IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini - 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 Gaigher 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-415-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- "A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais", em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.

- "A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia". No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.

- "A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional". O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reemprendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- "A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero". O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- "A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso". Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- "A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional". O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandado explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaing’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do due process of law, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objeta a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- "O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento". O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- "Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro." O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- "Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada". A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comercio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comercio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

O FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE NO NOVO "PLEA BARGAING" BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

THE PHENOMENON OF THE NEW BRAZILAIN "PLEA BARGAING": AN ANALYSIS OF ART. 28-A OF THE CODE CRIMINAL PROCEDURE

Juliano Keller do Valle [1]
Marcos Leite Garcia [2]

Resumo

A presente pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras naconais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

Palavras-chave: Constituição, Processo penal, Direito penal, Acordo de não persecução criminal, Direito transnacional

Abstract/Resumen/Résumé

This research aims to investigate the installation of a new modality of bargaining called the non-criminal prosecution agreement, which would be the result of a different state order, softened by a conception based on Transnational Law. The discussion about the purpose of criminal proceedings in this new modality of criminal consensus is taken into account, its influence as a normative model that transcends national borders and its possible collision from the concepts and definitions of the theory of the criminal legal good applied for decades in Brazil. The research method is the deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Criminal proceeding. criminal law, Non-prosecution agreement, Trasnational law

---

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI/PPCJ com Dupla Titulação pela Delaware Law School University (USA). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI/PPCJ. Advogado

[2] Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Também professor do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS

Introdução

O presente trabalho terá como objetivo estabelecer reflexões acerca do atual panorama jurídico criminal no contexto das últimas modificações introduzidas pela Lei 13.964/2019, que estabeleceu novos parâmetros para a persecução penal, especialmente na possibilidade do órgão acusatório propor acordo de não persecução penal com o indiciado.

Também será abordado ainda que de forma superficial – mas igualmente importante – se este movimento de mudança estrutural no sistema processual penal brasileiro, reflete uma tendência mundial de disrupção de monopólios legislativos dos países, uma vez que o Estado brasileiro não consegue dar respostas consistentes às suas demandas internas.

Mesmo assim, a questão perpassa por mudanças (*ou tentativas de), que atacam diretamente* o *marco teórico* proposto no final do século XX pelo Professor Luigi Ferrajoli através da Teoria do Garantismo Penal que estabeleceu elementos de ordem constitucional baseados na prevalência das garantias fundamentais do *sujeito mais débil* em face do *poder de punir do Estado*, mais forte, com o objetivo de impedir arbitrariedades que contrapõem a esta percepção democrática do processo penal.

Tendo *este ponto de partida*, será abordado em sequência *o ponto de inflexão às garantias processuais penais* – secularmente consagradas – em face do *acordo de não persecução penal em* face do atual art. 28-A do Código de Processo Penal e sua influência estadunidense como manifestação de uma tendência transnacional no sistema processual penal no Brasil.

Em um segundo plano, a questão dos *sistemas processuais penais e a permanência da mentalidade inquisitória* uma vez que o *alargamento da discricionariedade do Ministério Público através da oportunidade e conveniência* na proposição de acordo de não persecução criminal é sob o ponto de vista do acusado ainda mais fragilizado no reduzido espaço que passa a possuir para negociar. Por fim, a Teoria do Bem Jurídico é confrontada com a *nova práxis de barganha criminal* no sentido de se constatar (ou não) o vilipêndio ao *minimalismo penal ou o modelo de intervenção penal mínima*. Tal proposta, como se sabe, é baseada na concepção de que caberia ao Direito Penal o dever de se ocupar da tutela a bens que justifiquem a sua aplicação via controle

social, e que, assim, com o *negócio jurídico penal poderia* estar sendo desvirtuada em face da transformação do Processo Penal em face das questões de *oportunidade e conveniência* do órgão acusatório.

O método utilizado para a Fase de Investigação e o Relato de Pesquisa será o Dedutivo[1], cuja premissa maior será a instalação através da nova modalidade de barganha negocial chamada de *acordo de não persecução criminal*, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional e, como premissa a ser desenvolvida ao longo do texto, a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal. As técnicas selecionadas ao cumprimento dos métodos eleitos são a Pesquisa Bibliográfica e Documental[2], a Categoria[3] e o Conceito Operacional[4], quando necessários.

1. A Constituição de 1988 e a Teoria do Garantismo Penal: por que ainda é necessário tratar de questões fundamentais no Processo Penal Brasileiro?

A compreensão do *sentido* e do *lugar* do Processo Penal e do Direito Penal no Brasil, perpassa necessariamente pela exata percepção que se o processo é *o termômetro que se avalia o grau democrático de um país, a lei material é – ou pode ser – o elemento que irá fixar os limites da legalidade do exercício do poder de punir,* ambos cumprindo a função de *impedir a arbitrariedade e o autoritarismo estatal.*

Neste passo, a teoria do *garantismo penal* proposta por Ferrajoli (2001, p. 807-848) foi inicialmente direcionada para o âmbito do Direito Penal, vez que a ele coube - entre outras questões - pelo *princípio da legalidade* estabelecer *parâmetros mínimos de racionalidade do que se deve punir*. Posteriormente, referida teoria alcançou o *status* de Teoria Geral do Direito (FERRAJOLI, 2001, p. 851-903), e acertadamente segundo Sérgio Cademartori (2006, p. 91) com *"enorme potencial explicativo e propositivo"*.

