

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-489-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É de Muñoz Conde a lição segundo a qual, enquanto existir Direito Penal – e nas atuais condições deve-se ponderar que ele existirá por muito tempo –, deve existir também sempre alguém disposto a estudá-lo e analisá-lo racionalmente, de forma a convertê-lo em instrumento de mudança e progresso rumo a uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, para tanto, além das contradições que lhes são ínsitas, as contradições do sistema econômico que o condiciona.

Nesse sentido, os artigos aqui reunidos, apresentados no decorrer do V Encontro Virtual do CONPEDI, no âmbito do GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, no dia 18 de junho de 2022, apresentam-se como contribuições valiosíssimas para todos e todas que se ocupam do estudo crítico das Ciências Criminais.

O artigo “O JUIZ DE GARANTIAS E A IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: APORTES DO MODELO PROCESSUAL CHILENO”, de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Fernanda Malta Pereira, aborda a implantação do juiz de garantias no Código de Processo Penal brasileiro como elemento indispensável à imparcialidade do juiz no processo penal, já que preserva a cognição do magistrado destinado à sentença na fase de instrução.

Felipe Godoy Franco, no texto intitulado “A UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA DO BACEN E CVM NO CÁLCULO DA PENA DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS” analisa se, e de que forma, os parâmetros previstos em normas que orientam a atuação do Bacen e da CVM podem ser utilizados no cálculo da pena dos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais, especificamente quanto à interpretação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

“A TESE DA DUPLA INIMPUTABILIDADE E A GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI”, de Isabela Furlan Rigolin e Alexander Rodrigues de Castro, aborda os fundamentos e a viabilidade legal da

tese mencionada no título do trabalho, salientando que ela aparenta ter aparato legal bem fundado e ser uma opção razoável para a solução do problema que a origina.

No artigo intitulado “ANÁLISE DE CONTRIBUIÇÕES E CONTRADIÇÕES DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA AO CONSTITUCIONALISMO”, Isadora Ribeiro Corrêa, Luiz Fernando Kazmierczak e Edinilson Donisete Machado promovem uma reflexão sobre perspectivas teóricas das correntes neoconstitucionalista e garantista, destacando que o garantismo pode ser considerado uma crítica ao neoconstitucionalismo, quando se opõe aos seus procedimentos e propõe um constitucionalismo garantista.

Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira, no artigo “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PENITENCIÁRIAS: O CASO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO PÚBLICO-PRIVADO EM RIBEIRÃO DAS NEVES-MG”, aborda a análise econômica do Direito (AED) e a sua aplicação às parcerias público-privadas no âmbito de penitenciárias, especificamente em relação ao Complexo Penitenciário Público-Privado (CPPP) em Ribeirão das Neves-MG, salientando que o CPPP pode ser vislumbrado como uma amostra da AED no âmbito do processo de execução penal.

No artigo intitulado “O DIREITO DE REVISÃO PROVENIENTE DA RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DO HABEAS CORPUS N. 194.677/SP, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, Jaroslana Bosse se debruça sobre o direito de revisão à negativa de oferta do Acordo de Não Persecução Penal previsto no §14 do art. 28-A do Código de Processo Penal, especialmente a partir da decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 194.677/SP.

“O MÉTODO DA BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL À LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO”, de autoria de Ricardo Luiz Sichel e Thiago José Duarte Cabral, aborda a temática da verdade no processo penal, com enfoque na análise do material probatório como cerne da questão, à luz das críticas e visões desenvolvidas pela filosofia do Direito.

Deborah Soares Dallemole, no artigo intitulado “O ‘MENOR INFRATOR’ ENQUANTO INIMIGO PÚBLICO: A CONSTRUÇÃO DA PERICULOSIDADE JUVENIL”, analisa o histórico brasileiro com relação aos adolescentes e o crescimento de discursos punitivistas, em contraposição à Doutrina da Proteção Integral. A autora salienta que a construção da

imagem do delinquente juvenil afeta a responsabilização dos jovens que se incluem neste estereótipo, submetidos a chances maiores de sofrer medidas socioeducativas de mais intenso controle sobre sua liberdade.

Ythalo Frota Loureiro analisa, no artigo “POLÍCIAS ESTADUAIS E LOCAL DE CRIME: A COOPERAÇÃO POLICIAL E A ATUAÇÃO DE MILITARES DO ESTADO DO CEARÁ”, a necessidade de requalificar a relação entre Polícia Civil e Polícia Militar nos trabalhos de local de crime, à luz das disposições do Código de Processo Penal e da Portaria do Estado do Ceará que versa sobre o tema.

Em “O RISCO SOCIALMENTE PERMITIDO COMO CRITÉRIO DE AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS”, Betina Scherrer da Silva explicita o contexto da sociedade de risco, a partir da definição formulada por Ulrich Beck, realizando um estudo das bases teóricas do risco socialmente permitido e da relação deste instituto com os crimes ambientais.

No artigo “MÍDIA COMO FATOR DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SEM FORMAÇÃO DE VALOR NEM MATURAÇÃO NECESSÁRIA PARA A CRIAÇÃO DA NORMA”, Derick Moura Jorge e Valter Foletto Santin analisam a expansão do direito penal a partir da influência exercida pela mídia que, diante do interesse momentâneo acerca de determinados assuntos, incentiva a criação e alteração das normas penais sem obediência ao tradicional caminho normativo, destacando que a pressão exercida pela mídia e pela opinião pública resulta na criação de normas penais desnecessárias, desproporcionais e irrazoáveis.

