

**A AUSÊNCIA DE ÔNUS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO  
CRIMINAL E O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO COMO A  
TRAGÉDIA DOS COMUNS**  
**THE ABSENCE OF THE BURDEN TO THE PUBLIC PROSECUTION  
AND THE ABUSE OF THE RIGHT TO START A CRIMINAL  
PROCEDURE AS A TRAGEDY OF THE COMMONS**

**Rui Carlo Dissenha<sup>1</sup>**  
**Bryan Bueno Lechenakoski<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo, partindo do reconhecimento de uma crise no sistema jurisdicional penal brasileiro, que custa muito e não produz os efeitos que dele se esperam, discute como um dos elementos da ineficiência do sistema penal a inexistência de instrumentos mais amplos e eficientes de desincentivo à propositura de ações penais. Para tanto, aponta elementos que dão sinais de sobrecarregamento do Judiciário penal demonstrados no grande número de casos que nele tramitam e na reconhecida demora na gestão dos processos, produzindo um Judiciário notoriamente lento e custoso. A noção de eficiência é discutida a partir da lógica de Kaldor-Hicks e da noção de “tragédia dos comuns” para identificar como a apresentação de muitos casos penais ao Judiciário é um fator de ineficiência. A partir de então, o texto chega à conclusão central do presente trabalho, a de que o uso desmedido (irracional) da Justiça Penal pelo Ministério Público gera externalidades que não podem ser compensadas eficientemente pelo processo. Por conta disso, mecanismos de desincentivo ao grande demandante na área penal, alguns deles apontados em considerações conclusivas, devem ser pensados e utilizados, sob pena de se perpetuar a tragédia dos comuns.

**Palavras-chave:** Direito de ação; Eficiência da Justiça penal; Tragédia dos comuns.

**ABSTRACT:** This article, based on the recognition of a crisis in the Brazilian criminal justice system (which is costly and unable to produce the expected results), discusses as one of the elements of this crises the lack of broader and more efficient instruments to discourage the filing of criminal lawsuits. To this end, it points out elements that give signs of the overloading of the criminal justice system, which is demonstrated by the large number of cases that are processed and their recognized delay. The notion of efficiency is discussed based on the Kaldor-Hicks logic and the notion of “tragedy of the commons” to identify how the submission of many criminal cases to the justice system is a factor of inefficiency. The text arrives at the central conclusion that the excessive (because irrational) use of the criminal justice system by the Public Prosecutor's Office generates externalities that cannot be efficiently compensated by the process. Therefore, mechanisms to discourage large-scale demanders in the criminal area, some of which are highlighted in conclusive considerations, must be considered and used, under penalty of perpetuating the tragedy of the commons.

**Keywords:** Right to start a criminal procedure, Efficiency of the Criminal Justice, Tragedy of the Commons.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (2013). Professor adjunto da graduação e pós-graduação stricto sensu da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Advogado. E-mail: rui@dissenha.adv.br

<sup>2</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia na ABDCnst. Professor na graduação do curso de Direito no Centro Universitário Internacional (UNINTER). Advogado. E-mail: lechenakoski.adv@gmail.com

## INTRODUÇÃO

Parece haver certa unanimidade em se reconhecer que a prestação jurisdicional hoje passa por uma crise importante. Especialmente a exagerada lentidão do trâmite dos processos que são submetidos à apreciação do Poder Judiciário parece desempenhar um papel importante no amplo acúmulo de demandas que se avolumam nas mesas dos julgadores, situação que se potencializa a cada acesso a uma nova instância. Para além disso, o substancial custo da atuação do Judiciário não é ignorado como um elemento que deve ser computado quando se pensa na prestação de um serviço público eficiente: quanto vale investir de recursos em um sistema que não responde de forma funcional? Por conta disso, os profissionais da gestão dos tribunais e os acadêmicos discutem inúmeras propostas com vistas à melhora dessa condição e, para tanto, se utilizam comumente de recurso a outras esferas do conhecimento, tais como a economia e a administração. No plano penal essa questão é ainda mais sensível. O imenso volume de processos que tramitam nas varas criminais e, depois, nas instâncias recursais, é o provável responsável por um acúmulo de trabalho que não poucas vezes produz, ao mesmo tempo, aponta-se, tanto um número alto de prescrições da pretensão punitiva quanto de decisões judiciais de qualidade duvidosa. Nesse espaço do Direito, entretanto, essas consequências são gravíssimas por permitirem impunidades imerecidas e condenações injustas ou desnecessárias. Além disso, não se pode ignorar que é nesse momento que se inicia o movimento que tem como resultado um sistema carcerário abarrotado e violador de garantias individuais – situação amplamente reconhecida em todos os planos do poder público.

O presente artigo pretende traçar algumas considerações sobre essa condição de aparente disfuncionalidade da prestação judiciária penal a partir de alguns conceitos de eficiência apontados pela perspectiva do *Law and Economics* e levando em consideração que um grande acúmulo de processos penais em tramitação é também causado pela ampla propositura de demandas penais sem a existência de elementos de estímulo e desestímulo eficientes a constranger o principal agente por elas responsável, o Ministério Público, a atuar de forma racional nesse múnus. De fato, embora comumente se aponte que a lentidão dos processos penais é causada pela interposição irrestrita de recursos (sobretudo pela defesa), não se pode ignorar que todas essas medidas são usadas em processos que foram iniciados

a partir da propositura de ações penais – na sua grande maioria, públicas. Assim, o trabalho inicia apresentando algumas estatísticas oficiais que indicam e demonstram o formidável número de processos que tramita na Justiça, em especial no plano penal, e o custo desse serviço público ao Estado, tudo com o fito de se questionar, no plano da eficiência, se a prestação da atividade jurisdicional pelo Estado não precisaria ser pensada de forma mais funcional para sopesar os gastos que produz com a qualidade do serviço que presta.

Em seguida, o artigo usa do conceito de “tragédia dos comuns”, explicado adiante, para problematizar como o uso indiscriminado de um serviço público como o jurisdicional penal, capaz de operar apenas com um número evidentemente finito de demandas, pode levar à falência do sistema – processo que parece estar em curso quando se nota a lentidão do sistema penal. O artigo segue adiante, então, defendendo a ideia de que uma das razões pelas quais ocorre esse exagero no uso desse serviço público é justamente a inexistência de um sistema eficiente de mecanismos de desestímulo que levem os titulares da ação penal – no caso, especialmente o Ministério Público, por ser o grande operador nesse plano – a agir de forma racional na escolha de demandas capazes de produzirem os fins que buscam. Afinal, em um sistema em que não existem custos para a propositura de demandas, a lógica da “tragédia dos comuns” implica que os detentores da ação penal abusem de seu direito de forma a sobrecarregar o Poder Judiciário penal, dando início ao ciclo que vai causar lentidão e ineficiência em todas as instâncias.

Ao final do artigo, discutem-se criticamente algumas questões importantes sobre o tema, sobretudo sustentadas no fato de que novas medidas normativas e tendências operacionais terminaram por erigir o próprio processo à condição de sanção penal, de modo que a acusação se tem arvorado em expedientes que são capazes de produzir efeitos estigmatizantes aos processados independentemente das condenações penais. A conclusão, portanto, é evidente: é imperioso que se pense em medidas capazes de constranger o detentor da ação penal pública a escolher racionalmente as demandas que pretende propor, compondo elementos de busca pela eficiência também nas denúncias que abrem os processos penais.

## 1. SOBRE CUSTOS E EFICIÊNCIA DA JUSTIÇA PENAL.

A denominada crise do Judiciário é alvo de debates intensos na academia e na prática forense. Se é verdade que os temas envolvidos nessas discussões são plurais, referentes à “falta de recursos materiais, excesso de recursos judiciais, complexidade dos procedimentos, baixa qualidade dos integrantes do sistema (juristas em geral), má gestão etc.” (GICO JR., 2014, p. 164), ao menos uma constatação resta clara e quase unânime: o Judiciário “é lento demais e caro demais” (GICO JR., 2014, p. 164).

Não se ignora que a simples análise de custo financeiro do Judiciário é incapaz de dar respostas adequadas a essa crise multifatorial, mas é certamente um importante indicador a ser analisado e que permite conclusões essenciais para a compressão do problema. Afinal, se o Estado possui uma quantia de recursos finita e se as demandas são sempre infinitas, a alocação exagerada de recursos no Poder Judiciário implicará a redução de recursos disponíveis para outras áreas, inclusive aqueles importantes à gestão ampliada do crime segundo políticas criminais mais eficientes que a simples sanção penal<sup>3</sup>: é a explosão das externalidades (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 72). É nesse contexto que, nesta parte inicial do presente trabalho, analisar alguns dados numéricos pode ser ilustrativo e permite algumas conclusões, especialmente no que tange à Justiça penal, que parece demandar uma urgente racionalização de recursos e de carga de trabalho.