---

[1] "[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral". (PASOLD, 2018, p. 215).
[2] "[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, 2018, p. 217).
[3] "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia". (PASOLD, 2018, p. 207).
[4] "[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia exposta". (PASOLD, 2018, p. 207).

Assim, pode-se afirmar que a *teoria garantista* de Ferrajoli utilizou a base *liberal da centralidade da pessoa*, considerando que o *poder não somente se constitui a partir do indivíduo, mas também visa servi-lo*. Essa corrente liberal, portanto, não é concebida por Ferrajoli como um poder sobre alguma coisa, como por exemplo, os direitos patrimoniais, mas é concebida num sentido rigorosamente negativo, ou seja, *com a ausência da interferência de um poder externo, seja ele o poder público-estatal ou o poder econômico-privado* (CADEMARTORI, 2006, p. 93-94).

O *poder punitivo* explicitado através da legislação penal e processual, provoca, de certa forma, a reflexão acerca dos limites que buscam, não deslegitimar suas ações, mas estabelecer parâmetros mínimos de racionalidade (FERRAJOLI, 2001, p. 807-848), como é o caso do Processo Penal e do Direito Penal no Brasil. A percepção deste elemento inalienável de uma sociedade que se pretende democrática, é, a rigor, a admissão inarredável que o Estado perde sua legitimidade quando seu poder é *absoluto* ou *ilimitado*, portanto, contrário a percepção da *centralidade da pessoa*, tornando-se, portanto, *más débil*. Esses limites são, de certo modo, revelados através de princípios constitucionais, balizados por um marco teórico relevante do conceito humanitário de direito.

Assim, é certo de que o direito deve ser entendido *a prima facie* como uma *garantia* ao arbítrio estatal, e de que esta *garantia* se apresenta, de fato, como uma nova teoria jurídica, cujo amálgama passa a ter a perspectiva racional-positivista de matriz iluminista (MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 45), cuja (re)valorização da Constituição, passa a ser uma de suas finalidades, especialmente em função dos *Direitos Fundamentais* (SARLET, 2004, p. 89), que reconhece até então a sua *subutilização, para a condição máxima de efetividade, denominada garantismo jurídico.* Portanto, a categoria dos Direitos Fundamentais passa a ter especial relevo, vez que a *Teoria Garantista* fixa instrumentos de controle dentro do que é *possível decidir* e o que *não é possível decidir* no *Estado Democrático de Direito*. O *garantismo como limite democrático passa a deslegitimar qualquer tentativa de obliterar direitos individuais – de tradição iluminista* -, posto que fundamentais, e, assim, garantidos em sua máxima extensão, e que serão objeto de maior discussão em capítulos a frente. Estabelece-se, assim, *quem* pode e se

deve decidir; e *o que* se deve e *o que não deve decidir*[5].

Ferrajoli (2001) propõe *o Estado Democrático de Direito* ao Estado autoritário e, em decorrência disto, o modelo jurídico *garantista* ao modelo inquisitorial. Alheio aos dispositivos do sistema acusatório, a figura do inquisidor é terreno fértil para a prática abjeta e às avessas do *processo penal como um jogo democrático*[6], especialmente no latente desequilíbrio imposto à parte mais fraca (acusado) do processo como se verá mais à frente. Alexandre Morais da Rosa estabelece de forma muito clara que em sendo o processo penal encarado como um *jogo*, só lhe será dada a devida v*alidade* (Ferrajoli), se não ocorrerem trapaças, isto é, os princípios deverão ser levados até as últimas consequências, sob pena de restar permeado por objeções fundamentais pelo texto constitucional[7].

Dessa forma, o especial aspecto suscitado pela teoria *garantista* no plano da validade *versus* vigência é de singular importância dada a sua preocupação pela efetividade dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico que se volte à Constituição, e a essa categoria de direitos constitucionalizados, dependendo sempre de

---

[5] E mais: "A proposta de Ferrajoli no sentido de estabelecer um conceito formal de *Direitos Fundamentais* se encontra aprofundada e estruturada na obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. No início, reeditando o nascedouro da discussão, Ferrajoli esclarece a pretensão de definição teórica, formal e estruturante dos *Direitos Fundamentais* como *todos os direitos subjetivos que correspondam universalmente* a *todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa*, de cidadãos ou pessoas com capacidade de fato, deixa evidenciado que 'direito subjetivo' se constitui 'em qualquer expectativa positiva ou negativa em face do Estado e por *status* o pressuposto de idoneidade para seu respectivo exercício'". (ROSA, 2005, p. 87-88).