Rafael Fecury Nogueira e Gustavo Pastor da Silva Pinheiro, no artigo “CRÍTICAS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP A PARTIR DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI”, asseveram que há uma clara ofensa aos direitos fundamentais no âmbito da justiça negociada no processo penal, importada de modo acrítico do sistema norte-americano para a legislação processual penal brasileira.

“O CRIME DE STALKING, O ASSÉDIO MORAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO”, de autoria de Alexander Rodrigues de Castro e Fernanda Andreolla Borgio, analisa a disseminação do stalking e cyberstalking para todas as classes sociais nas relações de consumo online. Os autores buscam evidenciar como uma compreensão ampliada dos direitos da personalidade a partir de sua leitura conjunta com os direitos humanos contribui para compreender as maneiras como tais práticas ofendem a dignidade da pessoa humana.

Cristiano dos Anjos Lopes e Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima, no artigo intitulado “MODELAÇÃO ACUSATÓRIA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ: (IN) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE?”, destacam que o dever de observância à Constituição vem impactando no jus puniendi já que direitos e garantias fundamentais não podem ser desrespeitados sem a autorização do constituinte. Em razão disso, os autores discutem a modelagem acusatória e sua conformação constitucional, propondo reflexões práticas.

No texto “AS TENSÕES ENTRE O DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA”, Karla Helenne Vicenzi e Fábio André Guaragni salientam que a dogmática jurídico-penal é diariamente confrontada com novas demandas inerentes ao desenvolvimento da sociedade, configurando um cenário expansionista, com novos bens jurídico-penais, cada vez mais desvinculados de pessoas individualizadas e marcados por pessoas indeterminadas. Nesse contexto, surgem discussões a respeito da responsabilidade penal da empresa, mormente ao que se refere à culpabilidade da pessoa jurídica.

Por fim, Lucas Spessatto e Bruna Vidal da Rocha, no estudo intitulado “O ARTIGO 492, I, ALÍNEA ‘E’ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SEU DISSONAR À ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE”, defendem a inconstitucionalidade da nova redação do artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal, trazida pela Lei 13.964/19, diante dos prejuízos e incongruências da norma em relação à Constituição Federal de 1988, sobretudo no que se refere aos princípios da presunção de inocência, devido processo legal, amplitude e plenitude de defesa.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) uma ótima leitura! É o que desejam os organizadores.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

CRÍTICAS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP A PARTIR DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

CRITICISM OF PLEA BARGAINING FROM LUIGI FERRAJOLI'S GARANTISM

Rafael Fecury Nogueira ¹
Gustavo Pastor da Silva Pinheiro ²

Resumo

Artigo científico com tem como problema: o Acordo de não persecução penal viola direitos fundamentais? Traça-se a hipótese de que, sim, há uma clara ofensa aos direitos fundamentais no momento que se possibilita negociar Direitos Fundamentais. Para o desenvolvimento do trabalho utiliza-se como referencial teórico o Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli, autor que trabalha em sua teoria os direitos fundamentais como controle de poder. Ao final do trabalho, conclui-se que sim, há uma clara ofensa aos direitos fundamentais e, considerando o inquestionável crescimento da justiça negociada no processo penal apresenta-se uma proposta que ofenda direitos fundamentais.

Palavras-chave: Anpp, Garantismo, Direitos fundamentais, Luigi ferrajoli

Abstract/Resumen/Résumé

Scientific article with the problem: does the Plea bargaining violate fundamental rights? It is hypothesized that, yes, there is a clear offense to fundamental rights when it is possible to negotiate Fundamental Rights. For the development of the work, the Legal Garantism of Ferrajoli is used as a theoretical reference, an author who works in his theory the fundamental rights as control of power. At the end, it is concluded that yes, there is a clear offense to fundamental rights and, considering the unquestionable growth of negotiated justice in criminal proceedings, a proposal is presented that offends fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Plea bargaing, Garantism, Fundamental rights, Luigi ferrajoli

¹ Mestre e Doutor em Direito pela USP. Professor do PPGDF da Universidade da Amazônia - UNAMA

² Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia - UNAMA

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará um instituto novo no processo penal brasileiro, o Acordo de não persecução penal (ANPP), criado pela Lei nº 13.964/19, reforçando a chamada justiça negociada no Brasil, que, não raro, tem sido objeto das mais variadas críticas doutrinárias.

É curioso que passados mais de 130 anos da abolição da escravatura, o Brasil, ainda não conseguiu aprender o que a história tem a ensinar. Um leitor desavisado, ao ler o título deste artigo, pensaria: o que a nova modalidade de justiça negociada – Acordo de Não Persecução Penal – ANPP – tem a ver com a escravidão? Simples, ambas as situações – guardadas as devidas proporções – negociam Direitos Fundamentais.

Registre-se, desde já, que a escravatura e a justiça negociada possuem matrizes distintas, mas o que interessa é que ambas negociam direitos fundamentais.

Diante dessa constatação, quem tem um mínimo conhecimento sobre Direitos Fundamentais deveria se perguntar: é possível negociar – como se vendesse ou trocasse algo tão caro para todos – um bem tão importante? A partir dessa pergunta surge o problema deste artigo, qual seja: o ANPP viola direitos fundamentais? A hipótese que se traça é que tal instituto de justiça negociada viola uma série de direitos fundamentais que foram positivados pela Constituição Federal de 1988.

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica acerca do novel instituto processual em contraposição à plena eficácia dos Direitos fundamentais, partindo do referencial teórico do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli, que desenvolveu uma teoria de Direito que, apesar de já ter chegado ao Brasil desde a década de 90, ainda é desconhecida e muito mal lida a ponto de se “criar” uma nova teoria “Garantismo Integral”.