Não se pode ignorar que os dados têm indicado que o Brasil gasta muito com seu Poder Judiciário. Segundo GICO JR (2014, p. 179), o próprio Ministério da Justiça reconhece essa condição, tendo apontado que em termos relativos, o Brasil perde apenas para a Itália em custo para o Judiciário. Considerando a demora e a qualidade da prestação jurisdicional, a posição nacional nesse *ranking* é certamente algo a ser ponderado. O Poder Judiciário em geral consome muitos recursos com sua estrutura física e pessoal, apesar de também arrecadar parte dos valores que consome com as taxas e custas que cobra. Ainda assim, do ponto de vista financeiro, o Poder Judiciário não é capaz de se sustentar, pois arrecada para seu custeio direto muito pouco em comparação com o que gasta. Essa condição, por óbvio, não deve ser tratada como um desencorajador desse serviço na medida

---

<sup>3</sup> Sobre os problemas de uma simples política penal de gestão do crime em detrimento de uma política criminal mais ampla e complexa, ver: (BATISTA, 2007, p. 36-37).

em que a prestação jurisdicional é um elemento essencial em um Estado de Direito fazendo parte da estrutura constitucional nacional. É natural, portanto, que a prestação jurisdicional custe ao Estado porque representa um serviço público necessário à realização dos fins constitucionais. Ainda assim, os números são formidáveis. Os custos efetivos do Poder Judiciário, de acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça, chegaram, em 2017, ao valor de mais de noventa bilhões de reais (CNJ, 2018, p. 56). Os recursos para custeio dessa monta advêm dos cofres públicos e são direcionados para dar suporte às demandas judiciais apresentadas, sejam elas cíveis, criminais, administrativas, dentre outras envolvendo custos da estrutura e dos recursos humanos (CNJ, 2018, p. 56). Dos valores totais referentes aos gastos, de acordo com o relatório, a despesa maior fica por conta das justiças estaduais “segmento que abrange 79% dos processos em tramitação, [e] corresponde a aproximadamente 57% da despesa total do Poder Judiciário” (CNJ, 2018, p. 56), o que significa dizer que são destinados para a justiça estadual mais de 51 bilhões de reais.

Interessa a este texto o papel da Justiça penal nesse quadro. Sem que se considerem, inicialmente, os eventuais gastos com as fases de investigação preliminar ou aqueles destinados ao sistema carcerário, os números aqui importam justamente porque se trata de um ramo da Justiça que é especialmente deficitário do ponto de vista financeiro. Diferentemente de outros ramos da Justiça que são capazes de trazer recursos aos cofres públicos e, assim, diminuir o custo geral do serviço<sup>4</sup>, a arrecadação que a Justiça penal permite produzir é infinitamente menor do que os recursos que consome. Ao lançar-se com mais vigor sobre uma classe menos abastada economicamente e, em geral, mais vitimizada socialmente<sup>5</sup>, o “cliente” do sistema é comumente indigente do ponto de vista econômico e oferece poucas oportunidades de recuperar os recursos investidos nesse serviço público. Na contabilização dos custos do sistema de Justiça, o acionamento da Justiça criminal estadual é de grande importância, pois conforme o relatório apresentado pelo CNJ, a “justiça estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 69,4% da

---

<sup>4</sup> Considera-se para o cálculo que no mesmo ano de 2017, houve arrecadação de R\$ 48,43 bilhões de reais, enquanto os custos passam de R\$ 90 bilhões (CNJ, 2018, p. 56-60).

<sup>5</sup> Embora a análise dos dados do sistema carcerário não sirva à perfeição para indicar a amostragem dos condenados, certamente permite algumas conclusões ao menos sobre condenações a crimes apontados como graves. E, nesse contexto, dados do INFOPEN indicam que mais da metade dos encarcerados não têm sequer o ensino fundamental completo (51,35%) enquanto 9,3% deles são analfabetos ou alfabetizados. Ver: (MOURA, Marcos Vinícius, 2019, p. 34).

demanda; na área criminal essa representatividade aumenta para 91,5%” (CNJ, 2018, p. 152), sendo que só no ano de 2017 “ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos novos criminais” (CNJ, 2018, p. 152).

A gerência dessa massa de trabalho demanda um enorme efetivo humano e os pertinentes custos. Os dados oficiais oferecidos pelo Conselho Nacional de Justiça até indicam uma recente redução do número de casos que tramitam no Judiciário penal (CNJ, 2018, p. 152). Ainda assim, são números superlativos que não são facilmente geridos pelas 3898 varas criminais existentes no Brasil para lidar com essa demanda<sup>6</sup>. Isso se evidencia na demora processual envolvida na gestão do caso penal: em média, na Justiça Estadual, são 3 anos e 9 meses para um processo criminal em primeira instância, enquanto o processo não criminal leva 2 anos e 10 meses; na Justiça Federal, o tempo é de 2 anos e 3 meses para um processo criminal e 1 ano e 10 meses para um processo não criminal (CNJ, 2018, p. 156). Há certamente um número extremamente grande de ações penais tramitando em um número mais reduzido de unidades penais destinadas ao seu processamento, de forma que mesmo do ponto de vista estrutural a demanda é sempre maior do que a oferta: o número de funcionários alocado no trato dessa espécie processual parece sempre insuficiente na medida em que, salvo raras exceções, é notória a demora do sistema investigativo e do processo penal. E essa demora tem implicações notoriamente graves, pois para além das questões estruturais do processo, tais como a qualidade da prova produzida, não se pode ignorar que os longos prazos de tramitação de uma investigação e de um processo produzem danos incomensuráveis à vida dos envolvidos, tanto réu quanto vítima, especialmente no caso de ser determinada uma prisão cautelar.

Esse panorama se reflete, evidentemente, no sistema carcerário. No mês de junho do ano de 2017 a população prisional brasileira alcançou o número de 726.354 presos (BRASIL, 2017, p. 7), (hoje, em 2019, o número chega a mais de 800.000 presos, como amplamente reconhecido pelo CNJ e pela mídia) (BARBIERI, 2019), dos quais 33,29% são presos provisórios (BRASIL, 2019, p. 14). Embora os dados de custo financeiro do judiciário penal não pareçam computar essas variáveis, o custo com o sistema carcerário está diretamente ligado àquele do Poder Judiciário, como acontece com questões de investigação

---

<sup>6</sup> Cálculo composto pela somatória entre Vara Exclusivas Criminais (1.256), Varas Cíveis e Criminais (495), Varas Exclusivas de Violência Domésticas (122), Juizados Especiais Criminais (92), Varas de Juízo Único (1933). (CNJ, 2018, p. 19).

criminal e de segurança pública, e também deveriam entrar na racionalização de utilização de recursos, pois são serviços de altíssimo custo que também são suportados pelo Estado e substancialmente dependentes da Justiça penal (mesmo sem atender, como se sabe, às condições básicas de eficiência que se esperam desses serviços – no caso do sistema carcerário, não se consegue nem mesmo um mínimo de humanidade<sup>7</sup>). Confiando-se nos números brutos apresentados pelos próprios ministros do STF<sup>8</sup>, por exemplo, um preso no Brasil custa em média R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) por mês aos cofres públicos, o que significa dizer em uma conta simples que os 726.712 presos geraram, no ano de 2017, um custo de R\$ 1.744.108.800,00 (um bilhão, setecentos e quarenta e quatro milhões, cento e oito mil e oitocentos reais) por mês, totalizando mais de vinte bilhões de reais por ano. E certamente não ajuda na redução desses custos um sistema normativo que se tem caracterizado pela edição de leis penais cada vez mais tendentes a aumentar a restrição da liberdade.

Deve-se aliar a esses dados o fato de que a Justiça penal é notoriamente deficitária, pois além de seu custo alto também é de regra incapaz de arrecadar valores substanciais. Como a imensa maior parte das ações penais são propostas pelo Ministério Público (que não recolhe taxas e custas) contra uma parcela da população menos abastada economicamente<sup>9</sup> que é essencialmente dependente da gratuidade da Justiça (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 70), a Justiça penal possui, obviamente, pouco retorno financeiro. Ainda que em certos casos o sistema penal seja capaz de devolver aos cofres públicos quantias importantes (especialmente no caso de crimes de colarinho branco), essas situações são pontos fora da curva e não representam a regra de um caso penal. É certo, portanto, que a Justiça penal

---

<sup>7</sup> Inclusive sobre o tema, o próprio STF na APDF nº 347/DF já declarou o sistema penitenciário brasileiro como um “Estado de Coisas Inconstitucional, na medida em que ocorrem violações massivas e reiteradas dos Direitos Humanos do preso. (STF, 2015)

<sup>8</sup> Neste sentido a Ministra Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal relatou no 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Conseps), em Goiânia/GO que: “Um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada.”. (CNJ, 2016).