[6] Em outras palavras: "Em texto clássico – O processo como jogo – Clamandrei afirmava que decorar as regras de xadrez não torna o sujeito um grande enxadrista, bem como saber as regras processuais não o capacita, por si, como grande jogador processual. É claro que entender de dogmática (crítica) se constitui como pressuposto de atuação adequada. Isso porque o jogo processual se estrutura em 3 (três) níveis: (a) o das normas processuais; (b) do discurso lançado processualmente e seus condicionantes internos/eternos e, (c) da singularidade do processo (seu julgador e seus jogadores). Ao mesmo tempo em que a estrutura é universal (pelo menos normativamente, ainda que se possa discutir a aplicabilidade de algumas disposições em face da CR), a singularidade do caso demanda, no campo penal, a especialidade: cada decisão é uma decisão, não se podendo julgar em "bloco" no crime. (ROSA, 2013, p. 2 e ss.).

[7]Assim é que "[...] Ferrajoli ganhou espaço no Brasil a partir de sua reflexão do *Direito Penal*, demandando, entretanto, uma reconstrução da Teoria do Direito, realizada em *quatro frentes*. A *primeira* estabelece a revisão da *teoria da validade*, diferenciando *validade/material* e *vigência/formal* das normas jurídicas. A *segunda* aponta para uma *dimensão substancial da democracia*, superando a visão meramente formal. Na *terceira*, desde o ponto de vista do Juiz – *sujeição à lei* -, exige seu controle *material* das normas, não se sujeitando somente por sua produção *formal*, destacando a relevância da Constituição da República e dos Direitos Humanos, tanto no que se refere aos *princípios* (explícitos ou implícitos) quanto em relação a *regras*, agregando. Na última, a *ciência jurídica* é revisitada, não mais com a mais com a missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando contornos críticos e de projeção ao futuro." (ROSA, 2011, p. 10).

mecanismos internos para o seu controle, verificando, assim, sempre a adequação de seu conteúdo vigente à validade exigida (SERRANO, 1999, p. 51-53).

Neste diapasão, a palavra *garantismo* exprime uma aproximação teórica que mantém separado o "ser" e o "dever ser" no direito. Ainda, põe como questão teórica central: a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (*garantistas*) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas) interpretando-a com antinomia – dentro de certos limites fisiológicos e fora destes patológicos – que subsiste entre validade dos primeiros e efetividade dos segundos (FERRAJOLI, 2001, p. 854-855).

Sob ambos os aspectos, para Ferrajoli, o *garantismo* opera como *doutrina jurídica de legitimação* e, sobretudo, de *perda da legitimação interna do direito*, que requer dos juízes e dos juristas uma *constante tensão crítica sobre as leis vigentes*, por causa do *duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação, seja na sua explicação*: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do *direito válido* e o *ponto de vista fático*, ou descritivo, do *direito efetivo*. (FERRAJOLI, 2001, p. 851).

2. A metalidade inquisitória do Processo Penal: é (ainda) possível atingir o processo em contraditório?

O Estado Novo[8], período que teve como líder o presidente Getúlio Vargas, provocou profundas transformações na chamada Terceira República, a qual a história aponta como sendo um importante momento para a sociedade brasileira no plano das legislações ordinárias, especialmente na aprovação dos (ainda) vigentes Código Penal de 1940 e Código de Processo Penal de 1941.

Ambas as legislações retrataram a utilização de ferramentas jurídicas eficazes no que propunha e se constituíram inexoravelmente em eficientes mecanismos de controle estatal na qual a defesa do cidadão era mitigada em detrimento da 'defesa social', mentalidade não só eminentemente inquisitorial e autoritária exposta na exposição de motivo da lei processual, mas como também como projeto de instrumentalização do

[8] Regime político ditatorial do Brasil, influenciado pelo Estado Novo português, que se iniciou a partir do Golpe Estado de 10 de novembro de 1937 e que teve término após o final da Segunda Guerra Mundial.

fascismo – seja por ideologia ou *modo de vida*[9] *- e hegemonia de poder*.

É então a partir da premissa autoritária e do *esmagamento* das garantias que o Processo Penal foi pautado por elementos conservadores e a ortodoxia no que tange aos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal no *exercício do poder de punir*, inclusive com a possibilidade do judiciário interferir na *opinio delicti do órgão acusador* que se manifestava pelo arquivamento do inquérito policial.

Ainda que se defenda a despeito das últimas alterações advindas por força da Lei 13.964/2020, expressamente determinando que o processo é acusatório – e não se pretende retirar seus méritos, ainda que mínimos e tardios na questão dos *sistemas processuais penais* **–** ainda permanece a *lógica de poder da* gestão da prova[10] mormente porque é de todo *ingênuo* acreditar que se terá após mais de trinta anos de vigência da Constituição um sistema acusatório no processo penal[11], quando, persistem movimentos

---

[9] Não só como modelo político ao gosto do senso comum: "[...] Lembraremos o Ur-Fascismo (Fascismo Eterno) que sempre está ao nosso redor, recordado por Umberto Eco. Mais que uma ideologia, entendida como um complexo de ideias sócio-políticas, trata-se de um modo de vida, maneira de pensar e agir, hábitos culturais, nebulosa de pulsões obscuras e por vezes insondáveis. Por isso, a capacidade de ser um amálgama, uma colagem de ideias (ou da falta delas) diversas e inclusive contraditórias. Combinação desconjuntada, nada essencial, de regimes de culto à tradição, de frustração, blindado à crítica – por um lado, pronto a forjar inimigos numa ideia permanente de guerra e, por outro, apto a conceber um líder intérprete de uma vontade comum paranoica, machista, capitalizável naturalmente por um léxico pobre e uma sintaxe elementar limitadora de qualquer raciocínio e, sobetudo, como horror à diferença. (AMARAL, 2020, p. 257).