Feito esse necessário esclarecimento é preciso fazer um recorte. A análise do ANPP será feita a partir de duas premissas do garantismo, quais sejam: as noções básicas de direitos fundamentais e, ainda, a questão de validade, vigência e eficácia de uma norma jurídica. Esse recorte é necessário, visto que a obra do jurista italiano é densa e complexa para ser tratada em um artigo científico.

Para alcançar as conclusões finais, analisar-se-á, ainda, a questão da vigência, validade e eficácia das normas jurídicas a partir do positivismo dogmático e do positivismo crítico, objetivando-se a análise do ponto central deste artigo, a saber, o Acordo de não persecução penal sob a ótica do garantismo jurídico.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA LUIGI FERRAJOLI

Antes de definir o que Ferrajoli entende por Direitos Fundamentais, necessário se faz apontar o local de fala do autor. Isso se torna importante, pois, a obra do jurista italiano é desconhecida e mal compreendida no Brasil (PINHO, 2017 p.12) a ponto de ser completamente distorcida.

Muito embora não seja objeto deste artigo falar sobre o Garantismo Integral, é preciso mencionar que tal leitura da obra de Ferrajoli é equivocada, na medida em que:

nem o novo *Garantismo Integral*, nem o assim chamado modelo contraposto *Garantismo Hiperbólico Molecular* podem ser chamados de Garantismo Jurídico, ao menos não no molde criado por Luigi Ferrajoli, por alguns pressupostos estruturais do Garantismo Jurídico que nos parecem simples – jamais simplórios –, dentre os quais:

a) o conceito segundo o qual os direitos sociais, comparados aos direitos de liberdade, não passam de uma titularidade individual para uma titularidade coletiva, na medida em que o que muda não é a titularidade do direito, mas a expectativa do indivíduo titular, de uma não lesão, no direito de liberdade, para uma prestação, no direito social;

b) a (teoria da) interpretação, no viés garantista de Ferrajoli é metateórica, e isso quer dizer que os princípios elencados pelo Garantismo Integral, como os Princípios da Proteção Deficiente e da Proibição em Excesso não podem servir como base para a criação jurídico-normativa pelo Poder Judiciário, porque: I – rompem com a Separação de Poderes e II – porque resvala na falácia de Hume, confundindo o dever ser normativo do direito com o ser efetivo da aplicação do direito;

c) o Garantismo Positivo não está vinculado à ideia de interesse da sociedade de forma abstrata, mas sim à ideia segundo a qual o Estado tem deveres não somente de não-lesão, mas de prestação, a fim de cumprir as garantias positivas determinadas pelos direitos individuais sociais. (COPETTI; PINHO, 2017)

Ferrajoli é um jurista que desenvolve a Teoria do Garantismo a partir do positivismo – ou positivismo crítico, como ele define. Ele acredita na Lei, não qualquer um, mais precisamente a Constituição como razão. Seu sistema é desenvolvido a partir da positivação dos direitos fundamentais em constituições rígidas.¹

O jurista italiano tem pavor do poder. Por isso, ele desenvolve sua teoria para “[...] *limitar e vincular o poder, seja ele público ou privado.*” (MORAIS; COPETTI, 2020) E é a partir dessa ideia de limitação de poder que ele desenvolve seu conceito de Direitos Fundamentais, veja-se:

[...] son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como

¹ Sobre as noções gerais do Garantismo Jurídico vide (COPETTI, 2000. p. 107/108)

presupuesto de suidoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (FERRAJOLI, 2004.P. 37)

A partir desse conceito, ele desenvolve quatro teses sobre os direitos fundamentais, quais sejam: **a)** Direitos Fundamentais x Direitos Patrimoniais; **b)** Direitos Fundamentais e Democracia Substancial; **c)** Expectativas Positivas x Expectativas Negativa; **d)** Direitos Fundamentais têm natureza supranacionais.

Para esse curto espaço, trabalhar-se-á com as 3 primeiras teses, não sem deixar de pontuar que a quarta tese é de fundamental importância para o direito internacional, que não é objeto deste escrito.

No que se refere à primeira tese, Ferrajoli faz uma distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, deixando claro que estes não podem ser categorizados como direitos fundamentais. A tese surge para contrapor o iluminista Jonh Locke, o qual “[...] *identifica na vida, na liberdade e na propriedade os três direitos fundamentais cuja tutela e garantia justificam o contrato social*” (FERRAJOLI, 2020)

Para o jurista italiano, criticando o iluminista Locke, o patrimônio não pode ser categorizado como direito fundamental. Essa diferença precisa ser feita, na medida em que os direitos patrimoniais são excludentes (FERRAJOLI, 2004. p. 42) – ou seja, se uma pessoa é proprietária desse bem, nenhuma outra pode ser – enquanto os direitos fundamentais, como dito na definição acima, têm o caráter de universalidade.