<sup>9</sup> Segundo os dados oficiais, “é possível afirmar que 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 14,9% com Ensino Médio Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5%. Ao analisarmos os dados de escolaridade da população brasileira, obtidos a partir da PNAD Contínua 2017, percebemos que não há uma representação no sistema prisional dos mesmos graus de escolaridade observados na sociedade brasileira. No sistema penitenciário, mais da metade das pessoas custodiadas possuem baixa escolaridade, ao passo que entre a população brasileira percebe-se maior dispersão entre todos os níveis educacionais”. (BRASIL, 2019, p. 34-35).

custa muito. Parece evidente que, nesse plano, em um Estado com baixíssimos índices de desenvolvimento social, é prudente repensar prioridades de investimento de escassos recursos públicos. Por isso mesmo, é necessário se perguntar se o sistema penal é eficiente, pois o custo bruto não é certamente um fator que possa ser analisado de forma isolada: alto custo com a produção de ótimos resultados é certamente um bom investimento. Entretanto, as vantagens produzidas pelo sistema penal não são facilmente apreensíveis (se é que o são) e, ainda que fossem quantificáveis, representam um complexo tão grande de variáveis que tal número seria diluído na complexidade da Justiça penal tida como resultado do fenômeno social.

De fato, mesmo que advenham benefícios de uma determina transação ou relação entre partes, há que se considerar que em grande parte das vezes há reflexos causados a terceiros além daqueles diretamente envolvidos na questão. Afinal, segundo autores da linha *Law and Economics*, as externalidades de um fenômeno são inevitáveis, pois o custo para os envolvidos no processo (custo marginal *privado* – ou seja, o custo da atividade desenvolvida) é diferente do custo para os agentes externos (custo marginal *social* – o curso adicional que é suportado por terceiro não envolvido na atividade) (COOTER; ULEN, 2016, p. 39).

Nesse contexto, levando em consideração que o sistema judicial como um todo é “lento, ineficaz e caro” (GICO JR., 2014, p. 165) e que em especial a saturação do sistema judiciário penal é uma realidade, tornando-o pesado e exageradamente custoso, é absolutamente necessário discutir se a resposta penal oferecida pelo Judiciário é minimamente eficiente ao ponto de justificar o seu custo diante das externalidades (benéficas ou prejudiciais) que causa. Nesse contexto, debater como se construir um conceito de eficiência para avaliar economicamente o sistema penal é uma necessidade e a noção de *Law and Economics* pode servir como importante instrumento nesse sentido. A busca por um Judiciário eficiente no plano penal, que compense o enorme investimento de recursos financeiros e humanos que o sustenta, depende do que se considera como eficiência na Justiça penal. Uma análise fria de números absolutos de condenações ou absolvições não permite uma consideração adequada nesse tocante porque ignoraria uma infinidade de variáveis importantes, a começar pela dúvida sobre a que serve a própria Justiça penal e o



necessário processo penal<sup>10</sup>. De qualquer forma, entender como justificável ou não o alto investimento financeiro na Justiça penal depende, evidentemente, do que se busca com ela.

Alguns exercícios podem permitir conclusões que lancem algumas luzes sobre o problema da eficiência e permitam que se tracem linhas de aproximação da questão. A eficiência tal qual trabalhada na concepção da Análise Econômica do Direito, por exemplo, permite que se desenvolva a ideia de maximização de um valor eleito. Assim, “elege-se um componente valorativo, tal como, a proteção do consumidor, do meio ambiente, do trabalhador, entre outro, considerando-o relevante, buscando opções que tenham resultado a maximização desse valor” (BOTELHO, 2016, p. 29).

Para o presente artigo, esse componente valorativo eleito poderia ser indicado como o número de casos penais razoável a ser apresentado ao Judiciário de acordo com aquele número que parece ser passível de ser gerido pelo sistema penal de que se dispõe. É certo que a crítica a essa opção limitadora da aplicação do poder punitivo é inevitável: não seria adequada, pois a gestão da questão criminal deve estar afeita ao número de crimes existente (é necessário que se punam tantos crimes quanto possível), não ao limite do Estado para lidar com ele (é necessário que se puna apenas um número razoavelmente digerível de crimes). Entretanto, não se pode ignorar que o poder punitivo é sempre seletivo<sup>11</sup> e que não é possível lidar com o total de crimes existente. A cifra negra da criminalidade será sempre infinitamente maior do que o número de casos com o qual o sistema penal pode lidar e a pretensão de se punirem todos os crimes é uma quimera porque, além de necessariamente criar um Estado de polícia, ainda implicaria um custo para o aparato penal provavelmente tendente ao infinito. Assim, pelo menos diante do quadro atual em que o sistema de Justiça penal é capaz de lidar com uma demanda de casos em número finito (e certamente muito menor do que o total de crimes existente), então é absolutamente imperiosa uma escolha de casos, feita tanto no processo de criminalização primária (quando se escolhe quais condutas

---

<sup>10</sup> Independentemente de se poder discutir o sentido da Justiça penal e da aplicação do poder punitivo em si, é certo que essa avaliação depende de uma infinidade de critérios complexos e por vezes indefiníveis que indicam a dificuldade de uma resposta precisa. Neste sentido, por exemplo, leia-se a posição de Ferrajoli: “Um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária da sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais penais do direito penal mínimo. Estas garantias se configuram, portanto, como outras condições de justificação do direito penal, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes”. (FERRAJOLI, 2002, p. 278).

<sup>11</sup> Sobre o tema da seletividade, ver: (ALAGIA; SLOKAR; ZAFFARONI, 2003).

criminais serão puníveis *in abstracto*) quanto no processo de criminalização secundária (quando se escolhem quais condutas criminais serão puníveis *in concreto*).

A partir da análise econômica do Direito, é possível que se discorra sobre a noção de uma lógica paretiana de eficiência. Desenvolvida por Vilfredo Pareto, essa lógica está interligada com a ideia de que eficiente é o processo em que um dos agentes possua ganhos sem que outros sofram perdas – a situação em que um agente alcança o maior número de ganhos sem que haja a perda de outro, é denominado, inclusive, de *Ótimo de Pareto*<sup>12</sup>.

Porém, conforme adverte BOTELHO (2016, p. 30 e 31): “são poucas as situações nas quais o ordenamento jurídico e/ou o Poder Judiciário tome decisões que resultem em ganhos para todas as partes envolvidas, ou seja, que gere um ótimo paretiano”. À evidência em um processo penal, o “ganho” de uma das partes não é sequer possível de ser mensurado e dificilmente se consegue crer que em casos de condenações seja possível encontrar uma melhora de todo o corpo social. Afinal, condenações penais são sempre uma forma de “criação de *handicap*” (PAVARINI, 2007, p. 51), para o condenado e, portanto, já aí não se consegue encontrar um ótimo paretiano, ainda que se entenda, a contrário do que pensam os criminólogos mais críticos que indicam os reconhecidos fins da pena como “*pietose bugie*” (PAVARINI, 2007, p. 35), que para o restante do corpo social os fins da pena inerentes à condenação representariam um ganho comum. Por outro lado, em decisões absolutórias o resultado poderia ser paretiano apenas quando a ação penal fosse lançada contra um inocente, pois a absolvição de um não-inocente representa um enorme dispêndio de energia e custos que certamente não justifica vantagem alguma para além daquela conquistada pelo próprio réu. Para além disso, não parece possível a um sistema matemático comum encontrar esse ótimo paretiano quando tantas variáveis parecem estar identificadas em um sistema axiológico complexo quanto o constitucional – especialmente diante do direito fundamental ao devido processo legal que demanda não apenas um *fim* justo, mas também um *meio* legalmente impecável.

---

<sup>12</sup> Neste sentido BOTELHO (2016, p. 30) afirma que: A noção de eficiência econômica, tal como já fora explanado, passa pela ideia do economista e sociólogo Vilfredo Pareto, que entendia que uma mudança socioeconômica seria considerada eficiente quando o novo cenário produzisse um produto superior ao status quo ante, sem que ocorressem perdas para nenhum dos atores socioeconômicos envolvidos. Com isso, poder-se-ia dizer que haveria uma melhoria de Pareto quando, ao menos, um agente auferisse ganhos sem que outros apresentassem perdas.

Nesse contexto, parece mais adequado que se busque a lógica de eficiência segundo outros modelos. Por esse motivo, entra em cena o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, “por meio do qual se visualizam ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais, por meio de um sistema de compensação social” (BOTELHO, 2016, p. 31). Efetivamente, a aproximação entre o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks na Análise Econômica do Direito possui função essencial no campo jurídico, que segundo BOTELHO (2016, p. 43) pode ser dividido em três:

- a) Compreensão do valor de eficiência do sistema jurídico e inclusive das sentenças judiciais;
- b) Previsão dos impactos normativos ex-post nas relações socioeconômicas, principalmente no condizente aos ganhos e perdas de agentes socioeconômicos envolvidos em relações jurídicas;
- c) Visualização do direito como um feixe de possibilidades para o implementador de políticas alcançar determinada finalidade socioeconômica, principalmente na possibilidade de se pensar sobre a compensação social por perdas causadas pelo Direito.