[10] Na ideia de sistemas processuais penais, tem-se o firme apontamento do Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: "[...] Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o próprio unificador. Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, e o réu é tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor, o qual detém a *gestão da prova*. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação. O *sistema processual brasileiro* é, em face do *princípio unificador, inquisitório*, porque regido pelo *princípio inquisitivo*, já que a *gestão da prova* está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. [...] As regras de direito processual penal expressam valores – eis a marca do conteúdo ético do Direito – mas agitam um espaço diferenciado: aquele dos atos processuais. Não se cogita como no caso das regras de direito penal – onde o que se regula é a vida em relação e, portanto, vai-se trabalhar com licitude/ilicitude – de premissa hermenêutica alguma, entre outras coisas porque a paridade das partes é artificialmente construída pelo aparato legal. Trata-se, portanto, das *regras do jogo*; tão só. E basta!". (COUTINHO, 2013, p. 376).

[11] A exata compreensão de se entender os sistemas do processo penal e por qual motivo debruçar-se sobre o instituto é por certo, não se iludir que teremos o sistema acusatório recepcionado: "[...] Assim, como já demonstrado várias vezes, todos os sistemas, hoje, são mistos, ou seja, têm regência do princípio inquisitivo ou do princípio dispositivo (que alguns chamam de acusatório) e, portanto, são inquisitório ou acusatório, mas vêm, sempre, agasalhando elementos que procedem do outro sistema, razão porque são tratados como "mistos". [...] Esses elementos provenientes do outro sistema – que os tornam formalmente mistos – porém, não o desnaturam, justo porque não aniquilam o princípio unificador/reitor/fundante, embora, às vezes, convivam mal no conjunto. Portanto, se há ou se se construiu alguma confusão ela é, sem dúvida,

de cunho antidemocráticos. Desse modo, por assim dizer, é *uma falácia defender que há assegurada a igualdade das partes no processo penal - vez que ao réu foi concedida a tarefa mais difícil que é de se defender do Estado*. Afim de equilibrar o jogo processual, se pode esperar entre tantas garantias aquela que, neste ponto, *possa distribuir de modo regular as regras do jogo através da presença do juiz natural*[12] *e do processo penal como procedimento em contraditório*[13] - baseado em pesos e em contrapesos, e que a dinâmica

---

meramente aparente; e por nada justifica a superação dos sistemas processuais penais na forma como são estudados. Por sinal, do ponto de vista histórico, difícil mesmo é se falar em 'sistemas puros' mas, nestas alturas, seria preciso refletir sobre o que vem a ser esse 'puro', ou seja, se isso diz respeito às características (elencadas pelos autores) ou de como eram no início... Tal tema – que não cabe aqui neste pequeno ensaio - , merece atenção e preocupação dos estudiosos, os quais não se podem furtar de, para tanto, saber de direito processual penal, coisa com a qual nem sempre os historiadores se preocupam. [...] Eis, então, por que para sistema ser assecuratório, não basta tão só ter partes nele, mas serem elas as protagonistas-mor do conhecimento, tenha ele a qualificação que tiver. Se isso ocorre, o princípio é dispositivo, nome, por sinal, sugestivo para lugar que ocupa e que elas, as partes, ocupam. Doutra parte, se o protagonista-mor, o princípio unificador/reitor/fundante é inquisitivo". (COUTINHO, 2017, p. 55-58).

[12] Assim aponta o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2013, 378): "[...] Juiz competente, diante do quadro constitucional de 1988, é, sem sombra de dúvida, o Juiz Natural ou Juiz Legal, de modo a se poder dizer dele a competência exclusiva para os atos aos quais está preordenado, assim como excluir todos os demais, evitando-se deste modo, manipulações indesejáveis , com vilipêndio das regras de garantia, como tem acontecido com frequência inaceitável, mormente em face da chamada *interpretação retrospectiva*, que encontra, no texto *novo*, um sentido igual ou muito próximo ao que se tinha no *antigo* quando, em verdade, trata-se de algo muito diverso e só se chega na aproximação por jogos retóricos e construções indevidas. [...] Dessa forma, pode-se definir o princípio do juiz natural como expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade. [...] Em suma: fixadas as regras do jogo, não mais se modificam, como se sabe da fonte histórica do princípio, voltado a garantir a isonomia para todos os acusados. Todos devem saber, de antemão, quais os órgãos jurisdicionais que intervirão no processo. Isso não significa *engessar* o sistema, até porque a lei nova tratando da competência, por certo, terá lugar, mas tão só da sua vigência em diante, não retroagindo para alcançar casos penais com competência, já fixada ao juiz natural, o que afasta o princípio da imediatidade expresso no art. 2o do CPP. Trata-se, como se vê, de princípio intimamente relacionado com o Estado Democrático de Direito, o qual, não tendo ele concreta aplicação, não se efetiva e, assim, ajuda sobremaneira a se consolidarem às mais diversas injustiças".

