

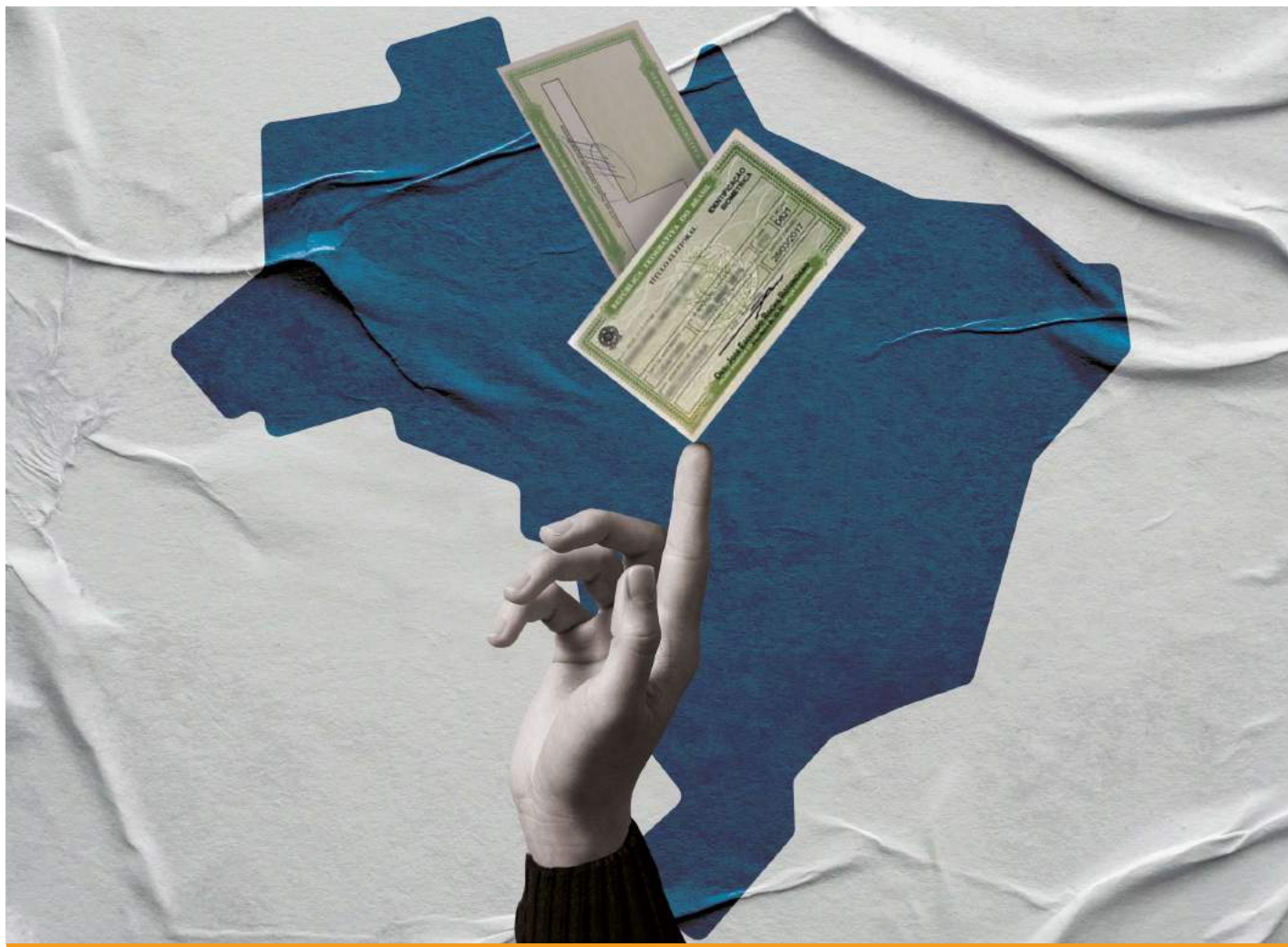
# BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 30 - Nº 351 - FEVEREIRO/2022



## CADERNO DE DOUTRINA

4 A ineficácia do *Habeas Corpus* coletivo 165.704 e possíveis soluções para aprimorar seus efeitos  
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Pedro Bertolucci Keese

8 Guerra fiscal: legalidade e atipicidade da utilização pelo contribuinte de créditos presumidos instituídos sem convênio interestadual  
Edward Rocha de Carvalho

11 William Andrews Vs. Estados Unidos: comentários sobre o caso à luz do dever de imparcialidade  
Bruno de Almeida Passadore e Camila Rodrigues Forigo

14 A interpretação do Art. 28-A, § 2º, III, do CPP à luz de outros institutos despenalizadores do Processo Penal Brasileiro

Laura Fraga Oliveira e Gabrielle Casagrande Cenci

17 A tragédia importada: a confissão no acordo de não persecução penal

Bruno Nunes Cisco e Thales Marques Marros

20 Reflexões sobre o conteúdo descritivo da imputação e o *standard* de prova adequado ao recebimento da denúncia

Pedro Henrique Mattos

23 Em defesa de uma abordagem realista-marginal no discurso dogmático jurídico-penal brasileiro  
Hamilton Gonçalves Ferraz

26 Até quando Brasil colônia? A visão colonial do Processo Penal Brasileiro  
Leonardo Cruz da França

## DÍALOGOS

28 Meios de obtenção de prova e a necessidade de corroboração (contraponto)  
Renato Stanzola Vieira

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: ACÓRDÃO EM DESTAQUE: FALTA DE INTERESSE DE AGIR ANTE A RECUSA NA OFERTA DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

31 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

# AS ELEIÇÕES E O DEBATE SOBRE O SISTEMA PENAL

Muito se critica, com razão, o populismo penal. A resposta simplista e de curto prazo, que se utiliza do anseio por justiça da população para implementar políticas públicas irracionais de endurecimento do sistema penal (como se esse fosse o único caminho para uma maior efetividade da Justiça), produz efeitos perversos sobre toda a população, especialmente sobre pretos e pobres. Além de reproduzir o conhecido círculo vicioso de ineficácia quanto à segurança pública e de desrespeito a direitos e garantias individuais, o populismo penal reforça a percepção de que vontade da maioria e racionalidade do sistema penal seriam elementos dissonantes ou, até mesmo, contrários.

Não há dúvida de que o sentimento majoritário de uma população não é critério de justiça. O papel do Direito Penal é precisamente evitar o linchamento popular e o justicamento, em suas várias modalidades. No entanto, seria um equívoco entender que se pode melhorar o sistema de justiça penal sem incluir a população nessa discussão. Não há progresso efetivo – e muito menos progresso sustentável a longo prazo – sem uma mudança da percepção popular sobre as questões penais e processuais penais.

Nesse sentido, as eleições – esse momento do regime democrático em que se dá um especial diálogo entre a classe política e os eleitores – são uma excelente oportunidade para uma melhor compreensão da população sobre o sistema de justiça penal. Ao mesmo tempo, caso haja omissões e descuidos, a campanha eleitoral pode se converter em circunstância especialmente danosa, com reprodução e consolidação de preconceitos, ideias racistas, percepções enviesadas, etc.

Em sua missão de contribuir para um sistema de justiça penal menos racista e menos seletivo, mais racional e mais humano, o IBCCRIM faz um alerta especial a todos os associados sobre a importância de que cada uma, cada um, de acordo com suas possibilidades, contribua para um debate mais qualificado sobre as questões penais e processuais penais. Em vez de reforçar o populismo penal, a campanha eleitoral deve ser ocasião para difundir consensos mínimos civilizatórios sobre a Justiça Penal, seus métodos e seus fins.

Não é possível que este grande momento da democracia – a campanha eleitoral – se converta em um show de horrores, como infelizmente ocorreu tantas vezes, com a difusão massiva de desinformação sobre segurança pública, direitos e garantias fundamentais, moralidade pública, etc. As eleições devem ser ocasião de fortalecimento da cidadania, e não de manipulação, embrutecimento, barbárie ou retrocesso civilizatório.

Depois de três anos especialmente adversos para os Direitos Humanos no País, com um nítido rebaixamento da sensibilidade cívica, o IBCCRIM considera fundamental estabelecer um diálogo, tão amplo quanto possível, com partidos e candidatos sobre questões sensíveis do sistema de justiça penal.

Todo o trabalho realizado pelo IBCCRIM e seus associados – a produção científica, as pesquisas, os seminários, debates, sua atuação no processo legislativo, etc. – pode e deve contribuir para que os programas de governo sejam minimamente consistentes em relação à política penal e à segurança pública. Não haverá avanço no sistema carcerário ou no controle das polícias – assim como em qualquer outro tema – se o eleitor é instado apenas a oferecer respostas punitivistas, racistas, demagógicas.

É dever do IBCCRIM, como organização da sociedade civil, contribuir para um debate público qualificado. Se essa dimensão da atuação do instituto está sempre presente, ela é especialmente importante em um ano eleitoral, quando se discutem as grandes propostas para o País. Não se trata de se envolver em política partidária. Por força de seu estatuto e para cumprir adequadamente sua missão, o IBCCRIM é necessariamente apartidário. O objetivo é justamente trabalhar para que a melhoria efetiva do sistema de justiça penal seja uma preocupação – verdadeira prioridade – a mais transversal possível entre partidos, candidatos e opções políticas.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais não é uma espécie de opção política, passível de ser combatida em campanha eleitoral ou rejeitada nas urnas. É uma obrigação constitucional, um compromisso cívico, um imperativo de humanidade. Avançar nessa compreensão é elemento essencial para a consolidação do regime democrático.

## Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

### BOLETIM

- 4. **A ineficácia do *Habeas Corpus* coletivo 165.704 e possíveis soluções para aprimorar seus efeitos**  
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Pedro Bertolucci Keese
- 8. **Guerra fiscal: legalidade e atipicidade da utilização pelo contribuinte de créditos presumidos instituídos sem convênio interestadual**  
Edward Rocha de Carvalho
- 11. **William Andrews VS. Estados Unidos: comentários sobre o caso à luz do dever de imparcialidade**  
Bruno de Almeida Passadore e Camila Rodrigues Forigo
- 14. **A interpretação do Art. 28-A, § 2º, III, do CPP à luz de outros institutos despenalizadores do Processo Penal Brasileiro**  
Laura Fraga Oliveira e Gabrielle Casagrande Cenci
- 17. **A tragédia importada: a confissão no acordo de não persecução penal**  
Bruno Nunes Cisco e Thales Marques Marros
- 20. **Reflexões sobre o conteúdo descritivo da imputação e o *standard* de prova adequado ao recebimento da denúncia**  
Pedro Henrique Mattos
- 23. **Em defesa de uma abordagem realista-marginal no discurso dogmático jurídico-penal brasileiro**  
Hamilton Gonçalves Ferraz
- 26. **Até quando Brasil colônia? A visão colonial do Processo Penal Brasileiro**  
Leonardo Cruz da França

### DIÁLOGOS

- 28. **Meios de obtenção de prova e a necessidade de corroboração (contraponto)**  
Renato Stanziola Vieira

### CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

**Tema:** Acórdão em Destaque: falta de interesse de agir ante a recusa na oferta de proposta de acordo de não persecução

- 31. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

# A INEFICÁCIA DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO 165.704 E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA APRIMORAR SEUS EFEITOS

THE INEFFECTIVENESS OF THE COLLECTIVE *HABEAS CORPUS* 165.704 AND POSSIBLE SOLUTIONS TO ENHANCE ITS EFFECTS

## Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor de Direito Penal e de Execução Penal da Faculdade de Direito da PUC-SP. Defensor Público do Estado de São Paulo e Coordenador de Assuntos Prisionais do IBCCRIM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2241598875750513>

ORCID: 0000-0003-4604-1943

[gjunq@terra.com.br](mailto:gjunq@terra.com.br)

## Pedro Bertolucci Keese

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV DIREITO SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Advogado criminalista e Coordenador Adjunto de Assuntos Prisionais do IBCCRIM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0606820229489664>

ORCID: 0000-0002-9311-508X

[pedro.keese@gmail.com](mailto:pedro.keese@gmail.com)

**Resumo:** O objetivo deste artigo é, partindo do diagnóstico de ineficácia do *Habeas Corpus* coletivo 165.704, discutir problemas sobre o cumprimento do *writ* e propor soluções que possam aprimorar seus efeitos. Esses pontos foram tratados pelo IBCCRIM na audiência pública realizada nos dias 14 e 15 de junho de 2021 perante a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando contribuir para a concretização dos efeitos da referida decisão.

**Palavras-chave:** *Habeas Corpus* Coletivo - Prisão Domiciliar - Prisão Preventiva - Mães no Cárcere - Medidas cautelares.

**Abstract:** The objective of this article is, based on the diagnosis of the ineffectiveness of the collective *Habeas Corpus* 165.704, to discuss problems regarding the fulfillment of the *writ* and propose solutions that can improve its effects. These points were addressed by IBCCRIM in the public hearing held on June 14 and 15, 2021 before the 2nd Panel of the Federal Supreme Court, seeking to contribute to the implementation of the effects of the decision.

**Keywords:** Collective *Habeas Corpus* - House Arrest - Pre-Trial Detention - Mothers in Prison - Precautionary Measures.

## 1. Introdução

Em outubro de 2020, a 2ª Turma do Supremo Tribunal concedeu o *Habeas Corpus* coletivo 165.704, pelo qual determinou a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar aos pais e demais responsáveis por crianças menores de 12 (doze) anos e/ou deficientes, nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal.<sup>1</sup> Com isso, o Supremo estendeu o alcance do acórdão proferido em 2018, quando concedeu o HC 143.641 para autorizar a prisão domiciliar a presas grávidas e mães de crianças com até 12 (doze) anos de idade.

Ocorre que, apesar da ordem concedida coletivamente, o Min. Gilmar Mendes, relator do *writ*, constatou um cenário de reiterado descumprimento do precedente pelos tribunais de justiça estaduais, havendo mais de 30 mil presos que são pais ou responsáveis por crianças<sup>2</sup> – os quais, ao menos em tese, poderiam ser beneficiados pelo *Habeas Corpus* coletivo.

Diante disso, o Min. Gilmar Mendes convocou audiência pública para discutir as principais dúvidas e dificuldades no cumprimento daquele acórdão, incluindo “certa resistência” na implementação das ordens e da jurisprudência do STF em matéria criminal, tendo como foco três pontos:

(1) a questão prévia do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro, cinco anos após a concessão da medida cautelar na ADPF 347<sup>3</sup>; (2) as informações e os mecanismos de implementação da ordem coletiva proferida neste *habeas corpus* coletivo; e (3) o eventual descumprimento desta ordem coletiva e os impactos na questão da superlotação carcerária, com o esclarecimento das providências que vem sendo adotadas pelos Tribunais.<sup>4</sup>

A audiência pública foi realizada nos dias 14 e 15 de junho de 2021, ocasião na qual o *Habeas Corpus* 165.704 foi objeto de importantes debates. Entre especialistas e representantes da sociedade civil, o IBCCRIM<sup>5</sup> apontou possíveis empecilhos ao cumprimento da decisão proferida no HC coletivo e indicou propostas para o reforço da decisão.

Deste modo, partindo do diagnóstico de ineficácia do *Habeas Corpus* coletivo 165.704, o artigo visa discutir problemas no próprio HC e propor soluções que possam aprimorar seus efeitos.

Dentre os vários problemas percebidos, três foram destacados pelo Departamento de Assuntos Prisionais do IBCCRIM e serão tratados a seguir: a necessidade de resgatar a imperatividade das decisões do STF; a necessidade de maior clareza no dispositivo do *Habeas Corpus* coletivo, coibindo interpretações que esvaziam o



conteúdo da ordem; e, ainda, a necessidade de eliminar a “petição de princípio”<sup>6</sup> que é usualmente empregada pelas cortes estaduais para tornar inócuo o conteúdo decisório do *writ*.

## **2. Resgate do caráter imperativo da substituição da prisão processual pela prisão domiciliar**

O artigo 318 do Código de Processo Penal trata de hipóteses nas quais o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar. Entre as situações contempladas no artigo, ganham especial destaque aquelas previstas nos incisos III, V e VI, segundo os quais a substituição poderá ocorrer em se tratando de pessoa:

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

De forma complementar, o art. 318-A, incluído ao CPP pela Lei 13.769/2018, estabelece que a prisão preventiva:

imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar”, desde que o delito pelo qual estiver sendo processada “não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa” e “não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Ainda, o art. 318-B, incluído pela mesma lei, determina que a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar poderá ocorrer sem prejuízo de eventuais medidas alternativas à prisão do art. 319, CPP. Assim, tem-se que os arts. 318 e 318-B do Código de Processo Penal preveem que o juiz poderá determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar e por cautelares alternativas.

No entanto, é certo que no bojo do HC coletivo 156.704, o Supremo Tribunal Federal conferiu aos referidos dispositivos processuais penais a interpretação de que, nos casos de pais e demais responsáveis por crianças menores de 12 (doze) anos e/ou deficientes, o magistrado “deverá” substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar (sem prejuízo das medidas do art. 319, CPP). Tratou-se de determinação imperativa, tal como ocorre com o art. 318-A, ao prever que a prisão cautelar “será” substituída por prisão domiciliar.

Não obstante, verifica-se que, na prática, julgadores persistem em interpretar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar como mera faculdade a ser ponderada diante de um alegado interesse coletivo na segurança pública e, em tal ponderação, costuma prevalecer o “interesse público”. Veja-se, nesse sentido, precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo envolvendo mãe no cárcere, presa preventiva pelo delito de tráfico de drogas, no qual restou consignado que: (i) “a simples alegação de possuir filho menor, necessitando de seus cuidados, não permite, por si só, a concessão da benesse, mas o contrário, mostra, a princípio, seu despreparo como mãe, justificando que não fique a prole à mercê de pessoa talhada para o crime” e que (ii) “não basta o preenchimento das condições objetivas, previstas nos artigos 318 e 318-A, ambos do Código de Processo Penal, devendo o Juiz analisar também o preenchimento do requisito subjetivo para só então decidir pela concessão ou não do benefício, já que a prisão domiciliar constitui faculdade do juiz e não direito subjetivo do preso, conforme revela a própria dicção ‘poderá’”.

Ocorre que, se a legislação abre a possibilidade de discussão sobre constitucionalidade e ponderação de interesses, a ordem de *Habeas Corpus* coletivo torna descabido o referido caminho interpretativo. Afinal, agora há uma decisão de âmbito coletivo,

que tem como premissa a constitucionalidade da norma e dá significado preciso aos termos da lei, não havendo mais espaço para a ponderação em abstrato, já feita pelo legislador, tampouco sobre sua constitucionalidade, que já foi lapidada na decisão do HC coletivo.

Com isso, basta que o magistrado verifique a adequação fática ao caso e aplique a decisão já proferida em âmbito coletivo pelo STF, sem obstrucionismos procedimentais, a exemplo da exigência de prova de dependência da mãe (que é presumida), ou outras iniciativas probatórias igualmente procrastinatórias.

A quebra da hierarquia dos tribunais, para além de fonte de insegurança jurídica, atenta contra a credibilidade da todo o sistema de justiça. Se uma autoridade judicial pode burlar o cumprimento de determinação de instância superior, a autoridade administrativa usará o mesmo expediente para se furtar ao cumprimento de ordem judicial, valendo-se de argumentos semelhantes, com a ruína do Estado de Direito.

## **3. Necessidade de se afastar a “petição de princípio”**

Um segundo tópico abordado na audiência pública é sobre a necessidade de se afastar a “petição de princípio”, que ocorre em decisões dos Tribunais Estaduais.

Com efeito, há vários acórdãos de segunda instância que conferem interpretação que nega total eficácia ao HC 165.704, nos quais é comum que o tribunal presuma uma suposta (e improvada) incapacidade da mãe para exercer os cuidados da criança, na medida em que é acusada pela prática de crime equiparado a hediondo.

Esse apontamento é relevante sobretudo em relação ao delito de tráfico de drogas, equiparado a crime hediondo. Por um lado, trata-se do crime responsável pelo aprisionamento de aproximadamente 30% da população prisional brasileira – e de 60% das mulheres encarceradas no país.<sup>8</sup> Por outro lado, nota-se uma postura excessivamente rigorosa do Poder Judiciário em relação a prisões preventivas decretadas contra pessoas processadas por esses delitos, sobretudo mães e pais de crianças. Nesses casos, não raras vezes magistrados e desembargadores realizam um juízo de valor negativo dos réus, segundo o qual esses pais e mães não seriam merecedores da prisão domiciliar, justamente por estarem sendo processados por tráfico de drogas. Isto é, a gravidade em abstrato do crime pelo qual a pessoa é acusada seria a comprovação de sua inidoneidade para cuidar dos filhos.

Além da grave violação à presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), pois a mera acusação nada diz sobre a culpa do acusado (mas apenas permite sua comprovação mediante contraditório), a premissa é uma petição de princípio: parte-se do pressuposto de que a mãe está, ou seja, é acusada de crime grave, em circunstâncias que justificariam a imposição da cautelar pessoal, como razão suficiente para negar a substituição por cautelar alternativa. No entanto, se a substituição por cautelar fosse admitida apenas nos casos de descabimento da prisão, o art. 318 do CPP seria desnecessário, bem como o HC 165704, que mais uma vez tem sua eficácia fulminada.

É dizer: a substituição da prisão preventiva por domiciliar deve ocorrer justamente nos casos em que a pessoa está sendo processada e presa preventivamente; caso contrário, se não houvesse processo criminal em curso e prisão preventiva decretada, evidentemente que toda a discussão levada a cabo nos *Habeas Corpus* coletivos seria desnecessária.

Ainda assim, há diversas decisões e acórdãos que utilizam deste argumento circular e falacioso para negar a eficácia dos efeitos do *Habeas Corpus* coletivo – a exemplo do precedente do TJSP já mencionado. Por esse motivo, o Min. Ricardo Lewandowski chegou a afirmar que o STF deveria ser mais “incisivo” em fazer cumprir as suas decisões, que são constantemente desrespeitadas em instâncias inferiores, enquanto o Min. Gilmar Mendes “lembrou que, em 2018, o então presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro João Otávio de Noronha, repreendeu publicamente o Tribunal de Justiça de São Paulo pelo fato de a corte paulista desrespeitar sistematicamente súmulas do STJ e não conceder *Habeas Corpus*”<sup>9</sup>.

Diante disso, é necessário afastar o argumento falacioso utilizado pelas instâncias inferiores como suposta fundamentação para o indeferimento da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, que se baseia no simples fato de a pessoa (pai ou mãe responsável por criança com menos de 12 anos ou deficiente) estar sendo processado pelo delito de tráfico de drogas.

#### 4. Maior clareza aos requisitos do *Habeas Corpus* coletivo

Por fim, o terceiro ponto diz respeito à necessidade de uma maior clareza nos requisitos do *Habeas Corpus* coletivo, o que contribui para a exigência de cumprimento dos termos da ordem já emanada.

Nesse sentido, observa-se que a experiência recente e exitosa no Superior Tribunal de Justiça, com o HC coletivo 596.603, em muito advém da objetividade de seus termos, que afastam exceções: no tráfico privilegiado, se a pena for 1 ano e 8 meses, o regime inicial deve ser aberto.

Da mesma forma, devem ser formulados requisitos objetivos que permitam aos interessados a exigência da conformidade da decisão judicial, quando comprovada a premissa fática. Como exemplo, o esclarecimento de que a mulher grávida ou pais encarcerados com filhos menores de 12 (doze) anos e processada (ou mesmo condenada) por tráfico de drogas deve ter a prisão processual substituída por cautelar diversa da prisão, uma vez que se trata de delito praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Para além disso, deve ficar claro que a mãe de criança com menos de 12 anos ou deficiente é imprescindível aos seus cuidados, e que tal situação não deve exigir comprovação documental. Pelo contrário, tal imprescindibilidade é presumida, justamente em vistas ao melhor interesse da criança e da pessoa deficiente – que foi justamente a premissa central da concessão dos *Habeas Corpus* coletivos 143.641 e 165.704 pelo STF. Conforme o voto do Min. Rel. Gilmar Mendes:

Apesar de beneficiar os presos responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, é preciso entender que, antes de qualquer coisa, o dispositivo tutela os nascituros, as crianças e os portadores de deficiência que, em detrimento da proteção

integral e da prioridade absoluta que lhes confere a ordem jurídica brasileira e internacional, são afastados do convívio de seus pais ou entes queridos, logo em uma fase da vida em que se definem importantes traços de personalidade.

Essa proposta ocorre pois, mais uma vez, nota-se resistência dos tribunais estaduais à aplicação da decisão coletiva. No dia a dia forense, encontram-se diversas decisões das instâncias inferiores, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, nas quais se exige tal demonstração de que a mãe seria imprescindível aos cuidados do filho menor de 12 anos. Por exemplo:

(...) II - No que toca ao pleito de imposição de prisão domiciliar ao Agravante, eis que seria responsável por filho menor de 12 anos de idade, tem se que, embora alegue ser responsável por pessoa incapaz, não restou demonstrado que ele seja imprescindível aos cuidados do menor, nesse sentido, consignou o eg. Tribunal a quo que: “não comprovada a falta de outro parente para o acompanhamento da criança, a mãe possui a guarda compartilhada, de acordo com o termo juntado, ausente condição autorizadora para o benefício”. (...) Agravo regimental desprovido.<sup>10</sup>

Ora, a importância da convivência da criança com sua mãe (e até de seu pai) não se compara com a de “outro parente”, não havendo

que se falar em comprovação de que não haveria outro parente para o “acompanhamento da criança”. Salvo demonstração em sentido oposto, o correto é presumir-se que a mãe responsável por criança é, sim, imprescindível aos seus cuidados, ainda que processada por crime de tráfico de drogas (afinal, a exceção contemplada no acórdão do STF se refere apenas a crimes violentos ou com grave ameaça à pessoa). No mais, se a mãe ou pai estão presos, a criança obviamente está sem seus cuidados, e a ausência de tais cuidados viola seus direitos fundamentais: é exatamente para permitir que a criança tenha os cuidados cuja indispensabilidade é presumida que foi concedido o HC coletivo. Em outro ângulo, a presunção de que os cuidados da mãe são indispensáveis permite presumir, também, que os cuidados de outro familiar ou vizinho são

insuficientes, e não podem justificar a negativa da cautelar que permitiria o reencontro da criança com a mãe.