Essa distinção precisa ser feita, visto que igualar o direito de propriedade – o qual, inquestionavelmente é disponível – a um direito fundamental (liberdade, por exemplo), dá ensejo a uma confusão, qual seja a possibilidade de dispor da liberdade. Esse conflito, explica Ferrajoli, se dá com:

La mezcla en una misma categoría de figuras entre sí heterogéneas como los derechos de libertad, de un lado, y el derecho de propiedad, del otro, fruto de la yuxtaposición de las doctrinas iusnaturalistas y de la tradición civilista y romanista[...] Como se advierte fácilmente, una confusión que, además de ser fuente de un grave equívoco teórico, ha sido responsable de dos opuestas incomprendiones y de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad em el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos «burgueses» a la par de la propiedad. (FERRAJOLI, 2004.. p. 45)

Demonstrada essa equivocada compreensão, ele apresenta quatro claras diferenças entre os direitos fundamentais e os patrimoniais: a) Os direitos fundamentais são universais, enquanto os patrimoniais são singulares. Repita-se, se eu sou proprietário de um imóvel, ele é somente meu, não pode ser de todos; b) a segunda é que os direitos fundamentais são

inalienáveis e indisponíveis; c) como consequência da segunda, Ferrajoli afirma que os direitos patrimoniais, são disponíveis; d) por fim, os direitos patrimoniais são horizontais (relações privadas e intersubjetivas) enquanto os fundamentais são verticais (públicos uma relação entre Estado e cidadão).

A segunda tese de Direitos Fundamentais desenvolvida por Ferrajoli é que eles fundam a Democracia Substancial, a qual é o contra poder da Democracia formal (regra de maioria).

Essa concepção é de suma importância, na medida em que uma democracia calcada, exclusivamente, por decisões de maioria, nada mais é do que uma sociedade Darwinista, na qual apenas os mais fortes sobrevivem. Passa-se como um “trator” sobre o direito das minorias. Essa lógica deu ensejo, por exemplo, às sociedades escravocratas e ao Nazismo, talvez as duas maiores barbáries contra os direitos fundamentais ao longo da história. Daí, porque os Direitos Fundamentais são os esteios dos Estados Democráticos de Direito (FERRAJOLI, 2004. p. 52) .

Com essa tese, o jurista deixa claro que nenhuma regra de maioria pode se sobrepor a um direito fundamental. Tais direitos delimitam aquilo que o autor chama de esfera do indecidível. Ninguém pode ser condenado por uma vontade da maioria, caso não existam provas aptas a sustentar tal decisão (FERRAJOLI, 2004. p. 51).

Por fim, a terceira tese importante para este trabalho é dicotomia entre Direitos Positivos e Direitos Negativos. Esta tese é a mais importante para o que se pretende desenvolver. Os direitos fundamentais trazem com eles expectativas positivas – consistente em uma obrigação pelo Estado de prestação – e expectativas negativas – proibição, pelo Estado, de lesão.

Pontua, ainda, a importância da distinção entre direito e garantia. Para o autor direito é a expectativa de prestação ou de não lesão assegurada por uma norma jurídica (Constitucional). Por outro lado, a garantia é o respeito ao direito (FERRAJOLI, 2004).

Ferrajoli denomina as garantias de prestação e de não lesão de *garantias primária* e as garantias de reparar e de sancionar judicialmente a violação de qualquer garantia primária de *garantias secundárias*.

Sobre tal tese é válida a transcrição da obra:

Mas essa não é a razão principal – necessária e suficiente – para distinguir conceitualmente entre direitos subjetivos, que são as expectativas positivas (ou de benefício) ou negativas (não lesivas) atribuídas a um sujeito por uma norma jurídica, e a deveres correspondentes que constituem as garantias também ditas por normas legais, sejam estas as obrigações ou proibições correlatas àquelas que denominei garantias primárias no artigo 2º, ou as obrigações de segundo grau, de aplicar a

sanção ou de declarar a nulidade das violações do primeiro, que formam o que tenho garantias secundárias. O que torna necessária essa distinção é uma razão muito mais profunda, intrinsecamente ligada à natureza positiva e nomodinâmica do direito moderno.² (FERRAJOLI, 2004)

A noção de direitos fundamentais na obra de Luigi Ferrajoli até aqui descrita é suficiente para a crítica que pretende se desenvolver ao ANPP. Como próximo passo, se propõe analisar como o autor encara a questão da validade de uma norma em um sistema constitucional.

3 VIGÊNCIA VS VALIDADE VS EFICÁCIA. POSITIVISMO DOGMÁTICO E POSITIVISMO CRÍTICO

Como já mencionado acima, Ferrajoli é um positivista. Mas a pergunta que se deve fazer é que tipo de positivista é o autor. Para se compreender essa diferença, antes, é importante demonstrar a diferença entre vigência, validade e eficácia de uma norma jurídica.

Essa distinção é muito importante, eis que com a constitucionalização dos direitos fundamentais, o sistema jurídico constitucional passou a exigir mais – como adverte (PINHO. 2017 p.87) – de uma norma jurídica infraconstitucional. Não basta que ela tenha sido promulgada respeitando as regras formais. É preciso mais! A conteúdo material dos direitos fundamentais precisa ser acatado.

Por isso, para o autor, uma norma é vigente quando promulgada respeitando as regras formais, enquanto a validade diz respeito ao conteúdo material da Lei, ou seja, a obediência aos Direitos Fundamentais positivados na Constituição. Para deixar claro:

Chamarei de vigência a validade apenas formal das normas tal qual resulta da regularidade do ato normativo; e limitarei o uso da palavra “validade” à validade também material das normas produzidas, quer dizer, dos seus dignificados ou conteúdos normativos. (FERRAJOLI, 2006. p. 330)

No que se refere à eficácia da norma, sua conceituação está ligada à aplicabilidade no dia a dia forense. Com isso, podemos ter uma norma, vigente (que foi promulgada respeitando as regras para sua confecção), eficaz (plenamente aplicada pelos operadores do direito), porém, não válida, pois não ofende a direitos fundamentais.