[13] Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho (2008, p. 71-76) uniram-se para dissecar a(s) metástase(s) do Processo Penal: "[...] O contraditório é, pois, a característica que diferencia o *processo* do *procedimento*. Com efeito, a legitimidade na imposição de atos cogentes, decorrentes do poder do império, com consequências no âmbito dos jurisdicionados e, no caso do Processo Penal, dos acusados, precisa atender aos princípios e regras previstas no ordenamento jurídico de forma taxativa. As regras do jogo democrático devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque com 'Direito Fundamental' (e as normas processuais o são) não se transige, não se negocia, defende-se, deixou assentado Ferrajoli. Dito de outra forma, as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade Garantista, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se proceda, antes e necessariamente, uma *oxigenação constitucional.* [...] Desta feita, a legitimidade do provimento judicial dependerá do desenrolar correto dos atos e posições subjetivas previstos em lei. E a perfeita observância dos atos e posições subjetivas dos atos antecedentes é condição de possibilidade à validade dos subsequentes. Logo, a mácula procedimental ocorrida no início do processo contamina os demais, os quais para sua validade precisam guardar referência com os anteriores. A decisão final, preparada pelo procedimento, também se constitui como uma parte deste, ou melhor, sua parte final, o corolário. [...] Então, invertendo-se a lógica do senso comum dos juristas por meio do contraditório e, especificamente no Processo Penal.

das partes por seus sujeitos processuais (jogadores) deve ser a de uma disputa tal qual a arena (ROSA, 2019, p. 77) e cujas regras – desde que obedecidas – precisam não só ser aplicadas licitamente mas antecipadas pelo jogador afim de evitar surpresas, algumas baseadas na constatação do *jogo sujo* (*lawfare*).

3. Algumas considerações sobre a Teoria do Bem Jurífico Penal: o que há de legítimo ou não para a persecução penal.

O Direito Penal é o instrumento do qual o Estado dispõe para a manutenção da ordem social *via controle social*[14].

Entender a real importância da *concepção do bem jurídico em matéria penal* perpassa, também, *na exata percepção da legitimidade ou não do direito de punir via direito penal e processo penal democrático enquanto procedimento em contraditório*, como será desenvolvido mais à frente.

Através, portanto, deste ponto de partida, no modelo atual do Estado Democrático de Direito, a *legitimidade do poder da força estatal* só será, de fato, constituída, se o Direito Penal for de *intervenção mínima* tal qual, por exemplo, Ferrajoli assim descreveu, amparado em instituições jurídicas legítimas e limitadoras de sua função repressiva, como é o caso dos princípios da *legalidade*, da *subsidiariedade* e da *fragmentariedade* e também do *bem jurídico penal*, decorrendo daí o seu caráter de *ultima ratio*, amparado na função de *proteção subsidiária dos bens jurídicos*.

[14] Entre vários conceitos e definições acerca do sentido que se quer dar sobre 'controle social através do direito penal', optamos por trazer o belo livro do Professor Doutor Luis Greco (2011, p. 16) que tão bem traçou alguns expoentes da chamada '*Escola de Frankfurt'*, seguindo o critério utilizado por ele de citar alguns doutrinadores que a seu juízo dtivessem qualidades de *originalidade, consistência na fundamentação e papel de destaque no debate como um todo: "[...] Hassemer* compreende o direito penal como *instância de controle social*, que se caracteriza justamente por sua *formalização*, no que se distingue de outras instâncias de controle social como a família, a escola ou o ambiente de trabalho. A principal finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos; e Hassemer entende por bens jurídicos 'interesses humanos necessitados de proteção penal'. Tais interesses são referidos apenas a indivíduos, de modo que apenas bens jurídicos individuais são de pronto legitimáveis; bens supraindividuais devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais (chamada *teoria pessoal*, ou *monista-pessoal, do bem jurídico*). E no que se refere a bens jurídicos coletivos, deve o legislador agir de modo especialmente comedido, pois eles são excessivamente abertos para considerações de caráter ideológico e tendem a esvaziar o princípio da *ultima ratio*. Hassemer parte de um modelo ideal do direito penal de um estado de direito, que se caracterizaria por proteger bens jurídicos (no sentido da teoria pessoal), por meio de crimes de lesão ou de perigo concreto, estritamente formalizado e reduzido a seu núcleo de todo indispensável".

No mesmo sentido, a *escola de direito penal alemã* nos anos 1960 – sob o engajamento de um projeto alternativo de sua parte geral, o *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs* - *se ocupou em estudar a tendência de retração do direito penal*, foi ultrapassada nos últimos anos no que Silva Sánchez à época identificou como *expansão do direito penal* chamado de *modernização do direito penal* (GRECO, 2011, p. 1), com a *multiplicação de tipos penais de características muitas vezes difusas*[15] criticados fortemente por Hassemer em face do desvirtuamento do chamado *modelo ideial*[16].