Assim, é evidente que o estabelecimento de critérios claros para o HC coletivo poderia contribuir para o aperfeiçoamento de seus efeitos, já que o acórdão concedeu a prisão domiciliar nas situações que já são expressamente previstas pelo Código de Processo Penal (art. 318, III e VI). Ou seja, uma decisão coletiva para confirmar justamente a previsão do CPP, em razão da “resistência por parte de alguns Juízes e Tribunais na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão” (conforme trecho de voto do Min. Gilmar Mendes).

#### 5. Considerações finais e propostas apresentadas pelo IBCCRIM

Uma vez indicados os aspectos problemáticos no cumprimento do

[...] SE A MÃE OU PAI ESTÃO  
PRESOS, A CRIANÇA  
OBTIVAMENTE ESTÁ  
SEM SEUS CUIDADOS,  
E A AUSÊNCIA DE TAIS  
CUIDADOS VIOLA SEUS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
É EXATAMENTE PARA  
PERMITIR QUE A CRIANÇA  
TENHA OS CUIDADOS CUJA  
INDISPENSABILIDADE  
É PRESUMIDA QUE  
FOI CONCEDIDO O HC  
COLETIVO.

acórdão proferido no HC coletivo, cumpre destacar algumas das sugestões propostas pelo IBCCRIM na audiência pública.

Em primeiro lugar, seria possível a construção de uma reclamação específica ou instrumento impugnativo peculiar, com requisitos que podem ser rígidos, mas que sejam claros (como um formulário), de modo a permitir uma análise célere pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando a concessão de medidas liminares, visando desestimular a desobediência ao precedente fixado no HC coletivo por parte das instâncias inferiores.

Sem tal instrumento impugnativo que garanta a eficácia à decisão, o julgador de piso seguirá contando com a morosidade inerente ao sistema de justiça criminal para fazer valer seu entendimento e negar eficácia à decisão do Tribunal Superior. Em outros termos, o julgador sabe que sua decisão será reformada, mas conta que a demora judicial fará a impugnação perder o objeto. Assim, um sistema impugnativo próprio, a exemplo da admissão de reclamações contra o descumprimento do conteúdo do HC coletivo, serviria ainda como fiel instrumento para a coleta de dados.

Para além dessa proposta, seria possível também a edição de uma Súmula Vinculante pelo STF. Essa proposta é relevante, sobretudo

em razão do insistente argumento, presente nos tribunais estaduais, sobre o caráter não vinculante do HC 165.704 (e de outros precedentes semelhantes dos Tribunais Superiores).

Por fim, é necessário que o Supremo Tribunal Federal torne expresso o cabimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar em casos de processos por crimes da lei de drogas (Lei 11.343/06) – os quais, como visto, são os responsáveis pelo encarceramento em massa brasileiro, especialmente o aprisionamento feminino. Impõe-se, portanto, a necessidade de o STF assentar a possibilidade da prisão preventiva para pessoas acusadas por tráfico de drogas, cabendo ainda lembrar que, no momento da decisão que decreta a prisão preventiva, ainda não existe distinção clara sobre tratar-se de tráfico comum ou privilegiado (art. 33, §4º, Lei 11.343/06), uma vez que o reconhecimento do privilégio ocorre apenas na sentença (e, evidentemente, não deve impedir a prisão domiciliar durante a instrução processual).

Com isso, espera-se contribuir com os trabalhos da audiência pública realizada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal e, principalmente, com o aprimoramento do cumprimento do *Habeas Corpus* coletivo 165.704, priorizando assim o melhor interesse das crianças e deficientes e evitando-se o encarceramento desnecessário de seus pais, mães e/ou demais responsáveis.

## Notas

<sup>1</sup> O *Habeas Corpus* foi concedido para "determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e deficientes, desde que observadas as seguintes condicionantes: (i) presença de prova dos requisitos do art. 318, do CPP, o que poderá ser realizado inclusive através de audiência em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos; (ii) em caso de concessão da ordem para pais, que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de deficiente, nos termos acima descritos; (iii) em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC nº 143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes; (v) a concessão da ordem, em caráter emergencial, nos casos elencados na Recomendação nº 62/2020 do CNJ, para substituição da prisão preventiva por domiciliar ou concessão de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, nos termos da Súmula Vinculante 56 desta Corte; (vi) a comunicação da ordem ao DMF para acompanhamento da execução; (vii) a expedição de ofício a todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com cópia desta decisão, para que comuniquem a esta Corte os casos de concessão de habeas corpus com base neste julgamento, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias"

<sup>2</sup> Dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, em 3 de abril de 2019.

<sup>3</sup> O STF declarou o sistema prisional brasileiro em "Estado de Coisas Inconstitucional" no ano de 2015, no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347. O julgamento do mérito da ação foi iniciado ao final de maio de 2021, porém encontra-se suspenso após pedido de vista realizado pelo Min. Barroso.

<sup>4</sup> CONJUR, 2021

<sup>5</sup> Sem prejuízo dos demais pontos, igualmente relevantes, abordados pela advogada Máira Fernandes, representante do Departamento de *Amicus Curiae* do IBCCRIM:

(i) extensão dos critérios de prisão domiciliar previstos no art. 318, CPP, para presas definitivas, conforme precedentes do próprio STF; (ii) necessidade de fiscalização do cumprimento da Súmula Vinculante nº 56, a qual inclusive pode ser uma forma de implementação do princípio do *numerus clausus* no sistema prisional brasileiro; e (iii) a imposição expressa de motivação judicial para a não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP), havendo um cenário, atualmente, de que a prisão preventiva é a regra, e não a exceção.

<sup>6</sup> Uma "petição de princípio" consiste na utilização de um argumento falacioso, pelo qual presume-se a própria conclusão da tese que se pretende sustentar, numa retórica de argumento circular.

<sup>7</sup> (BRASIL, 2020). No mesmo acórdão, o TJSP ainda reputou que "a previsão do artigo 318 não comporta aplicação absoluta, devendo ocorrer quando a análise da situação fática demonstrar que o filho, menor de 12 (doze) anos, ficará desamparado se a mãe não for beneficiada com a prisão domiciliar, o que aqui não ocorre (aliás, melhor não estar junto à mãe que é acusada de crime gravíssimo)" e que "Fosse de imediata concessão a benesse pretendida, pelo simples fato de estar grávida a ré, certamente viveríamos um exponencial aumento do número de gestantes envolvidas em crimes graves", de modo que "deve o magistrado levar em consideração a natureza do crime e a perigosidade da agente, de forma que a manutenção da prisão cautelar aqui se revela a única medida apta a resguardar não só a ordem pública, como também a própria integridade do menor."

<sup>8</sup> BRASIL, 2017.

<sup>9</sup> RODAS, 2021.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no HC 647501/GO*. Relator: Min. Felix Fischer, 23 mar. 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=123750286&registro\\_numero=202100544762&peticao\\_numero=202100203361&publicacao\\_data=20210329&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=123750286&registro_numero=202100544762&peticao_numero=202100203361&publicacao_data=20210329&formato=PDF). Acesso em: 14 dez. 2021.

## Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º jan. 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Infopen Mulheres* – Junho de 2017. Brasília, DF: MJ, 2017. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no HC 647501/GO*. Relator: Min. Felix Fischer, 23 mar. 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=123750286&registro\\_numero=202100544762&peticao\\_numero=202100203361&publicacao\\_data=20210329&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=123750286&registro_numero=202100544762&peticao_numero=202100203361&publicacao_data=20210329&formato=PDF). Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 596.603/SP*. Relator: Min. Rogério Schietti, 22 set. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_)

[registro=202001706121&dt\\_publicacao=22/09/2020](registro=202001706121&dt_publicacao=22/09/2020). Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF 347 MC. Relator: Min. Marco Aurelio, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 143.641*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 09 out. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 165.704*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755132401>. Acesso em: 27 dez. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6. Câmara). *HC 2167863-49.2020.8.26.0000*. Relator: Des. Zorzi Rocha, 17 de setembro de 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p99pk3h>. Acesso em: 14 dez. 2021.

RODAS, Sérgio. 2ª Turma do STF aprova audiência pública sobre sistema penitenciário. *Conjur*, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/turma-stf-aprova-audiencia-publica-sistema-penitenciario>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Autores convidados



# GUERRA FISCAL: LEGALIDADE E ATIPICIDADE DA UTILIZAÇÃO PELO CONTRIBUINTE DE CRÉDITOS PRESUMIDOS INSTITUÍDOS SEM CONVÊNIO INTERESTADUAL

## LEGALITY AND NONTYPICAL CONDUCT OF THE TAXPAYER THAT USES PRESUMED TAX CREDITS CREATED WITHOUT INTERSTATE AGREEMENTS

**Edward Rocha de Carvalho**

Mestre pela UFPR. Advogado. Sócio da Miranda Coutinho, Carvalho & Advogados.  
ORCID: 0000-0002-7275-2426  
edward@mirandacoutinho.adv.br

**Resumo:** A utilização pelo contribuinte de créditos presumidos instituídos sem convênio interestadual possui reflexos nos Direitos Tributário e Penal, com a presunção de legitimidade dos órgãos públicos, sendo atípica a conduta do contribuinte diante do princípio da não-cumulatividade do ICMS.

**Palavras-chave:** ICMS - Penal - Crédito Presumido - Convênio Interestadual - Atipicidade.

**Abstract:** The use by the taxpayer of presumed tax credits created without an interstate agreement has reflexes on Tax and Criminal Law, considering a general principle of legitimacy of acts enacted by the Administration, being the conduct atypical on a Criminal law perspective, mainly due to the non cumulativeness of ICMS.

**Keywords:** Tax Over Assets and Goods Circulation - Criminal Law - Presumed Credit - Interstate Agreement - Non-Typical Conduct.

Tem sido comum, na prática judiciária, o oferecimento de denúncias contra pessoas que, na atividade empresarial, utilizaram-se de créditos de ICMS concedidos por outros Estados no âmbito da chamada guerra fiscal,<sup>1</sup> sem que houvesse o respectivo convênio intergovernamental, alegadamente exigido pela LC 24/1975, c.c. o art. 100, IV, do CTN, cf. as regras do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ (Convênio ICMS 133/1997).

Nessas imputações, sustenta o MP que a conduta seria típica porque: (1) a falta de convênio, por si só, atrairia a ilicitude para a conduta, tornando ilícita a utilização dos créditos; (2) o art. 1º, parágrafo único, III, da LC 24/1975, equipararia as isenções (às quais não se aplicaria a não-cumulatividade, cf. o art. 155, § 2º, II, da CR) aos créditos presumidos, tornando ilícita a utilização destes nas cadeias sucessivas de compra e venda.

Sobre a conduta do cidadão recairia a pecha de típica, pois estaria a suprimir ou reduzir tributos mediante a inserção de elementos falsos ou inexatos, adequando-se ao tipo do art. 1º, da Lei 8.137/90. A supressão ou redução, por sinal, ocorreria mesmo com a inserção correta dos dados dos créditos nos documentos devidos, em absoluta perfeição.

Em síntese: sem convênio, créditos presumidos não servem à não-cumulatividade e, caso utilizados, configuram crime. Tal entendimento parte de uma premissa equivocada que, naturalmente, leva a uma conclusão equivocada.

A questão é, sobretudo, teórica, mas com fortes implicações práticas. Desde logo, a LC 24/75 tem aplicação impossível por duas razões.

Em primeiro lugar, a não-cumulatividade só é excepcionada em duas hipóteses específicas, previstas de forma taxativa na Constituição: na isenção e na não-incidência (art. 155, § 2º, II, *a*, da CR): “a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação (...) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes.”

Por serem exceções, evidentemente devem ser interpretadas de maneira restrita<sup>2</sup> e “não podem, é óbvio, ser ampliadas, quer pelo legislador ordinário, quer pelo aplicador da legislação”,<sup>3</sup> pois, na clássica lição de **Carlos Maximiliano**, “interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição”.<sup>4</sup>

Dessa forma, o art. 1º, parágrafo único, III, da LC 24/1975, era e continua sendo absolutamente inconstitucional (não recepcionado),

pois amplia (ao crédito presumido) exceções (cabíveis só na não-incidência ou isenção) previstas de forma taxativa, violando diretamente a legalidade (art. 5º, II, da CR), bem como o próprio texto que estabelece o princípio da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da CR) e suas duas únicas exceções (art. 155, § 2º, II, *a*, da CR).

Em segundo lugar, porque as mais atuais regras relativas ao ICMS, especialmente sobre a não-cumulatividade e suas implicações, são fixadas pela LC 87/1996 (Lei Kandir).

Nela, prevê-se que “o imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias (...) com o montante cobrado nas anteriores (...) por outro Estado” (art. 19) e, mais especialmente e de acordo com os princípios em questão, que “é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado” (art. 20).

Trata-se de regra cogente,<sup>5</sup> que diz respeito a uma garantia do contribuinte de que seu direito à compensação seja respeitado (“assegurado”) em decorrência do princípio da não-cumulatividade, algo reconhecido de forma pacífica pelo STJ em repetidas decisões:

Nos casos em que o benefício fiscal concedido não importa isenção ou não-incidência, o contribuinte faz jus ao crédito integral do ICMS devido junto ao Estado de origem. Pensar diferente resultaria na possibilidade de o Estado de destino, em prejuízo ao contribuinte, apropriar-se da totalidade do incentivo fiscal concedido pelo Estado de origem, tornando-o sem efeito, situação essa que conspira contra a autonomia fiscal dos entes federados. (BRASIL, 2013).

E nem se poderia dizer, por outro lado, que o ICMS no Estado de origem deve ser efetivamente pago, como rotineiramente se alega.

De acordo com a CR, “entende-se que a prévia ‘cobrança’ (ou a liquidação do tributo) não constitui pressuposto essencial do direito ao crédito”,<sup>6</sup> ou seja, “o vocábulo ‘cobrado’ não pode ser entendido no sentido de ser concretamente exigido”,<sup>7</sup> sendo que este requisito “não implica, para fins de abatimento ou dedução, na prova do pagamento do imposto”,<sup>8</sup> mesmo na hipótese de crédito presumido.<sup>9</sup>

O entendimento do STJ é pacífico em tal sentido:

O benefício de crédito presumido não impede o creditamento pela entrada nem impõe o estorno do crédito já escriturado quando da saída da mercadoria, pois tanto a CF/88 (art. 155, § 2º, II) quanto a LC 87/96 (art. 20, § 1º) somente restringem o direito de crédito quando há isenção ou não-tributação na entrada ou na saída, o que deve ser interpretado restritivamente. Dessa feita, o creditamento do ICMS em regime de não-cumulatividade prescinde do efetivo recolhimento na etapa anterior, bastando que haja a incidência tributária. (BRASIL, 2011).



Do STF, idem: “O princípio da não-cumulatividade do ICM (...) se expressa pela necessidade de compensar-se, em cada operação relativa à circulação da mercadoria, o montante do tributo que foi cobrado nas operações anteriores” (BRASIL, 1991). “Em outras palavras, o crédito do ICMS na etapa seguinte deve ser equivalente ao valor efetivamente cobrado pelo Estado nas etapas anteriores” (BRASIL, 2020).

Não fosse o suficiente, no próprio art. 20, § 3º, II, da LC 87/96 (Lei Kandir), aquelas duas exceções constitucionais da isenção e da não-incidência são replicadas e explicitadas mais uma vez, estabelecendo-se que “é vedado o crédito (...) quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas [não incidência] ou estiverem isentas [isenção]”.

Nada se diz – nem se poderia dizer – sobre ilegais e inconstitucionais “equiparações” ou “extensões”, mormente em se tratando de algo anterior à Constituição (o Min. Barroso teria muito a dizer aqui) para justificar a exceção a um texto constitucional cogente e de redação claríssima, que não permite interpretação diversa.

Por outro lado, a base do argumento acusatório é de que a ausência de convênio – nos termos da CR – entre os Estados tornaria ilegal a utilização do crédito presumido concedido por outros Estados.

De fato, é comum não haver Convênios em tal sentido, até porque é de guerra fiscal que se está a tratar e não de gentilezas a *agréments*. Mas qual a consequência disso? Ora, sabe-se que a regra da CR (art. 155, § 2º, XII, g) determina que uma Lei Complementar (no caso, a LC 24/75 no que recepcionada, e a LC 87/96) regulamentará os convênios entre os Estados para que benefícios fiscais concedidos por algum deles possam ser oponíveis em outros Estados da Federação.

Assim, quando um Estado concede um benefício fiscal unilateralmente, sem que haja tal convênio, há uma clara inconstitucionalidade da regra editada por violação direta ao art. 155, § 2º, XII, g. Isso, por evidente, permite ao Estado atingido exercer Ação Direta de Inconstitucionalidade contra tal normativa perante o STF (art. 102, I, a, da CR).

Por isso, diante da inconstitucionalidade de atos que afetam diretamente sua arrecadação, cabe ao Estado exercer a via judicial adequada, nunca sendo demais lembrar que, em sendo claros o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, cabe tranquilamente concessão de medida liminar para suspender de forma imediata a vigência da normativa até que o Plenário do STF decida a matéria, como é comum, por sinal (BRASIL, 2001).<sup>10</sup>

De fato, diante da chamada guerra fiscal entre os Estados – com concessões unilaterais de benefícios a fim de atrair empresas e gerar empregos (aqui a eficiência, contra a CR, diz muito também na matéria tributária e penal, como sempre alerta Jacinto Coutinho) –, vê-se que a matéria é frequente no STF, tanto quanto pacífica é sua orientação: “Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental.” (BRASIL, 2011).

Mas também não custa recordar o que a própria CR diz, ou seja, que enquanto a normativa estiver vigente e não tiver sua eficácia suspensa pelo Senado Federal após decisão do STF (art. 52, X, da CR<sup>11</sup>), ela vige em toda a sua extensão e os créditos tributários por ela concedidos integram a esfera de direitos do cidadão, até mesmo para sua segurança jurídica<sup>12</sup> e especialmente em decorrência da presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública.<sup>13</sup>

Não pode, pois, o cidadão ser punido pela Administração por utilizar, conforme a Constituição permite, créditos tributários em outro Estado da Federação. Essa é, por sinal, a orientação dos Tribunais (em especial, da 1ª Seção do STJ, que pacificou a matéria):

Se outro Estado da Federação concede benefícios fiscais de ICMS sem a observância das regras da LC 24/75 e sem autorização do CONFAZ, cabe ao Estado lesado obter junto ao Supremo, por meio de

ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo de outro Estado (...) e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território. (BRASIL, 2011)

A doutrina vai no mesmo sentido, claro:

Entretanto, a ‘guerra fiscal’ não pode atingir terceiros estranhos aos benefícios, como é o caso dos adquirentes de mercadorias, ou os tomadores dos serviços (...). Os mencionados adquirentes de bens e serviços não podem sofrer a glosa de crédito fiscal, ou qualquer outra medida constritiva, por parte do Fisco estadual (ou distrital) de sua jurisdição, sob a assertiva de que o Estado (ou o Distrito Federal) da localidade do fornecedor da mercadoria, ou do serviço, concedera indevido benefício fiscal.<sup>14</sup>

Tornamos a insistir: se o estado de destino entende que os benefícios fiscais outorgados pelo Estado de origem a seus contribuintes infringem maus-tratos ao art. 155, § 2º, XII, g, da CR, ele que bata às portas do STF, como lhe faculta o art. 102, I, a e f, do mesmo Diploma Excelso. O que não pode fazer é transformar o contribuinte do Estado de destino em sua longa *manus*, para que ele controle a constitucionalidade e a legalidade de benefícios fiscais e financeiros concedidos *alhures*.<sup>15</sup>

A matéria é tão recorrente, que o STJ possui vários precedentes julgando inadmissíveis as autuações dos fiscos Estaduais em situações nas quais os contribuintes utilizaram créditos tributários concedidos dessa forma:

O Colegiado, mencionando recente precedente da Segunda Turma (RMS 31.714/MT, Relator Ministro Castro Meira, DJe 19/9/2011), consignou, ainda, que a questão relativa à inconstitucionalidade da lei local que instituiu o benefício fiscal em comento e eventuais compensações financeiras (...) deve ser discutida diretamente entre os estados envolvidos mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, não sendo o caso de impingir sanções unilaterais ao contribuinte em face de eventual ‘Guerra Fiscal’ (BRASIL, 2012).

Não por outra razão o STF, ainda que declare a inconstitucionalidade de normativa estadual promulgada no âmbito de guerra fiscal, faz questão de afirmar que “o contribuinte é titular do direito ao crédito do imposto” (BRASIL, 2006), pois “tratando-se de ato normativo que vigeu e produziu efeitos, com a presunção de sua constitucionalidade pelos contribuintes do tributo, a situação enseja a necessária proteção das expectativas legitimamente criadas” (BRASIL, 2020)

Como se vê, a discussão é candente; e justamente por tal motivo o tema do crédito presumido foi afetado ao Plenário do STF sob o tema 490, tendo sido ele decidido no sentido de que o estorno proporcional do crédito presumido concedido unilateralmente por outro Estado (art. 8º, I, da LC 24/1975) não viola o princípio da não-cumulatividade. Afirmou, contudo, que a orientação teria validade *ex nunc*, a partir da decisão (tomada em 17/8/2020), resguardando-se as relações jurídicas já constituídas, ao mesmo tempo em que os Estados só poderão proceder a lançamentos sob tal alegação também a partir da decisão tomada (BRASIL, 2020).

Juridicamente, a questão parece mais sedimentada a partir de agosto de 2020, pois o STF decidiu de certa forma a matéria sob a ótica tributária. Contudo, não a abordou sob a perspectiva penal, especialmente sob aquela de conduta dos cidadãos que se orientaram por regras válidas, vigentes e que geraram expectativas de direitos.

Eis o corte temporal. Antes da decisão do STF, havia fortíssima orientação jurisprudencial e doutrinária apoiando o direito do cidadão de utilizar os créditos presumidos concedidos unilateralmente. Após a decisão, pensa-se não ser prudente a utilização de créditos sob tal rubrica, sem o convênio. Trata-se, pois, de orientação da conduta, de conhecimento sobre a potencial ilicitude e das regras do jogo (de alta especificidade no âmbito tributário<sup>16</sup>), por assim dizer; e isso diz muito em Direito Penal.

Aqui vale recordar a discussão moderna<sup>17</sup> sobre a dúvida objetiva quanto ao ramo acessório ao Direito Penal (que se não confunde com o quadro subjetivo do agente). Aquela, existindo, não permitiria afirmar a tipicidade da conduta do agente, sem prejuízo de se discutir,

mais adiante, a questão no plano subjetivo (erro de tipo, por exemplo). Em suma: se havia dúvida (será?), após agosto de 2020 não há mais.<sup>18</sup>

Dessa forma, consideradas as condutas anteriores a agosto de 2020, não pode haver dúvida sobre a garantia legal e constitucional de utilização, pelo contribuinte (desde que os livros e documentos fiscais retratem tal realidade), de créditos concedidos por outros Estados, ainda que não haja convênio regulamentando a aceitação entre estes.<sup>19</sup> A utilização dos créditos presumidos, por ser garantida, é legal e o contribuinte que deles se utiliza nada mais faz do que seguir a lei.

Por sinal, justamente por tal motivo há precedentes repetidos do STJ, que estabelecem a necessidade de absolvição em situações de tal espécie, pois, “em suma, problemas emergentes da chamada ‘guerra fiscal’ entre as Unidades Federadas se resolvem na Suprema Corte, e não às expensas dos contribuintes”,<sup>20</sup> sendo que :

não se pode imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação. (BRASIL, 2014)

A consequência de tal premissa é o necessário trancamento do processo: “a conduta do paciente pautou-se no princípio da presunção de legitimidade (ou da constitucionalidade) da lei e dos

atos normativos do Poder Público,” com “ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada”(BRASIL, 2016), sendo que em tal Corte se decide que, “sendo o débito fiscal em apreço oriundo de guerra fiscal entre dois entes da Federação, (...) [isso] revela a atipicidade de sua conduta.” (BRASIL; 2016, 2017)

Perceba-se que a discussão ficou tão recorrente, que o STJ a tratou em seu Jurisprudência na Tese 99, item 3, sustentando que:

no contexto da chamada ‘guerra fiscal’ entre os estados federados, não se pode imputar a prática de crime contra a ordem tributária ao contribuinte que não se vale de artifícios fraudulentos com o fim de reduzir ou suprimir o pagamento dos tributos e que recolhe o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS segundo o princípio da não-cumulatividade (BRASIL, 2018).

Resguardado, é claro, o corte temporal da decisão do STF.

Em conclusão, tem-se que a utilização pelo cidadão de créditos presumidos concedidos de forma unilateral até agosto de 2020, sem convênio intergovernamental (desde que os registros nos documentos fiscais estejam corretos), não pode ser considerada ilícita nas esferas tributária e penal. Assim, eventuais lançamentos tributários que desconsiderem tais créditos são ilícitos; e imputações criminais que naqueles se baseiem são absolutamente atípicas, devendo ser alvo de absolvição ou trancamento.