Nas palavras de BOTELHO (2016, p. 38), a diferença entre eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks: “reside na possibilidade de se aceitar uma mudança social eficiente mesmo quando o incremento do bem-estar de uma parte causa a redução do bem-estar em outra, mas com a manutenção do grau de satisfação do perdedor de bem-estar por uma recompensa ou compensação”. Assim, na lógica de Kaldor-Hicks, mesmo que uma parte consiga vantagens de bem-estar em detrimento de outra, fazendo com que o nível de bem-estar social desta outra parte diminua, há o elemento da compensação da perda<sup>13</sup>. A eficiência seria tanto maior quanto o benefício geral da mudança analisada, apta a compensar os prejuízos dela decorrentes. Nesse contexto, parece evidente que a aplicação no plano do Direito do modelo Kaldor-Hicks é muito mais adequada do que aquela proporcionada pela eficiência paretiana, especialmente no plano penal. De fato, pensando-se na pluralidade axiológica do texto constitucional – que contempla, ao mesmo tempo, a necessidade de certo dispêndio de energia com a redução da impunidade ao mesmo tempo em que defende a presunção da inocência e a liberdade – um modelo Kaldor-Hicks enseja a possibilidade de se justificarem tanto condenações quanto absolvições segundo valores mais genéricos abraçados pela sociedade.

---

<sup>13</sup> Neste sentido, BOTELHO (2016, p. 40): Tal como visualizado, a eficiência no sentido Kaldor-Hicks, considera um resultado mais eficaz se um ótimo de Pareto puder ser alcançado por determinado agente com uma compensação suficiente dos que ficaram em um estado de coisas melhor do que aqueles que ficaram pior do que antes.

Além de tentar justificar os eventuais danos sociais provocados pelo processo penal e pelo seu resultado (sejam os efeitos da condenação, seja o dispêndio inerente ao próprio processo, etc.), a lógica de eficiência de Kaldor-Hicks é útil ao presente estudo porque permite entender o movimento dos agentes envolvidos no processo, especialmente aquele que dá início à ação penal, seja o ofendido, no caso dos crimes de ação penal privada (onde essa verificação do *homo aeconomicus* é mais evidente, pois o autor precisa contemplar riscos e custos antes de iniciar a ação penal), ou o Ministério Público, no caso dos crimes de ação penal pública (pois mesmo neste caso a interposição racional da ação penal presume uma análise da relação custo-benefício de um processo). De qualquer forma, imaginando agentes economicamente racionais, o início do processo sempre seria conduzido por um autor que deverá comparar o custo total em relação aos benefícios a serem obtidos pessoalmente e o resultado produzido pelas externalidades inerentes ao processo – ou seja, como a ação penal influenciará os terceiros afetados pela demanda, e, conseqüentemente, se há como alcançar a eficiência no valor eleito.

A discussão, portanto, se dá sobre a análise de ganhos das partes em detrimento de custos sociais e da compensação das perdas. A importância da absorção de tais conceitos fará sentido, é claro, quando analisada qual a finalidade do processo penal, pois, como refere BOTELHO (2016, p. 43), “haverá de o Direito ser visto como um meio, um instrumento que possibilite a busca de algo em sua razão existencial”. Nesse contexto, um uso racional do processo penal, especialmente tomando em consideração as suas externalidades de altíssima complexidade, demanda uma verificação prévia do seu sentido e utilidade. É por isso que a lógica de eficiência Kaldor Hicks permite identificar um limite de atuação da propositura da ação penal que compense perdas em números de casos penais *in abstracto* com um sistema processual mais eficiente na aplicação de poder punitivo diante de processos que efetivamente tenham condições de sucesso para a acusação (*in concreto*). Esse sopesamento não é, claro, fácil de ser feito, mas pode permitir a redução de casos penais a um número mais razoável de ser processado pelo sistema penal de forma mais ágil e eficiente. Por agilidade e eficiência, evidentemente, se deve entender um processo de garantias amplas e de produção probatória clara, sempre de acordo com os ditames constitucionais de um sistema muito mais orientado a critérios adversariais do que inquisitoriais ou punitivistas.

## **2. A UTILIZAÇÃO DE RECURSOS LIMITADOS E A TRAGÉDIA DOS COMUNS ANUNCIADA**

Assim, como deve ocorrer com todo e qualquer recurso finito, a utilização do sistema judiciário penal (que tem recursos humanos e econômicos suficientes para atender apenas a uma determinada quantia de demanda) requer racionalidade sob pena de seu esgotamento ou colapso em pouco tempo. Justamente por isso, cabe a análise da sobrecarga do Poder Judiciário penal sob o toque do fenômeno denominado “tragédia dos comuns” e como ele implica a demanda por um sistema de mecanismos de incentivos e desincentivos de uso. Convém esclarecer que o termo “tragédia”, como aqui usado, não tem o seu sentido coloquial de evento funesto ou intrinsecamente desagradável, mas, sim, o de um “resultado inexorável do estado das coisas, apesar da intenção diversa de cada um dos agentes envolvidos agindo racionalmente” (BOTELHO, 2016, p. 174): é, portanto, um evento inevitável e independente do desejo dos envolvidos. O fenômeno da Tragédia dos Comuns não é explorado comumente na seara processual penal, mas é comumente referido em outros campos científicos, como no setor da economia, da biologia e da matemática. Esse fenômeno trata das escolhas racionais a serem realizadas pelos indivíduos, sendo que tal teoria, de acordo com Alcântara, teve origem com o matemático húngaro Jancsi von Neumann a quem se atribui a origem da Teoria dos Jogos (ALCÂNTARA, 2012, p. 90). Dentro do campo juseconômico, esse conceito parte da premissa de que “a parte que escolhe litigar realiza uma escolha racional (...) na qual são ponderados os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito” (GICO JR., 2014, p. 181).

A ausência de um mecanismo que estimule a utilização racional de recursos, ou mecanismos de desestímulos para maximização individual de ganhos, bem como a assimetria de informações sobre as condutas dos demais envolvidos na questão, leva o sujeito a utilizar os recursos de modo individual até seu esgotamento, consequentemente afetando todos os demais indivíduos<sup>14</sup>. O exemplo clássico, usado por HARDIN (1968) ao

---

<sup>14</sup> Porque trata de escolhas feitas pelos operadores e jogadores envolvidos em um movimento social complexo, a Teoria da Tragédia dos Comuns também recebeu influências da Teoria do Equilíbrio em jogos não cooperativos e a Teoria dos Incentivos sobre a regra da Assimetria das informações, pois os indivíduos irão realizar as suas escolhas pautados pela estimativa de custos e chances de êxito de sua pretensão, sendo que isso vai determinar a possibilidade ou não de cooperação do indivíduo, a possibilidade de propor ou não uma demanda, ou até mesmo de utilizar ou não um recurso em sua capacidade máxima de modo a maximizar os ganhos individuais. Dada a imensa utilidade dessas teorias para a compreensão de sistemas complexos,

escrever seu famoso artigo “A Tragédia dos Comuns” é o de um grupo de pastores que usa um pasto público: conquanto cada pastor pretenda atingir o seu melhor ganho com a inclusão de suas ovelhas, o pasto não é capaz de suportar vários pastores com a mesma pretensão e a inclusão desenfreada de ovelhas tende a arruinar o bem comum, produzindo um dano trágico para todos os envolvidos. É nesse contexto HARDIN (1968, p. 1244) menciona que:

“Cada homem está trancado em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites – num mundo que é limitado. A ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um perseguindo seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos comuns. A liberdade dos recursos comuns resulta na ruína para todos”<sup>15</sup>.

De fato, com cada fazendeiro pondo o maior número possível de animais no pasto comum, o sistema vai se sustentar por certo tempo – especialmente por conta de fatores aleatórios, tais como as guerras entre os pastores, as doenças dos animais, a caça dos predadores etc., que manterão a demanda abaixo da capacidade do pasto. Contudo, chegará o dia que a população e a demanda irão crescer e o recurso inevitavelmente chegará ao seu fim, gerando a tragédia comum (HARDIN, 1968, p. 1244). Segundo MORAIS DA ROSA, a Tragédia dos Comuns pode ser vista como “um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos” (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 70). Tal paradoxo é explicado a partir do momento em que os indivíduos possuem recursos finitos, mas os utilizam demasiadamente sem uma racionalização de contenção e freio da utilização de recursos, como se infinitos fossem.

Tal fenômeno também pode ser reconhecido, por exemplo, na opção do indivíduo por acionar ou não o sistema judiciário em favor de sua demanda, uma vez que analisa (supondo que este indivíduo é um ser racional que trabalha com estimativas de êxito) as suas chances em comparação com os custos que irá ter (custas processuais, honorários

---

recentemente, o interesse em seus preceitos foi reavivado e estendido a outras áreas do conhecimento, em decorrência da atribuição de prêmios Nobel de Economia a alguns dos seus novos expoentes: John C. Harsanyi, John Nash e Richard Selten, em 1994, pelo desenvolvimento da Teoria do Equilíbrio em jogos não cooperativos; e James A. Mirrlees e William Vickery, em 1996, por sua contribuição à Teoria dos Incentivos sobre a regra da assimetria das informações. Nesse sentido, ver (ALCÂNTARA, 2012, p. 90).