De outra banda, a *multiplicação atualmente existente de tipos penais baseados em bens jurídicos duvidosos* que anteriormente a *escola de direito penal alemã* nos anos 1960 – sob o engajamento de um projeto alternativo de sua parte geral - *se ocupou em estudar*, e, assim, refratária àquele na medida em que a tendência era de *retração* do direito penal, o que foi denominado sob o 'turvo rótulo' de modernização do direito penal (GRECO,

[15] Sobre a expressão modernização do direito penal: "[...] A todo lado surgem novas criminalizações, que decorrem da proteção penal ou de *bens jurídicos coletivos* apenas recentemente entendidos como merecedores de proteção (exemplo paradigmático: direito penal ambiental), ou da criação de bens jurídicos coletivos até então de todo desconhecidos (o que ocorre principalmente no direito penal econômico). Novos *perigos do mundo industrial-global* são cada vez mais objeto de normais penais: drogas, terrorismo, tráfico internacional de armas e pessoas, transplante de órgãos e tecnologia genética, comportamentos socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas (criminalidade de colarinho branco, criminalidade do estado, *crimes of the mighty*). Mas as novas criminalizações derivam não apenas da expansão do âmbito de objetos protegidos, e sim também de uma antecipação da proibição penal: mencione-se especialmente a tendência de se formularem novos *crimes de perigo abstrato*, isto é, de tipos que declaram punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto a um bem jurídico. Discute-se também a *eficiência do direito penal* como instrumento de controle de comportamentos: termos frequentes aqui são o direito penal simbólico e a prevenção geral positiva. Surgem possibilidades de reagir penalmente contra ações de *pessoas jurídicas*. E, por fim, até mesmo o *processo penal* é atingido por esse fluxo de mudanças, sendo de se destacar-se a crescente flexibilização de suas formas, em especial por meio da transação penal e de várias outras restrições de defesa". (GRECO, 2011, p. 2)

[16] Do que ele diz, pela leitura do Professor Doutor Luis Greco (2011, p. 17): "[...] Esse direito penal moderno surge de um processo análogo àquele que Horkheimer e Adorno descreveram como a 'dialética da ilustração': o direito penal secularizado, orientado para as consequências e livre da metafísica teria levado essas suas características (positivas) a uma tal completude que se tornou algo ruim. A Hassemer parecem criticáveis sobretudo quatro aspectos do direito penal moderno. Primeiramente, a constante criação de novos *bens jurídicos coletivos vagos, sem referência individual:* em razão de seu caráter indeterminado e turvo, tais bens jurídicos se mostram especialmente inidôneos a serem protegidos pelo direito penal formalizado. Em segundo lugar, a correlacionada incriminação de meros perigos abstratos – 'o modelo de delito da modernidade'-, que é problemática por já se intervir na liberdade do cidadão ainda que, no caso concreto, nada de ruim esteja a ponto de ocorrer. Em terceiro lugar, critica Hassemer os *déficits de implementação do direito* penal moderno: por causa de seu caráter formalizado, não consegue o direito penal enfrentar suas novas tarefas, surgindo gigantescas cifras negras nos setores modernos do direito penal ambiental ou de tóxicos. E, em quarto lugar, a *desfomarlização,* que decorre da pressão no sentido de que, apesar das dificuldades, cuide o direito penal dos modernos problemas, e que significa uma perda das garantias que caracterizam o direito penal do estado de direito. O direito penal moderno cada vez mais distancia-se do modelo ideal e apresenta traços de um direito penal 'simbólico', isto é, enganador, por prometer aquilo que não pode cumprir".

2011, p. 1).

Com efeito e para tanto, a concepção de Direito Penal deve tão somente ser *uma medida de exceção*, sob pena de se tornar o instrumento repressor das esferas do Estado.

A intervenção penal, como dito, em sendo mínima, deve ser sacada como *última alternativa*, sempre na perspectiva precedente de que todo o resto não foi capaz de prover a resposta jurisdicional e democrática adequada àquela sociedade.

Assim, a atual dogmática penal se viu diante da necessidade da criação de um critério que permitisse não só a definição de *quais seriam esses valores essenciais à sociedade*, mas também a constituição de critérios de limitação a atuação do Direito Penal.

A teoria do bem jurídico desenvolvida por doutrinadores que influenciaram ou continuam influenciando o pensamento crítico penal em países como o Brasil justifica, ainda que por mera passagem no presente texto, a devida reflexão.

Seguindo, portanto, imprescindível é a *determinação* e a *delimitação* sobre quais valores deve incidir a tutela penal, justamente pelo ponto de que sendo exceção, e não regra, a legitimidade da aplicação do Direito Penal deve seguir a máxima de que só será possível não para toda e qualquer suposta violação de direitos, mas, sim, apenas à violação daqueles direitos que são relevantes e essenciais à sociedade, *chamados doravante de bens jurídicos penais*.

Mesmo assim, a construção conceitual de *bem* não é suficiente para o Direito Penal e, da mesma forma, não é capaz de *impor limites ao poder punitivo estatal*, na medida em que para se categorizar algo como *bem*, necessária é a análise valorativa do objeto em questão, para então determinar se esse objeto *deve* ou *não* ser alçado à categoria de bem e, por consequência simples, *justificar* ou *não* a incidência da tutela penal.