## Notas

- 1 A questão histórica da guerra fiscal e a quebra do *federalismo cooperativo* em favor de um *federalismo fratricida* é tratada de forma essencial por SCAFF (2014, p. 90-115).
- 2 Uma decorrência do princípio da legalidade estrita (art. 5º, II, da CR), a regra é materializada no Cânon 18, do Código Canônico: “São de interpretação estrita as leis que estabelecem alguma pena, coarctam o livre exercício dos direitos, ou contêm exceção à lei”.
- 3 CARRAZA, 2012, p. 428.
- 4 MAXIMILIANO, 1980, p. 313.
- 5 MELO, 2020, p. 264.
- 6 MELO, 2020, p. 267.
- 7 COSTA, 1978, p. 156.
- 8 BONILHA, 1979, p. 143.
- 9 No *leading case* do STJ se decidiu que “o benefício do crédito presumido não impede o creditamento” (BRASIL, 2011).
- 10 Em sentido idêntico: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-ADI 1.247*, Relator originário Ministro Celso de Mello, 17/8/1995. Disponível em <https://bit.ly/3GuNh1r>. Acesso em 14/1/2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-ADI 1.522*, Relator Ministro Sydney Sanches, 20/3/1997. Disponível em: <https://bit.ly/3fqhGC6>. Acesso em: 14/1/2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-ADI 3.673*, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 22/2/2006. Disponível em: <https://bit.ly/3AdIHm1>. Acesso em: 14/1/2022).
- 11 “Compete privativamente ao Senado Federal (...) suspender a execução, no todo ou

em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>12</sup> CARRAZA, 2002, p. 413.

<sup>13</sup> “Embora não se negue que isenções, incentivos e outros benefícios, em matéria de ICMS, devam ser conveniados, em ordem a impedir conflitos entre as Unidades Federadas, o fato é que tais benesses, ainda que concedidas irregularmente, gozam de presunção de legitimidade” (CARRAZA, 2012, p. 405).

<sup>14</sup> MELO, 2020, p. 329

<sup>15</sup> CARRAZA, 2012, p. 409.

<sup>16</sup> Fundamental a leitura do artigo de Leite (2019, p. 554-572).

<sup>17</sup> ROXIN; GRECO, 2020, p. 253.

<sup>18</sup> Valeria uma discussão sobre a questão da retroatividade da alteração jurisprudencial (por todos, LEITE, 2016, p. 43-87), mas isso fugiria do escopo do presente trabalho. Contudo, é sintomático que o STF, na ADI 4.481 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Relator Ministro Roberto Barroso, 11/3/2015. Disponível em: <https://bit.ly/3Fu82ZF>. Acesso em: 14/1/2022), seguiu nessa direção ao decidir que as empresas beneficiadas por incentivos concedidos ilegalmente pelo Paraná *não poderiam* ter tributos cobrados de forma *retroativa*. Fernando Scaff também sustenta tal posição na esfera tributária (2015, p. 60-75).

<sup>19</sup> SILVERIO, 2014, p. 249.

<sup>20</sup> CARRAZA, 2012, p. 409.

## Referências

- BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *IPI. ICM*. Fundamentos da técnica não-cumulativa. São Paulo: IBDT e Resenha Tributária, 1979.
- CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e Lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.
- LEITE, Alair. Handeln nach falschem Rat: Zugleich ein Betrag zum Schuldbegriff. *Golt-dammers Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 9, p. 554-572, 2019.
- LEITE, Alair. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: RENZIKOWSKI, Joachim et al. *Actas do colóquio o Direito Penal e o Tempo*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 264.
- ROXIN, Claus. GRECO, Luis. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen*. Der Aufbau der Verbrechenstheorie. 5. Ed. München: CH Beck, 2020, p. 253.
- SCAFF, Fernando. Guerra Fiscal e Súmula Vinculante: Entre o Formalismo e o Realismo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014, v. 18, p. 90-115.
- SCAFF, Fernando. Responsabilidade tributária dos contribuintes em razão da guerra fiscal. In: ROCHA, V. de O. *Grandes questões do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2015, p. 60-75, v. 19.
- SILVERIO, Alessandro. Existe ilícito penal tributário decorrente da guerra fiscal? *Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba, n. 8, p. 249-262, nov. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *RMS 33.524*, Relatora Ministra Eliane Calmon, 22/8/2013. Disponível em: <https://bit.ly/33kF81c>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *AgRgREsp 1.312.486*, Relator Ministro Humberto Gonçalves, 6/12/2012. Disponível em: <https://bit.ly/3qrykY9>. Acesso em: 14/1/2022.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *RMS 31.714*, Relator Ministro Castro Meira, 3/5/2011. Disponível em: <https://bit.ly/3nryTzu>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *RE 135.189*, Relator Ministro Ilmar Galvão, 19/11/1991. Disponível em: <https://bit.ly/3las0dV>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RE 628.075*, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, 18/8/2020. Disponível em: <https://bit.ly/3fojMCi>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADI 3.664*, Relator Ministro Cezar Peluso, 1º/6/2011. Disponível em: <https://bit.ly/3tPlm1>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *EDclRMS 32.937*, Relator Ministro Benedito Gonçalves, 6/3/2012. Disponível em: <https://bit.ly/3FvtmOC>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADI 3.312*, Relator Ministro Eros Grau, 16/11/2006. Disponível em: <https://bit.ly/3FALMh2>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *HC-ED 196.262*, Relator Ministro Gurgel de Faria, 16/12/2014. Disponível em: <https://bit.ly/3zYAy4H>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *HC 326.959*, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 1º/9/2016. Disponível em: <https://bit.ly/3nNR6rl>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 70.792*, Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, 14/6/2016. Idênticos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *RHC 78.256*, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 22/8/2017. Disponível em: <https://bit.ly/3tp67mV>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *RHC 66.716*, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 17/3/2016. Disponível em: <https://bit.ly/33kLQnU>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *MC-ADI 5.464*, Relator Ministro Dias Toffoli, 12/5/2001. Disponível em: <https://bit.ly/3FoApZb>. Acesso em: 14/1/2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo – II. 16 de março de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/33l4qft>. Acesso em: 14/1/2022.

Autor convidado

# WILLIAM ANDREWS VS. ESTADOS UNIDOS: COMENTÁRIOS SOBRE O CASO À LUZ DO DEVER DE IMPARCIALIDADE

WILLIAM ANDREWS V. US: COMMENTS ON THE CASE IN THE LIGHT OF IMPARTIALITY DUTY

## Bruno de Almeida Passadore

Doutorando em Teoria do Estado pela USP, Defensor Público, Diretor da Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1675758571527987>

ORCID: 0000-0002-7513-1377

[bruno.passadore@usp.br](mailto:bruno.passadore@usp.br)

## Camila Rodrigues Forigo

Doutoranda em Direito Penal pela USP, Secretária da Comissão da Advocacia Criminal da OAB-PR, Coordenadora Adjunta do IBCCRIM no Estado do Paraná, Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5319727900195451>

ORCID: 0000-0002-5046-0713

[camila.forigo@usp.br](mailto:camila.forigo@usp.br)

**Resumo:** A imparcialidade é tema de fundamental relevância para se analisar a validade ou não de um processo judicial. Sob essa perspectiva, o presente trabalho analisa o significado da imparcialidade para a ação penal, tanto em sua vertente objetiva quanto subjetiva. Para tanto, será apresentado o caso William Andrews vs. EUA paradigma sobre a questão e as suas consequências para o Processo Penal atual. Ao final, será realizado comparativo com questões relacionadas à Operação Lava-Jato e à forma como os órgãos persecutórios se referiam ao acusado Luiz Inácio Lula da Silva, ex-presidente da República.

**Palavras-chaves:** Imparcialidade - Processo Criminal - Caso Andrews x EUA - Operação Lava-Jato.

**Abstract:** Impartiality is a fundamental topic when analyzing the validity of a judicial process. From this perspective, this paper analyzes the meaning of impartiality in criminal cases, both in its objective and subjective aspects. For this purpose, it will be studied the case William Andrews v. US, a leading case about the issue and its consequences for the current criminal process. Then, a comparison will be made with questions related to Operation Car Wash and the way in which the persecutory bodies referred to the accused Luiz Inácio Lula da Silva, former Brazilian President.

**Keywords:** Impartiality - Criminal Process - Andrews v. US - Operation Car Wash.

## 1. Introdução

Nos últimos tempos, o tema da imparcialidade retornou às manchetes essencialmente em razão da forma pela qual o ex-juiz Sérgio Moro se relacionava com os membros do Ministério Público Federal (MPF) responsáveis pela condução dos processos da "Lava-Jato" em Curitiba.

Em que pese tanto as alegações dos procuradores da República quanto as do ex-magistrado, torna-se bastante problemático defender a higidez jurídica das decisões tomadas no caso, principalmente quando se analisa o grau de intimidade entre juiz e promotor, bem como a existência de clara "prestação de contas" do MPF ao juiz do caso, algo que levou o prestigioso *The New York Times* a classificar a aludida operação como "o maior escândalo judicial da história" (ESTRADA, 2021).

No intuito de aprofundar a discussão, será resgatado o caso William Andrews vs. EUA, analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e marco sobre a discussão da imparcialidade em continente americano.

## 2. O Caso William Andrews VS. EUA

### A. Aspectos gerais sobre a competência da CIDH

Inicialmente, é de se destacar que os EUA não são signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos — também conhecida como Pacto de San José —, e, consequentemente, não se submetem à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Todavia, isto não significa que o país não possa, em absoluto, ser censurado por órgãos regionais de Direitos Humanos.

Especificamente, destaca-se o papel da CIDH e seu papel duplice enquanto órgão do Pacto de Bogotá —documento criador da OEA —, bem como da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão, de um lado, enquanto órgão do Pacto de Bogotá, é incumbida de processar petições individuais em que são informadas violações de Direitos Humanos a partir de disposições contidas tanto na Carta de Bogotá quanto na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem — a qual, registra-se, não se confunde com o Pacto de San José.

Por outro lado, é também órgão do Pacto de San José, analisando petições individuais e apresentando eventuais medidas no âmbito da Corte IDH em busca de responsabilidade internacional por violações cometidas por estado signatário do Pacto de San José, bem como por violação de algumas disposições específicas do Protocolo de San Salvador.<sup>1</sup>

Por sua vez, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, diferentemente do Pacto de San José, é tida por vinculante a todos os estados membros da OEA, conforme o parecer consultivo 10/1989 da Corte IDH. Por tal razão, os EUA, país membro da OEA, mesmo não sendo signatário do Pacto de San José, já sofreu, por exemplo, grave e mundialmente conhecida censura da Assembleia-Geral da OEA, em virtude do relatório anual de 2013 da CIDH, no qual foram apontados recorrentes problemas relacionados ao tratamento de presos na Baía de Guantánamo.

### B. O caso em si

O caso William Andrews vs. EUA decorre do julgamento de Andrews por sua participação nos denominados "assassinatos do Hi-Fi", evento que chocou o estado americano de Utah. Ao que consta, em abril de 1974, em uma tentativa de roubo da loja Hi-Fi na cidade de Ogden, em Utah, cinco pessoas foram feitas reféns e obrigadas a beber soda cáustica, algo que levou à morte de três e ferimentos graves em duas. A pacata cidade ficou horrorizada com tamanha brutalidade e, entre os supostos responsáveis pelo crime, estava William Andrews, que



prontamente foi levado a julgamento por júri.

Conforme alegações da própria defesa, Andrews teria efetivamente participado da tentativa de roubo. Porém, no momento em que percebeu que as vítimas seriam torturadas e mortas teria dito “isso eu não posso fazer” e fugiu correndo do local dos fatos. Tal informação foi, inclusive, confirmada pelos sobreviventes do crime.

Durante um dos intervalos do julgamento, o corpo de jurados foi levado para almoço e, nessa pausa, um dos seus membros teria chamado um oficial de justiça que os acompanhava e lhe mostrado um guardanapo com os dizeres “Enforcem o negro!” e um desenho de uma pessoa em um cadafalso. O oficial de justiça levou o papel ao juiz presidente do júri e informou o ocorrido tanto à acusação quanto à defesa. Segundo o relato do oficial de justiça, provavelmente o desenho teria sido feito de um jurado de nome Weaver e que possivelmente outros membros do júri teriam tido acesso ao aludido papel.

Ante os fatos, a defesa solicitou uma investigação sobre o ocorrido para que fosse descoberta a verdadeira autoria do desenho, bem como pediu a anulação do julgamento e formação de novo corpo de jurados, algo que foi negado pelo juiz presidente do júri. Sequer, o referido Weaver, foi afastado do corpo de jurados. Ao que consta, o juiz que presidia o ato teria considerado o incidente como uma “falha inofensiva” e entendeu suficiente apenas admoestar o júri com a seguinte mensagem: “Ocasionalmente, alguns tolos tentarão se comunicar com vocês. Por favor, desconsiderem e ignorem essas comunicações... Apenas ignorem comunicações de pessoas tolas” (CIDH, 1996, § 125 e 155). Posteriormente, o júri considerou Andrews culpado pelos assassinatos, condenando-o à pena de morte.

A defesa interpôs diversos recursos tanto no âmbito estadual quanto perante a Suprema Corte dos EUA, veiculando, entre outras teses, a de quebra de imparcialidade, tendo todos os pleitos rejeitados. Ainda, apresentou pedido ao Conselho de Perdões de Utah para que a pena capital fosse comutada em pena perpétua. Todos os pedidos foram rejeitados, sendo que o último pedido defensivo foi afastado em 27 de julho de 1992 e, com isso, marcou-se a execução de Andrews para o dia 30 de julho.

No dia 28 do mesmo mês, uma comissão de renomados juristas e professores de Direito estadunidenses apresentou requerimento à CIDH, relatando violação dos artigos I (direito à vida, à liberdade e integridade da pessoa), II (direito à igualdade perante a lei) e XXVI (direito a um julgamento justo e imparcial), todos da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Ainda, pediu-se uma ordem cautelar para suspensão da execução que foi prontamente deferida. Tempestivamente comunicado, o governo estadunidense afirmou que não ocorreu qualquer violação à aludida Declaração e, ao arrepio da determinação da CIDH, executou Andrews à meia-noite e dez minutos de 30 de julho de 1992.

Apesar da execução, a CIDH continuou a apuração dos fatos e concluiu que efetivamente houve quatro violações à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Para além das três anteriormente mencionadas, também entendeu que o longo período em que Andrews ficou no “corredor da morte” — cerca de 18 anos — configuraria uma pena cruel e infamante, algo também proscrito pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

### 3. A imparcialidade sob um ponto de vista subjetivo e objetivo

Tradicionalmente, a imparcialidade é vista como corolário da garantia que certos servidores públicos tenham por objetivo exclusivamente a aplicação das normas jurídicas. Por consequência, a utilização de critérios extraleais tornaria a atuação de aludido profissional ilegítima e nula (ZOVAK, 2016, p. 9).

Tal critério, porém, se mostra de difícil dimensionamento, havendo certas discussões que procuram dar maior concretude a este tema. O caso Andrews vs. EUA, neste aspecto, é dotado de grande

importância, posto ser um dos precursores em âmbito americano — seguindo a postura já consolidada de órgãos europeus — acerca da discussão da imparcialidade sob um duplo ponto de vista: objetivo e subjetivo.

Assim, a CIDH entendeu que a corte de Utah falhou em seu dever de excluir aqueles jurados que haviam tomado partido previamente ao julgamento do caso ou fundamentado suas decisões em preconceitos indevidamente adquiridos. Neste aspecto, portanto, a decisão contra Andrews, em razão do bilhete mencionado, se mostrou subjetivamente parcial.

Ademais, em uma perspectiva objetiva, a Comissão entendeu que a corte de Utah não ofereceu garantias suficientes para excluir quaisquer tipos de dúvidas legítimas e razoáveis sobre a imparcialidade com que se deveria ter sido tratado o caso. Ou seja, ao se recusar inclusive a investigar a autoria do bilhete e se limitar a apenas admoestar o júri, a corte de Utah falhou em inspirar confiança às partes envolvidas no caso, carecendo de uma objetiva aparência de imparcialidade. Violou-se, portanto, a máxima judicial comumente expressa em língua inglesa: “*justice must not only be done: it must also be seen to be done*” (“não apenas se deve fazer justiça, precisa-se igualmente parecer que se faz justiça”), algo que significa que os órgãos judicantes devem evitar qualquer tipo de comportamento que eventualmente possa refletir favoritismo ou prejuízos (ZOVAK, 2016, p. 66).

Os EUA, portanto, falhou em garantir tanto um julgamento subjetivamente quanto um julgamento objetivamente imparcial a Andrews:

As evidências indicam que o Sr. Andrews não recebeu um julgamento imparcial porque havia uma dúvida razoável acerca de um viés racial de alguns membros do júri [*imparcialidade subjetiva*] e também porque a omissão do juiz presidente do júri em interrogar os jurados maculou seu julgamento [*imparcialidade objetiva*], levando-o a ser condenado, sentenciado à morte e executado (CIDH, 1996, § 165).

Feitas essas considerações, se, por um lado, mostra-se problemático falar em imparcialidade sob uma perspectiva objetiva em relação aos órgãos de acusação brasileiros em razão do compromisso institucional do Ministério Público com a promoção da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal), entende-se, de outro, ser possível analisar a atuação acusatória sob uma perspectiva subjetiva. Assim, eventualmente, seria possível inclusive defender a ilegitimidade da atuação ministerial em razão da ausência de imparcialidade subjetiva de seus membros.

O interesse objetivo do Ministério Público brasileiro com a acusação criminal não afasta o necessário desinteresse subjetivo dos membros da instituição em suas atividades institucionais. Aliás, veja-se que, apesar do descomprometimento com a imparcialidade objetiva, é possível a arguição de impedimento ou suspeição do membro do Ministério Público (art. 104 e 258 do Código de Processo Penal), sendo, inclusive, dever funcional do membro do órgão acusador declarar-se suspeito ou impedido quando for o caso (art. 43, VII, da L. 8.625/93). Tal situação é bem observada, inclusive, por membro do MPF:

O Ministério Público e a Administração Pública, pelo fato de agirem em prol de um interesse público material (ainda que um interesse geral, público), têm suas atuações pautadas por interesse objetivo e desinteresse subjetivo [...]. Objetivamente, por vezes, atuam em favor de um interesse por uma determinação normativa que é atribuída à função destes órgãos. Mas isso, frisa-se, não implica necessariamente em comprometimento de sua imparcialidade [*subjetiva*] (CABRAL, 2007, p. 351).

Portanto, a leitura acerca da perspectiva objetiva e subjetiva da imparcialidade permite exatamente a discussão e formação de parâmetros acerca dos limites do comprometimento funcional de certos atores do sistema de justiça. Assim, apesar de a imparcialidade sob uma ótica objetiva ser marcante aos órgãos do Poder Judiciário em geral, a imparcialidade subjetiva, para além de intrínseca àqueles investidos em cargos judicantes, pode ser percebida em outras



funções públicas.

Segundo posicionamento do Escritório da ONU sobre Drogas e Crimes (2008, p. 66), a imparcialidade objetiva depende de certos fatos que possam levantar dúvidas acerca da imparcialidade do órgão julgador e independem da conduta pessoal de determinado indivíduo. Por outro lado, a imparcialidade subjetiva deve ser presumida e apenas infirmada quando existem evidências em sentido contrário.

Logo, não se faz simples apontar exatamente quando determinadas circunstâncias venham a afastar a imparcialidade subjetiva. Porém, é certo que decisões anteriores devem servir de parâmetro para a necessária análise da questão, inclusive com o objetivo de garantir coerência ao sistema normativo e evitar arbitrarismos (ALEXY, 2014, p. 558; PASSADORE, 2020, p. 33).

Especificamente em relação a tratados internacionais de Direitos Humanos, deve-se dar especial relevância aos órgãos internacionais encarregados de fazer valer essas disposições, algo consagrado, entre outros, no caso “Guerrilha do Araguaia” julgado pela Corte IDH.<sup>2</sup>

Assim, de forma bastante similar ao que ocorreu no julgamento de Andrews perante tribunal de Utah, em que restou subjetivamente comprometida a imparcialidade em razão do bilhete com os dizeres “enforcem o negro”, percebe-se a forma pela qual membros do MPF tratavam o acusado Luiz Inácio Lula da Silva, ex-Presidente da República, em relação a crimes investigados no âmbito da Lava Jato ao apontar que: “precisamos atingir Lula na cabeça (prioridade número 1), pra [sic] nós da PGR” (BERGAMO, 2021).

Além disso, os procuradores denominaram-no jocosamente de “*nine*”, em referência ao fato de que o acusado perdeu um dedo em um acidente de trabalho (ANGELO; CALEGARI, 2021) e o ridicularizavam, taxando-o de “brega” (ADORNO, 2021).

Nesse ponto, vale critérios estabelecidos pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (2008), que classificou determinadas manifestações como típicas exteriorizações de parcialidade subjetiva:

Epítetos, injúria, apelidos humilhantes, estereótipos negativos, humor baseado em estereótipos, talvez relacionado a gênero, cultura ou raça, ameaça, intimidação ou atos hostis sugerindo uma conexão entre raça, nacionalidade e crime e referências irrelevantes a características pessoais são alguns dos exemplos (p. 68).

Assim, facilmente se denota que o tratamento conferido ao acusado

não respeitou, em absoluto, padrões relacionados à imparcialidade, permitindo-se relacionar o tratamento do ex-presidente com o de Andrews.

Não se desconhece, a toda evidência, que no caso Andrews a imparcialidade foi decorrência de questões raciais e estruturais da sociedade estadunidense, temas que não estão claramente presentes na Lava Jato. Porém, sendo o caso Andrews paradigma para tratar da questão, os preceitos por ele levantados são fundamentais para compreender a ausência de imparcialidade no caso brasileiro.

#### 4. Considerações finais

No presente estudo, procurou-se analisar a figura da imparcialidade tendo por pano de fundo o julgamento do caso William Andrews vs. EUA, analisado pela CIDH. Como se percebeu, em aludido caso consagrou-se a tese do duplo aspecto da imparcialidade em território americano, ou seja, como a imparcialidade deve ser vista tanto sob uma perspectiva objetiva quanto subjetiva.

Explorando o caso, procurou-se apontar que tal linha argumentativa permite ampliar o escopo de possibilidades acerca de eventual comprometimento de órgãos acusatórios em sua atuação institucional. Sem ignorar o fato de que defender uma imparcialidade objetiva do Ministério Público em processos criminais se faz bastante difícil em razão do comprometimento do órgão com a tese acusatória por imperativo constitucional, apontou-se que é possível e necessário analisar a potencial parcialidade dos agentes da acusação em um viés subjetivo.

Por sua vez, em razão da preponderância interpretativa dos órgãos internacionais acerca do conteúdo de diplomas de Direitos Humanos, o posicionamento da CIDH no caso mencionado deve servir de parâmetro na análise de casos nacionais.

Assim, considerando as circunstâncias fáticas utilizadas no caso Andrews para observar a figura da imparcialidade subjetiva, o mesmo raciocínio deve ser utilizado para analisar o comportamento de procuradores da república no caso da Lava Jato. Por sua vez, entende-se por bastante similar a manifestação “vamos enfocar o negro” com “precisamos atingir Lula na cabeça”. Em que pese a segunda manifestação não ser dotada de tamanha carga racista, é inegável que ambas têm por objetivo condenar alguém demonstrando ideias absolutamente pré-concebidas e incompatíveis com qualquer agente público de que se espere impessoalidade.

#### Notas

<sup>1</sup> E também da própria Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e do Pacto de Bogotá.

<sup>2</sup> “[S]e aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte

Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre Direitos Humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil” (CORTE IDH, 2010)

#### Referências

- ADORNO, Luís. Elogio de Dodge e 51: a reação da Lava Jato à operação contra Lula em sítio. UOL, 03 fev. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/02/03/elogio-de-dodge-e-foto-de-51-o-chat-da-lava-jato-apos-operacao-em-sitio.htm>. Acesso em 27 fev. 2021.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.
- ANGELO, Tiago; CALEGARI, Luiza. Prioridade é “atingir Lula na cabeça”, disse procuradora. *Conjur*, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-12/prioridade-atingir-lula-cabeça-disse-procuradora>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- BERGAMO, Mônica. “Precisamos atingir Lula na cabeça”, diz procuradora em novas mensagens da Lava Jato entregues ao STF. *Folha de S. Paulo*, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/02/precisamos-atingir-lula-na-cabeça-diz-procuradora-em-novas-mensagens-da-lava-jato-entregues-ao-stf.shtml>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e Imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, ano 32, v. 149, p. 339-364, jul. 2007.
- CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Parecer Consultivo 10/1989. San José: CORTE IDH, 1989.

- CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Gomes Lund e outros vs. Brasil (caso “Guerrilha do Araguaia”). San José: CORTE IDH, 2010. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 27 fev. 2021.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. William Andrews vs. EUA. Washington, 1996. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/cases/1997/us57-96.html>. Acesso em 27 fev. 2021.
- ESTRADA, Gaspard. El Desairado fin de Lava Jato. *The New York Times*, 09 fev. 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/es/2021/02/09/espanol/opinion/lava-jato-brasil.html>. Acesso em 01 jul. 2021.
- ONU. Organização das Nações Unidas. Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, trad. Marlon da Silva Malha et. al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Publicacoes/2008\\_Comentarios\\_aos\\_Principios\\_de\\_Bangalore.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf). Acesso em: 27 fev. 2021.
- PASSADORE, Bruno de Almeida. Direito de Manifestação e Ponderação de Valores: em busca de proteção aos direitos fundamentais. In: FÓRUM JUSTIÇA (org.), *Direito à Manifestação e Sistema de Justiça*. Rio de Janeiro: Ed. Fórum Justiça, 2020. p. 24-41.
- ZOVAK, María Laura Praxedis. *Aspecto subjetivo de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el procedimiento civil y comercial*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2016.