Feita essa distinção é possível diferenciar o positivismo dogmático do positivismo crítico. Para o autor italiano, o positivismo dogmático é aquele que não diferencia vigência de

² Tradução livre do autor

validez e efetividade. Ou seja, uma norma é válida, pelo simples fato de ter sido promulgada respeitando as regras formais:

Chamo de “juspositivismo dogmático” cada orientação teórica que ignora o conceito de vigo das normas como categorias independentes da validade e da efetividade: sejam os ordenamentos normativos, que assumem como vigentes somente as normas válidas, sejam os ordenamentos realistas, que assumem como vigentes apenas as normas efetivas.” (FERRAJOLI, 2006 p. 803)

Por outro lado, o positivismo crítico faz a clara distinção entre validade, vigência e efetividade: *“Uma teoria garantista do direito – não somente do penal – parte da distinção do vigor das normas, tanto de sua validade quanto de sua efetividade. Esta distinção, como se viu a seu tempo, é essencial para compreender a estrutura normativa do Estado de Direito [...]”* (FERRAJOLI, 2006. p. 804)

A importância dessa distinção para o presente trabalho está no fato de que em um país como o Brasil, que está acostumado a ler a Constituição a partir das leis ordinárias – uma clara inversão da clássica pirâmide de Kelsen – o positivismo crítico e suas noções da vigência, validade e efetividade dá um novo norte ao juiz (principalmente o criminal, mas não somente ele) ao interpretar e aplicar uma norma. Primeiro ele deve interpretar se a norma está vigente, válida e eficaz, para, em seguida, aplicar ao caso concreto.

Com isso aumenta-se, significativamente, as chances de respeito aos Direitos Fundamentais, respeitando o objetivo de todo e qualquer estado que pretenda ser Democrático de Direito.

Portanto, partindo do garantismo jurídico, mais especificadamente sobre os Direitos Fundamentais é que se pretende analisar o Acordo de Não perseguição penal, conforme se verificará adiante.

4 O ANPP, A JUSTIÇA NEGOCIADA E O GARANTISMO JURÍDICO

A Justiça negociada no Brasil não é nenhuma novidade. Desde a década de 90, tal modelo de resolução de demandas judiciais vem tomando conta de nosso ordenamento jurídico vide, por exemplo, as Leis 9.034/95 (art. 6º colaboração espontânea) a 9.099/95 que trouxe, por exemplo, a transação penal (art. 76 da referida Lei) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Posteriormente, expandiu-se com o advento da Colaboração premiada (Lei 12.850/13).

Desse período até hoje, a doutrina vem tecendo severas críticas a tais institutos³ que, como é comum no Brasil, foram completamente ignoradas e, com o advento da Lei nº. 13.964/2019, a Lei anticrime. Um novo instituto de justiça negociada entrou em vigência no país, qual seja o Acordo de Não Persecução Penal – ANPP.

A referida Lei incluiu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, que prevê o cabimento do Acordo de não persecução penal quando, não sendo o caso de arquivamento da investigação e tendo o imputado confessado formal e circunstancialmente a prática do crime que não contenha violência ou grave ameaça e que o crime imputado não possua pena mínima a partir de 4 (quatro) anos de reclusão.

A propositura do Acordo é de iniciativa do Ministério Público, a quem compete avaliar o seu cabimento, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante certas condições a serem cumpridas pelo imputado.

O Acordo de não persecução penal reforça a chamada justiça penal negociada ou consensual a partir da negociação da acusação/confissão do crime com o imputado em troca do não oferecimento da denúncia pelo suposto crime praticado. Registre-se que esse modelo é distinto daquele utilizado pela transação penal prevista no artigo 76, da Lei nº 9.099/95, em que não há a exigência de confissão do crime pelo denominado autor do crime.

Primeiramente, é preciso deixar claro a falácia da justiça negociada no processo penal. Como afirmado por CASARA, 2015 é um mito o processo penal como instrumento de pacificação social. E, ainda, a suposta negociação consensual, na verdade, é mais um método de coação do Estado, como adverte LOPES JR, do que uma tentativa de apaziguamento:

O plea bargaining no processo penal pode se constituir em uma técnica que transforma a acusação em um instrumento de coação, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstruicionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança.” (LOPES JR. 2019. p. 168)

Depois, é preciso, também, afastar qualquer interpretação no sentido de que o Garantismo Jurídico pode ser utilizado como referencial teórico para defender a constitucionalidade da justiça negociada, como pretendeu fazer Erica Montenegro Alves Barroso quando, em artigo publicado na Revista eletrônica Âmbito Jurídico tenta compatibilizar a justiça negociada com a teoria Garantista. Em determinado momento do texto a autora afirma:

³ Sobre críticas à Transação penal ler (PRADO, 2006). Sobre críticas a delação premiada ler: (BRITO, 2016).

Dentre as críticas mais contundentes aos procedimentos de negociação, está a renúncia às garantias processuais penais e, conseqüentemente de um aniquilamento do modelo garantista, além da semelhança dos acordos à tortura, marcada pela coação do acusado. Entretanto, antes de tecermos quaisquer apontamentos sobre os princípios legitimadores da justiça penal negociada, é salutar esclarecer que a negociação não surge como substituta ao processo penal convencional, mas como procedimento alternativo e diferenciado, cunhado no livre acordo de vontade entre as partes processuais, que busca um encurtamento na solução dos litígios de natureza penal, comprometido com uma sentença mais célere e de maior efetividade. Em um Estado Democrático de Direito, a proporcionalidade é de extrema importância na justificativa do não exercício de certos direitos em detrimento de outros. As restrições aos direitos fundamentais são justificadas quando forem idôneas ao objetivo almejado, devendo se atentar para a adequação, necessidade e ter noção de qual princípio será protegido no conflito.