A questão nevrálgica e problemática desta teoria é de que quem realiza essa valoração é o próprio Estado. O dilema é desenhado: O Estado impondo limites ao seu próprio poder punitivo, teria legitimidade? Parece que, por óbvio não se pode sustentar, em razão da arbitrariedade que decorreria naturalmente dessa situação, fosse esse o critério adotado.

Nos dias atuais, cada vez mais tem se adotado a *fundamentação constitucional* para embasar o conceito de *bem jurídico penal*, capitaneados por Claus Roxin e sua concepção de *proteção subsidiária de bens jurídicos*[17] , e, curiosamente a referência a um bem jurídico não ser necessária para o doutrinador alemão, em três exceções: *proteção do embrião, a proteção de plantas e animais e a gerações futuras* (GRECO, 2011, p. 38).

A evolução da *teoria do bem jurídico*, t o r n o u cada vez mais evidente que seria impossível e impraticável falar-se em uma formulação positiva do critério de bem jurídico, (LISZT, 1989, p. 97) justamente pela dificuldade em delimitar-se quais *objetos* ou *bens* seriam *dignos de proteção* pelo Direito Penal.

Justamente por isso, retorna-se a um conceito *eminentemente material de bem jurídico*, mas partindo-se de uma *premissa distinta*. Passa-se então à determinação de um postulado negativo de bem jurídico, ou seja, ao invés de elencar-se um rol de quais bens jurídicos deveriam ser objeto da tutela penal, uma vez que o que ocorre é a *exclusão de todos aqueles bens tidos como insignificantes ou irrelevantes para o Direito Penal*, objetivando deixar apenas *aqueles interesses que seriam essenciais ao desenvolvimento humano* (DIAS, 2006, p. 73).

Valendo-se desse critério de exclusão, que se coaduna perfeitamente com o modelo de Direito Penal adotado em um Estado Democrático de Direito, Roxin, portanto, pretendeu desse modo dar a limitação significativa naquilo que *pode ser objeto de intervenção do Direito Penal*, permanecendo considerados (e inalterados) como bens jurídico-penais apenas aqueles interesses necessários à convivência em sociedade e ao desenvolvimento das potencialidades humanas, sejam eles *individuais* ou *coletivos*, em consonância com os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados em um modelo de Estado Democrático.

---

[17] É da passagem do professor Luis Greco (2011, p. 38) que se extrai: "[...] Enquanto coautor do Projeto Alternativo de Código Penal (1966), foi Roxin um protagonista da discussão a respeito das descriminalizações no direito penal sexual, de modo que até hoje defende o conceito de *bem jurídico* contra os seus muitos críticos e vê na 'proteção subsidiária de bens jurídicos' o fim do direito penal. Como para eles bens jurídicos são 'dados ou finalidades... necessários para o livre desenvolvimento dos indivíduos, para a realização de seus direitos fundamentais ou para funcionamento de um sistema estatal fundado nestas finalidades', reconhece ele já de antemão bens jurídicos coletivos. Ainda assim esforça-se ele por desmascarar bens jurídicos falsamente coletivos, que não sejam mais do que a soma de bens jurídicos individuais. Tal seria o caso do bem jurídico saúde pública, do direito penal de drogas, e da 'capacidade de funcionamento do sistema de seguros', do estelionato contra seguros".

Destarte, a teoria do bem jurídico também se constitui como verdadeiro *limite* ao *jus puniendi* estatal, portanto, democrático, na medida em que, segundo José Figueiredo Dias (2006, p. 73 e ss.)**,** somente é passível de punição a violação àqueles bens jurídicos dotados de dignidade penal, ou seja, *cuja lesão se revela digna e necessitada de pena.*

Embora trate-se de elemento do qual não se pode prescindir para a regular aplicação do Direito Penal, o conceito de bem jurídico penal permanece aberto, incapaz de ser acuradamente delimitado ou precisado e, portanto, incapaz de expor claramente o que deve ou não ser criminalizado.

4. O Acordo de Não Persecução Penal: ausência de referente de bem jurídico objeto de barganha

No Brasil, após a vigência da Lei 12.850 de 2013, ocorreu o definitivo processo de transição do processo penal de características pontuais previstas no princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal para um alargamento ainda maior das espécies de barganha existentes. O processo passou a estimular técnicas de colaboração às partes, meios alternativos de prova (delação) e perdão judicial (não propositura de ação penal pautada na relevância da delação), dentre outras.

A relevância científica e social do tema proposto encontra respaldo no câmbio epistemológico desse processo penal e sua contemporaneidade fundada na expansão da competência da colaboração premiada e seus reflexos na postura da acusação, da defesa e do julgador e a dicotomia com a teoria do bem jurídico penal: negociar-se ou não com bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

Ocorre que, sob a influência do direito romano germânico de *civil law*, o modelo processual penal brasileiro sempre foi caracterizado como inquisitorial, cuja atividade de instrução e interesse pela *verdade processual* foi sempre do julgador, e que, por isso nunca permitiu que o *controle do processo saísse de suas mãos.*

Como se sabe, a justiça penal negociada, suas formas de barganha e seu rito propriamente dito, são características do direito anglo-saxão de *commow law* cujo modelo permite uma liberdade de negociação entre as partes e seus sujeitos processuais até então jamais vista com tamanha ênfase no Brasil - com exceção do advento dos juizados especiais criminais na década de 1990.