Recebido em: 01.03.2021 - Aprovado em: 24.06.2021 - Versão final: 02.09.2021

# A INTERPRETAÇÃO DO ART. 28-A, § 2º, III, DO CPP À LUZ DE OUTROS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE INTERPRETATION OF ART. 28-A, § 2, III, OF THE CPP IN THE LIGHT OF OTHER DEPENALIZING INSTITUTES OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

## Laura Fraga Oliveira

Pós-graduada em Ciências Penais pela PUCRS. Graduada em Direito pela PUCRS. Advogada criminalista

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2875104036761062>

ORCID: 0000-0002-3952-2661

[laura@marcoseberhardt.com.br](mailto:laura@marcoseberhardt.com.br)

## Gabrielle Casagrande Cenci

Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela ABDCONST. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Advogada criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4661481152433831>

ORCID: 0000-0003-2485-4927

[gabriellecenci@gmail.com](mailto:gabriellecenci@gmail.com)

**Resumo:** O presente ensaio, a partir da contextualização da inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, expõe uma dificuldade prática enfrentada pelos operadores do direito para calcular o prazo disposto no art. 28-A, § 2º, III, do Código de Processo Penal. Trata-se do prazo de cinco anos sem a concessão de quaisquer benefícios despenalizadores anteriores. A fim de encontrar uma solução, analisa-se o procedimento adotado pelos demais mecanismos de solução não litigiosa de conflitos e conclui-se pela impossibilidade de analogia *in mallan parten*, prezando, sempre que preenchidos os requisitos do *caput* do art. 28-A, do CPP, pelo cabimento do acordo de não persecução penal.

**Palavras-chave:** Acordo de Não Persecução Penal – ANPP – Justiça Negocial – Contagem de Prazo – Institutos Despenalizadores.

**Abstract:** The following essay, based on the contextualization of the non-criminal prosecution agreement in the Brazilian legal system, exposes a practical difficulty faced by the law operators on counting the deadline provided in art. 28-A, § 2, III, of the Criminal Procedure Code. This is the five-year term without any prior penalizing benefits. In order to find a solution, we analyze the procedure adopted by the other non-litigious conflict resolution mechanisms and conclude that it is impossible to make an analogy *in mallan parten*, valuing, whenever the requirements of the *caput* of art. 28-A, of the CPP are fulfilled, due to the suitability of the non-criminal prosecution agreement.

**Keywords:** Non-criminal Prosecution Agreement – NPA – Negotiable Justice – Deadline Counting – Decriminalizing Measures.

## 1. Considerações iniciais

Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 13.964/19, a qual é amplamente conhecida como o pacote anticrime proposto pelo então Ministro da Justiça **Sérgio Moro**, o acordo de não persecução penal tornou-se uma realidade no cotidiano dos que lidam com o processo penal e, sem dúvidas, haverá de conquistar cada vez mais espaço na prática jurídica. Cuida-se de ferramenta que busca expandir a justiça negocial ao permitir o acordo direto entre o órgão acusatório e a defesa do investigado (LOPES JR., 2020, p. 220).

Sob esta óptica, como aduz **Cruz**, o acordo de não persecução penal busca redimensionar o sistema processual penal brasileiro em duas frentes: a um, delitos de natureza econômica têm sido sancionados, afastando-se da cultura de impunidade aos agentes de maior patamar socioeconômico; e, a dois, tem-se buscado uma redução da imposição de cárcere a outras figuras delitivas, a partir

da despenalização de medidas demasiadamente severas (CRUZ, 2020, p. 365-366).

Entretanto, por se tratar de uma novidade legislativa, o acordo de não persecução penal vem sendo alvo de inúmeras discussões – que, em sua maioria, objetivam a extensão do benefício ao maior número de casos possíveis. Uma delas, que fomenta o presente estudo, diz respeito ao cálculo do prazo de cinco anos sem a concessão de quaisquer benefícios despenalizadores anteriores, prevista no art. 28-A, § 2º, III, do Código de Processo Penal, não possuindo marcos temporais pré-fixados.

Para a análise de uma possível solução para a problemática posta, cabe realizar breve estudo acerca do panorama da incorporação do acordo de não persecução penal ao Processo Penal Brasileiro como instituto jurídico legalmente amparado, para que se possa compreender a efetiva insegurança jurídica oriunda da aplicação do dispositivo legal e, ao final do presente estudo, sugerir-se uma

alternativa viável para garantir a resolução consensual do conflito como direito subjetivo do investigado.

## **2. Breve panorama do acordo de não persecução penal no Processo Penal Brasileiro**

De maneira polêmica, o acordo de não persecução penal surgiu no ordenamento jurídico brasileiro em forma de resolução administrativa, promulgada pelo Conselho Nacional do Ministério Público no ano de 2017. Destarte, no bojo da investigação que ficou conhecida como Lava-Jato, a cúpula máxima do órgão acusatório regulamentou, no art. 18 da Resolução 181/17, a possibilidade de celebração de acordo com o investigado. Ainda que questionável a via então eleita pelo *parquet* para a previsão do instituto, certamente tratou-se de movimento que foi ao encontro da necessidade de celeridade e de economia processual (BARROS; ROMANIUC, 2019, p. 66-67), buscando-se evitar o chamado *overcharging* (HUSAK, 2013, p. 41-51).

Outrossim, o instituto disciplinado no art. 28-A do Código de Processo Penal é um mecanismo típico da justiça criminal negocial, por meio do qual o Ministério Público se abstém de propor ação penal em desfavor do investigado, o qual renuncia ao direito ao julgamento e se compromete ao cumprimento de determinadas exigências tecidas pelo órgão acusatório, de natureza mais branda do que seriam aquelas inerentes à pena eventualmente aplicada (CUNHA, 2020, p. 127), e que culmina na extinção da punibilidade do agente, formando coisa julgada material no que diz respeito à apuração penal dos fatos discutidos.

Sob esta perspectiva, a incorporação do acordo de não persecução penal ao ordenamento jurídico brasileiro representa uma superação parcial do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual determina que o Ministério Público deve oferecer denúncia quando a investigação criminal demonstra a existência de indícios suficientes de materialidade e autoria, não havendo liberdade de escolha do órgão acusatório (OLIVEIRA, 2009, p. 114-115). Portanto, diz respeito à obrigatoriedade de “persecução de todos os fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento e que se enquadrem como fatos puníveis segundo o ordenamento jurídico vigente” (VASCONCELLOS, 2015, p. 46). Todavia, o conceito-chave é a pretensão punitiva, mas não necessariamente a persecução penal (PRADO, 2006, p. 154).

Transcorridos mais de quinze meses desde a entrada em vigor da lei anticrime, e apesar do cenário pandêmico decorrente do COVID-19, que engloba praticamente todo esse período, o acordo de não persecução penal ganhou espaço na prática jurídica, sendo alvo de decisões por todos os tribunais brasileiros e, até mesmo, resoluções dos próprios Ministérios Públicos, incentivando a sua celebração e fixando diretrizes para tanto.

## **3. A problemática do prazo de cinco anos determinado pelo Art. 28-A, § 2º, III, do Código de Processo Penal**

Para a melhor compreensão da problemática, cabe adiantar que o acordo de não persecução penal é direito subjetivo. E, destarte, o direito objetivo é classificado como o “conjunto de princípios jurídicos

aplicados pelo Estado à ordem legal da vida” (JHERING, 2006, p. 04), enquanto o direito subjetivo é “a transfusão da regra abstrata no direito concreto da pessoa interessada” (JHERING, 2006, p. 04). Na mesma linha, direito subjetivo é “o meio de satisfazer interesses humanos” (MONTEIRO, 1999, p. 04). A vinculação entre a situação jurídica subjetiva e o direito subjetivo “implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem” (REALE, 2003, p. 259), o que torna o direito subjetivo “exigível pela via judicial” (SARLET, 2017).

Outrossim, o direito subjetivo, para restar configurado, depende de uma situação jurídica subjetiva, na medida em que “apresenta-se como um conjunto unitário (e unificador) de situações jurídicas elementares: isso indica um conjunto de faculdades, pretensões, poderes e imunidades que se encontram em um estado de habitual e constante ligação” (LUMIA, 2003, p. 107). Uma situação jurídica subjetiva é caracterizada quando um indivíduo corresponde “ao tipo de atividade ou pretensão configurado numa ou mais regras de direito” (REALE, 2003, p. 259).

A partir disso, o que se apercebe é que o acordo de não persecução penal é direito subjetivo do investigado que, cumprindo todas os

requisitos expostos em lei, deve ter a possibilidade de celebrar solução consensual com o órgão acusatório. Duas conclusões que se extraem desta premissa são: a um, não se pode admitir a criação ou interpretação desfavorável de óbices não previstos pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, justamente pois, a dois, o benefício deve alcançar o maior número de casos possível como foi claramente o intento legislativo.

Nesta esteira, a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal pressupõe a verificação de existência de transação penal, suspensão condicional do processo ou até mesmo outro acordo de não persecução penal nos últimos cinco anos anteriores ao cometimento da infração. Esta condição vem insculpida no art. 28-A, § 2º, III, do Código de Processo Penal, e serve como óbice insuperável imposto pelo legislador à solução consensual do litígio pela via do acordo.

No entanto, o que deveria ser uma constatação descomplicada a partir da consulta de expedientes pretéritos fomenta dúvida quanto ao exato marco temporal de início da contagem do prazo para o novo benefício, na medida em que a legislação não faz referência a quaisquer balizas objetivas aplicáveis. Logo, as partes se deparam com dois marcos extremos, quais sejam: a um, o dia em que foi homologado o acordo/benefício anterior e, a dois, a data da decisão que extingue a punibilidade do fato.

Contudo, a definição da data a ser utilizada pode implicar no cabimento ou não do acordo de não persecução penal, na medida em que pode haver uma diferença de dois até quatro anos entre os referidos marcos. Nos casos de suspensão condicional do processo, nos quais é possível que o processo permaneça suspenso por até quatro anos, quando somado ao prazo de cinco anos do art. 28-A, § 2º, III, do Código de Processo Penal – considerando a data da

[...] O ACORDO DE NÃO  
PERSECUÇÃO PENAL É DIREITO  
SUBJETIVO DO INVESTIGADO  
QUE, CUMPRINDO TODAS OS  
REQUISITOS EXPOSTOS EM LEI,  
DEVE TER A POSSIBILIDADE  
DE CELEBRAR SOLUÇÃO  
CONSENSUAL COM O ÓRGÃO  
ACUSATÓRIO.



extinção da punibilidade – atinge o desproporcional prazo de nove anos para celebração de novo benefício.

Há que se considerar, pontualmente, que a primeira previsão do acordo de não persecução penal no processo brasileiro não previa o marco de cinco anos sem celebração de outro instituto despenalizador. Nesta toante, o art. 18 da já mencionada Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público não trazia tal limitação, mas meramente vetava a propositura do acordo nas hipóteses em que era cabível transação penal e/ou suspensão condicional do processo. Destarte, a inserção deste prazo foi inovação que surgiu quando da elaboração da Lei 13.964/19 – a qual, sabidamente, tramitou de forma célere junto ao Senado Nacional, não possibilitando a adequada discussão jurídico-acadêmica pela comunidade antes de sua promulgação.

#### **4. A aplicação análoga de outros institutos despenalizadores do Processo Penal Brasileiro como baliza delimitadora da contagem processual**

Historicamente, a solução não litigiosa dos conflitos ganha espaço na esfera cível, com a previsão do compromisso de ajustamento de conduta (TAC), incluso na Lei 7.347/85 por força da Lei 8.078/90. Ainda na década de 1990, diante do movimento da justiça negocial, a Lei 9.099/95 trouxe a possibilidade de resolução de ações penais oriundas de crimes de menor potencial ofensivo a partir da autocomposição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Também cabe menção ao acordo de leniência, incorporado à legislação brasileira a partir da promulgação da Lei 12.846/13. Não em sentido diferente, a Lei 12.850/13, que veio para o fim precípuo de combater o crime organizado, confirmou a possibilidade do perdão judicial como reflexo da colaboração premiada – que já era prevista no ordenamento jurídico brasileiro por força da Lei 9.807/99. Portanto, os espaços de consenso não são estranhos ao processo brasileiro, pelo que, diante da existência de inúmeras dúvidas que emergem da legislação pertinente ao acordo de não persecução penal, mostra-se cabível recorrer a esses institutos na ávida busca por respostas.

No que diz respeito à transação penal, o prazo de cinco anos referido no art. 76, I, da Lei 9.099/95 deve ser contado a partir da data de publicação da decisão judicial que declara extinta a pena restritiva de direitos ou multa anteriormente aplicada. Assim sendo, a sentença que homologa a transação penal, fixando os termos propostos pelo Ministério Público, bem como seu trânsito em julgado, se torna irrelevante para fins de contagem do lapso temporal exigido para a concessão de nova benesse despenalizadora.

À luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante 35, há que se considerar que a homologação da transação penal não tem eficácia de coisa julgada material, mormente pela possibilidade de revogação do benefício na hipótese de descumprimento das condições fixadas.

Logo, quando o magistrado comunica, em audiência de homologação da transação penal, que novo benefício não poderá ser ofertado pelo prazo de 5 (cinco) anos, trata-se de uma ficção, uma vez que tal prazo é deveras superior, passando a fluir apenas com a declaração de extinção da punibilidade, tendo em vista o disposto na Súmula Vinculante 35.

Contudo, tem-se que esse entendimento é mais prejudicial ao investigado, de forma que, não havendo determinação específica para os casos de ANPP, na prática, preenchidos os demais requisitos para celebração do acordo, e verificado o transcurso de cinco anos, ainda que contados da homologação da transação, deve ser possibilitada a negociação do acordo junto ao Ministério Público.

Ademais, em se tratando de um direito subjetivo do investigado, preenchidos os requisitos objetivos do *caput* do art. 28-A, deve ser oferecido o acordo de não persecução penal, de sorte que a ausência de marcos definidos em lei para o cálculo do prazo do art. 28-A, § 2º, III, do Código de Processo Penal, não pode, em analogia *in mallan parten*, obstar a celebração do acordo.

#### **5. Considerações finais**

Tem-se, portanto, que a contemporaneidade do acordo de não persecução penal incorre na ausência de respostas concretas aos questionamentos vinculados à sua aplicação prática. Entretanto, o estudo dos demais mecanismos de solução não litigiosa de conflitos possibilita prever o entendimento a ser adotado para o *novel* instituto.

Nada obstante, no que diz respeito ao objeto desse artigo, qual seja, o cálculo do prazo de cinco anos sem a concessão de quaisquer benefícios despenalizadores anteriores previsto no art. 28-A, § 2º, III, do Código de Processo Penal, a analogia com procedimentos adotados por outros institutos consiste em prejuízo aos investigados, que teriam o cálculo do prazo autorizador do acordo de não persecução penal desproporcionalmente alargado.

Ante ao exposto, conclui-se que a ausência de previsão legal, a qual gera incerteza quanto ao marco temporal para cálculo do prazo, deve permitir o início das tratativas de acordo de não persecução penal junto ao Ministério Público sempre que observado o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, adotando-se o marco mais benéfico ao investigado, qual seja, o início do cumprimento das condições do benefício anteriormente concedido.

#### **Referências**

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIVC, Jefson. Contitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (Coords.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2. ed, Salvador: JusPodivm, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020.

CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar, Dramas, Princípios e Alternativas*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 41-51.

JHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de João de Vasconcelos. São Paulo: Forense, 2006.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Trad. Denise Augustinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas aproximações entre direitos sociais e mínimo existencial. *Conjur*, 1º set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-01/direitos-fundamentais-algumas-aproximacoes-entre-direitos-sociais-minimo-existencial>. Acesso em: 30 abr. 2020.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

Recebido em: 29.04.2021 - Aprovado em: 21.05.2021 - Versão final: 18.06.2021



# A TRAGÉDIA IMPORTADA: A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

IMPORTED TRAGEDY: CONFESSION IN THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

## Bruno Nunes Cisco

Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS.  
Pós-Graduando em Direito Tributário pela PUCRS, bolsista PUCRS.  
Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2405924132786470>

ORCID: 0000-0001-6053-1274

[brunocisco10@gmail.com](mailto:brunocisco10@gmail.com)

## Thales Marques Marros

Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS, bolsista CAPES.  
Bacharelado em Filosofia pela UFRGS. Especializando em Direito Penal  
Econômico pelo IBCCRIM-COIMBRA. Pós-Graduado em Direito Penal e  
Criminologia pela PUCRS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8533383614498333>

ORCID: 0000-0001-9371-1175

[tmarros@hotmail.com](mailto:tmarros@hotmail.com)

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar o papel da confissão no âmbito do acordo de não persecução penal e de esmiuçar a sua incompatibilidade conceitual e prática com o instituto americano *plea bargaining*. Diante disso, a presente pesquisa tem como desenvolvimento metodológico a análise teórico-bibliográfica. E, com isso, compreendemos à guisa de conclusões, que os fenômenos processuais não criam, *per se*, a sua concepção original. Pelo contrário, geram o efeito inverso e reverberam as facetas inquisitoriais do sistema processual penal brasileiro.

**Palavras-chave:** Justiça Negocial - Processo Penal - Plea Bargaining - Acordo de Não Persecução Penal.

**Abstract:** This paper aims to analyze the role of confession in the non-prosecution agreement and examine its conceptual and practical incompatibility with american institute of plea bargaining. Therefore, this research has as its methodology the theoretical-bibliographic analysis. Thereby, it's our understanding that the procedural phenomena do not, *per se*, creates its original conception. Instead, they generate the opposite effect and reverberate the inquisitorial facets of the brazilian criminal procedure system.

**Keywords:** Negotiation Justice - Criminal Proceedings - Plea Bargaining - Non-Prosecution Agreement.

A ampliação do espaço da justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro não é um fenômeno recente, podendo ser observado pelo menos desde a década de 80 até os dias de hoje. Nesse movimento contínuo da inevitável expansão da cultura de simplificação e celeridade à resposta jurisdicional do Estado, surge a Lei 13.964/19 (com raízes no Pacote Anticrime) que trouxe consigo incisivas alterações que tiveram grande impacto na sistemática processual brasileira, dentre elas, a que interessa para esta reflexão, o artigo 28-A no Código de Processo Penal, ampliando-se, assim, as hipóteses negociais no processo penal pela criação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017).<sup>1</sup>

Essa expansão segue uma tendência de importação de elementos próprios do ordenamento norte-americano (ALSCHULER, 1979). Em face disso, não raras vezes os institutos negociais comuns, a *common law*, como o *plea bargaining*, foram objeto de confusão teórica e conceitual. Não à toa, o resultado é uma importação às avessas de institutos alienígenas ao Direito brasileiro, sem que haja

adequada reflexão e debate sobre a sua adequação ao ordenamento pátrio. À vista disso, é importantíssimo que se faça uma reflexão sobre a incompatibilidade do ANPP com o *plea bargaining*, pela sua própria contradição no sistema ante a ausência de *guilty plea*, especificamente no que se refere ao papel da confissão nos modelos processuais.

Albert Alschuler (1979) compreende que o *plea bargaining* consiste na troca de concessões oficiais por uma declaração de autoincriminação. Nesse sentido, a benesse pode repercutir na sentença imposta pelo juiz, na recomendação da pena pelo *prosecutor*, na acusação e outras circunstâncias. Igualmente, na leitura de John Langbein (1979), o *plea bargaining* é um procedimento *non jury*, que implica na subversão da previsão constitucional (Direito ao júri) e, com isso, não gozará de defesa e nem terá sua culpa provada (além da dúvida razoável) por um júri.

Nos Estados Unidos da América, tanto o *plea bargaining* quanto o *guilty plea* reverberam valores processuais, tais como a eficiência, a rapidez, os custos, a autonomia, a precisão e a certeza (BIBAS,

2003). Conforme salienta **Frank Easterbrook** (2013), as pessoas são obrigadas a barganhar. Réus são aversos ao risco e almejam a previsibilidade de suas ações – como o caso do *plea bargaining* e a sua delimitação de pena. Em síntese, diante da incerteza da decisão do júri, a antecipação da pena pelo acordo se torna a opção mais atrativa.

A prática do *plea bargaining* pressupõe que o réu lance mão do *guilty plea*, ou seja, o réu só gozará da barganha se houver declaração de culpa. É por isso que **Alschuler** (1979) adverte que as atuações unilaterais da acusação e do juiz estão fora do desenho do *plea bargaining*, tendo em vista que a benesse ofertada implica na declaração de culpa (*guilty plea*), isto é, uma atuação bilateral (acusação e defesa). Importante salientar que existem diferentes *guilty pleas*: o *nolo contendere* e o *Alford plea* – ainda que ambos possuam a mesma função de uma declaração de culpa (BIBAS, 2003).

A partir do breve esclarecimento quanto à natureza do *plea bargaining*, cabe agora traçar algumas considerações acerca do ANPP. Ao estabelecer uma comparação entre os Estados Unidos da América e o Brasil, é importante frisar que as estruturas processuais são distintas. **Maximo Langer** (2017) adverte para construção de sentidos e de significados nas estruturas inquisitoriais e adversariais.<sup>2</sup> Sob o enfoque adversarial, é possível a harmonia entre os institutos da *guilty plea* e da confissão, porque a declaração de culpa enseja efeitos jurídicos para encerrar a fase processual e de julgamento, e a confissão condiz ao ato em sede policial. Logo, o *guilty plea* reverbera essa noção de disputa entre dois antagonismos (acusação e defesa), tendo em vista que basta uma parte reconhecer a vitória do outro e encerrar a discussão, ou seja, a disputa termina e a fase de sentenciamento começa (LANGER, 2017).

À vista disso, sob o aspecto estadunidense, é importante ressaltar a ideia ilustre de **Brandon Garrett** acerca da diferenciação entre as confissões e os *guilty pleas*. No caso da prática do *plea bargaining*, o réu não faz uma confissão ou uma admissão de culpa, mas sim afirma que ele fez a definição legal do crime determinada pelo *prosecutor*, isto é, não se sabe o que ocorreu realmente. Muito embora a posição de **Garrett** seja importantíssima, a Suprema Corte, desde os anos setenta, regula o *plea bargaining* como confissões. No entanto, existem diferenças entre uma confissão extrajudicial em sede policial e o *guilty plea*, que pressupõe assistência pelo advogado num procedimento público supervisionado pelo juiz. Além disso, um interrogatório policial pode ser coercitivo, já o *plea bargaining*, por sua vez, deve ter voluntariedade – ainda que esse ponto seja extremamente polêmico na jurisprudência da Suprema Corte, vide *Parker v. North Carolina* (1970) e entre outros (GARRET, 2019).

Em que pese a lição de **Brandon Garrett** (2019) ser sob o âmbito estadunidense, essa realidade pode ser reverberada no caso do ANPP, pois a “confissão” realizada pelo acusado possui unicamente o intuito de gozar da possibilidade do acordo, em outras palavras, há apenas um reconhecimento das imputações alegadas pelo Ministério Público para obtenção da benesse prevista em Lei e, com isso, a fase processual de confronto probatório é suprida. Sob outro aspecto, assim como já esperado, os Tribunais Superiores compreendem que o ANPP será guiado pelos regramentos dos institutos da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo, isto é, não há direito subjetivo para o acusado/réu e o Ministério Público goza de poder-dever (BRASIL, 2020).

Outro ponto nevrálgico do ANPP é o seu controle judicial. Diferentemente do juiz estadunidense, cuja decisão contempla

apenas a análise da voluntariedade e da base fática, o caso brasileiro evidencia uma análise judicial bem mais complexa – o que se afasta do modelo adversarial. Ao analisar o art. 28, § 5º, do CPP, percebe-se, de plano, que o juiz não só contempla um protagonismo protetor do réu (evitar cláusulas abusivas), mas também atua como inquisidor/acusador ao rejeitar acordos insuficientes ou inadequados, abrindo um espaço para uma atuação discricionária. Diante dessa situação, o juiz mandará os autos ao Ministério Público para reformular o acordo, desde que com concordância da defesa. No entanto, o juiz poderá recusar o acordo, uma vez que não foram cumpridas as determinações do parágrafo quinto.

Assim sendo, cabe evidenciar que o controle do juiz no ANPP demonstra um caráter ativo e inquisitorial, tendo em vista que a decisão do magistrado, ao recusar

o acordo, enseja em mais diligências policiais ou o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, com fulcro art. 28-A, § 8º, do CPP. De certo modo, a posição ativa do juiz no cenário brasileiro lembra fortemente o *Absprache* da Alemanha, pois o juiz participa com a defesa e a acusação (LANGER, 2017).

É por isso que, segundo **Ricardo Gloeckner** (2019), a mera expectativa de importação de acordos no Processo Penal Brasileiro não vislumbra a adoção de mecanismos adversariais (até mesmo pelas suas incompatibilidades já ventiladas), mas sim aumentar o caráter autoritário do Processo Penal Brasileiro. Para mais, nos Estados Unidos, o *plea bargaining* é relacionado ao modelo de disputa (acusação x defesa) e as regras probatórias se ligam historicamente ao julgamento bifurcado de júri, isto é, à análise da admissibilidade da introdução das provas no julgamento e, por fim, o júri que decide a condenação/inocência (LANGER, 2017). Portanto, introduzir acordos no cenário brasileiro não contemplará normas probatórias advindas do modelo adversarial.