Assim, a duração razoável do processo é uma das garantias utilizadas como frente de legitimação às críticas relativas ao perecimento do princípio da judicialização ou *nulla culpa sine iudicio*, garantia basilar do modelo ideal de Ferrajoli.

Indiscutivelmente, a duração razoável do processo, insculpida no art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal é uma consequência natural do devido processo legal e da efetivação da justiça. Diferente do que muitos leigos no assunto asseveram, os mecanismos de consenso não ocultam direitos do acusado, sobretudo de um devido processo, caracterizando-se como uma comercialização e barganha do Poder Judiciário, mas uma possibilidade de escolha do próprio arguido, com maior interação e disposição do objeto do processo pelas partes, respeitados os preceitos de legalidade e constitucionalidade.” (BARROSO, 2018)

A justiça negociada, dito de forma expressa por Ferrajoli, é uma fonte de arbitrariedade e, por isso, é repelida de forma clara e incontestada pela Teoria Garantista. O italiano, ao trabalhar sobre a questão da obrigatoriedade da Ação Penal, é expresso em rechaçar a justiça negociada pelo sistema penal.

Isso porque, o Ministério Público – destaca-se parte processual com interesse claramente parcial – detém o poder de propor uma pena (mesmo que restritiva de direito) a um acusado. O grande problema desse tipo de proposição é que não se há um controle. Como a negociação é feita na fase pré-processual cabe ao juiz apenas o papel de homologar a negociação.

É justamente por essa falta de controle a um poder (no caso do Ministério Público) que Ferrajoli é contrário às modelidades de justiça negociada no processo penal, veja-se:

“A discricionariedade da ação e a conseqüente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos, representam, portanto, um resíduo do caráter originariamente privado – e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal –, agora injustificado. Entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade – que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (*plea bargaining*) de declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais – representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência

ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo de exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de submeterem aos custos e aos riscos do juízo.” (FERRAJOLI, 2006. p. 523/524)

Como dito no início do trabalho, o jurista italiano rechaça qualquer tipo de poder incontrolável ou de arbitrariedade. Então, a falta de controle sobre essa “negociação” é um de seus temores, mas não o único.

No momento em que a referida norma impõe a confissão ao imputado, ela faz com quem ele abra mão, por exemplo, da sua presunção de inocência, de um processo em contraditório, do seu direito de defesa e de ser julgado por um juiz imparcial, todos Direitos Fundamentais que, como já trabalhado nas seções anteriores, são inegociáveis e indisponíveis, dentro da teoria do Garantismo.

Aqui, é preciso fazer uma observação muito importante. Não se pode perder de vista que o acusado tem a liberdade de confessar – por exemplo – quando de seu interrogatório como forma de atenuação da pena. Isso é uma estratégia possível dentro do cenário processual. A crítica que se faz ao ANPP é que admissão da culpa é feita antes mesmo de um devido processo legal. Veja-se, que na hipótese de o ato ser realizado quando do interrogatório, o réu já tem ciência de todas as provas produzidas nos autos, já que ele é o último a falar na instrução processual. Nessa circunstância, a decisão do réu, devidamente assistido pelo seu Defensor, confessar ou mesmo ficar em silêncio é completamente conforme e fundamentada no devido processo legal.

No ANPP – repita-se – a assunção da culpa se dá antes mesmo do início de uma acusação formal e se dá muito mais pelo temor a uma eventual condenação penal que possa ser sofrida pelo imputado, pois ela é efetuada com base, em regra, no inquérito policial, procedimento inquisitorial em que existe pouco espaço para o exercício da ampla defesa e nenhum espaço ao exercício do Contraditório.

Com efeito, ante o risco de uma condenação penal (possível ou provável de acordo com o caso), a hipótese de admitir o crime, às vezes não cometido e/ou no qual ainda não há provas produzidas em contraditório em desfavor do imputado, parece sedutora para se evitar a pecha de condenado, que sempre ronda toda e qualquer imputação penal.

Nesse sentido, sobre a confissão como requisito para a justiça negociada antes da persecução penal é válido trazer a reflexão de GARRET, 2019 que, ao escrever sobre o *plea bargaining* nos Estados Unidos, entende que, não existe confissão nesse momento procedimental, veja-se:

Eu argumento que independentemente dos seus méritos e defeitos, o *plea bargainings* não são confissões – eles sequer normalmente envolvem admissão de culpa detalhadas. O imputado, geralmente admite que age satisfazendo as elementares do crime – uma admissão legalmente aceitável por garantia – mas normalmente não enquanto juramento e tipicamente sem o suporte de um extenso registro fático. (GARRETT, 2019. P. 62)

Portanto, que se deixe claro, o problema da confissão no ANPP é a forma como a Lei a impõe, o que na ótica dos direitos fundamentais, não pode ser mais aceita. Em uma democracia efetiva ou forte, não se negocia direitos fundamentais.

Ademais, a necessidade/imposição da confissão é fruto de uma clara lógica inquisitiva, na qual é imprescindível para se “conceder” o perdão ao pecador, lógica incompatível com um sistema acusatório, que prevê um processo penal completamente revestido de Garantias essenciais à obtenção de um provimento jurisdicional equilibrado.

Com efeito, há aqui, uma contradição entre matrizes. Lembre-se que o modelo de justiça negociada tem como matriz o sistema acusatório americano e a confissão, historicamente, sempre foi a *rainha das provas* no processo inquisitório.