<sup>15</sup> “Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit--in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all”. (HARDIN, 1968, p. 1244) tradução dos autores.

advocáticos, honorários de sucumbência, dentre outros), para então decidir se irá propor a demanda, litigar, ou até mesmo realizar um acordo com a outra parte. Do mesmo modo, a outra parte demandada, a partir do momento que recebe a ação, com as informações que possui, irá ponderar se vale a pena litigar ou realizar um acordo (ARAKE; GICO JR., 2013, p. 112). Tal racionalização das partes influenciará cada tomada de decisão a partir do momento em que as informações começarem a ser reveladas. Ou seja, quanto maior o corpo de informações da parte, maior será a certeza que terá acerca do seu êxito ou não da ação. Pois nesse quadro, uma infinidade de fatores externos e internos podem influenciar a decisão a ser tomada, como, por exemplo, a taxa de juros aplicada pelo Poder Judiciário em relação às taxas de juros do mercado, o que podem levar a parte devedora a litigar e protelar o processo por mais tempo ou a realizar acordos de forma mais célere, ou até mesmo o sentimento de busca de um direito lesado, ou de demanda moral por justiça, fatores que ingressarão na esfera de tomada de decisão da parte (ARAKE; GICO JR., 2013, p. 112).

O que se verifica, assim, é que a lógica da Tragédia dos Comuns serve a explicar as consequências da relação de escolhas dos indivíduos racionais, baseada em custos de seus movimentos, modelos de cooperação e informações disponíveis para determinar cada escolha que será feita, influenciando, conseqüentemente, a utilização racional ou não de um recurso comum. Fato é que quando não há rede de incentivos e desincentivos constringendo o sujeito no sentido de que não deve maximizar os ganhos individuais contrariamente ao comportamento cooperativo, seja pela ausência de custos, seja pela autoconfiança das partes em acreditar no êxito da ação ou pela assimetria de informações, tende-se a abusar do recurso disponível de modo a pretender melhorar o seu resultado individual ao máximo possível. Nessa busca, tende-se a rejeitar-se a busca por modelos cooperativos, socialmente mais eficientes, contribuindo para uma piora de situação para todos, resultando também em externalidades que não podem ser recompensadas.

O Poder Judiciário como um todo não escapa deste paradoxo de uso ilimitado de recursos limitados. Enquanto pasto útil, o Judiciário é capaz de suportar certo número de demandas antes de entrar em colapso, mas sua utilização irracional pelos pastores, maximizada pela pretensão de ganhos individuais, tende a criar um quadro de trágica ineficiência. Nesse sentido, GICO JR. menciona que o sistema Judiciário é um recurso comum, pois “um recurso é considerado comum quando é inclusivo (...), mas rival, ou seja,

é muito difícil excluir usuários não autorizados, o que pode levar ao livre acesso, e a utilização do recurso por um indivíduo diminui a utilidade para os outros usuários” (GICO JR., 2014, p. 176). Inclusividade e rivalidade são características do acesso ao Poder Judiciário brasileiro, sobretudo o penal, que, portanto, possui ambas as características de um “sistema comum”. Como no exemplo desenvolvido por HARDIN, por certo tempo essa utilização sem freios será possível, porém chega inexoravelmente o ponto de saturação do sistema quando as externalidades na concepção de Kaldor-Hicks não mais poderão ser compensadas. Nesse momento, ou o sistema se esgota nos seus recursos ou a sua utilização alcança tal nível que não pode mais atender com eficiência as demandas novas propostas. As consequências para um sistema como o da Justiça penal são evidentes: uma prestação jurisdicional burocratizada, morosa, ineficiente e extremamente cara, com efeitos substanciais e nefastos a terceiros.

Em um sistema caracterizado por fases – ou instâncias – as escolhas são feitas em vários momentos durante o processo (interposição ou não de recursos, ouvida ou não de testemunhas, proposição ou não de remédios heroicos etc.), mas não necessariamente de forma racionalizada considerando o interesse comum e sim, sempre, com o foco individualizado do próprio operador do sistema, o que potencializa ainda mais o seu esgotamento. Levando em consideração que o sistema é piramidal, em que o espaço de entrada pela base (a jurisdição de primeira instância) é em geral mais corpulento do que os níveis superiores (as instâncias recursais), o potencial de afunilamento e de aumento da ineficiência ainda crescem exponencialmente. Em outras palavras, não havendo modelos de desestímulo eficientes e em número suficiente para constranger as escolhas individualizadas, o congestionamento do trâmite jurisdicional é inevitável em todas as instâncias: “quanto mais pessoas utilizarem o Judiciário, menos útil ele será para a coletividade, pois menor será sua capacidade de prestar serviços públicos adjudicatórios” (BRASIL, 2017).

Evidentemente, essa lógica de eficiência não é meramente numérica e precisa considerar elementos de outra ordem, como o direito à ampla defesa e ao devido processo. Portanto, é certo que mecanismos de desestímulo não podem atingir a dignidade processual, ou seja, aqueles direitos mínimos de que gozam as partes para poderem ter acesso a um *fair trial*. Nesse sentido, medidas radicais como a restrição a direitos processuais ou garantias



constitucionais – ou, como defendido em certas searas com proposições de efficientismo processual penal consubstanciadas na redução do direito de defesa, tais como a restrição inconstitucional ao uso do remédio do *Habeas Corpus* ou a diminuição de alcance e amplitude dos recursos penais (BRASIL, 2017) – não são bem-vindas porque, simplesmente, não são capazes de produzir o bem comum que é, ele também, consectário de uma ampla defesa do acusado e do devido acesso às instâncias superiores. É importante mencionar, portanto, que a lógica de eficiência do Poder Judiciário, principalmente na seara criminal, não se sustenta no raciocínio de busca irrestrita de um direito penal máximo<sup>16</sup>, apoiado na redução do direito de defesa. A eficiência deve ser pensada como resultado da racionalização da maximização dos ganhos coletivos, “ou seja, a eficiência do Poder Judiciário pressupõe o comportamento estratégico dos agentes racionais, situação não verificada atualmente, à mingua, é verdade, de instrumentos legais e de compreensão econômica da atividade jurisdicional” (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 73).

Não é incomum, entretanto, que, ao invés de uma racionalização das demandas propostas em primeiro grau, principalmente na área criminal, verifique-se a opção pela tentativa de supressão de garantias fundamentais do Réu. Um exemplo evidente se dá com a modificação da compreensão da presunção de inocência mantida apenas até a decisão de segundo grau de jurisdição (STF, 2016), e não além, determinada como um meio de impedir que os recursos cheguem até as instâncias superiores em nome de uma possível eficiência penal<sup>17</sup>.

### **3. A AUSÊNCIA DE ÔNUS PROCESSUAL PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUSÊNCIA DE INCENTIVOS À LITIGÂNCIA: OUTRA FORMA DE OLHAR A TRAGÉDIA DOS COMUNS.**

Embora faça sentido numérico a argumentação de que, por exemplo, a redução dos inúmeros recursos poderia servir como redutor do volume de trabalho do Judiciário e como fator de maior agilidade dos processos, é certo que essa compreensão é pensada apenas em

---

<sup>16</sup> Neste sentido MORAIS DA ROSA (2016, p. 73): É um paradoxo, dado que se ilude a população com um direito penal máximo e apaziguador, quando na verdade, a prisão não atende mais aos anseios que se pretende, bem assim significa um novo mercado para quem lucra, inclusive com o Processo Penal do Espetáculo (Rubens Casara).

<sup>17</sup>Sobre o tema conferir (DISSENHA; KAMEL, 2017).

uma lógica segundo a qual todas as proposituras de ações penais são medidas eficientes para a busca do interesse público e apenas a discussão dos seus resultados em primeira instância seria um problema. Isso não é verdade, entretanto, por uma série de fatores, mas, especialmente, porque o interesse público não se confunde com o interesse das partes, nem mesmo com aquele da parte acusatória. Pensar diferentemente seria compreender a questão sob uma visão punitivista muito míope do processo (embora, é certo, sustentada em uma contemporânea pretensão de “luta contra a impunidade”). Afinal, o sistema jurídico como um todo deve ser visto em uma forma coesa e íntegra<sup>18</sup>, lembrando, inclusive, que o valor eleito como alcançável no Processo Penal tende a ser a produção da decisão mais justa e equânime ao caso concreto, com o tempo necessário e razoável de modo a possibilitar que o réu exerça a sua ampla defesa e o contraditório, pois o processo é, também, um instrumento de contenção do abuso do poder punitivo estatal. Não é possível pensar em um sistema processual penal que se dirija apenas a realizar a pretensão da acusação: o que o processo deve pretender é a realização da pretensão constitucional, ainda que isso represente uma proposta contramajoritária. Daí a absoluta força que se deve emprestar à ampla defesa, ao contraditório, à paridade de armas, à presunção de inocência etc.