Diferentemente do *plea bargaining*, o ANPP (art. 28 -A) não possui

AO ANALISAR O ART. 28,  
§ 5º, DO CPP, PERCEBE-  
SE, DE PLANO, QUE O  
JUIZ NÃO SÓ CONTEMPLA  
UM PROTAGONISMO  
PROTECTOR DO RÉU  
(EVITAR CLÁUSULAS  
ABUSIVAS), MAS TAMBÉM  
ATUA COMO INQUISIDOR/  
ACUSADOR AO REJEITAR  
ACORDOS INSUFICIENTES  
OU INADEQUADOS,  
ABRINDO UM ESPAÇO  
PARA UMA ATUAÇÃO  
DISCRICIONÁRIA.

o condão de vedar permanentemente a fase processual, tendo em vista que a “confissão” não terá força de coibir eventual denúncia, ou seja, descumprindo quaisquer requisitos previstos no acordo, o Ministério Público irá denunciar o réu. Por isso, **Máximo Langer** (2017) acertadamente alerta que, no caso da importação deste instrumento nos moldes aplicados nos sistemas de *common law*, para um sistema inquisitorial, a confissão assume um papel importantíssimo, porquanto vislumbra uma verdade oficial e Estatal, ou seja, a verdade passa pelo controle judicial independente dos critérios da acusação e da defesa.

Nesse contexto, a confissão é novamente elevada à condição de *regina probationum*, dado o seu caráter de evidência (MARTINS, 2010)<sup>3</sup> que, atrelado a um sistema inquisitório e autoritário como o brasileiro, satisfaz uma antiga (presente) tara epistemológica (ABELLÁN, 2010)<sup>4</sup>: a crença na possibilidade de conhecer uma suposta verdade real. Trata-se, portanto, de um verdadeiro regresso ao pensamento medieval, no qual se acreditava que o inquisidor poderia extrair a verdade, em sua plena essência, por meio da confissão, sendo esta última a única forma de purgar os pecados cometidos pelo acusado (KRAMER; SPRENGER, 1997).

Sob esse prisma, é necessário refletir sobre a questão da voluntariedade do acusado quando da formalização da negociação. Nesse contexto, a situação é problemática sob o paradigma das medidas cautelares quando, não raras vezes, são usadas como instrumento coercitivo para forçar a confissão do indivíduo (CANÁRIO, 2014). **John Langbein** (1978), ao traçar um paralelo entre o sistema judicial medieval europeu de tortura e o *plea bargaining*, sustenta que a diferença entre o indivíduo ter os seus

membros quebrados (como nas torturas medievais) ou ter que ficar mais tempo preso caso se negue a confessar é de grau, não de gênero. Por isso, o acordo, assim como a tortura, é coercitivo.

Além disso, há que se considerar que não há paridade de armas entre as partes envolvidas num acordo criminal. A investigação preliminar no Brasil é tratada a partir de uma faceta inquisitorial, caracterizando-se por ser um procedimento avesso ao contraditório e à ampla defesa, por não permitir a discussão sobre nulidades e ilegalidades (RIBEIRO, 2019). Não obstante, é neste ponto pré-processual que é produzida a maioria dos elementos probatórios que, em regra, serão usados contra o réu. Como se não bastasse, o acusado ainda tem que renunciar à produção probatória para sua defesa. Assim, é patente que o Ministério Público, num eventual acordo, parte de uma posição privilegiada de alavancagem negocial, colocando em xeque a integridade da voluntariedade e, portanto, da confissão, uma vez que o acusado, na posição de hipossuficiente, vê-se compelido a firmar o acordo.

Dentro desse exercício intelectual, é notório que se trata de uma ferramenta que reforça, mediante a ideia de eficiência, o sistema inquisitório e autoritário (AMARAL; GLOECKNER, 2017) próprio da genealogia do Processo Penal Brasileiro (GLOECKNER, 2018). Assim sendo, a confissão (re)aparece como a rainha das provas, apresentando-se como um elemento indubitável, pois evidente. O devido processo legal é abandonado e a presunção de inocência se transforma em presunção de culpabilidade, transformando o sujeito em objeto de prova, submetendo-o, como ser dócil e obediente, a colaborar com o processo, com o juiz, com a sociedade e com o Estado (GIACOMOLLI, 2015).

## Notas

<sup>1</sup> Apesar de só ter sido positivado pela Lei 13.964/19, o referido instrumento já era utilizado na prática jurídica pelo Ministério Público, em razão da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

<sup>2</sup> O autor adverte sobre a dicotomia criada entre as palavras “adversarial” e “inquisitorial”, cujas concepções evidenciam conotações políticas e culturais. Dessa forma, Máximo Langer busca modelos comparativos (não suas explicações): modelo de disputa

(adversarial) e modelo de investigação oficial (inquisitorial).

<sup>3</sup> Evidência é, nas palavras de Rui Cunha Martins, um simulacro de autoreferencialidade, uma pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, que corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. Evidente, portanto, é o que dispensa prova.

<sup>4</sup> A expressão é da autora espanhola Maria Gáscón Abellán.

## Referências

- ABELLÁN, Marina Gáscón. *Los hechos en derecho*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, n. 1, v. 79, p. 1-43, 1979. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles). Acesso em: 30 mar. 2021.
- AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.128, p. 65-89, fev. 2017.
- BIBAS, Stephanos. Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas. *Cornell Law Review*, v. 88, n. 5, p. 1361- 1411, jul. 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol88/iss5/3>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 13 ago. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 610554*. Rel: Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 12 nov. 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202002277779](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002277779). Acesso em: 14 abr. 2020.
- CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. *Conjur*, 27 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF: CNMP, 7 ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- EASTERBROOK, Frank H. Plea Bargaining is a Shadow Market. *Duquesne Law Review*, v. 51, p. 551-558, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/234110262.pdf>. Acesso em: 30 mar de 2021.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Parker v. North Carolina, 397 U.S. 790. United States Supreme Court. Washington D.C, 04 maio 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/790/#tab-opinion-1948537>. Acesso em: 13 ago 2021.
- GARRET, Brandon. Por que Plea Bargains não são Confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea Bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e as resistências às reformas. *Revista Brasileira de Direito processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. vl. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. (org.). *Plea Bargaining*. 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feitiçarias*: malleus maleficarum. Trad. Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 1997.
- LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, p. 3-22, 1978. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- LANGBEIN, John. Understanding the Short History of Plea Bargaining. *Faculty Scholarship Series*, v. 544, p. 261-272, 1979. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/544/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/). Acesso em: 26 mar. 2021.
- LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese de americanização do processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19-115, dez. 2017.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lesson*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Acordo de não persecução penal: um caso de Direito Penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 27, v. 161, p. 249-276, nov. 2019.

Recebido em: 21.04.2021 - Aprovado em: 27.05.2021 - Versão final: 13.08.2021



# REFLEXÕES SOBRE O CONTEÚDO DESCRITIVO DA IMPUTAÇÃO E O STANDARD DE PROVA ADEQUADO AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

REFLECTIONS ON THE DESCRIPTIVE CONTENT OF THE IMPUTATION AND THE STANDARD OF PROOF FOR RECEIVING THE CRIMINAL CHARGE

**Pedro Henrique Mattos**

Pós-graduado em Direito Penal e Criminalidade Complexa pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais. Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sócio no escritório Tórtima

Advogados Associados.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3152983048099782>

ORCID: 0000-0003-3570-8829

[pedrohenrique@tortima.com.br](mailto:pedrohenrique@tortima.com.br)

**Resumo:** O ensaio propõe um estudo da higidez da imputação criminal. Para tanto, recorre-se a uma análise crítica da estrutura normativa que compõe a acusação e a descrição típica das condutas. O intuito é fixar como deve se estabelecer a descrição fática contida na denúncia, a fim de possibilitar ao imputado conhecer a acusação e, assim, defender-se de forma eficaz. O vínculo descritivo entre o acontecimento histórico e a norma em abstrato reclama cautela e precisão na apuração das condutas, atendendo ao postulado do devido processo legal. Sustenta-se, ainda, que a higidez da acusação demanda certo grau de corroboração da hipótese acusatória. Assim, a decisão de recebimento da denúncia deve, por imposição racional, apontar um *standard* mínimo de prova, a tornar a submissão do indivíduo ao processo criminal justa e legítima.

**Palavras-chave:** Imputação - Fato Processual - Fato Penal, *Standard* de Prova - Devido Processo Legal.

**Abstract:** The study seeks to analyze the criminal imputation by making a critical analysis on the normative structure of the accusation and the conduct that is perpetrated in each crime. The purpose is to point how the factual description should be established by the prosecution, in order to enable the accused to know the accusation and effectively form a defense strategy. The descriptive link between the historical event and the law calls for precision in the investigations, not to violate the due process of law. It is further argued that the decision to receive the accusation demands a minimum standard of proof, so the individual's submission to the criminal process can be fair and legitimate.

**Keywords:** Imputation - Procedural Fact - Criminal Fact - Standard Of Proof - Due Process Of Law.

## 1. O vínculo descritivo entre o fato processual e o fato penal

Em essência, a imputação representa o juízo que vincula o sujeito passivo à prática do fato criminoso.<sup>1</sup> Uma vez configurada a justa causa,<sup>2</sup> o processo opera na reconstrução histórica do fato, tornando essencial a descrição típica da conduta que compõe a imputação. Neste ensaio, busca-se avaliar a higidez de toda a acusação. Dessa forma, importa explicitar como se estabelece essa vinculação do sujeito ao ato criminoso por meio da descrição de um fato.

O conceito de fato ultrapassa a ciência do Direito, possibilitando as mais diversas conotações. O conceito processual é distinto da noção penalística,<sup>3</sup> sendo tal diferenciação indispensável para delinear o conteúdo da peça acusatória e como este deve ser descrito, a fim de possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa. A base fática sobre a qual se estrutura toda investigação e instrução

processual opera ainda como limite ao arbítrio e à opressão estatal, pois delimita o alcance da sentença penal e, com isso, evita surpresas para quem se defende.<sup>4</sup>

O fato, na concepção do Direito Penal, deriva da norma em abstrato, isto é, uma situação hipotética descrita em um tipo penal. Por outro lado, o fato processual penal é um acontecimento histórico concreto.<sup>5</sup> Neste último, trata-se de um fato naturalístico que se diz penalmente relevante. Consiste no recorte destacado da realidade de um evento histórico atribuído ao acusado, e sobre o qual incidirá a apreciação judicial para comprovar sua efetiva ocorrência e relevância jurídico-penal.

Em síntese: se para o Direito Penal importa o fato, enquanto exata descrição hipotética da norma, para o Processo Penal interessa o real e concreto acontecimento histórico praticado pelo sujeito.<sup>6</sup> Esta



distinção, embora relevante, é insuficiente para definir com clareza o conteúdo descritivo da inicial acusatória. Afinal, a denúncia narra um fato que se diz penalmente relevante (fato processual penal) e, ao fim, atribui a este acontecimento uma qualificação jurídica, conforme disposto na norma em abstrato (fato penal).

Evidente que o regular exercício do contraditório e da ampla defesa exige uma imputação determinada em todas as suas circunstâncias. Não se discute a dificuldade inerente aos processos criminais de se reconstruir fatos passados aos quais não se pode ter acesso de forma direta.<sup>8</sup> Contudo, a restringir tal dificuldade, propõe-se uma definição concreta da narrativa acusatória contida na exordial, de modo que o conhecimento integral da imputação permita ao sujeito reagir de forma efetiva. Portanto, o conteúdo descritivo da imputação deve corresponder precisamente ao vínculo entre o fato processual penal (evento histórico determinado) e o fato penal (norma penal em abstrato). Afinal, o fato narrado na denúncia só tem valor quando ligado à norma incriminadora.<sup>9</sup>

A relevância dessa descrição pelo órgão acusador torna-se ainda maior com a implementação do juiz de garantias. Isto porque a competência do juiz de garantias cessa com o recebimento da denúncia (art. 3º-C, *caput* da Lei 13.964/19), ficando os autos da investigação acautelados na secretaria do juízo (§3º). Com efeito, o juiz da instrução, preservada sua originalidade cognitiva, não terá acesso aos atos de investigação, mas tão somente ao enunciado fático insculpido na inicial.

## 2. O *standard* probatório para o recebimento da denúncia

Se é certo que a descrição da conduta penalmente relevante deve ter como base as premissas fixadas, para que se tenha uma acusação hígida, cabe também analisar o grau de “prova”<sup>10</sup> que propicia o seu recebimento. A higidez da peça acusatória, portanto, divide-se em duas dimensões: i) a descrição típica da conduta criminosa e ii) o patamar de “prova” a ser alcançado para o recebimento da inicial. Em relação à segunda, algumas considerações teóricas são indispensáveis. Inicialmente, destaca-se que a “exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias”<sup>11</sup> não significa que se exija do órgão acusador certeza quanto à relevância penal da conduta. Nem poderia ser diferente, já que o processo é o mecanismo apto a produzir conhecimento seguro,<sup>12</sup> comprovando ou não a veracidade das proposições representativas do fato.<sup>13</sup>

A propósito, pergunta-se: se o devido processo legal-constitucional tem a certeza (da prática de uma infração penal) como meta,<sup>14</sup> qual o grau de certeza exigido para o recebimento da denúncia? Em outras palavras, qual nível de corroboração da hipótese acusatória autoriza o início formal do processo?

Visando a atender tais questionamentos, é preciso estabelecer um limite a partir do qual se aceita determinada premissa como provada. Isto significa atribuir um grau mínimo de confiança e credibilidade ao elemento probatório trazido aos autos, essencial para considerar determinado fato provado. Esse limite, o *standard* de prova, porém, não deve ser o mesmo para todas as decisões durante a persecução penal e sua fixação exige que se atenda a determinadas valorações da política criminal.<sup>15</sup>

Em alguns ordenamentos, como nos Estados Unidos<sup>16</sup> e na Espanha<sup>17</sup>, a matriz teórica adotada e o próprio legislador, a despeito

de certa vagueza semântica,<sup>18</sup> estipularam o “nível mínimo de prova” para determinadas decisões ao longo da marcha processual. No Brasil, a ausência de previsão legislativa ou jurisprudencial<sup>19</sup> semelhante leva a uma indefinição quanto ao grau de “prova” exigido para adotar determinadas medidas – por exemplo, o recebimento da denúncia –, o que, não raro, reflete-se em uma postura decisionista do julgador, típica dos projetos autoritários, desvinculados da delimitação do poder.<sup>20</sup>

Um argumento comum na jurisprudência e que contribui para este quadro de incerteza é o de que eventuais lacunas na denúncia serão supridas pela instrução processual.<sup>21</sup> A fundamentação é equivocada, pois a prova produzida ao longo da instrução deve ter como

pressuposto o enunciado fático da denúncia. A falha na descrição deste enunciado não será suprida pela instrução, mas sim, neste caso, a instrução perpetuará uma falha irreparável.<sup>22</sup> Isso sem mencionar a nítida possibilidade de violação da correlação entre acusação e sentença.

O Processo Penal Brasileiro adota um sistema escalonado,<sup>23</sup> o que se reflete no *status libertatis* do acusado. Cada etapa da marcha processual proporciona um juízo de valor a respeito do cometimento do crime investigado. O nível de

certeza que se exige para cada decisão no curso do processo se modifica, sendo certo que a sentença penal condenatória exige o nível máximo de certeza, enquanto o recebimento da denúncia demanda um nível mais baixo em relação à ocorrência do crime e sua autoria.<sup>24</sup>

Como visto, a fixação de um *standard* de prova deriva da política criminal. Ainda que não haja a definição normativa de critérios de suficiência probatória, é inequívoca a escolha constitucional pela preservação do estado de inocência. Isto se reflete não só na exigência de comprovação empírica da materialidade e da autoria de um crime, mas também na proibição de prejulgamentos, limitando o conteúdo das decisões interlocutórias. No recebimento da denúncia, assim como em todo o processo, o *standard* probatório deve ser regulado com base na presunção de inocência, sendo a dúvida quanto à legitimidade da persecução criminal resolvida por meio do *in dubio pro reo*.<sup>25</sup>

Não se diga, por último, que, em razão do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, haveria um dever indeclinável do órgão ministerial em oferecer denúncia, mesmo diante da fragilidade dos elementos informativos. É óbvio que não há uma imposição irracional no exercício da ação penal, sendo esta uma obrigatoriedade mitigada.<sup>26</sup> A obrigação de agir da acusação pública se respalda em um processo de conhecimento e reflexão a partir de uma notícia de crime, até porque pode culminar em pedido de arquivamento ou de absolvição,<sup>27</sup> caso se considere o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de autoria ou de materialidade da infração.

## 3. Considerações finais

Não é possível se defender de fatos indeterminados, por isso, afirma-se que a higidez da peça acusatória reclama a adoção de parâmetros rígidos, a impedir os riscos de uma imputação indevida. Não obstante o necessário rebaixamento do *standard* para o recebimento da inicial, denúncias genéricas não se compatibilizam com o respeito ao contraditório e à ampla defesa. O órgão acusador precisa, por dever de ofício, demonstrar o vínculo descritivo entre o fato processual (acontecimento histórico) e o fato penal (norma em abstrato), evitando a tentação autoritária de recorrer a práticas

ilegais para obter uma punição. A descrição típica da imputação e a indicação de um *standard* mínimo de corroboração da hipótese acusatória representam, portanto, mais do que mero dever formal do

acusador, constituindo dispositivos por meio dos quais se realiza o devido processo legal-constitucional, protegendo o indivíduo contra o arbítrio punitivo.

## Notas

- <sup>1</sup> Fernandes (2002, p. 102-103).
- <sup>2</sup> Não se desconhece a difícil conceituação do termo. Todavia, sustenta-se que “tentar conceituar genericamente a justa causa apenas sob um de seus diversos ângulos constitui, em nosso entendimento, o grande equívoco da doutrina, o qual tem colaborado para a considerável divergência reinante na matéria, com reflexos, inclusive, na jurisprudência”. Para os fins deste artigo, portanto, mais do que uma definição concreta de justa causa, “faz-se imprescindível identificar quando a coação à liberdade jurídica é legítima, pois, caso contrário, a denúncia ou queixa não poderá ser recebida”. (MOURA, 2001, p. 173-176).
- <sup>3</sup> Badaró (2019, p. 104).
- <sup>4</sup> Maier (1999, p. 568).
- <sup>5</sup> Badaró (2019, p. 105).
- <sup>6</sup> Pozzer (2001, p. 69).
- <sup>7</sup> A propósito, a “denúncia imprecisa, genérica e vaga, além de traduzir persecução criminal injusta, é incompatível com o princípio da dignidade humana e com o postulado do direito à defesa e ao contraditório”. INQ 3982/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJE 07/03/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4727438>, Acesso em: 09/09/2021.
- <sup>8</sup> Taranilla (2012, p. 46-47).
- <sup>9</sup> Fernandes (2002, p. 232).
- <sup>10</sup> A palavra prova em diversas situações será utilizada entre aspas, a evidenciar que “a presença ou ausência de contraditório é o que distingue, respectivamente, ato de prova de ato de investigação”. (BADARÓ, 2019, p. 197).
- <sup>11</sup> Art. 41 CPP e, no mesmo sentido, art. 8.2, b CADH.
- <sup>12</sup> A expressão refere-se ao ingresso da epistemologia no processo, não como epistemologia pura, mas como epistemologia aplicada, ou seja, uma epistemologia judiciária. (BADARÓ, 2018, p. 53).
- <sup>13</sup> Gomes Filho (2005, p. 317).
- <sup>14</sup> Prado (2014, p. 17).
- <sup>15</sup> Beltrán (2007, p. 2).
- <sup>16</sup> O ordenamento jurídico norte-americano apresenta formulação jurisprudencial sofisticada relativa ao tema, estabelecendo os seguintes padrões: i) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); ii) preponderância da prova (*preponderance of the evidence*) e, por último e mais exigente, iii) prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). Nesse sentido, ver Haack (2013, p. 70). Para um exame crítico do mais alto nível de prova exigido no ordenamento norte-americano, Laudan (2011, p. 119-195).
- <sup>17</sup> Na Espanha, por sua vez, o legislador previu expressamente o grau de prova necessário para adoção de determinadas medidas no curso do processo. Ver: art. 503.2º e art. 641.2º *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>, Acesso em: 02/09/2021.
- <sup>18</sup> Ao se referir ao ordenamento espanhol, Ferrer Beltrán afirma que: “En cualquier caso, conviene el carácter extraordinariamente vago de las reglas de juicio o estándares de prueba mencionados por la Ley. Tan es así que me permitiría decir que el tenor literal

de los mismos no es formulación de estándar alguno.” (BELTRÁN, 2007, p. 5).

- <sup>19</sup> Há exemplos na jurisprudência da utilização do *standard* para condenação *prova além da dúvida razoável*. Contudo, não raro, este é importado em descompasso com o que prevê a matriz teórica norte-americana, sendo utilizado não para sentença condenatória, mas sim para o recebimento da denúncia (INQ 2036/PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 22/10/2004). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80679>, Acesso em: 09/09/2021. Em outros casos, porém, o *standard* anglo-saxão é empregado de forma coerente com sua formulação original, isto é, constituindo o nível mais exigente de prova, que superado, enseja uma sentença condenatória (AP 676, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 06/02/2018). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4225339>, Acesso em: 09/09/2021. A falta de harmonia leva a uma visível insegurança, deixando clara a urgência de fixação dos *standards* de prova, reduzindo os riscos de erro e aumentando a qualidade epistemológica das decisões tomadas ao longo do processo.
- <sup>20</sup> Em relação ao decisionismo, Juarez Tavares ensina: “Quando a base empírica dos elementos do delito é desconstruída e substituída por juízos de valor emitidos apenas de conformidade com o poder normativo, a ordem jurídica deixa de ser democrática e passa a ser a coletânea de enunciados jurisprudenciais, sem qualquer conteúdo crítico, com consequências desastrosas para a doutrina penal, que se transforma em seu mero repetidor”. (TAVARES, 2018, p. 106).
- <sup>21</sup> Na irretocável lição do Min. Celso de Mello: “não tem sentido, sob pena de grave transgressão aos postulados constitucionais, permitir-se que a discriminação da conduta de cada denunciado venha a constituir objeto de prova a ser feita ao longo do procedimento penal.” HC 86.879/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24/02/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=379856>, Acesso em: 09/09/2021.
- <sup>22</sup> Não menos desarrasadas são as decisões de recebimento da denúncia fundamentadas no imaginário princípio do *in dubio pro societatis* (HC 93.341/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 06/02/2009). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573727>, Acesso em: 09/09/2021. O argumento de que o interesse da sociedade reside na elucidação do caso pelo prosseguimento do processo pode até ser sedutor dentro de uma perspectiva utilitarista, porém, desconstrói o fim máximo de proteção do indivíduo inerente aos Estados de Direito, nos quais o interesse da sociedade reside justamente na impossibilidade de se submeter a uma acusação infundada.
- <sup>23</sup> Lopes Jr. (2016, p. 112).
- <sup>24</sup> É indispensável, portanto, que o grau de exigência probatória seja distinto para cada fase do processo. Afinal, “de otro modo, las decisiones intermedias no serían más que una anticipación de la decisión final, haciendo inútil todo el procedimiento subsiguiente”. (BELTRÁN, 2018, p. 415).
- <sup>25</sup> Zanoide de Moraes (2010, p. 418).
- <sup>26</sup> Carvalho, Chagas, Ferrer, Baldez, Pedrosa (2004, p. 96).
- <sup>27</sup> Ferrajoli (2010, p. 457).

## Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AP 676, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 06/02/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4225333>, Acesso em: 09/09/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 86.879/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24/02/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=379856>, Acesso em: 09/09/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 93.341/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 06/02/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573727>, Acesso em: 09/09/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, INQ 2036/PA, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 22/10/2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80679>, Acesso em: 09/09/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, INQ 3982/DF, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 07/03/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4727438>, Acesso em: 09/09/2021.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Los estándares de prueba en el proceso penal español*, 2007. Disponível em: <https://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>, Acesso em: 02/09/2021.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba*. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. Em: *Filosofía del Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons, 2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; CHAGAS, Fernando C.; FERRER, Hlavia; BALDEZ, Paulo Lanzelotti Baldez; PEDROSA, Ronaldo L. *Justa Causa Penal-Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHALL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, DPJ: São Paulo, 2005, p. 303-318.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, cap. 3, p. 65-98.

LAUDAN, Larry. *Es razonable la duda razonable? In: MUÑOZ CONDE, Francisco; DE LANGHE, Marcela. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed. Buenos Aires, 2011, cap. 3, p. 119-195.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>, Acesso em: 02/09/2021.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.

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

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARANILLA, Raquel. *La justicia narrante*. Um estudio sobre el discurso de los hechos em el proceso penal. São Paulo: Thomson Reuters, 2012.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *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.

Recebido em: 16.04.2021 - Aprovado em: 28.07.2021 - Versão final: 16.09.2021

# EM DEFESA DE UMA ABORDAGEM REALISTA- MARGINAL NO DISCURSO DOGMÁTICO JURÍDICO- PENAL BRASILEIRO

IN DEFENSE OF A MARGINAL-REALISTIC APPROACH IN BRAZILIAN CRIMINAL DOGMATICS  
DISCOURSE

**Hamilton Gonçalves Ferraz**

Doutor em Direito pela PUC-Rio, Mestre em Direito Penal pela UERJ, Professor Adjunto de Direito Penal  
(UFF – MDI), Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4038462874056018>

ORCID: 0000-0002-0471-2529

[ferraz.hamilton,hgf@hotmail.com](mailto:ferraz.hamilton,hgf@hotmail.com)

**Resumo:** O trabalho resgata o realismo marginal e defende sua abordagem na dogmática jurídico-penal nacional. Nesse sentido, desenvolve-se uma crítica à colonialidade no Direito Penal; apresenta-se o realismo jurídico-penal marginal, e seu modelo de dogmática correspondente, o funcionalismo teleológico-reduutor. Em conclusão, argumenta-se que o paradigma realista marginal na dogmática penal reforça a assunção de responsabilidade político-criminal por parte dos atores do sistema penal, em função do domínio que possuem sobre um saber técnico que habilita violências sobre pessoas concretas.