Aliás, essa lógica inquisitória não norteia somente o ANPP, mas também a própria Colaboração Premiada. Nesta, a situação é mais grave, na medida que a lógica é ainda pior, pois utiliza-se a Prisão Preventiva como forma de se “arrancar” a referida delação que, em tese, deveria ser de forma voluntária. Isso, aliás, foi muito observado na chamada Operação Lava Jato, na qual muitos delatores só transacionaram com o Estado depois de muito tempo de prisão preventiva.

Em toda a sua obra – não só em *Direito e Razão* – Ferrajoli é expresso em afirmar que os direitos fundamentais são inegociáveis e irrenunciáveis. Registre-se que no ANPP, não se está a falar em ponderação ou sopesamento de Direitos fundamentais em conflito, aqui há verdadeira imposição da renúncia *a priori* a Direitos fundamentais para a consecução de um determinado benefício, o que viola a própria Teoria dos princípios quando afirma que não há Direito fundamental absoluto e que não possa ceder em face de outro de maior relevância na espécie (ALEXY, 2012). Daí porque, qualquer tipo de tentativa de compatibilização entre Garantismo e Justiça negociada é incompatível.

De outro lado, para além da clara renúncia aos direitos fundamentais já indicados, o ANPP não passa pelo crivo do sistema garantista pela validade da referida norma. Isso porque, da forma como o instituto foi concebido e por não respeitar os direitos naturais positivados na nossa Constituição de 1988, o artigo 28-A, CPP está vigente, mas não é válido.

Veja-se, por exemplo, que o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal é expresso em afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Diante dessa expressa afirmação constitucional, pergunta-se: como o ANPP pode impor uma confissão circunstanciada de declarar a culpa antes do devido processo legal? Há, no caso, uma clara ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Lembre-se, na esteira de STRECK, 2011, que princípios “possibilitam um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra a discricionariedade judiciais” (p. 57). Ora se a lógica de fechamento interpretativo deve ser aplicada ao legislador⁴.

Nesse ponto, na esteira de MORAES, 2010, a presunção de inocência deve ser lida em três âmbitos normativos: como norma de tratamento, norma de conteúdo probatório e norma de juízo, nesse sentido, veja-se a lição do professor:

A presunção de inocência como norma de tratamento, garante, na maior medida possível, que ao imputado não seja dado qualquer tratamento de culpado antes do trânsito em julgado de eventual decisão condenatória. Como norma probatória, a presunção de inocência impõe que, para se ter uma decisão condenatória legítima ou se requerer qualquer tipo de restrição aos direitos do imputado no curso da persecução é necessário que o acusador apresente provas incriminadoras e lícitas. A presunção de inocência, como “norma de juízo”, por sua vez, impõe que o juiz demonstre que aquele material incriminador é suficiente para lhe dar a certeza fática para decidir em desfavor do imputado. O “in dubio pro reo” ingressa na presunção de inocência apenas neste último instante citado, isto é, em sua manifestação de norma de juízo, e o faz como último momento do exame judicial, qual seja, determina ao juiz, por imposição constitucional, que em caso de dúvida fática sempre decida da melhor maneira para o imputado. (MORAES, 2010.p. 405/406)

Veja-se que o ANPP consegue ofender as três esferas normativas da presunção de inocência. A partir do momento em que impõe a confissão circunstancial sem o devido processo legal, ofende a norma de tratamento, pois presume a culpa antes, até mesmo, do devido processo legal. Como norma probatória há a ofensa, pois sequer há processo e, portanto, inexistente prova válida judicialmente para se impor uma medida restritiva de direito e, por fim, como norma de juízo, pois o juiz profere decisão – mesmo que homologatória – sem uma certeza fática da existência do evento delituoso.

⁴ Oportuno mencionar, para que não pareça existir contradições entre referenciais teóricos (já que Ferrajoli é um positivista e Streck ser um pós positivista), que no que se refere aos princípios como fechamento interpretativo há uma certa confluência de pensamento. Como já destacado várias vezes, Ferrajoli constroeu todo o sistema garantista para a contenção de poder e, ao que tudo indica, essa é a mesma posição de STRECK quando coloca o princípio como fechamento interpretativo.

É preciso lembrar aqui, que o suporte fático que embasa o ANPP é o inquérito policial e isso, por si só é um problema para a realização dos Direitos fundamentais, notadamente a presunção de inocência. Lembre-se, ainda, que no Brasil, o inquérito policial é declaradamente um procedimento administrativo inquisitorial, ou seja, ele em regra é sigiloso. Ora se é sigiloso, como o juiz tem a segurança de que o acusado está realizando o Acordo ciente de todos os elementos fáticos que dão suporte ao inquérito? Essa segurança não existe, violando claramente a presunção de inocência.

É incontroverso que a negociação para dirimir conflitos em uma sociedade é uma tendência. Contudo, não se pode aceitar que uma tendência ataque direitos fundamentais, pelo simples fato de ser conveniente ou de “resolver” o abarrotamento da justiça criminal e a sua ineficiência. Nesse ponto é válido trazer as lições de GLOECKNER, 2019:

A ausência de processo como a única solução para a “ineficiência” é, *mutatis mutandis*, equivalente ao argumento facilmente encontrado nos Estados Unidos de que o abandono do *plea bargaining* constituiria a falência do sistema de justiça criminal. A resposta, portanto, é aquela antevista pelo atual Ministro anunciada cerca de três anos antes de sua posse: o problema é o processo e a única saída é a renúncia ao processo, num belo exemplo de pensamento oximorônico. (GLOECKNER, 2019. p.185)

Daí, porque, na esteira do problema definido, o ANPP, da forma como foi legislado fere direitos fundamentais e, por isso não deve ser aplicado.