De igual forma, o impacto é direto tanto nos princípios gerais do processo penal (contraditório, devido processo legal, igualdade das partes, paridade das armas, presunção de inocência, entre outros) quanto na concepção e justificativa da imposição da pena e sua dupla função de retribuição e prevenção social, características da teoria mista descritas no art. 59 do Código Penal Brasileiro.

A chegada do modelo de justiça negociada no Brasil é, de fato, a manifestação da *globalização e do fenômeno da transnacionalidade* no direito se deu como "[…] a tomada de decisões baseadas em critérios decisórios diversos daqueles emanados de uma ordem estatal específicas. Para alguns tal conjunto de parâmetros decisórios pode ser abrangido pela polêmica expressão Direito Transnacional" (ZANON JUNIOR, 2018, p. 298).

O Direito Transnacional e *o plea bargaing* "[…] recomenda a superação da tese de monopólio da produção jurídica pelo Estado […], como proposto pelo Juspositivismo tradicional, para admitir que há outros agentes produtores de elementos normativos, atravessando as fronteiras estatais". (ZANON JUNIOR, 2018, p. 300).

No mesmo sentido, as contribuições para a compreensão do que se deve negociar dentro do espectro do art. 28-A, seus aspectos positivos e negativos, bem como o seu grau de legitimidade, discricionariedade, legalidade e oportunidade, tem a implicação direta nos resultados futuros do sistema judicial criminal brasileiro (material e processual), podem, de certa forma serem adaptados ao sistema brasileiro, desde que obedecidas premissas constitucionais, inclusive através da proposição de Ferrajoli[18].

Considerações Finais

A construção do processo penal no Brasil se deu em épocas anteriores ao *status* político atual como sendo um instrumento de efetivo *controle social*, a despeito de leis penais materiais e processuais de clara face autoritária e antidemocrática.

A expansão das técnicas de consenso em meados dos anos 1990, e após com o

[18] "No ponto, não se desconhece o esforço de Ferrajoli para tratar de assimilar diferentes formas estruturais na sua proposta juspositivista (ou seja, prosseguir para além da pirâmide kelsiana). Para o referido autor, o sistema normativo ainda é concebido como o conjunto de fontes e de regras jurídicas instituídas por uma mesma norma de reconhecimento e escalonadas em níveis verticais. Todavia, ele não endossa simplesmente o modelo desenvolvido pelos juspositivistas que o antecederam, porquanto adapta tal conceito operacional para permitir raciocínios que envolvam normas comunitárias ou internacionais, ao permitir que abaixo de uma mesma norma fundamental podem ser instituídos diversos ordenamentos". (ZANON JUNIOR, 2008, p. 302).

advento da *colaboração premiada* no Brasil, demonstram insatisfação e esgotamento do Ordenamento Jurídico através da perspectiva de um *mundo globalizado* e que através da pouca ou ausência de barreiras, inegável é o choque de critérios e formas de julgamentos comparados pelo Direito Transnacional.

Mesmo que se diga que há avanços, se adotada todas as peculiaridades contidas no instrumento de acordo de não persecução penal, ter-se-á também como desconsideração do real papel da estrutura do exercício do *direito de punir* baseado na ideia do injusto penal e a *função da pena*, contido na lei material.

Ademais, os reflexos e as consequências de aplicação da Lei Penal, pautada nos princípios processuais penais de conveniência e oportunidade do órgão acusador no exercício da discricionariedade de seu *opinio delicti* podem sobremaneira solapar a estrutura do judiciário criminal brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Criminologia**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. 2ª ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os Sistemas Processuais Agonizam?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Coords.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 136-143.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Comentário ao art. 5º, inciso XXXVII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DIAS, José Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral – TOMO I – Questões Fundamentais**. Editora: Coimbra, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y e Razón**. 5ªed. Tradução de Perfecto Andrés Ibañéz. Madrid: Trotta, 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Título original: *Diritto e Ragione.*

GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)**.** Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão – Tomo I**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1989.

MARCELLINO JUNIOR. Julio Cesar. **Princípios constitucionais da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um Processo Penal Democrático**: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal:** a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**: Aportes Hermenêuticos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Direito Infracional:** Garantismo, Psicanálise e Movimento AntiTerror. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5. ed. Florianópolis: Emais, 2019.

SARLET, Ingo Wofgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SERRANO, José Luis. **Validez y Vigencia:** La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**.** Madri: Trotta, 1999.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VAY, Giancarlo Silkunas. **Da racionalização do poder de punir mediante a criação do conceito de bem jurídico.** Boletim IBCCRIM. Ano 21, n. 247. São Paulo: IBCCRIM, Junho/2013.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Influxos da Transnacionalidade sobre a Ciência Jurídica. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre; QUINTERO, Jaqueline Moretti; BONISSONI, Natammy. **Para além do Estado Nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz. Florianópolis: Emais, 2018.