**Palavras-chave:** Realismo Marginal - Dogmática Penal - Funcionalismo Redutor.

**Abstract:** The paper recalls the marginal realism theory and advocate its approach in the national criminal dogmatics. In this sense, it is developed a critic on coloniality in Criminal Law; and it is presented the so called marginal criminal realism and its corresponding dogmatics model, the teleological-reductive functionalism. In conclusion, the paper argues that the marginal realism paradigm in criminal dogmatics stresses the political-criminal accountability of the penal system's stakeholders, due to the domain they hold on a technical knowledge which releases violence on real people.

**Keywords:** Marginal Realism - Criminal Dogmatics - Reductive Functionalism.

## 1. Introdução

É ou deve ser a dogmática jurídico-penal uma técnica “universal”, “abstrata”, válida em qualquer lugar, momento e sociedade? Seus princípios de construção, parâmetros, critérios de validade e argumentos são, ou devem ser “neutros”, e ter força suficiente para transcender as contingências da realidade subjacente?

“Ciência” por “ciência”, o nazismo também teve suas “ciências” penais e criminológicas, bastante influentes ao seu tempo.<sup>1</sup> Se o discurso jurídico-penal é “universal”, não se compreende como se assume tão facilmente que, por exemplo, a reincidência seja agravante na aplicação da pena, mas pouco se recorda que foi um brasileiro, **Antonio Joaquim de Macedo Soares**, no século XIX, quem, rudimentarmente, esboçou as primeiras críticas ao instituto, sugerindo mesmo que fosse uma atenuante, em certos casos. (MACEDO SOARES, 1891, p. 529-532 apud ROIG, 2015, p. 193). Tampouco se explica como, no tradicional estudo das teorias de fundamentação e justificação da pena, as discussões insistem em girar em torno da eterna disputa entre retribuição e prevenção, quando, há mais de 100 anos, um brasileiro, **Tobias Barreto**, abriu caminhos teóricos para uma visão diferente e original sobre o

assunto<sup>2</sup> – raramente é recordada pelos compêndios e manuais mais conhecidos.

A proposta do presente artigo é, nesse sentido, insistir na defesa de uma abordagem realista-marginal no discurso dogmático jurídico-penal brasileiro. Assim, em um primeiro momento, é tecida uma crítica à colonialidade do poder e do saber no Direito Penal; na sequência, apresentam-se os contornos do realismo jurídico-penal marginal; e, ao final, propõe-se uma dogmática funcional-reduutora como o modelo dogmático realista-penal marginal por excelência.

## 2. Por uma crítica à colonialidade do poder e do saber no Direito Penal

O Direito Penal, em sua configuração ilustrada mais importante retratada em “Dos delitos e das penas”, de 1764, assumiu certas linhas fundamentais, delineadas a partir de uma principiologia humanista e adequadas à filosofia política do contratualismo. Legalidade dos delitos, proporcionalidade das penas, jurisdicionalização dos conflitos a partir do devido processo legal e da presunção de inocência foram temas recorrentes, que buscaram combater bases inquisitórias em conflito com os ideais das luzes (CARVALHO, 2013, p. 37).



Os fundamentos deste Direito Penal são apresentados de forma homogênea e coerente pela ilustração: a lei penal advém de um contrato social, livre e conscientemente aderido pelas pessoas, que se submetem à penalidade em decorrência da violação do pacto (*Ibid.*, p. 154-155). Trata-se, portanto, de um discurso que é filho direto da modernidade.

Identificam-se dois sentidos para "modernidade": um primeiro, referente a uma ideia de "emancipação racional", a saída da imaturidade por um esforço de razão como processo crítico DUSSEL, 1994, p. 175).

É nessa acepção que se compreende a noção de "estado de direito" como produto moderno (BATISTA; ZAFFARONI et al, 2006, p. 601) e, conseqüentemente, atribui-se aos discursos das ciências criminais o objetivo principal de busca da felicidade através da negação da "barbárie" e afirmação da "civilização" (CARVALHO, 2012, p. 165).

Em um segundo sentido, "modernidade" vem a representar a justificação da práxis irracional de violência (DUSSEL, *Op. cit.*, p. 175). Como mito, ele é composto, em linhas gerais, pela assunção da civilização moderna (europeia) como superior, sendo que tal superioridade obriga ao "desenvolvimento" dos povos mais "primitivos", "brutos", "bárbaros", pela via europeia. Em caso de resistência, se impõe o uso da violência em favor da "modernização" e do "progresso" (como uma "guerra justa colonial") e, assim, como resultado, a violência sofrida pelas vítimas é justificada como sacrifício necessário inevitável ao "avanço civilizatório" (*Ibid.*, p. 175-176).

A outra face da modernidade é, assim, a colonialidade. A consolidação da hegemonia europeia e central sobre o mundo não se fez, e sequer seria possível, sem o exercício da dominação colonial, que operou padrões de exercício de poder e violência por categorias – raça, classe, gênero, sexualidade. Essa forma de dominação possui três elementos centrais: (i) a colonialidade do poder; (ii) o capitalismo; (iii) o eurocentrismo (QUIJANO, 2014a, p. 124).

A colonialidade, além de se expressar como poder, é acompanhada por uma colonialidade do ser e do saber (BALLESTRIN, 2013, p. 100). Ao longo da dominação colonial europeia se constituiu o complexo cultural conhecido como "modernidade-razionalidade europeia", estabelecida como paradigma universal de conhecimento e de relação entre a humanidade e o resto do mundo (QUIJANO, 2014b, p. 63). Na América Latina, as ciências sociais, ao apelarem a uma "objetividade universal", contribuíram para a busca, assumida pelas elites locais e regionais, da "superação" dos traços tradicionais e pré-modernos que teriam servido de obstáculo ao "progresso" e à transformação destas sociedades à imagem e semelhança das sociedades liberais industriais" (LANDER, 2005, p. 14).

A partir dessas lentes, pode-se observar que a formação do sistema penal brasileiro e, conseqüentemente, sua operacionalidade e

seus discursos adquiriram certas peculiaridades em função de sua edificação colonial e racista. Como aponta **Evandro Piza**, as características atuais do nosso sistema penal não são meros "arcaísmos", mas sim, dimensões essencialmente problemáticas e integradas à modernidade (DUARTE, 2017, p. 231).

Novas perspectivas se abriram no campo dos saberes criminais a partir da crítica à colonialidade. Desde os anos 70 até hoje, passaram a florescer na América Latina as suas criminologias críticas latino-americanas, sendo possível identificar categorias próprias e originais de análise elaboradas por tais leituras, como as noções de sistemas penais institucionalizados (punitivos e não punitivos/paralelos) e parainstitucionais ou subterrâneos, construções criminológicas de resistência a uma história e realidade punitivas próprias do exercício de poder punitivo nos países de nossa região (PRANDO, 2006). Partindo-se da percepção da funcionalidade

desse saber na empreitada imperialista do controle do outro, passa-se a propor que não apenas a criminologia, mas também o Direito Penal construam espaços de resistência e discursos de emancipação (BATISTA, 2019, p. 25).

Ao verificar a influência da ciência penal alemã na dogmática latino-americana desde meados do século XIX, **Zaffaroni** insurge-se contra uma importação acrítica de tais matrizes, destacando os aspectos próprios do exercício do poder penal em nossa região, bem como as características peculiares das sociedades latino-americanas (tais como pobreza, desigualdade, e violências dentro, fora e através do sistema penal, em níveis muito mais intensos do que nas regiões centrais). Isso não significa afirmar uma "autossuficiência dogmática", mas, sim, que trocas e intercâmbios devem ser feitos levando em consideração a

realidade e o contexto social e político de formação de cada saber penal (ZAFFARONI, 2010).

### **3. Um referencial teórico adequado à nossa realidade: em defesa do realismo jurídico-penal marginal**

Nos saberes criminais, a forma com que se percebe, e o que se considera "realidade" varia de acordo com os pontos de vista político-criminais previamente assumidos (nem sempre de forma explícita). A dogmática jurídico-penal, em regra, sempre foi bastante parcial na forma de perceber a "realidade", e isso por uma simples razão: quase sempre ignorou a sua própria. A criminologia positivista debruçou-se sobre (certas) pessoas já criminalizadas; conseqüentemente, o horizonte político-criminal traçado para o Direito Penal foi o controle punitivo daqueles (poucos) condenados e presos. Por outro lado, a realidade do sistema punitivo, a operacionalidade seletiva de suas agências de criminalização, estas permaneciam encobertas e legitimadas pelo discurso jurídico dominante (ANDRADE, 1995, p. 24-36).

O realismo jurídico-penal marginal passa a incorporar ao horizonte do Direito Penal a atuação das agências de criminalização e a forma de operacionalidade do sistema, identificadas e estudadas pela

## *O REALISMO JURÍDICO-PENAL MARGINAL PASSA A INCORPORAR AO HORIZONTE DO DIREITO PENAL A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS DE CRIMINALIZAÇÃO E A FORMA DE OPERACIONALIDADE DO SISTEMA, IDENTIFICADAS E ESTUDADAS PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA LATINO-AMERICANA.*

criminologia crítica latino-americana. Mais ainda, observa como a forma de edificação dos sistemas penais latino-americanos foi diferente daquela dos países centrais e, por essa razão, demanda lentes distintas, análises diferentes e soluções mais adequadas ao nosso contexto.

A partir da deslegitimação dos sistemas penais latino-americanos por sua própria operacionalidade, ao Direito Penal se lhe atribui a necessidade de construção de um novo discurso, que se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência, levando-se em conta a contribuição criminológico-crítica sobre a operacionalidade real dos sistemas penais (ZAFFARONI, 1991, p. 172). Por essa razão, constitui o realismo-jurídico penal marginal um verdadeiro “paradigma epistemológico”, um princípio orientador para o Direito Penal e um modelo integrado de ciências penais para a América Latina (CARLÉS, 2012, p. 271).

#### 4. O modelo dogmático realista-marginal: a dogmática teleológica-funcional redutora

Todo sistema dogmático do delito pode se reduzir a duas espécies: dogmáticas classificatórias, isto é, sistemas inspirados por certo pragmatismo, renunciando qualquer indagação sobre sua funcionalidade perante o poder punitivo; e dogmáticas teleológicas, que explicitam suas funções perante o poder punitivo, adotando referências às finalidades atribuídas ou não à pena (ZAFFARONI, BATISTA, 2010, p. 25-26).

A um modelo realista-marginal corresponde uma dogmática teleológica. Renunciar à discussão sobre os fundamentos, premissas e referenciais que informam um determinado sistema jurídico, ainda que ao argumento de que este debate seria extrajurídico, tem por consequência transformar o Direito em mera técnica, “arte pela arte”, e seu operador num perigoso autômato, mascarando e legitimando seu exercício real de poder e violência com alguma argumentação jurídica, mas escondendo e deixando como pressupostas as reais

funcionalidades político-criminais subjacentes (*Ibid.*, p. 25). Na esteira de **Juarez Cirino dos Santos**, pensar dogmática penal como um suposto critério de racionalidade do sistema punitivo significa assumir o ponto de vista do poder repressivo do Estado no processo de criminalização de marginalizados do mercado de trabalho e da pobreza social, em geral (SANTOS, 2012, p. 454).

#### 5. Considerações finais

Categorias conceituais e elementos estruturais da dogmática penal não são temas jurídicos “inocentes” ou elaborações intelectuais “descompromissadas”. A construção teórica do Direito Penal, além de situada histórica, política e socialmente em um contexto e um lugar, depende de prévia definição de questões primordiais, meta-dogmáticas: estabelecer quais as relações entre o saber penal e os dados de realidade, e de que forma eles são levados em conta; qual o sentido da punição, como ela é compreendida e apreendida; e, consequentemente, qual funcionalidade assume o saber diante dela.

A dogmática penal é, assim, nada mais, nada menos do que uma ferramenta. Ela instrumentaliza, em sentido técnico-jurídico, o conteúdo ideal proclamado pelos princípios fundamentais que atravessam o saber penal, cuja legitimação é política e que advém do núcleo duro da ideia de estado de direito (ou estado democrático de direito, ou estado constitucional de direito).

No fundo, o que defende um modelo realista-penal marginal é responsabilidade político-criminal: se nosso saber técnico não é inocente, porque produz, reproduz, aceita e legitima violências sobre pessoas concretas, então, como percebemos e entendemos aqueles e aquelas que submetemos ao controle penal é nossa responsabilidade – tão maior quanto mais vulneráveis, mais merecedoras de proteção, mais titulares de direitos e garantias fundamentais forem estas pessoas. Uma defesa que, no Brasil de 2021, é urgente.

#### Notas

<sup>1</sup> Por exemplo, sobre a recepção das ideias de Mezger na América Latina e no Brasil, principalmente em matéria de culpabilidade, Batista (2011, p. 167-169).

<sup>2</sup> Por todas as obras do autor, a de maior destaque, Barreto (1926, p. 129-152).

#### Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio/ago. 2013.
- BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- BATISTA, Nilo. Cem anos de repressão. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de repressão*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 161-180.
- BATISTA, Nilo. Apresentação. In: CODINO, Rodrigo; ALAGIA, Alejandro. *La descolonización de la criminología en América*. Buenos Aires: Ediar, 2019.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, I, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- CARLÉS, Roberto Manuel. Ver el árbol o ver el bosque? El realismo jurídico penal marginal como principio epistemológico fundamental para un modelo integrado de las ciencias penales en América Latina. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal*: homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 261-271.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Salo de. A hipótese do fim da violência no discurso da modernidade penal. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal*: homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 165-172.
- DUARTE, Evandro Piza. Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 130, p. 203-235, abr. 2017.
- DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del Otro – hacia el origen del “mito de la modernidad”. La Paz: Plural Editores, 1994.
- LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, 2005, p. 8-23.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno: controle penal na América Latina. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 77-93, jul./dez. 2006.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo. *Aníbal Quijano: textos de fundación*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2014a, p. 109-158.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad-racionalidad. In: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo. *Aníbal Quijano: textos de fundación*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2014b, p. 60-70.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina*. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 39-46, 2010.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro II*, I, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Recebido em: 08.05.2021 - Aprovado em: 06.07.2021 - Versão final: 04.08.2021

# ATÉ QUANDO BRASIL COLÔNIA? A VISÃO COLONIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

UNTIL WHEN BRAZIL COLONY? THE COLONIAL VIEW OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

**Leonardo Cruz da França**

Graduado em Direito pela UCSAL. Membro da Comissão de Direito Internacional – OAB/BA. Advogado.

ORCID: 0000-0002-6923-939X

leonardo.adv.ba@hotmail.com

**Resumo:** O presente artigo trata de estabelecer uma conexão entre as matrizes coloniais vivenciadas no Brasil e a sua atual posição com relação à política criminal norte-americana hegemônica, analisando a proposta de implementação da justiça penal negociada no Brasil, e abordando como o Brasil não observa os melhores exemplos e estudos epistemológicos de aplicação do Direito Processual Penal nos sistemas jurídicos.

**Palavras-chaves:** Neocolonialismo - Justiça Penal Negociada – Confissão - Neoliberalismo.

**Abstract:** This article aims to establish a connection between the colonial matrices experienced in Brazil and its current position in relation to the hegemonic North American criminal policy, analyzing the proposal for the implementation of criminal justice negotiated in Brazil, and addressing how Brazil does not observe the best examples and epistemological studies on the application of criminal procedural law in legal systems.

**Keywords:** Neocolonialism - Negotiated Criminal Justice – Confession - Neoliberalism.

## 1. Introdução

“Muitos contras, poucos prós/Segue a conta pra nós/O mesmo ônus quinhentos anos após/Desde Dom Pedro I que o Brasil é terceiro mundo/Desde Dom Pedro II que ainda somos controlados por terceiros” (Oriente, 2018)

O ano de 2019 foi marcado por diversas repercussões políticas e jurídicas no Brasil. Com a posse do atual Presidente da República, foram propostas diversas alterações nas legislações vigentes. E ao ponto que nos importa, as propostas de alterações no Código Processual Penal, mais especificamente com relação à proposta de inclusão do art. 395-A, que tratava de uma figura semelhante ao sistema de justiça penal negociada do modelo estadunidense (*Plea Bargaining*).

A inovação estava incluída no Projeto de Lei 882/2019, Pacote Anticrime, de autoria do Ministro da Justiça à época, Sergio Moro. Em que pese não ter sido implementado, importa tecer algumas preocupações existentes na importação de um instituto utilizado em uma outra sistemática penal para o Brasil, e qual o seu significado para um processo penal democrático.

O Brasil persiste em tentar resolver seus problemas internos olhando para as “metrópoles”, devido a sua cultura colonial – essa “metrópole” representada, atualmente, pelos Estados Unidos (DUCLERC, 2019). Com isso, diversos institutos de justiça penal são copiados<sup>1</sup> e inseridos de uma forma inadequada para o Processo Penal Brasileiro, como se simplesmente fossem resolver as problemáticas internas.

Um exemplo da influência do EUA no Brasil se dá por um exemplo recente. Donald Trump decidiu interferir na distribuição de insumos de saúde para a prevenção e tratamento do COVID-19, limitando sua chegada no Brasil, com a finalidade evidente de preservar os norte-americanos em detrimento de brasileiros, em mais uma faceta do novo colonialismo mundial (PINHEIRO NETO, 2018). Reafirma a postura capitalista, colonial e patriarcal dos EUA com o Brasil, pois, “sem um sentido claro de nação — entendida como uma comunidade de iguais independentemente da origem étnica e credo —, estamos condenados a ser, na prática, uma colônia ou um domínio” (VIEIRA, 2020, p. 01).

Desenhando essa problemática de submissão a outra cultura e suas repercussões, é necessário tecer algumas considerações da implantação de institutos de outro sistema processual penal, e apontar quais circunstâncias permeiam a justiça penal negociada.

## 2. O Problema

O contexto que marca o surgimento da negociação de acordos privilegiando a confissão do acusado nos EUA aponta para meados do século XX, que foram introduzidos de forma paulatina, sendo mal recepcionados pelos tribunais sob o argumento de que a confissão deveria ser espontânea, sem o oferecimento de benefícios ao acusado, principalmente para evitar corrupção. No entanto, o movimento das cortes não foi capaz de impedir a utilização da confissão, como forma de negocia-

ção com o acusador, ainda mais com a onda de supercriminalização ocorrida a partir de 1919<sup>2</sup> (DERVAN; EDKINS, 2013, p. 9-10).

Desta forma, o problema exsurge: a confissão e a possibilidade de inocentes se declararem culpados por meio dos acordos, levando em consideração o melhor benefício.

Este problema é significativo e põe em alerta a legitimidade de todo o sistema penal estadunidense, uma vez que, quando há a acusação de um crime de pena muito alta, existe a possibilidade de que ser inocente ou culpado não influencie na decisão do acusado, mas sim a melhor vantagem.

Contudo, os defensores do *plea bargaining* minimizam a possibilidade de haver uma assunção de culpa por inocentes, aduzindo que se trata de uma preocupação exagerada e que o réu que se considera inocente não aceitaria o acordo e esperaria o julgamento que culminaria em sua absolvição. Deste modo já se manifestou a Suprema Corte no caso *Brady v. USA*,<sup>3</sup> no sentido de que um réu orientado por advogados não se autoincriminará. Oito anos depois reafirmaram a posição em *Bordenkircher v. Hayes*<sup>4</sup> (DERVAN; EDKINS, 2013, p. 19).

Em sentido contrário e atual, dados do *Innocence Project*,<sup>5</sup> de setembro de 2019, apontam que dentre 365 exonerações de condenados inocentes, 25% dos exonerados confessaram ou admitiram a culpa, e 11% tinham feito acordo com acusação.<sup>6</sup> Isto certifica que um acusado, mesmo não tendo cometido o crime, poderá assumir sua autoria quando analisar racionalmente que é mais vantajoso em uma oferta de acordo.

Tal dilema não é novo e somente toma um novo contorno. Como exemplo, temos os tribunais de inquisição do Santo Ofício, onde o réu era extremamente castigado até reconhecer algo que estava sendo imputado a ele e, ao final, “(...) não resta dúvida de que a última grande novidade, em termos de ressignificação da Inquisição, no Brasil, é a entrada acelerada de mecanismos de solução negocial no processo penal (...)” (DUCLERC, 2019, p. 21).

Embora a confissão através de tortura seja muito menos confiável que a confissão por meio da negociação do direito norte-americano, pois na primeira a coação é maior, uma vez que é muito mais fácil um acusado confessar falsamente para se livrar da tortura do que para ter uma pena menor. No entanto, o dilema é o mesmo (LANGBEIN, 1978, p. 15). Eis os impasses que demonstram a incompatibilidade do instituto com um sistema democrático/garantista que se pretende estabelecer no Brasil.

## 3. Faces de um sistema Inquisitorial

Certamente problemas como esses também ocorreriam no Brasil: a flexibilização de garantias processuais ao condenado serviria para acelerar a aplicação da pena e tornar mais fácil a condenação, fazendo um verdadeiro *fast food* processual, nas palavras de Lênio Streck.<sup>7</sup>

Na perspectiva de que a liberdade entre fracos e fortes oprime e a lei liberta, as regras processuais são importantes para manter a igualdade



nesta relação de desiguais entre o Estado e os indivíduos, mas na atual lógica mercadológica aumenta-se o espaço de flexibilização das regras, dando lugar ao consenso (LOPES JR., 2019, p. 01).

As garantias processuais que são atravessadas por meio da negociação penal, sob o pretexto de acelerar a duração processual, dá novos contornos à matriz inquisitória, retroagindo a um modelo de processo penal ainda mais autoritário que o anterior à promulgação da Constituição de 1988. Embora a Constituição tenha vindo para dar contornos mais democráticos ao processo penal, derrubando o regime ditatorial/inquisitorial trazido pelo CPP de 1941, interpretações judiciais insistem em fazer com que a Constituição se compatibilize com o CPP, e não o inverso, assim como outras leis promulgadas como resposta ao populismo penal que hoje se apresenta no Brasil (DUCLERC, 2019, p. 21).

O Brasil vive um momento de relativização dos direitos fundamentais elencados pela Constituição em seu art. 5º, principalmente em relação à americanização à brasileira, "sem escrúpulos", decorrente da política de um estado neoliberal, com efeitos colaterais no sistema jurídico brasileiro. Uma vez que não existe espaço nos países de *Civil Law* para conviver com experiências vividas em países de *Common Law*, os efeitos da implantação de institutos processuais penais norte-americanos têm levado ao desrespeito à Constituição Federal e acentuado a insegurança jurídica (COUTINHO, 2019, p. 03).

Com relação ao processo de globalização hegemônica, há uma característica dominante devido ao poder econômico, político e cultural do Estado dominante: não há consenso entre os países, porém, as características do dominante legitimam a dominação (PESSOA; LEAL, 2019, p. 2628 apud SANTOS, 2002, p. 27-28).

#### 4. Considerações finais

O Brasil "fecha os olhos" para experiências bem-sucedidas dos países latino-americanos para focar em aplicações do processo penal em uma realidade jurídica totalmente diversa da vivenciada por nós, ratificando uma hegemonia do sistema penal norte-americano.

O mesmo entendimento é apresentado por Zaffaroni (2015), ao

alertar sobre o colonialismo que se apresenta sob os países latino-americanos, que permanece entre nós de forma tão acentuada como antes, só que agora em novas formas de se manifestar.

Cumpramos ressaltar que o Brasil é o último país latino-americano, que permanece com um Código de Processo Penal promulgado em um regime ditatorial (VIEIRA; PEIXOTO, 2019, p. 14-16).

A observância dos estudos sobre o processo penal em países vizinhos nos mostraria um avanço enorme em relação a um processo penal acusatório. Diversos países latinos já tratavam de cadeia de custódia há muito tempo. Tomando como exemplo essas outras culturas jurídicas, principalmente as latino-americanas, tidas como secundárias, e assemelhando-se ao processo de cosmopolitismo subalterno mencionado por Boaventura de Souza Santos.

Desta forma, é de se observar que ainda existem resquícios de influência entre um Estado centralizador para outros às suas margens, nestes últimos se inclui o Brasil. Tal situação que reafirma as linhas abissais que separam a Ciência e o Direito, considera-se que o que está aquém da linha abissal é o legal, o correto e o que deve prevalecer e ser seguido, assim, se despreza toda uma gama de experiências vivenciadas para além da linha abissal, pois é considerada falsa ou ilegal (SANTOS, 2007, p. 73).

Para resistir a essas estruturas abissais de origem colonial, deve-se resistir de forma ativa, para que essa estrutura não continue crescendo, com a valorização e atuação de movimentos anti-hegemônicos contra a exclusão social, econômica política e cultural gerada pela globalização do capitalismo neoliberal, isto é, o cosmopolitismo subalterno. "Assim, a resistência política deve ter como postulado a resistência epistemológica" (SANTOS, 2007, p. 83).

Concluindo a análise da justiça penal negociada, por fim, tal problema já repetidamente advertido de uma condenação sem processo, e o viés democrático de observância do sistema processual, sendo certo que "quem respira um pouco de oxigênio democrático, sabe que somente o processo pode fazer ceder, via decisão transitada em julgado, a muralha da presunção de inocência (...)" (MORAIS DA ROSA, 2013, p. 18).

Até quando Brasil Colônia?