Mas há mais a ser lembrado. Apenas reduzir o número de recursos ou acelerar o trâmite processual pela adoção de expedientes ágeis (como sistemas eletrônicos e computacionais, por exemplo) pode a princípio reduzir o número de demandas que chegam aos tribunais, mas isso não irá resolver a questão posta se ainda existir um número crescente de demandas ingressando no Poder Judiciário, o que certamente pode ser produzido por um aumento da atividade ou da eficiência do processo de criminalização secundária, por exemplo, com uma simples melhora dos sistemas de investigação criminal. Qualquer movimento nesse sentido dessa fase pré-processual oferecerá ao titular da ação penal mais elementos para propor novas demandas. Em outras palavras, é também importante, especialmente no plano penal, enfrentar e compreender os movimentos de crescente acesso ao Judiciário penal com novas demandas.

---

<sup>18</sup> O conceito de um sistema coeso e íntegro aqui empregado advém da teoria de Ronald Dworkin, na qual admite a possibilidade da interpretação judicial e a revisão judicial dos atos do legislativo, executivo e do próprio judiciário, porém tal decisão deve estar fundamentada em princípios, bem como deve se mostrar coesa e harmônica com todo o sistema jurídico. Sobre o tema ver (DWORKIN, 2007, P. 213-332).

Ora, não se pode ignorar que o abuso do uso da prestação jurisdicional penal é determinado, especialmente, pelo seu acionamento e não só pelo trâmite dos processos que nele circulam. Em outras palavras, a racionalização do processo precisa ser pensada também no que tange ao direito de ação penal. De fato, para que exista um número exagerado processos tramitando na Justiça penal e um conseqüente grande número de recursos endereçados às instâncias superiores, é necessário que se tenha também um alto número de proposição de ações em 1º grau. Trata-se de uma consequência lógica desse fato e não parece razoável que se pretenda diminuir o volume de processos apenas reduzindo a possibilidade de recursos às partes ou acelerando a tramitação processual, pois isso implicaria, além de um inchaço das instâncias mais baixas, um risco grande de mutilação do direito de defesa.

Nas palavras óbvias de MORAIS DA ROSA (2016, p. 69), “só haverá audiência de instrução e julgamento, alegações finais, recursos, caso tenha sido proposta a ação penal”, e, no caso da seara processual penal, salvo algumas hipóteses legais, o grande demandante é o Ministério Público, tendo em vista ser o titular da ação penal nas ações penais públicas, que representam a imensa maior parte dos casos penais (LOPES JR., 2014, p. 391). Por certo que incumbe ao Ministério Público, no exercício do seu poder-dever constitucional, propor ações penais quando chega ao seu conhecimento algum fato aparentemente delituoso. Portanto, não se trata de defender que crimes devem ficar impunes, é claro, mas apenas se quer apontar que o acesso ao Judiciário penal precisa ser objeto de escolhas razoáveis, dado se tratar de um recurso finito: a racionalização da propositura do direito de ação é essencial, pois o pasto do Judiciário não é capaz de sustentar tantas ovelhas. As externalidades dessas opções irracionais pelo acionamento do poder punitivo atingem os próprios objetivos do direito penal e do processo penal, bem como possui um custo demasiadamente grande a ser suportado pelo Estado e pela sociedade, provocando, assim, o fenômeno da tragédia dos comuns. E isso é verdade mesmo para a pretensão de proteção de bens jurídicos e para a assim chamada “luta contra a impunidade”: se a exposição do sistema penal a um número exagerado de processo provoca-lhe a morosidade, a lentidão e a incapacidade de gestão do próprio processo, também provoca uma ineficiência na solução dos problemas penais que lhe são apresentados. Nas palavras de GICO JR. (2014, p. 188):

A incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário. (...) Quanto mais demorado para se obter a prestação jurisdicional, menor o

valor do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado.

Ou seja, a própria interposição de muitas demandas pode gerar um efeito de anulação de eficiência delas mesmas, vez que “diante da incapacidade instalada de acolhimento de nova ações penais, o sobrecarregamento com as demandas existentes implicará na rivalidade entre os casos, a saber, a ação nova competirá com a antiga e o efeito em ambas será ineficiente” (GICO JR., 2014, p. 75). E a falta de desincentivos ao autor principal das ações penais é notória. De acordo com a Lei 9.289/1996, mais precisamente em seu artigo 4º, inciso III, o Ministério Público é isento do pagamento de custas processuais, mesmo quando for parte vencida na ação penal, sendo que ainda tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 5.827/2013, que continua com a mesma redação, isentando o Ministério Público do pagamento dessas custas. Parece de fato razoável que não seja oposto ao Ministério Público o ônus financeiro do processo, na medida em que isso poderia constituir-se em um impeditivo exagerado à consecução dos fins constitucionais desse órgão, quando não se configuraria em um entrave burocrático maior mesmo para a instrumentalização de obrigações financeiras para o Ministério Público. Entretanto, é certo que essa condição faz com que a acusação pública possa aceder ao Judiciário sem grandes preocupações futuras – ou recorrer sempre que quiser. O único incentivo (recompensa) que se tem ao maior demandante penal é o “exercício de sua função e também pela ‘carga de serviço’ que terá adiante” (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 69). Isso poderá gerar inúmeras demandas abusivas e até mesmo frívolas, ou seja, quando o autor tem conhecimento de que tem poucas chances de êxito, mas ainda assim propõe sua medida. Conforme Marcellino Jr., “a litigância frívola corresponde à litigância com baixa probabilidade de êxito, proposta pelo jurisdicionado sem levar em conta os custos acarretados ao erário” (MARCELLINO JR., 2016, p. 186). Por mais que se possa invocar o argumento da liberdade de ação pelo Ministério Público como consectário do seu papel de representante da sociedade e de fiscal da lei, deve-se considerar que os membros do órgão ministerial são seres humanos comuns, e, por assim o serem, também estão submetidos à rede de incentivos e recompensas já mencionada. Nas palavras de AGUSTINHO (2011, p. 52),

Todo ser humano busca individualmente a maximização da sua utilidade de forma infinita em um mundo cujos bens são finitos. Desse modo, o exercício dessa liberdade, ao invés de representar o resultado positivo racionalmente

esperado por cada um isoladamente, conduz à sobreutilização e ao esgotamento dos recursos naturais.

É nessa condição que se inserem os agentes do Ministério Público: se a litigância não traz ônus algum, há uma tendência natural do indivíduo a utilizar demasiadamente os recursos à sua disposição para maximizar a sua utilidade, pois “o processo penal é visto como algo grátis! E essa perspectiva é alienada” (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 72). Também é importante lembrar da influência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que, em suma, torna inevitável o oferecimento da denúncia quando chega ao conhecimento do Ministério Público a notícia de prática de algum fato delituoso. É certo que a legislação penal aplicável – a conjugação entre o art. 24 do Código de Processo Penal e do art. 129, inciso I, da Constituição da República – não menciona expressamente o princípio da obrigatoriedade e que parece haver movimentos no sentido de alguma desconstrução doutrinária (PACELLI, 2013, p. 124-126) e jurisprudencial<sup>19</sup> dessa lógica (LOPES JR., 2014, p. 386). Entretanto, ainda vigora, na doutrina majoritária, a ideia segundo a qual, presentes os elementos mínimos para a propositura da ação penal, ela é inevitável ao Ministério Público<sup>20</sup>.

Nesse contexto, há pouco que incentive o Ministério Público a priorizar a propositura de demandas com maiores chances de êxito, com indícios evidentes de autoria e prova certa da materialidade dos crimes, e, conseqüentemente, com aumento das chances de condenação. Isso, aliado ao uso de técnicas como *fishing expeditions*, de denúncias genéricas, de prisões preventivas decretadas com o fito de busca por delações premiadas etc., faz com que a litigância se torne um exercício interessante à acusação pública mesmo quando incerto o resultado das condenações ou quando as demandas são caracterizáveis

---

<sup>19</sup> Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou no sentido de certa mitigação do princípio da obrigatoriedade, sobretudo à luz do livre convencimento que deve ser reconhecido aos agentes do Ministério Público: “Os subprincípios da imparcialidade e do livre convencimento são corolários do princípio da independência funcional assegurado aos membros do Ministério Público, sem qualquer prejuízo ao postulado da obrigatoriedade que, como regra, pauta a ação penal pública no sistema jurídico brasileiro. Conseqüentemente, ostenta o membro do Ministério Público plena liberdade funcional não apenas na avaliação inicial que faz, ao final da fase de investigação, para aferir a existência de justa causa para o oferecimento da peça acusatória; como também no exame que realiza, ao final da instrução processual, quanto à comprovação dos indícios de autoria originariamente cogitados, sendo certo que a imparcialidade na formação da opinião delicti se efetiva na hipótese em que o membro do Ministério Público é efetivamente livre na formação de seu convencimento, o que implica dizer, por óbvio, que sua atuação de modo algum poderá ser vinculada a eventual valoração técnico-jurídica pretérita dos fatos sob avaliação, mesmo que proveniente de outro membro da instituição que possua atribuição para atuar em instância superior àquele primeiro.” (STF, 2018). No mesmo sentido, veja-se posições reiteradas do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria: (STF, 2013), (STF, 2009), (STF, 1995).