A inclusão do Acordo de não persecução penal é apenas mais um modelo de violação daqueles direitos. Lembre-se que o processo penal brasileiro tem como matriz ideológica o autoritarismo que, por si só, já é violador de garantias individuais. Contudo, a origem dessa matriz é anterior à Constituição de 1988 daí porque tantos problemas constitucionais. O que não se pode aceitar é uma legislação promulgada após 1988 ainda estar impregnada por essa matriz. Portanto, a partir da lógica garantista o ANPP é uma norma sem validade constitucional.

5 CONCLUSÕES

Procurou-se neste trabalho fazer uma análise do ANPP a partir do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli. Assim, restou incontestado que a justiça negociada não é compatível com o sistema garantista. A partir da conceituação dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli, chegou-se à clara conclusão de que tais direitos são inalienáveis e, portanto, não podem ser objeto de negociação, nesse sentido:

A indisponibilidade dos direitos fundamentais equivale, por isso, à sua subtração às decisões da política quanto ao mercado. Por força de sua indisponibilidade ativa, esses direitos não são alienáveis pelo sujeito que dele é titular: não posso vender a minha liberdade pessoal ou meu direito de voto, e, mais do que tudo, minha própria autonomia contratual. Por força da sua indisponibilidade passiva, esses direitos não são expropriáveis ou limitáveis por outros sujeitos, a começar pelo Estado: nenhuma maioria, por maior que seja, pode privar-me da vida, ou da liberdade, ou dos meus direitos de autonomia.” (FERRAJOLI , 2020).

Ademais, o ANPP também não é válido, tendo em vista a clara ofensa aos direitos naturais positivados em nossa Constituição. A ofensa a tais direitos impede que a referida norma seja válida.

Os institutos de negociação processual surgem a partir de duas claras confusões: a) a confusão entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais e b) o mito do processo penal como pacificador social. Ambos rechaçadas por Ferrajoli.

Contudo, não se pode fechar os olhos que a tendência de negociação está cada vez mais presente nos conflitos da sociedade. De forma que é uma obrigação do operador pensar de que forma isso pode ser utilizado na seara penal, sem ferir direitos fundamentais.

Essa negociação, contudo, não deve estar na esfera dos direitos indisponíveis – como, por exemplo o réu confessar o crime – mas sim na esfera do disponível. E o próprio Ferrajoli em *Direito e Razão* dá essa sugestão:

Parece evidente, em um modelo de direito penal mínimo, que entre os delitos processáveis mediante queixa deveriam incluir-se todos aqueles cujo bem ofendido é disponível: nesses casos a queixa é uma garantia essencial a autonomia da parte ofendida e especificadamente da sua disponibilidade do bem. Mas o problema se transfere, em tal caso, para a identificação dos bens disponíveis. Quais bens devem ser valorados como disponíveis e quais como indisponíveis? Parece pacífico que a categoria mais exemplar de bens disponíveis deveria ser a dos bens patrimoniais privados; assim, deveriam resultar processáveis mediante queixa da parte todos os crimes contra a propriedade privada [...] (FERRAJOLI, 2006. p. 527)

Assim, parece ser compatível com o Sistema Garantista a composição civil dos danos estipulada pelo artigo 75 da Lei 9.099/95, ou ainda, a súmula 554 do Supremo Tribunal Federal, a qual prevê a extinção do processo com o pagamento do cheque antes do recebimento da denúncia no crime de estelionato por cheque.

Ferrajoli vai mais longe. Propõe transformar todos os crimes patrimoniais em processáveis mediante Ação Penal condicionada a representação, de modo que o pagamento do suposto prejuízo patrimonial faz com que a vítima possa renunciar ao direito de representação da Ação penal.

Não se é contra a negociação para solução de conflitos, mas é preciso colocá-la no local correto e concebê-la de uma forma que não vulnere garantias fundamentais. Como dito no início do texto não podemos esquecer da nossa história. Direitos Fundamentais não podem ser negociáveis, esse é o ponto. E mais, o direito penal, não serve para pacificar conflitos.

Enquanto seguirmos pretendendo (mal) utilizar o Direito penal e processo penal com propósitos civilísticos-patrimoniais-privados a partir de uma tradição jurídica estranha à nossa, constituiremos institutos penais disformes com a matriz constitucional-garantista para garantir uma efetividade à justiça criminal que só se satisfaz com números e não com a efetividade dos Direitos fundamentais de todos. O Acordo de não persecução penal, como idealizado, é a constatação mais forte desse intuito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012;

BARROSO, Erica Montenegro Alves. **Justiça penal negociada sob a ótica do sistema garantista penal**. *Âmbito Jurídico*, 2018 disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/justica-penal-negociada-sob-a-otica-do-sistema-garantista-penal/>. Acessado: em 25/07/2021;

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016;

CASARA, Rubens. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015;

COPETTI, Alfredo e PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Garantismo integral: a “teoria” que só existe no Brasil**. Justificando: mentes inquietas pensam direito, 2017. Disponível em: <https://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/> acesso em 25 de junho de 2021;

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e garantías: La ley del más débil**. 4 ed. Madrid: Editora Trotta, 2004;

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020;

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

GARRETT, Brandon L. **Por que plea bargains não são confissões**. Traduzido por Bruno Cinha Souza. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019;

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Um “novo” liberalismo processual penal autoritário.** *In:* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Plea Bargaining.** São Paulo: Tirant Lo Blanch., 2019;

LOPES JR. Aury. PACZEK. Victor. **O plea bargaining no projeto anticrime: remédio ou veneno.** *In:* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Plea Bargaining.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir.** 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017;

PRADO, Geraldo. **Transação Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.