#### Notas

- 1 A exemplo da alteração legislativa em 2008, que incorporou a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).
- 2 Cf. ALSCHULER, Albert W. "Plea Bargaining and Its History," *Law & Society Review*, no. 2 (1979): 211-45. Acesso em: 10 ago. 2021. doi:10.2307/3053250.
- 3 EUA, United States Court of Appeals for the Tenth Circuit. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).
- 4 EUA, United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).
- 5 Organização que se dedica a analisar os casos de condenados à prisão nos Estados

#### Referências

- ALSCHULER, Albert W. "Plea Bargaining and Its History," *Law & Society Review*, no. 2 (1979): 211-45. Acesso em 10 ago. 2021. doi:10.2307/3053250.
- BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1). Acesso em: 10 ago. 2021.
- COUTINHO, Jacinto de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado, 2019, pág. 2-5, *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, abr. 2019.
- DERVAN, Lucian E; EDKINS, Vanessa A. The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 103, n. 1, p. 1-48, 2013. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol103/iss1/1>. Acesso em: 14 jul. 2021.
- DUCLERC, Elmir. Justiça Penal Negocial: a face neoliberal da inquisição. *Trincheira Democrática*, ano 2, n. 3, pág. 21-22, 2019.
- EUA, *United States Court of Appeals for the Tenth Circuit*. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).
- EUA, *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).
- INNOCENCE PROJECT (2020). Research Resources. Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/research-resources/>. Acesso em: 29 out. 2020.
- LANGBEIN, John H., Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, p. 3-22, 1978. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclercv>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- LOPES JR., Aury. A ilusão de voluntariedade negocial no processo penal, *Conjur*, 31 mai. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/limite-penal-ilusao-voluntariedade-negocial-processo-penal>. Acesso em: 30 out. 2020.
- ORIENTE, Brasil Colônia [Nissin, Fábio Brazza, Sant, Sid, Gog]. Rio de Janeiro: Sony Music, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nzvZTVI91m4>. Acesso em: 10 abr. 2021.

- Unidos para identificar algum erro na condenação que possa proporcionar aos que foram presos revisão da sentença condenatória.
- INNOCENCE PROJECT (2020). Research Resources. Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/research-resources/>. Acesso em: 29 out. 2020.
- STRECK, Lênio Luiz. *Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual*. CONJUR, 2019. disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>. Acesso em: 10 ago. 2021.
- PESSOA, Sara de Araujo; LEAL, Jackson da Silva. Globalização Hegemônica e Política Criminal Neoliberal. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2620-2646, dez. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662019000402620&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000402620&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 07 nov. 2020.
- PINHEIRO NETO, Othoniel. Bolsonaro envergonha o Brasil ao entregá-lo como colônia dos Estados Unidos. *Brasil 247*, 17 dez. 2018. Disponível em: <https://www.brasil247.com/blog/bolsonaro-envergonha-o-brasil-ao-entrega-lo-como-colonia-dos-estados-unidos>. Acesso em: 06 nov. 2020.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estudos CEBRAP*, n.79, p. 71-94, nov. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/ytpjXkXyBtRxnJ7THFD8Brgc/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- STRECK, Lênio Luiz. *Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual*. CONJUR, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>. Acesso em: 10 ago. 2021.
- VIEIRA, A.; PEIXOTO, C. De qual reforma processual penal precisamos? Crítica ao projeto anticrime e às recorrentes "reformas" tópicas ao CPP brasileiro. In: RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza (orgs.). *Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime"*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.13-30.
- VIEIRA, Vinícius Rodrigues. Bolsonarismo renega a nação e se faz de colônia dos EUA. *Uol*, Entendendo Bolsonaro, 21 set. 2020. Disponível em: <https://entendendobolsonaro.blogosfera.uol.com.br/2020/09/21/bolsonarismo-renega-a-nacao-e-se-faz-de-colonia-dos-eua/>. Acesso em: 06 nov. 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. *Passagens, Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 7, n. 2, p. 182-243, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistapassagens/article/view/47060/27007>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Recebido em: 07.11.2020 - Aprovado em: 25.05.2021 - Versão final: 10.08.2021

## MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E A NECESSIDADE DE CORROBORAÇÃO (CONTRAPONTO)

MEANS OF OBTAINING EVIDENCE AND CORROBORATION RULE (COUNTERPOINT)

**Renato Stanziola Vieira**

Doutor e mestre em processo penal pela USP. Mestre em direito constitucional pela PUC-SP. Advogado.

ORCID: 0000-0001-6910-958X

renatovieira@kv.adv.br

**Resumo:** O artigo analisa a extensão da regra de corroboração prevista no art. 4º, §16, da Lei 12.850, sobretudo sua aplicabilidade às medidas cautelares e aos meios de obtenção de prova.

**Palavras-chave:** Corroboração – Medidas Cautelares – Meios de Obtenção de Prova.

**Abstract:** This paper analyzes the extension of the corroboration rule provided for by art. 4, §16, of Law 12,850, especially regarding its applicability to precautionary measures and means of obtaining evidence.

**Keywords:** Corroboration – Precautionary Measures – Means of Obtaining Evidence.

Tratar de temas a partir de olhares distintos é passo importante na construção de melhor sistema de justiça criminal e reflete a maturidade do IBCCRIM. Além da constatação objetiva da oportunidade para o debate, eu me sinto envidescido pelo convite ao diálogo com meu caro amigo **Andrey Borges de Mendonça**, a partir de seu instigante artigo Meios de Obtenção de Prova e a Necessidade de Corroboração. Privo da amizade de Andrey há anos e, com ela, cresceu também minha admiração.

Eu concordo com alguma parte do que consta do artigo. Parece-me correta, por exemplo, a premissa (no artigo pouco explorada, e sobre isso tratarei no final do meu texto) da “desconfiança epistemológica” que cerca a palavra do colaborador. Mas divirjo respeitosamente de seu conteúdo em outros pontos.

Não me parece que “as cautelares probatórias estão excluídas da vedação prevista no art. 4º, § 16, da Lei 12.850”. Abaixo indico os motivos de minha discordância.

### 1.

Houve, no artigo, uma colocação interessante sobre a transposição do conceito processual civil de cautelaridade para o processo penal, algo com o que nós brasileiros ainda convivemos. Deveras, seja pelas noções de **Calamandrei**, seja por outros autores que a ele se seguiram sem se desgarrar de suas bases teóricas, é inegável que a lógica imperante no Código de Processo Penal, com questionamentos quanto à sua atecnia, conecta o *fumus commissi delicti* ao *periculum libertatis*. Assim permanece, até hoje, a noção de cautelaridade. Mas, a essa escolha doutrinária não se segue, ao menos com a lógica desenhada no artigo em debate, a separação conceitual para que se cheguem aos “meios de obtenção de prova”.

A categoria dos “meios de obtenção de prova”, ou as demais que começam a se sedimentar no Brasil, como “técnicas ocultas de investigação”,<sup>2</sup> “técnicas especiais de investigação”<sup>3</sup> ou “métodos ocultos de investigação”,<sup>4</sup> não decorrem de superação da categorização das chamadas “medidas cautelares”.

A ideia, como grassou nos estudos que redundaram no *Codice di Procedura Penale* de 1988, foi a de adoção, exclusivamente no contexto do Direito Probatório, de nova terminologia tendo em conta três critérios: terminológico, lógico e técnico-operativo.<sup>5</sup> Não havia ligação entre a nova categoria e as chamadas “medidas cautelares”. Tanto que a sistematização do sistema processual penal italiano, quanto à separação

entre “meios de prova” e “meios de pesquisa de prova”, não se confunde com a já conhecida sobre medidas cautelares.<sup>6</sup>

E, no cipoal que tem se tornado o sistema processual penal brasileiro, deve-se ver que até hoje se preveem as chamadas “medidas assecuratórias” (arts. 125 e ss., CPP) ao lado da famigerada “busca e apreensão” (arts. 240 e ss., CPP) e, inclusive, dos recentemente indicados “meios de obtenção de prova” (Lei 12.850/13). Esse não é o lugar para tanto – e não haveria extensão para aqui se dissecar os institutos – mas é possível se entender que a busca e apreensão, objeto das preocupações trazidas no artigo, era vista doutrinariamente também como “meio de obtenção de prova” inclusive antes do advento da Lei 12.850/2013.<sup>7</sup>

Alguém poderia dizer, interpretando o artigo ao qual faço o contraponto, que a característica sedimentada do *periculum in mora*, tal como se conhece em matéria de medida cautelar, deixou de ser considerada ao se utilizar o conceito de “meio de obtenção de prova”. Esse argumento, além de não ser plenamente verdadeiro (as atividades de infiltração policial, ação controlada, interceptação de comunicações telefônicas demandam o *periculum in mora*, ao passo que outras não, como acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, afastamento de sigilos financeiro, bancário e fiscal), é inócuo.

A tônica que chama a atenção é a medida da invasividade na esfera dos direitos fundamentais. Só isso já indica um necessário reforço de argumentação de qualquer decisão atrelada ao deferimento de meios de obtenção de prova, que não deve, portanto, ser amparada nos meros relatos internos de colaboradores. Aliás, vários meios de obtenção de prova nomeados na Lei 12.850/13 são conhecidos antes da regulamentação da delação premiada (interceptação telefônica, quebras de sigilo bancário e fiscal, p.ex.) e sua utilização sempre decorre de específica fundamentação judicial obviamente independente de relatos internos de delações premiadas, até porque anteriores à regulamentação desse instituto. Não é correto, portanto, com a novidade da regulamentação da delação que se autorize, sem mais, a utilização de tais meios de obtenção de prova a partir de relatos internos de colaboradores. A alteração legislativa, segundo me parece, não oportunizou maior flexibilidade na utilização de meios de obtenção de prova que antecediam as previsões de delação premiada.

De qualquer sorte, e ainda que com críticas,<sup>8</sup> os “meios de obtenção de prova” podem ser instrumentais na coleta da prova (como mecanismos probatórios de 2º grau, eles possibilitam chegar aos elementos de prova,



mas não ostentam aptidão probatória), e são conhecidos como aparatos utilizados majoritariamente na primeira fase da persecução penal, fora do contexto rígido de contraditório, frequentemente acompanhados de um “elemento surpresa” por parte do alvo das medidas.<sup>9</sup> Mas essa categoria não suplanta a cautelaridade.

E com isso se volta à busca e apreensão.

No Brasil, se por um lado deve haver “fundadas razões” para a busca como regra geral (art. 240, p. 1º, CPP), na busca pessoal deve haver “fundada suspeita” das situações ali previstas (art. 240, p. 2º, CPP). Além disso, os cuidados com que se cerca o legislador para validar as buscas domiciliares (art. 245, CPP) e os requisitos do mandado (art. 243, CPP) evidenciam que não se cuida de varejamento ou providência qualquer. Há, em matéria de busca e apreensão, palpável previsão de cuidado a partir do *fumus comissi delicti*.

Com isso chego a uma conclusão: a exigência de cuidados específicos previstos na legislação, sejam os do Código de Processo Penal, sejam os da Lei 12.850/13, com a corroboração externa ao relato de colaborador, não decorre da finalidade do instrumento que se pretenda utilizar a partir de relatos contidos em delação premiada.

Discordo do argumento segundo o qual se a natureza “preponderante” do instituto for probatória, isso dispensaria a regra de corroboração. A preocupação do legislador não foi com a “natureza preponderante” do instituto, e sim com os riscos inerentes à utilização da medida em si, seja a finalidade probatória, seja outra.

As escolhas político-criminais, seja a de 1941, seja a de 2019, que conferiu a redação atual ao dispositivo constante da Lei 12.850/13, não foram utilitaristas ao ponto de sopesar os meios em razão dos fins, para a partir daí ser mais lassa ou rigorosa quanto aos meios para que eles sejam atingidos. Elas decorreram do instituto em si e do que ele significa de potencial ofensa a direitos fundamentais, e não da preocupação com o fim almejado com ele.

Nesse particular, a menção a uma nova divisão entre as medidas cautelares – não só as medidas cautelares pessoais e reais, como também, ao seu lado, as probatórias, não infirma meu ponto de vista.

No Brasil, ou as medidas cautelares são pessoais, ou reais/patrimoniais,<sup>10</sup> isto é, elas podem recair sobre alguém ou sobre algum objeto. Feita a distinção, a variada finalidade de cada medida cautelar – e aí entra a terminologia da cautelar probatória para quem a prestigia, e cuja fluidez classificatória é reconhecida pelo próprio autor do artigo contraposto<sup>11</sup> – não altera o regime jurídico, que decorre de sua essência como medida cautelar, mas não de sua variada finalidade.

A razão de ser da escolha legislativa é essencialista, mas não utilitarista.

No detalhe, é curioso se pretender que, se a medida de busca ou apreensão amparada exclusivamente em colaboração premiada tiver aspecto de “medida cautelar real”, ela precisaria de corroboração externa, ao contrário do que se defendeu se a mesma medida tiver aspecto probatório. E essa não me parece a melhor posição, por estabelecer distinção interna do instituto a partir de sua imaginada finalidade “preponderante”, desnaturando seu regime jurídico.

O problema não está na finalidade da medida (probatória, assecuratória ou outra), mas nela mesma. E, para o que interessa nessa abordagem, já que conectada aos informes de colaborador, no que lhe dá sustentação.

## 2.

Com isso, chego a um segundo aspecto. No artigo que me serviu de provocação, defendeu-se que a busca e apreensão com finalidade (então chamada de preponderante) probatória deveria ser aceita mesmo sem elemento externo de corroboração e só com a palavra do delator para que a própria colaboração pudesse ser “vestida”.

Por essa lógica, a admissibilidade da busca e da apreensão sem reforço algum a não ser a própria palavra do colaborador residiria na constatação de que, a não ser assim, a própria corroboração estaria inviabilizada. Segundo se apontou, com esse permissivo, seria possível fugir do que se viu como uma tautologia: exige-se corroboração para decretar os meios de obtenção de prova e as cautelares probatórias, mas para corroborar

são necessários tais instrumentos.

Aqui me parece que o artigo sobrevalorizou a relevância do informe do delator e diminuiu a importância da premissa de sua desconfiância epistemológica. E, com isso, discordou dos cuidados vistos pelo legislador brasileiro.

Escolhas político-criminais podem satisfazer ou não a determinados fins. Assim foi e continua sendo com a longa discussão teórica sobre a conveniência ou não das *exclusionary rules*, idealizadas em solo norte-americano há mais de um século. É conhecida, aliás, a postura de **Wigmore** a respeito.<sup>12</sup> Da mesma forma, não há como se objetar que o Direito Probatório é todo institucionalizado, objeto de disciplinas jurídicas que, a um tempo, lhe conferem artificialidade, e a outro, lhe conferem segurança a partir exatamente da adequação à política criminal fundante de cada sociedade.<sup>13</sup>

E, nesse particular, como aponta **Mirjan Damaška**, “a regulação legal da prova é, em resumo, influenciada tanto por fatores epistêmicos como contra epistêmicos.”<sup>14</sup>

Quando o legislador, portanto, estatuiu, a partir de delações premiadas, que medidas cautelares só podem ser deferidas a partir de corroboração externa, foi feita a escolha político-criminal. Não houve nem silêncio eloquente nem tautologia, e sim, assunção de sinal a partir exatamente da baixa fiabilidade intrínseca de palavras de colaborador.

A preocupação do legislador, ao mencionar as cautelares “reais ou pessoais” no dispositivo questionado, demonstrou preocupação com o instituto jurídico, e não com a sua variada finalidade. Por isso, entender que as cautelares “probatórias” deveriam estar ali abrangidas é imaginar lacuna legislativa onde ela não existe. Também as cautelares “probatórias”, supondo-se que a finalidade renda alguma classificação, estão abrangidas pela vedação legal do art. 4º, §16, da Lei 12.850, já que também elas ou são reais ou são pessoais.

Nessa esteira, a partir de mecanismo de reconhecido baixo valor epistemológico (delação), passar-se a admitir medida probatória cuja invasividade é inquestionável (busca e apreensão) a partir da propalada instrumentalidade probatória é caminhar no sentido contrário ao que a lei estatuiu. Do sabido déficit epistemológico de informes de delatores, sem mais, admitir-se-ia medida invasiva como a busca e apreensão. O recado do legislador não foi esse. Eventual caminho para sua correção não passa por torcer o sentido do texto legal com o argumento do “fim preponderante” do instituto ou com o utilitarista de “para corroborar é preciso da busca ou da apreensão”.

À vislumbrada tautologia imaginada no artigo, responde-se que: se a corroboração externa da delação depende do implemento de medidas cautelares, assume-se não só a fraqueza valorativa do informe da própria delação, como se instrumentaliza ainda mais a utilização de medidas de força no processo penal para salvar palavras de delatores. E a ideia que está por trás da regra de corroboração externa é o oposto disso: delação premiada não pode isoladamente gerar medidas cautelares.

Por isso mesmo é que, dos investigadores em geral, de posse de informações fornecidas pelos delatores, se deve exigir pertinácia para não se socorrerem do atalho de construir todo o pretenso arcabouço probatório sobre delações, e às custas de direitos vilipendiados.

Houve, ponderando livremente para o diálogo com o caríssimo **Andrey**, um risco assumido pelo legislador. A assunção de que a busca e apreensão (ainda que “preponderantemente” probatória) independe de corroboração externa significa abrir exceção indevida ao comando da lei.

## 3.

Resta a consideração conclusiva sobre porque no instigante artigo se defendeu aquele ponto de vista, que à essa altura poderia já até ter sido intuita: colocou-se em segundo plano a própria “desconfiança epistemológica” da delação premiada para, como dito no texto, “vesti-la”. Ou seja: a questão toda não é somente a finalidade da busca e apreensão, ou a questão conceitual (meio de obtenção de prova, medida cautelar pessoal ou real, com possível finalidade probatória), mas sim, a validação do conteúdo de delação premiada.



Há um percurso argumentativo longo a partir do instituto (busca e apreensão), que desqualificou a cautela do legislador não com relação à busca ou mesmo aos erros ou acertos terminológicos com relação às situações de cautelariedade, mas que se presta a validar, a meu ver à margem da lei, a delação sem outros elementos informativos válidos a ela externos.

O problema, pois, está também na delação e no que com ela se sustenta, e não na conceituação do que vem depois.

Reforço meu argumento: o que é pouco fiável não pode justificar medidas invasivas. E essa premissa foi pouco referida no artigo debatido. A partir do momento em que há informes de delator, é sim forçoso se insistir para que investigadores e futuros acusadores diligenciem com outros meios, mas não os meios de obtenção de prova (busca e apreensão entre elas), para corroborar as palavras do delator. Antes: deve sim haver a corroboração externa para, quebrada a causalidade imediata a partir da delação, cogitar-se de meios invasivos, como é o caso da medida de busca e apreensão.

A regra de ouro não deve ser aquela segundo a qual para corroborar a delação é possível inclusive, ainda que com elegante e inteligente forma de expor, contrariar a lei, mas sim entender que, se a base é movediça como é (delação), o solo probatório não sustenta tamanhas medidas (probatórias) invasivas como a busca e a apreensão.

O caminho assumido pelo legislador brasileiro foi o contrário do entendido no artigo que é aqui contraposto: a vedação do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/13, aplica-se às medidas cautelares (mesmo que tenham, como visto, as tais finalidades probatórias, pois isso não desnatura a sua essência) ou aos meios de obtenção de provas, pois eles só podem ser

decretados se houver fator externo ao conteúdo das palavras do delator que os amparem.

A admissibilidade ou inadmissibilidade de sua utilização não depende da “confiabilidade interna” das palavras do delator, e sim, de circunstâncias que lhes sejam externas. E em minha opinião, não é o caso de se socorrer de precedente de direito estrangeiro para defender o contrário do que prega a lei brasileira. Tivesse o legislador brasileiro assumido posição diferente quanto ao requisito de corroboração externa para os fins propalados de utilização de meios de obtenção de prova ou medidas cautelares, poderíamos adentrar ao tema da proporcionalidade e então discutiríamos a (i) confiabilidade interna dos relatos e (ii) a sequência de meios de prova admissíveis. Mas nada disso é necessário diante do conteúdo do art. 4º, §16, da Lei 12.850/13. Mais uma vez, não há espaço para debate aprofundado, mas o fato é que, se estivessemos no campo de princípios, poderíamos até discutir critérios como peso, relevância, proporcionalidade. Mas estamos no campo de regras, em que impera a lógica de tudo-ou-nada, como interpreto o aludido dispositivo legal.

O sistema jurídico só avança com segurança se for erguido em bases sólidas, e o arcabouço probatório também. A delação premiada é, concordando mais uma vez com meu amigo **Andrey Borges de Mendonça**, “instrumento essencial para a persecução penal eficiente de crimes graves”.<sup>15</sup> Mas tantos outros o são. E um e outros instrumentos, com propensões probatórias, devem atender aos figurinos legais, sob pena de a busca pela verdade, ou se se preferir, do esclarecimento dos fatos no processo penal, converter-se, como lembra mais uma vez **Mirjan Damaška**,<sup>16</sup> em exercício cognitivo sem freio. E isso não há como admitir.

## Notas

<sup>1</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. 2022, p. 29.

<sup>2</sup> BADARÓ, 2017, p. 130.

<sup>3</sup> ARAS, 2013, p. 506; 512.

<sup>4</sup> ANDRADE, 2009, p. 104.

<sup>5</sup> CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; MODONA, Guido Neppi, 1989, p. 504. E também: *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni* (GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA, Parte Prima, Roma: Lunedì, 24 ottobre 1988. Supplemento ordinario n. 2, n. 250, del 24 ottobre 1988. Serie Generale, p. 59).

<sup>6</sup> UBERTIS, 2015, p. 82, rodapé 8; CHIAVARI, 2007, p. 299; LOZZI, 2013, p. 207. Também Alessandro Bernasconi (SCALFATI; et al 2018, p. 233) e Oreste Dominioni (DOMINIONI; et al 2018, p. 253-5).

<sup>7</sup> BADARÓ, 2015, p. 385. E também: GOMES FILHO, 2018, p. 567. Marcelus Polastri dizia

que a busca e apreensão é uma “medida cautelar que visa à obtenção de uma prova para o processo” (2005, p. 134).

<sup>8</sup> Em nosso *Controle da Prova Penal. Obtenção e Admissibilidade* (VIEIRA, 2021), apresentamos críticas quanto à essa categoria.

<sup>9</sup> Há uma repetição de tais características, e os autores que se acercam desse conceito são: TONINI, 2000, p. 243-4; SILVA, 1999, p. 189-90; VALENTE, 2009; JESUS, 2011. No Brasil, a distinção é colocada por, entre alguns outros, GOMES FILHO, 2005, p. 309.

<sup>10</sup> BADARÓ, 2008, p. 173; BADARÓ, 2015, p. 937.

<sup>11</sup> Como POLASTRI, 2005, p. 113.

<sup>12</sup> WIGMORE, 1922, p. 479.

<sup>13</sup> ANDERSON; SCHUM; TWINING, 2015, p. 354.

<sup>14</sup> DAMAŠKA, 2003, v. 2, p. 117.

<sup>15</sup> MENDONÇA, art. Cit., p. 30.

<sup>16</sup> DAMAŠKA, 1973, p. 578.

## Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. “*Bruscamente no verão passado*”, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Trad. coordenada por Flavia Carbonell y Claudio Aguero. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Coord.), *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coords.), *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; DIAS NETO, Theodmiro (coords.) *Crimes Econômicos e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHIAVARI, Mario. *Diritto Processuale Penale*. Profilo Istituzionale. 3. ed. Torino: UTET, 2007.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; MODONA, Guido Neppi. Il progetto preliminare de 1978. In: CONSO, Giovanni. *Il Nuovo Codice di Procedura Penale*. Dalle Leggi Delega ai Decreti Delegati. Padova: Cedam, v. I, 1989.

DAMAŠKA, Mirjan. *Epistemology and legal regulation of proof*. Law, Probability and Risk, 2003, v. 2.

DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, p. 506-589, 1973.

DOMINIONI, Oreste et al. *Procedura penale*. 6. ed. Milão: G. Giappichelli, 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. *Código de Processo Penal Comentado*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHALL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Lisboa: Almedina, 2011.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 8. ed. Milão: G. Giappichelli, 2013, p. 207.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Meios de Obtenção de Prova e a Necessidade de Corroboração*. Boletim IBCCrim. Ano 30, n. 350, janeiro de 2022, p. 29.

POLASTRI, Marcelus. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCALFATI, Adolfo et al. *Manuale di diritto processuale penale*. 3. ed. Milão: G. Giappichelli, 2018.

SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1999.

TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2000.

UBERTIS, Giulio. *Profili di Epistemologia Giudiziaria*. Milão: Giuffrè, 2015.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. 2. ed. Lisboa: Almedina, tomo I, 2009.

VIERIA, Renato Stanzola. *Controle da prova penal*. Obtenção e admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

WIGMORE, John Henry. Using evidence obtained by illegal search and seizure. *American Bar Association Journal*, v. 8, n. 8, p. 479-482, ago. 1922.

Autor convidado

TEMA:

# ACÓRDÃO EM DESTAQUE: FALTA DE INTERESSE DE AGIR ANTE A RECUSA NA OFERTA DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

Recurso em sentido estrito. Tráfico ilícito de drogas. **Rejeição da denúncia por falta de interesse de agir. Recusa na oferta de proposta de acordo de não persecução.**

1. **A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro segue o padrão verificado em outros ordenamentos. É um movimento crescente, consistente e irreversível. Privilegiou-se por estas bandas a construção de caminhos alternativos de solução do conflito penal que não passam pela afirmação oficial da culpa.** Expressam uma distensão do aparato punitivo cujos campos de incidência, forma e efeitos são indicados pelo legislador. A dinâmica assim posta é compatível com um ambiente de controle oficial sobre as políticas criminais e os seus canais de expressão.