<sup>20</sup> Assim, por exemplo, (LOPES JR., 2014, p. 384-386) e (BADARÓ, 2014, p. 120).

como frívolas. A fase da investigação acaba sendo, em certa medida, substituída na sua função pela fase da instrução processual penal. Convém lembrar que, apesar do princípio da obrigatoriedade, há diversos mecanismos pelos quais o Ministério Público poderia evitar litigar, justificando seu livre convencimento e requerendo o arquivamento do inquérito policial: aplicação ampla de racionalizações dogmáticas, tais como o princípio da insignificância, a noção de crime impossível, a ampliação das excludentes de ilicitudes, das causas excludentes de culpabilidade etc.

Do mesmo modo, cabe salientar que incumbe ao Ministério Público analisar a existência de indícios de autoria e prova da materialidade, e, caso possua alguma dúvida com relação a tais requisitos, deverá requisitar diligências à autoridade policial para fins de elucidar qualquer ponto em que a futura demanda possa ser considerada frágil. Uma análise dedicada dos riscos do processo e a realização de uma ótima fase pré-processual em conjunto direto entre o Ministério Público e as autoridades policiais apenas têm a permitir uma triagem melhor dos casos mais fortes e que merecem trâmite certo, porque capazes de ter sucesso futuro. Certo é que a ausência de incentivos ou desincentivos aos membros do Ministério Público para a proposição de demandas penais gera a tendência da não racionalização do oferecimento de denúncias, vez que não há custo algum para além do aumento de trabalho. De acordo com MORAIS DA ROSA “(...) daí que o manejo da ação penal sem custo econômico – esse fato não entra no cálculo do acusador – pode gerar o colapso de gestão” (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 71), sendo que mesmo que se argumente que o Ministério Público não tenha motivos para propor demandas frívolas ou que realize um abuso na proposição de ações, “a Teoria dos Jogos nos mostra que os jogadores/julgadores desperdiçarão recursos comuns dada a ausência de custo” (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 71).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na era do processo penal como espetáculo, o próprio processamento penal já se tornou um elemento de sancionamento penal. De fato, a denúncia espetacularizada, ainda que carente de fundamentos e insustentável diante das provas que venham a ser produzidas no processo, já é capaz de, por si só, produzir efeitos similares àqueles da pena, mormente

com a popularização de prisões cautelares no processo, com o abuso do uso das delações premiadas e com o enorme uso de novas técnicas investigativas que causam a exposição dos acusados. Nesse contexto, há uma tendência de que a acusação pública use o processo tanto como instrumento de repressão quanto como elemento de investigação. No primeiro caso, o processo em si já é pena: a exploração da imagem e a destruição da reputação são por si sós já sanções suficientes ao acusado e podem produzir efeitos externos importantes, tais como nos planos eleitorais e econômicos, por exemplo, isso sem esquecer de se mencionar o exagerado uso das prisões preventivas. No segundo caso, o abuso de medidas tais como as quebras amplas e irrestritas de sigilos em geral (permitida sobretudo pelos novos meios eletrônicos e telemáticos), a cooperação penal internacional feita na forma da *entraide sauvage* e, mais do que tudo, as colaborações premiadas, têm permitido que um processo sirva mais como busca por novos indícios de participação criminosa de terceiros do que, efetivamente, instrumentos de verificação de responsabilidade do acusado denunciado.

Por tudo isso, a tendência parece ser aquela do abuso da ação penal pela acusação que, agindo de forma economicamente irracional, tende a sobrecarregar o sistema penal com um número muito grande de demandas nem sempre eficientes. É absolutamente necessário que se desenvolvam medidas de incentivo a uma litigância penal racional, destinada a tornar o polo ativo das demandas penais mais seletivo quanto aos casos que pretende submeter à análise do Judiciário. E há muitas medidas que podem ser apontadas como úteis nesse sentido. Podem-se apontar algumas:

- (i) Um controle maior da “justa causa” para a propositura de demandas, que pode ser realizado por um juízo de pré-instrução – na forma, talvez, de uma proposta ampliada de “juízo de garantias” – capaz de verificar com maior cuidado se há viabilidade de uma ação penal pelo reconhecimento de elementos mínimos de aptidão ao sucesso, sempre resguardados, é claro, os direitos do acusado. A experiência de tribunais penais internacionais, por exemplo, reflete esse mecanismo. O Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma, em plena atividade, trabalha com um regime de três planos de funcionamento: além das câmaras de julgamento (*Trial Chambers*) e do grau de apelação (*Appeals Chamber*), há, ainda, as *Pre-Trial Chambers*, responsáveis, entre outras coisas, pela verificação da existência de um *case* minimamente capaz de ensejar a

competência (material, temporal e territorial-pessoal) da corte<sup>21</sup>. Evidentemente, não se trata de se cometer o tristemente comum erro de se *importar* uma experiência, mas de se inspirar nela para a construção de um modelo nacional capaz de controlar a eficiência de uma ação penal.

- (ii) O aumento do grau de eficiência dos processos investigativos, com uma possível interação maior e mais direta entre as autoridades policiais, os investigadores e o próprio Ministério Público, tudo com fito de produzir elementos indiciários mais robustos. Sem descurar-se que os órgãos policiais podem estar fazendo um bom trabalho, é certo que não operam com a lógica do processo e um controle mais eficiente dessa fase pode impedir que indícios ou provas irrepetíveis venham a ser produzidos de forma a violar direitos e garantias e, assim, desconstruir um processo futuro.
- (iii) Aplicação ampliada do princípio da insignificância, especialmente pela criação de instrumentos vinculantes (tais como súmulas dos tribunais superiores) para construção de limites negativos do reconhecimento de condutas criminosas, mesmo quando referentes a crimes cometidos contra bens jurídicos supraindividuais, tais como a saúde pública ou a ordem tributária. Os tribunais superiores têm enfrentado um número substancial de processos que pretendem condenações de réus acusados de tráfico de quantidades ínfimas de drogas ou de outros crimes de pequeníssimo grau de gravidade, ao ponto de se confundirem com controle moral da comunidade e não com a verificação de lesões efetivas e de mínima gravidade a bens jurídicos<sup>22</sup>.
- (iv) Ampliação de medidas de evitação de processos baseadas na negociação e na justiça restaurativa. Embora exista uma pretensão ampla, inclusive do Conselho Nacional de Justiça, de aplicação de justiça restaurativa no plano penal, é certo que uma infinidade de travas normativas ou jurisprudenciais sujeita essas opções apenas a crimes de ação penal privada (onde a negociação sempre é possível) ou de menor grau ofensivo (que, em geral, podem passar por várias medidas

---

<sup>21</sup> Conforme determinam os artigos 13 ao 17 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

<sup>22</sup> A título de exemplo, vejam-se os seguintes julgados: reversão da condenação pelo porte de um projétil de fuzil de festim (STF, 2018); reversão da condenação de ex-militar pelo porte de um projétil de fuzil mantido como *souvenir* (STF, 2018); anulação da condenação pelo tráfico de 1 grama de maconha (STF, 2019), etc.



despenalizadoras). Trata-se, portanto, de se ampliar o sistema de justiça restaurativa para o espaço aonde elas em geral não são admitidas, mas podem ser muito úteis, ainda que se tenha que entrar em espaços axiologicamente delicados, como a violência contra a mulher, ou em espaços carregados de estigma moral, como no plano das drogas e dos crimes contra a propriedade.

- (v) Absoluta aplicação dos direitos e garantias processuais do acusado tanto das fases de investigação quanto nas fases processuais. Essa proposta precisa ser implementada como política pública direcionadora da atuação de todos os envolvidos no processo, especialmente no caso do Ministério Público, pois é capaz de orientar o processo para ser eficiente, pois assim se garante que o processo venha apoiado em elementos que estão de acordo com a matriz garantista constitucional e, para além de configurarem um conteúdo *moral* mínimo obrigatório a orientar o trabalho da acusação, diminuem-se as chances de nulidades a serem reconhecidas no futuro do processo. É preciso internalizar-se a regra de que garantir direitos do acusado implica eficiência do processo – e não o contrário. Posturas em sentido inverso<sup>23</sup>, além de ilegais, precisam ser sumariamente rejeitadas, senão por serem imorais e inconstitucionais, por se materializarem como processualmente ineficientes.

