317 – 356.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. Estudo e crítica do "juiz das garantias". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 111, 2014, p. 227 – 259.

VILARES, Fernanda Regina. O consenso habermasiano no processo penal: justiça penal consensual e o princípio da oportunidade nos crimes tributários. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 98, 2012, p. 317 – 337.

PALERMO, Pablo Galain. Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 91, 2011, p. 161 – 19.

BITTAR, Walter Barbosa. DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL E NA ITÁLIA UMA ANÁLISE COMPARATIVA. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 88, 2011, p. 225 – 269.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o arquivamento do inquérito policial: requisitos e controle judicial (estudo de caso). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 83, 2010, p. 322 – 349.

SANTOS, Cláudia Cruz. A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 81, 2009, p. 209 – 229.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do código de processo penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 76, 2009, p. 123 – 180.

ISAACSSON, Gisela Brum. Crimes contra a administração pública: um estudo sobre a possibilidade da não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 74, 2008, p. 299 – 338.

RIBEIRO, Julio Dalton. Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 73, 2008, p. 48 – 82..

PALERMO, Pablo Galain. Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: ¿unaforma anómala de decretar el sobreseimiento?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 72, 2008, p. 155 – 185.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: CRÍTICAS À SÚMULA 696 DO STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 65, 2007, p. 345 – 376.

SANTANA, Selma Pereira de. A TENSÃO DIALÉTICA ENTRE OS IDEAIS DE "GARANTIA", "EFICIÊNCIA" E "FUNCIONALIDADE". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 52, 2005, p. 250 – 275.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. A vítima no processo penal: interferências da lei 9.099/1995. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 47, 2004, p. 284 – 2.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. A ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ENTRE A TRADIÇÃO E AEFETIVIDADE. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 46, 2004 | p. 142 – 173.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A DEFESA PENAL E SUA RELAÇÃO COM A ATIVIDADE PROBATÓRIA. A VÍTIMAE O PRINCÍPIO DE OPORTUNIDADE. RELAÇÕES ENTRE JUIZ E MINISTÉRIOPÚBLICO - SEUS LIMITES. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 40, 2002, p. 91 – 104.

CALMON FILHO, Petrônio. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: AGILIDADE E TRANSPARÊNCIA. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 34, 2001, p. 63 – 106.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para ibero-américa 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 30, 2000, p. 41 – 50.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. O término do processo administrativo-fiscal como condição da ação penal nos crimes contra a ordem tributária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 22, 1998, p. 63 – 79.

SOUZA, Carlos Laet de. Da investigação policial e da instrução criminal provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 21, 1998, p. 159 – 162.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 19, 1997, p. 257 – 264.

MORAES FILHO, Antônio Evaristo de Moraes. O ministério público e o inquérito policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 19, 1997, p. 105 – 110.

MAIER, Julio B. J. LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL PROCESO PENAL. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 16, 1996, p. 77 – 85.

LEAL, João José. A suspensão condicional do processo deve ser aplicada a todas as infrações penais previstas na lei 9.099/95. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 16, 1996, p. 150 – 161.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Princípio da indivisibilidade da ação penal e exclusão de denunciado pelo promotor de justiça (ou crítica à jurisprudência despudorada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 16, 1996, p. 356 – 364.

SANTOS, Lycurgo de Castro. CULPABILIDADE E PENA NA LEI 9.099/ 95. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 13, 1996, p. 130 – 143.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 10, 1995, p. 58 – 62.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ORDEM CONSTITUCIONAL E O PROCESSO PENAL. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 8, 1994, p. 57 – 68.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o ministério público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 3, 1993, p. 128 – 150.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DE AÇÃO PENAL PÚBLICA. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 2, 1993, p. 107 – 116.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do código de processo penal modelo para ibero-américa na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 1, 1993, p. 41 – 63.

GOMES, Luiz Flávio. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 0, 1992, p. 88 – 1.