2. **Os modos de Justiça disputada e de Justiça consensual não são mundos estanques e isolados. Ao contrário, guardam interrelações e intersecções.** Em realidade, os mecanismos de solução consensual incidem nas diferentes etapas da persecução, guardando, em algumas hipóteses, contornos de prejudicialidade.

3. **Transação penal, suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal são acordos de solução do conflito penal sem a afirmação de culpa.** Assim sendo, mais do que despenalizar, **os institutos evitam a estigmatização que decorre não só do processo, mas também da afirmação da culpa penal.** Os institutos não refletem uma política de processo, mas sim, uma política criminal.

4. O processo não é apenas um locus construído para o embate de posições antagônicas sob o olhar passivo do julgador. É, também, campo de realização das políticas criminais. Nesse cenário, **o uso do modo de justiça consensual não é opção fundada no absoluto poder dispositivo das partes. Em realidade, é antecedente lógico e necessário do uso do modo disputado de justiça. É por isso que os requisitos são indicados em lei. Em casos que tais, a observância da etapa consensual é obrigatória.** Mais do que isto, a recusa injustificada ao uso dos meios consensuais - despenalizadores e não estigmatizantes - deve ser alvo de controle judicial.

5. A lógica informadora do acordo de não persecução retoma a energia inspiradora da primeira onda consensual verificada no sistema processual brasileiro e que foi dada com a promulgação

da Lei 9.099/95: despenalização e aprimoramento do aparato persecutório. A possibilidade de encerramento do conflito penal, sem afirmação de culpa, indica um enfrentamento mais brando do ilícito penal.

6. Recusas infundadas ou desarrazoadas comportam correção não se podendo retirar do Judiciário o exame sobre a lesão ou ameaça de lesão, mormente quando esta envolver a liberdade. **Não se concebe que o Ministério Público, como ator igualmente responsável pela concretização de políticas criminais, não apresente justificativa para a recusa do uso da via consensual ou que apresente justificativa não amparada pela própria lei.**

7. **Não haverá interesse de agir - necessidade - no uso da via disputada, enquanto não esgotada a possibilidade do uso da via consensual.** Logo, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual. Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395 do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se, dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça.

8. Hipótese em que o réu confessou, circunstancialmente, a prática delituosa. Réu que é primário e sem o registro de antecedentes criminais. Não indicação, na denúncia, de envolvimento do réu em atividades ilícitas ou em organizações criminosas. Quantidade de drogas pequena. Substância entorpecente de pequena nocividade. Elementos que apontam para o alto grau de probabilidade de incidência da figura privilegiada com o consequente afastamento do caráter hediondo.

9. Na delimitação da política de enfrentamento de drogas, o legislador distinguiu a figura do tráfico em sua forma fundamental e o tráfico privilegiado. Os regimes punitivos são sensivelmente diversos. **Cabe a todos os agentes persecutórios sensibilidade para com os padrões estabelecidos em lei e sobre os quais não há margem de apreciação.** Afinal, os elementos de configuração do tráfico privilegiado são objetivos (primariedade, ausência de antecedentes e não envolvimento em atividades ilícitas ou em organizações criminosas). **Quando há falha no cumprimento da lei**

**e sobretudo de cumprimento de políticas criminais explicitadas em lei, resta ao Judiciário assegurar a tutela da liberdade.**

10. Recurso conhecido e improvido.

(...)

## **2. Do mérito recursal**

### **2.1 Síntese dos fatos e dos termos do processo**

Conforme se infere da denúncia, imputa-se ao recorrido a prática do tráfico ilícito de drogas em razão de fatos supostamente ocorridos no dia 10 de outubro de 2020, na rua Rio de Janeiro, n. 22, cidade e comarca de Nazaré Paulista. Naquela data, durante patrulhamento regular, policiais militares avistaram o acusado na companhia de dois indivíduos que, ao notarem a aproximação daqueles, tentaram fugir. O réu, contudo, foi abordado e em seu poder os policiais encontraram 29 porções individualizadas de maconha.

A perseguição penal, é certo, foi instaurada após a lavratura de auto de prisão em flagrante. Após as providências de praxe, a autoridade judiciária converteu a custódia em prisão preventiva (fls. 41/43 dos autos principais). Impetrou-se habeas corpus cuja liminar foi concedida em sede de plantão judiciário de Segundo Grau. Com a finalização do inquérito e formalização da acusação, a autoridade judiciária determinou a notificação do acusado (fls. 109/110 dos autos principais). O réu não foi encontrado para ser pessoalmente citado o que levou à citação por edital (fls. 149/150 dos autos principais). Apresentou, contudo, resposta escrita (fls. 151). A autoridade judiciária determinou que o Ministério Público emendasse a denúncia para explicitar as razões pelas quais não teria proposto o acordo de não persecução penal (fls. 156/157). O Ministério Público manteve a negativa de proposta de acordo de não persecução (fls. 169/176). Seguiu-se decisão que rejeitou a denúncia por ausência de condição de ação representada pela falta de interesse de agir e que agora é desafiada (fls. 254/258).

### **2.2 Da Justiça consensual e Justiça disputada: intersecções**

A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro segue o padrão verificado em outros ordenamentos. É um movimento crescente, consistente e irreversível. Privilegiou-se por estas bandas a construção de caminhos alternativos de solução do conflito penal que não passam pela afirmação oficial da culpa.<sup>1</sup> Expressam uma distensão do aparato punitivo cujos campos de incidência, forma e efeitos são indicados pelo legislador. A dinâmica assim posta é compatível com um ambiente de controle oficial sobre as políticas criminais e os seus canais de expressão. Não houve, portanto, transplante de institutos operativos em sistemas profundamente sintonizados com os ideais do liberalismo, marcados pela autonomia das partes e pela desconfiança quanto à capacidade dos órgãos públicos na adjudicação dos conflitos.<sup>2</sup>

Os modos de Justiça disputada e de Justiça consensual não são mundos estanques e isolados. Ao contrário, guardam interrelações e intersecções que são pouco exploradas pela doutrina. Em realidade, os mecanismos de solução consensual incidem nas diferentes etapas da persecução, guardando, em algumas hipóteses, contornos de prejudicialidade. Não se fala aqui dos acordos sobre sentença que envolvem afirmação de culpa e indicação dos padrões punitivos ou mesmo daqueles que envolvem barganha sobre elementos de prova como no caso dos acordos de colaboração premiada. O que desperta a atenção são os mecanismos que estabelecem caminhos alternativos de solução do conflito penal sem afirmação de culpa ou mesmo de responsabilidade penal. São os exemplos da transação penal e da suspensão condicional do processo, legítimos representantes da primeira geração da revolução consensual no processo penal brasileiro, e o novel acordo de não persecução penal.

Os três institutos aproximam-se pelo ideal que buscam materializar. Dir-se-á que o objetivo que os orienta é puramente utilitarista: dar vazão ao sobrecarregado sistema de justiça. Não se nega, por certo, que uma das finalidades daqueles mecanismos tenha sido o de abrir os gargalos da justiça disputada que, dessa forma, ficaria reservada para os casos de maior gravidade a demandar um solucionamento pela via da apuração processual da verdade. Há, contudo, outros objetivos aparentemente mais nobres e que são pouco explorados, senão esquecidos. Com efeito, nos três casos, **a busca por caminhos alternativos não é apenas, e tão somente, o de impedir o acionamento da justiça disputada, mas sim o de solucionar o conflito penal sem a afirmação de culpa e imposição de sanção penal. Assim sendo, mais do que despenalizar, os institutos evitam a estigmatização que decorre não só do processo, mas também da afirmação da culpa penal.<sup>3</sup> Os institutos não refletem uma política de processo, mas sim, uma política criminal.**

A importância da afirmação não pode ser menosprezada, pois ela dita a maneira como os institutos devem ser operacionalizados. Explica-se. **Nos Estados que não adotam uma cartilha excessivamente apegada ao liberalismo e ao individualismo, a concretização de políticas públicas encontra o seu campo de manifestação também na realização da Justiça, em geral, e no processo, em particular. O processo não é apenas um locus construído para o embate de posições antagônicas sob o olhar passivo do julgador. É, também, campo de realização das políticas criminais. Nesse cenário, o uso do modo de justiça consensual não é opção fundada no absoluto poder dispositivo das partes. Em realidade, é antecedente lógico e necessário do uso do modo disputado de justiça. É por isso que os requisitos são indicados em lei. Em casos que tais, a observância da etapa consensual é obrigatória.** Mais do que isto, a recusa injustificada ao uso dos meios consensuais - despenalizadores e não estigmatizantes - deve ser alvo de controle judicial. Não há, dessa forma, espaço para a absoluta discricionariedade. A recusa, não amparada nos requisitos legais, afasta a justa causa para o uso da via disputada.

### **2.4 O acordo de não persecução penal e a terceira onda consensual do processo penal brasileiro**

A primeira tentativa de implementação do chamado acordo de não persecução penal deu-se pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, posteriormente alterada pela Resolução 183/18 do mesmo órgão. Desnecessário destacar a flagrante inconstitucionalidade daqueles atos. Afinal, pela via administrativa buscou-se inovar a legislação processual com a inclusão de novo caminho de solução do conflito penal. Chegou-se ao disparate de se estabelecer procedimentos a serem observados pela autoridade judiciária.<sup>4</sup> O rol de inconstitucionalidades é exaustivo. Seria suficiente pontuar o sequestro da competência legislativa da União.<sup>5</sup> É possível, contudo, que o movimento tenha sido calculado. Tanto é verdade que dois anos depois o acordo de não persecução penal foi abrigado pelo que se denominou de Pacote Anticrime em cujo processo legislativo tentou-se emplacar, igualmente, o acordo penal.<sup>6</sup> A história é conhecida de todos. O primeiro vingou, enquanto o segundo não obteve consenso legislativo. Eis a terceira onda consensual brasileira, em muito embalada pela propalada eficiência dos acordos de colaboração premiada e o enfrentamento da criminalidade organizada.

A lógica informadora do acordo de não persecução retoma a energia inspiradora da primeira onda consensual: despenalização e aprimoramento do aparato persecutório. A possibilidade de encerramento do conflito penal, sem afirmação de culpa, indica um enfrentamento mais brando do ilícito penal. Por outro lado, a adoção do caminho alternativo ao processo penal disputado busca liberar energia persecutória para o enfrentamento da criminalidade



mais grave. Nesse ponto, a ampliação dos horizontes consensuais foi significativa. O parâmetro dos quatro anos da pena mínima abstratamente cominada, ainda que excluídos os crimes associados ao emprego de violência ou de grave ameaça, projeta vários tipos penais que até então não eram alcançados pela dinâmica da Justiça consensual. A ampliação alinha-se ao movimento mundial de implementação de formas alternativas consensuais de solução do conflito penal.

Da parte do investigado, a opção pelo acordo implica renúncia ao exercício de vários direitos e garantias vinculados ao processo penal tradicional. Não há aqui qualquer novidade. A inovação fica pela exigência da confissão, formal e circunstanciada que, dessa forma, figura como requisito da proposta. Ou seja, o acordo pressupõe renúncia ao exercício do direito ao silêncio. Não há inconstitucionalidade. Afinal, a decisão do investigado reger-se-á pela voluntariedade sendo legítimas, nos processos de construção de sua decisão, as ponderações em torno das melhores estratégias defensivas a adotar. É o que já ocorre com o acordo de colaboração premiada.

**No que se refere à intervenção judicial, o modelo do acordo de não persecução repetiu o roteiro implementado para os demais institutos consensuais.** O juiz não participa das tratativas, porém é chamado a exercer o controle de regularidade, legalidade e voluntariedade. A homologação é condição de eficácia iniciando-se, a partir dela, a execução das condições estabelecidas.<sup>7</sup> Superadas estas, dá-se a extinção da punibilidade. **Mais uma vez surge o problema do não oferecimento da proposta pelo Ministério Público e a atuação do juiz. Não se vislumbra situação diversa daquela já examinada com relação aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Ou seja, muito embora a jurisprudência tenha se ossificado em torno da inatividade judicial em sede de supressão da omissão do Ministério Público, a questão exige leituras menos radicais e compatibilizadas com um modelo onde a intervenção judicial se mostra necessária para coibir eventuais excessos representados pela omissão infundada e injustificável.**

Não se quer com isto dizer que não haja qualquer espaço para a atuação das partes. Aliás, na indicação dos requisitos para o uso da via consensual, o legislador valeu-se de alguns elementos mais abertos os quais serão preenchidos pelas partes e especialmente pelo Ministério Público. Não se trata, contudo, de poder absoluto, discricionário e totalmente imune a qualquer controle, inclusive o judicial. **Recusas infundadas ou desarrazoadas comportam correção não se podendo retirar do Judiciário o exame sobre a lesão ou ameaça de lesão, mormente quando esta envolver a liberdade.** Não se concebe que o Ministério Público, como ator igualmente responsável pela concretização de políticas criminais, não apresente qualquer justificativa para a recusa do uso da via consensual ou que apresente justificativa não amparada pela própria lei.<sup>8</sup>

## **2.5 A recusa injustificada - ou ilegalmente motivada - da proposta de acordo de não persecução penal. A falta de interesse de agir para a proposição de ação penal**

Dentre as várias condições da ação penal construídas, o interesse de agir é, sem dúvida, o que mais reação provocou na doutrina diante das dificuldades geradas pela sua transposição automática para o processo penal. De fato, pela doutrina tradicional, o interesse processual supõe um conflito de interesses materiais. Assim, a insatisfação do interesse de uma das partes pela resistência ofertada pela outra gera o interesse em movimentar a jurisdição para dela obter a satisfação que não fora alcançada. Pela visão clássica, o interesse processual supõe resistência. Quando esta não

existe, o interesse material pode ser satisfeito, independentemente da provocação ao Estado-juiz. É a noção do interesse-necessidade.

**A noção de necessidade, no processo penal, não passa pela ideia de resistência, mas sim, pela impossibilidade de uso das vias negociadas de solução do conflito penal quando estas estão presentes e, ademais, se mostram cabíveis.** Dito de outra forma: o processamento da ação penal e o uso da Justiça disputada somente será necessário quando não for possível o uso da via alternativa negociada porquanto ausentes os seus requisitos.

**Ou seja, não haverá interesse de agir necessidade - no uso da via disputada, enquanto não esgotada a possibilidade do uso da via consensual. Logo, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual.** Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395 do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se, dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça.

## **2.6 Da hipótese dos autos**

Conforme se infere dos autos, a recusa na oferta do acordo de não persecução penal, assentou-se na ausência de confissão formal e na insuficiência da medida frente à imputação de tráfico de drogas e sua aderência aos crimes hediondos por equiparação.

Com relação à confissão, diversamente do assinalado, quando da prisão em flagrante, o acusado, ora recorrido, confessou, pormenorizadamente, os fatos, admitindo a posse das porções de maconha e a intenção de comercializá-las.

No que se refere à equiparação aos crimes hediondos, anoto que o legislador não estabeleceu tal impedimento. Aliás, a vedação expressa voltou-se para os crimes cometidos em contexto de violência doméstica. A ausência de vedação poderia levar à conclusão de que as vias negociadas não seriam cabíveis. O que não está proibido, estaria permitido. Contudo, reconhece-se a maior reprovabilidade que orbita em torno dos crimes hediondos e aqueles e eles equiparados o que poderia subsidiar a alegação de incompatibilidade. Interpretação lógico-sistemática ampararia a conclusão.

De qualquer modo, a hipótese dos autos, tal como imputada pela tese acusatória, não torna absolutamente improvável a configuração do privilégio e, com ele, o afastamento do rótulo da criminalidade hedionda. Trata-se de questão consolidada na jurisprudência. Nesse sentido:

(...)

A partir de então, as Egrégias Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, revendo a anterior posição, passaram a acompanhar o julgado da Suprema Corte. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

(...)

No caso em apreço, o acusado é primário e não registra antecedentes criminais. A quantidade e a natureza da droga não indicam maior reprovabilidade. Não há qualquer menção no corpo da denúncia ao envolvimento do acusado em atividades ilícitas ou em organizações criminosas. Nessa perspectiva, a possibilidade de configuração do privilégio assume contornos de probabilidade. Dessa forma, o uso da via negociada seria, a princípio, cabível diante das perspectivas concretas de realização do poder punitivo.

Não se trata aqui de interferência indevida nos poderes reservados ao órgão acusador. Aliás, não existem poderes absolutos, mormente quando confrontados com situação de manifesto constrangimento à liberdade sobre a qual recai ao Judiciário o dever de garantia.

Na delimitação da política de enfrentamento de drogas, o legislador distinguiu a figura do tráfico em sua forma fundamental e o tráfico privilegiado. Os regimes punitivos são sensivelmente diversos. Cabe a todos os agentes persecutórios sensibilidade para com os padrões estabelecidos em lei e sobre os quais não há margem de apreciação. Afinal, os elementos de configuração do tráfico privilegiado são objetivos (primariedade, ausência de antecedentes e não envolvimento em atividades ilícitas ou em organizações criminosas). Quando há falha no cumprimento da lei, resta ao Judiciário assegurar a tutela da liberdade.

Assim evidenciada a injustificável recusa de propositura do acordo de não persecução, a rejeição da denúncia, pela configuração da ausência de interesse de agir era como é possível. A solução, repita-se, é consentânea com os espaços de liberdade desenhados no Estado de Direito que a todos recai. Prestigia-se, destarte, a solução processual desenhada.

### 3. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, para manter a bem lançada decisão de rejeição da denúncia.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator

(TJSP, 16ª C. Dir. Crim., RSE n.º 0000781-42.2021.8.26.0695, Des. Marcos Alexandre Coelho Zilli, j. 26.11.2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6342**),

**Nosso comentário:** Com a presente edição, inauguramos a seção Acórdão em Destaque, na qual publicaremos, de forma aperiódica, a íntegra de acórdãos paradigmáticos sobre temas de relevo. Nesta primeira edição, trazemos ao conhecimento dos(as) associados(as) um julgado da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, seguindo primoroso voto do Des. Marcos Alexandre Coelho Zilli, estabelece verdadeiro paradigma sobre as interrelações e intersecções da Justiça disputada e da Justiça consensual.

O aresto bem pontua que, presentes os requisitos indicados em lei, emerge a obrigatoriedade de ser observada a etapa consensual, cabendo o controle judicial quando houver recusa injustificada ao uso desse meio de solução do conflito penal, repelindo-se a ideia de que, como decorrência da adoção do modelo acusatório, haveria uma absoluta discricionariedade das partes nesse campo.

Compilação e curadoria científica de:  
**Anderson Bezerra Lopes e Gessika Christiny Drakoulakis.**

### Notas

<sup>1</sup> A exceção é dada pelo acordo de colaboração premiada.

<sup>2</sup> Nesse sentido, observa Feeley: "In the United States, we find a long tradition of prosecutorial discretion, judicial passivity, and court structures with overlapping jurisdictions. While these factors alone do not explain plea bargaining, they do foster the practice by creating and legitimizing structures that invite it" (FEELEY, Malcom. Plea bargaining and structure of the criminal process. The Justice System Journal, v. 7, n. 33, Winter, 1982, p. 346-347).

<sup>3</sup> Nesse sentido, observa Vitor Souza Cunha: "Em suma, a transação penal é expressão do já mencionado fenômeno da 'diversão', que pode ser compreendido como a opção de política criminal para resolução dos casos penais sem determinação de culpa" (Acordos de admissão de culpa no processo penal. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 215).

<sup>4</sup> Conforme art. 18, §6º que prevê a remessa dos autos ao Procurador Geral na hipótese de o juiz considerar incabível o acordo ou mesmo inadequada as condições estabelecidas.

<sup>5</sup> Há quem afirme a constitucionalidade da Resolução, buscando apoio no princípio da oportunidade da ação penal em razão da posição ocupada pelo Ministério Público no sistema acusatório. Nesse sentido: ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). Acordo de não persecução penal. Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 278-283. Discorda-se do argumento. A consagração do sistema acusatório não permite concluir pela incorporação do princípio da oportunidade como se os aspectos fossem

indissociáveis. A impossibilidade de cumulação de poderes de acusar e julgar, própria do sistema acusatório, não se conecta com a obrigatoriedade/oportunidade da ação penal. Os caminhos alternativos de solução do conflito penal são indicados pelo legislador, não só com relação às hipóteses de cabimento, mas também com relação ao procedimento. Os eventuais canais de abertura sobre a avaliação de alguns dos requisitos dos acordos são preenchidos pelos atores do processo, o que não implica dizer que novas formas de acordo poderiam ser estabelecidas pelas partes sem prévio assentimento do legislador.

<sup>6</sup> A proposta que tinha sido incluída no Projeto Anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública previa a possibilidade das partes, após o recebimento da denúncia ou queixa e antes da instrução, celebrarem acordo visando a imediata aplicação da pena. Não havia qualquer restrição quanto aos tipos penais o que tornava a proposta excessivamente abrangente.

<sup>7</sup> ARAUJO, Glaucio Roberto Brites de. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal. Cadernos Jurídicos. Pacote Anticrime e temas atuais de processo penal. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, ano 22, n. 57, jan./mar., 2021, p. 172.

<sup>8</sup> Considere-se a hipótese em que o Ministério Público se recusa a formalizar a proposta de suspensão condicional do processo para qualquer réu denunciado por crime de receptação. A recusa desconsidera as singularidades do caso e vale-se de argumento abstrato para incluir um tipo penal cuja vedação não foi indicada pelo legislador que se valeu dos critérios relacionados com a sanção penal abstratamente cominada.

#### DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Marina Pinhão Coelho Araújo**  
1.º Vice-Presidente: **Alberto Zacharias Toron**  
2.º Vice-Presidente: **Fábio Tófic Simantob**  
1.º Secretário: **Bruno Salles Pereira Ribeiro**  
2.º Secretário: **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**  
3.ª Secretária: **Ester Rufino**  
1.º Tesoureiro: **Rafael Serra Oliveira**  
2.º Tesoureiro: **Renato Stanzola Vieira**  
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:  
**Maria Carolina de Melo Amorim**  
**Leonardo Palazzi**  
**Vinícius Assumpção**



#### CONSELHO CONSULTIVO

**Ela Wiecko Volkmer de Castilho**  
**Helena Regina Lobo da Costa**  
**Márcio Gaspar Barandier**  
**Thiago Bottino do Amaral**  
**Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes**

#### OUVIDORA

**Cleunice Valentim Bastos Pitombo**

**BOLETIM IBCCRIM** - ISSN 1676-3661

**CONSELHO EDITORIAL:** Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos, Sérgio Salomão Shecaira, Luis Fernando Niño, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

**EDITOR-CHEFE:** Daniel Zaclis.

**EDITORES/AS ASSISTENTES:** Anderson Bezerra Lopes, Antonio Carlos Tovo, Adriana Pazini de Barros Lima, Daniel de Resende Salgado, Flavia Chaves Nascimento Brandão Penna, Gessika Christiny Drakoulakis, Nicolau da Rocha Cavalcanti e Thiago Baldani Gomes de Filippo.

**EDITORES EXECUTIVOS:** Helen Christo e Willians Meneses.

**ESTAGIÁRIO:** Andre Nunes.

**EXPEDIENTE EDITORIAL:** IBCCRIM.

#### CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Angelo Antonio Sindona Bellizia (USP – São Paulo/SP), Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira (UFES – Vitória/ES), Diego Prezzi Santos (FADISP – São Paulo/SP), Hélio Peixoto Junior (USP – São Paulo/SP), Hugo Leonardo Chaves Soares (UFAL – Maceió/AL), Joel de Freitas (UNEMAT – Cáceres/MT), Marcio Guedes Berti (UNIOESTE – Cascavel/PR), Marcio Soares Berclaz (UFPR – Curitiba/PR), Marlus H. Arns de Oliveira (PUC – Curitiba/PR), Maysa Carvalhal Dos Reis Novais (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Rafael Junior Soares (PUC – Londrina/PR), Rafael Silva de Almeida (CEUB – Brasília/DF) e Roger Machado (PUC – Porto Alegre/RS).

#### AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Bruno de Almeida Passadore (UFP – Curitiba/PR), Bruno Nunes Cisco (PUC – Porto Alegre/RS), Camila Rodrigues Forigo (IBDPE – Curitiba/PR), Edward Rocha de Carvalho (UFPR – Curitiba/PR), Gabrielle Casagrande Cenci (ABDConst – Rio de Janeiro/RJ), Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (PUC – São Paulo/SP), Hamilton Gonçalves Ferraz (PUC – Rio de Janeiro/RJ), Laura Fraga Oliveira (PUC – Porto Alegre/RS), Leonardo Cruz da França (UCSAL – Salvador/BA), Pedro Bertolucci Keese (FGV – São Paulo/SP), Pedro Henrique Mattos de Oliveira Santos (IBMEC – São Paulo/SP), Renato Stanzola Vieira (USP – São Paulo/SP) e Thales Marques Marros (PUC – Porto Alegre/RS).

**PRODUÇÃO GRÁFICA E CAPA:** Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

**REVISÃO:** Rogério Pelizzari de Andrade | E-mail: rpelizzari@alumni.usp.br

**IMPRESSÃO:** Eskenazi Indústria Gráfica | Tel.: (11) 98424-0654

#### BASES DE DADOS INDEXADAS:



O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

#### ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP  
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)  
www.ibccrim.org.br





# LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2022

**20 anos contribuindo para  
a formação dos grandes nomes  
das Ciências Criminais**

Acompanhe as redes sociais do IBCCRIM  
e fique por dentro das novidades

Inscrições a partir  
de **14 de fevereiro**