Essas indicações de medidas são apenas exemplos de opções que, aos olhos dos autores, poderiam racionalizar o uso do sistema jurisdicional penal de forma a lhe arrefecer o volume e de torná-lo mais eficiente. Há muitas outras que poderiam ser pensadas, especialmente no seio de reformas processuais mais profundas, como aquela que se espera de um novo Código de Processo Penal e em conjunto com outras que sirvam a tornar o

---

<sup>23</sup> Nesse sentido, e conforme amplamente noticiado na mídia (ESTADÃO CONTEÚDO. **Promotores ‘linha dura’ dizem que fim da prisão em 2ª instância consagrará ‘caos’**. Notícia de 04/11/2019, disponível em <https://istoe.com.br/promotores-linha-dura-dizem-que-fim-da-prisao-em-2a-instancia-consagrara-caos/>, visitada em 13/11/2019) e em sites oficiais (BRASIL. Ministério Público Militar da União. “2º CONGRESSO NACIONAL DO MP PRÓ-SOCIEDADE. Chamada vinculada em 26/08/2019. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/20-congresso-nacional-do-mp-pro-sociedade/>, visitada em 13/11/2019), ocorreu recentemente (dias 1º e 2 de novembro de 2019) o evento “2º Congresso Nacional do Ministério Público Pró-Sociedade” que aprovou um documento denominado “Enunciados do 2º Congresso Nacional do Ministério Público Pró-Sociedade” com posições que abertamente se colocam contra direitos constitucionais dos acusados. Documento disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/11/Enunciados-do-2%C2%BA-Congresso-MP-Pro%CC%81-Sociedade.pdf>, visitado em 13/11/2019.

funcionamento do sistema (e não apenas o seu gatilho) mais funcional, tais como medidas tendentes a aumentar a produtividade dos juízes, a informatizar as varas e os tribunais etc. O que se deve ter em conta, entretanto, é que a opção por medidas circunstanciais e ocasionais – quando não violadoras de direitos dos acusados – não substitui medidas eficientes de racionalização do uso do sistema jurisdicional. Por exemplo, a tentativa de se barrarem recursos dirigidos aos tribunais (como a determinação da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância que não desafoga o sistema, mas apenas alivia a pressão em certos setores do exercício jurisdicional) ou a pretensão de se eliminarem certas hipóteses de cabimento de *Habeas Corpus*, além de padecerem de duvidosa constitucionalidade, ainda abrem espaço para que haja externalidades que não podem ser recompensadas, tais como a elevação dos gastos com presos e supressão de garantias fundamentais.

Nesse sentido, portanto, há que se ter em mente que a utilização em excesso (leia-se *irracional*) pelo Ministério Público desse recurso comum que é a Justiça penal não pode ser considerada eficiente na lógica Kaldor-Hicks. Afinal, as externalidades decorrentes da adoção de uma perspectiva de punitivismo universal são *trágicas* porque produzem efeitos sociais extremamente danosos consubstanciados na reiteração de um sistema de controle penal sobre apenas uma parcela da população – justamente aquela que sofre com maior vigor os efeitos da criminalização secundária e é, tradicionalmente, vitimizada socialmente. Além disso, ao ignorar a existência de uma inapreensível cifra negra da criminalidade, a ampliação desmedida do uso da ação penal tende a criar modelos repetitivos de atuação dos órgãos punitivistas que reiteram estigmas sociais e ignoram problemas criminais importantes. É, nesse sentido, além de tudo, uma perspectiva *naïf* porque ignora os limites positivos das pretensões acusatórias e da criminalização secundária e termina por se tornar um modelo de segmentação social importante, reiterando as externalidades decorrentes do exercício irracional do direito de ação.

Em outras palavras, o exercício irracional da ação penal pública, permitido por um sistema que não adota um plano de contingências e de desincentivos, não se presta a muito além de três coisas essenciais: primeiro, o reforço de estigmas sociais que serve a criar mais do mesmo reforçando o *status quo*; segundo, abarrota o sistema jurisdicional penal com demandas fadadas a uma chance de sucesso menor, propiciando, além de tudo, a apontada

“perpetuação da impunidade”; terceiro, por fim, reitera um sistema tendente à redução de direitos e garantias processuais, única forma de se manter em pé pretensões inquisitivas desenvolvidas sem o devido cuidado. Nesse contexto, o uso desmedido do direito de ação, mormente quando justificado por um pretense efficientismo penal, além de não ser capaz de produzir o bem comum que é, ele também, conseqüência de uma ampla defesa do acusado e do devido acesso às instâncias superiores, clama por medidas que possibilitem o uso racional desse recurso comum (a Justiça penal) sob pena da perpetuação da inexorável tragédia dos comuns.

## REFERÊNCIAS

**AGUSTINHO**, Eduardo Oliveira. As Tragédias dos Comuns e dos Anticomuns. In **RIBEIRO**, Marcia Carla Pereira; **KLEIN**, Vinicius. **O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: uma introdução**. Belo Horizonte. Fórum, 2011.

**ALAGIA**, Alejandro; **BATISTA**, Nilo; **SLOKAR**, Alejandro; **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl. **DIREITO PENAL BRASILEIRO: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro. Revan. 2003.

**ALCÂNTARA**, Gisele Chaves Sampaio. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: uma reflexão à luz da teoria dos jogos**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 88-94, maio./ago. 2012.

**ARAKE**, Henrique; **GICO JR.**, Ivo Teixeira. Desistência Estratégica nos Juizados Especiais. In O Jurista que Calculava. Coord. Gustavo Ferreira Ribeiro, Ivo Teixeira Gico Jr. Curitiba. CRV, 2013.

**BARBIERI**, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. G1 Política, 17/07/2019. Notícia disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>, visitado em 08/11/2019.

**BADARÓ**, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro. Elsevier, 2014.

**BATISTA**, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro. Revan, 2007.

**BOTELHO**, Martinho Martins. **A EFICIÊNCIA E O EFEITO KALDOR-HICKS: A questão da compensação social** Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. v. 2, n. 1, p. 27 – 45, Jan/Jun. 2016.

**BRASIL.** Jurisprudência. STF. ADPF nº 347/DF. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 09/09/2015

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. STF. HC 126.292/SP. Plenário. Rel. Min. Teori Zavascki. Julg. 17/02/2016.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. STF. AP. nº 695/MT. Rel. Min. Rosa Weber. Julg. 06/09/2016.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. STF. HC 117.589, rel. min. Teori Zavascki, j. 12-11-2013, 2ª T, DJE de 25-11-2013.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. STF. HC 127573, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão em 11/11/2019;

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. STF. HC 137.637, rel. min. Luiz Fux, j. 6-3-2018, 1ª T, DJE de 25-4-2018.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. STF. HC 142177/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 06/06/2017.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. STF. HC 149450, Relator Min. Celso de Mello, publicação em 01/02/2018;

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. STF. HC 154390, Relator Min. Dias Toffoli, publicação em 07/05/2018;

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. STF. HC 96.700, rel. min. Eros Grau, j. 17-3-2009, 2ª T, DJE de 14-8-2009. HC 71.429, min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ de 25-8-1995.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017. Organização de Marcos Vinicius Moura. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em:

<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>, visitado em 17 de dezembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Militar da União. “**2º Congresso nacional do MP Pró-sociedade**”. Chamada vinculada em 26/08/2019. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/20-congresso-nacional-do-mp-pro-sociedade/>, visitada em 13/11/2019

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei Anticrime. Anteprojeto de Lei de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128634>> e Projeto de Lei (PCL) nº 27/2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128634>>. Acesso em: 05/11/2019.

**CNJ. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018:** ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.

\_\_\_\_. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil/>>. Acesso em 06/11/2019.

**COOTER**, Robert; **ULEN**, Thomas. Law and Economics. **BERKELEY:** Berkeley Law Books, 2016, p. 39. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>> Acesso em: 11/11/2019.

**DWORKIN**, Ronald. O Império do Direito. São Paulo. Martins Fontes, 2007, p. 213-332.

**ESTADÃO CONTEÚDO.** Enunciados do 2º Congresso Nacional do Ministério Público Pró-Sociedade. Documento disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto->

macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/11/Enunciados-do-2%C2%BA-Congresso-MP-Pro%CC%81-Sociedade.pdf, visitado em 13/11/2019.

\_\_\_\_\_. Promotores ‘linha dura’ dizem que fim da prisão em 2ª instância consagrará ‘caos’. Notícia de 04/11/2019, disponível em <https://istoe.com.br/promotores-linha-dura-dizem-que-fim-da-prisao-em-2a-instancia-consagrara-caos/>, visitada em 13/11/2019.

**FERRAJOLI**, Luigi. **DIREITO E RAZÃO**: teoria do garantismo penal. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

**GICO JR.**, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. RDA – revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

**HARDIN**, Garret. The Tragedy of Commons. In: Science, v. 162, 1968 (p. 1243-1248), p. 1244. Disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/sci/162/3859/1243.full.pdf>>. Acesso em 10/11/2019.

**INFOPEN. LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS**: atualização junho/2016, publicação 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf)> Acesso em 15/02/2019.

**INTERNACIONAL**. Estatuto do Tribunal Penal Internacional – ETPI.

**LOPES, JR.** Aury. Direito Processual Penal. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

**MARCELLINO, JR.**, Júlio Cesar. Análise Econômica do Acesso à Justiça: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

**MORAIS DA ROSA**, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. 3ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2016.

**MOURA**, Marcos Vinícius (Org.). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

**PACELLI**, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo. Atlas, 2013.

**PAVARINI**, Massimo. **SAGGI SUL GOVERNO DELLA PENALITÀ**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Edizioni Martina, 2007