

- (Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8, 12-13). Aury Lopes Jr. também pontua a relação entre o sistema inquisitório e a necessidade de o processo penal estar orientado para a busca da verdade rito, a qual seria um mito, além de legitimar atos abusivos do Estado, de modo tal que no processo penal a verdade formal ou processual seria o único vetor legítimo. (Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva. p. 372-373). V. ainda artigo de Salah Khaled Jr. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. *RBCCRIM*, n. 156, v. 27, p. 395-423, 2019.
- (9) A dinâmica dessas críticas está muito bem exposta no filme “Criminal justice system: nothing Cuts Deeper” (1990), expondo a desídia, preguiça, má vontade e perigos que um réu que decide se defender há de enfrentar. Não que elas já não existam em nossa práxis, mas vale ver.
- (10) Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.
- (11) Processos pendentes significam aqueles que não receberam movimento de baixa ao longo do ano. Processos baixados, por sua vez, são aqueles que ou (i) foram remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a diferentes tribunais; ou (ii) remetidos para instâncias inferiores ou superiores, (iii) ou arquivados definitivamente, ou aqueles em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. (Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018, pág. 67).
- (12) Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico de Gestão Estratégica. Diagnóstico de 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/gestao-e-](http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/diagnostico-de-gestao-estrategica)

- planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/diagnostico-de-gestao-estrategica>. Acesso em: 1 mar. 2019.
- (13) Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. p. 47.
- (14) Idem, *ibidem*, p. 52.
- (15) STF, HC 118533, Rel. Min. Carmén Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016.
- (16) Pesquisa fornecida, mediante requerimento, pelo distribuidor do Fórum Criminal, deferida pelo Juízo Corregedor do Foro.
- (17) Tribunal de Justiça de São Paulo. Corregedoria. Comunicado CG n.º 195/2018 - republicado por conter valor equivocado no item 9.

Fernando Barboza Dias

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela FGV. LL.M. pela University of Virginia.

Membro do IDDD e da AIDP.

ORCID: 0000-0002-5672-6498

fernandobarbozadiaz@gmail.com

Recebido em: 01/03/2019

Aprovado em: 01/07/2019

Versão final: 11/11/2019

O sistema criminal brasileiro em seu labirinto

The brazilian criminal system in its labyrinth

Renato Tavares de Paula

Resumo: O sistema criminal brasileiro encontra-se em um labirinto de falta de ideias. Está derrotado ante reformas que divulgam seguir modelos adversariais, como os dos acordos criminais, mas que não ocultam ainda a esguelha inquisitória. Não se discute se o sistema processual americano deva ser visto como mais perfeito ao nosso sistema ou empecilho ainda maior a um sistema criminal já acéfalo por inúmeros reparos aleatórios.

Palavras-chave: direito comparado; traduções jurídicas; acordos criminais; reforma processual penal; labirinto.

O magistral **Gabriel Garcia Marquez** em *O General em seu Labirinto*⁽¹⁾ relata os últimos dias de vida do libertador Simon Bolívar. Sem amigos, consumido pela febre, Bolívar delira, e em seus desatinos surgem suas derrotas e vitórias, em uma perturbadora agonia.

A mente febril de Bolívar é tomada por um labirinto no qual se misturam visões e lembranças. Atordoado, não consegue encontrar qualquer saída frente à sua jornada inevitável para a morte. A analogia com o sistema criminal brasileiro não poderia ser mais poderosa.

O sistema criminal brasileiro tem importado elementos da tradição de *common law* não adequados ao Sistema de Justiça Criminal pátrio, tornando impróprios os movimentos de recepção de padrões legislativos internacionais.⁽¹⁾ Dessa forma, conclui-se no decorrer do texto que o caminho que se trilha em termos de utilização de Direito Processual Penal Comparado no Brasil é aleatório (no caso deste texto, se fala especificamente dos acordos criminais), e de ininteligível motivação.⁽²⁾

As opções de política criminal se alicerçam em puras razões pragmáticas e são produzidas pelo desejo de seguir modelos de maior prestígio e reformas com vistas à melhora de situação econômica, sem qualquer cuidado com a proliferação de características mais ligadas a determinados sistemas jurídicos desconexos do nosso ordenamento jurídico.⁽³⁾ Em outras palavras, os países periféricos acabam tratando o Direito como política econômico-financeira, e se rendem às regras do jogo político-econômico do capital mundial. Por outro lado, países

Abstract: The Brazilian criminal system is in a maze of lack of ideas. It is defeated before reforms that disclose following adversarial models, such as those of criminal agreements, but which do not yet conceal the inquisitory side. It is not disputed whether the American procedural system should be seen as more perfect to our system or even greater hindrance to an already crippled criminal system by numerous random repairs.

Keywords: comparative law; legal translations; criminal agreements; criminal procedural reform; legal maze.

que dominam os setores econômico e financeiro tratam a soberania como questão de direito.⁽⁴⁾

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados a proposta encaminhada pelo atual ministro da Justiça, Sérgio Moro, projeto de lei 882/2019,⁽⁵⁾ o qual pretende introduzir no Código de Processo Penal, em seus artigos 28-A e 395-A, mecanismos de acordos criminais equiparáveis ao *plea bargaining* americano.

Para tal, apresentou a seguinte justificativa: “O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de um ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1985. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves. Porém, neste novo tipo de acordo que ora se propõe, as partes submetem-se a uma série de requisitos, citando-se como exemplo a proibição de ser concedida a quem já o tenha recebido nos últimos cinco anos. Por outro lado, pode o juiz recusar a proposta se considerar inadequadas

ou insuficientes as condições celebradas. É dizer, a homologação judicial dá a necessária segurança à avença”.⁽⁶⁾

Mantém o projeto de lei em análise a mesma fundamentação acima em relação ao novel artigo 395 do Código de Processo Penal, apenas reforçando que nesse caso já se supõe a existência de denúncia recebida.

Pois bem, para a análise da proposta acima, me valho de conhecido símbolo de circulação de ideias, qual seja, a metáfora da tradução jurídica de **Máximo Langer**,⁽⁷⁾ que, ao criticar a estrutura do transplante jurídico de **Alan Watson**,⁽⁸⁾ no estudo do deslocamento de instituições jurídicas entre diferentes sistemas, propõe a concepção do termo “tradução jurídica”, considerando-se assim a transformação do significado do instituto jurídico ao ser adotado por outro sistema legal.

O ponto de partida de **Langer** é que a difusão do termo “transplantes” é errada, porque o próprio termo denota um mero “recorta e cola” entre os sistemas jurídicos em comparação. A “tradução”, ao invés do transplante, significaria um método mais eficiente para a abordagem da circulação de ideias, regras, práticas e instituições jurídicas. Segundo **Máximo Langer**, “a metáfora da tradução retém a dimensão comparativa que fez com que a metáfora do transplante fosse tão poderosa e que falta na metáfora do ‘legal irritant’. Com relação aos sistemas jurídicos, a metáfora da tradução distingue a fonte linguística ou sistema jurídico – de onde vem a ideia ou a instituição – do sistema de destino – na qual a ideia jurídica ou instituição é traduzida. A metáfora da tradução também permite a distinção a ser feita entre o ‘texto’ original – a ideia ou instituição tal qual desenvolvida no sistema jurídico de fonte – e o texto traduzido”.⁽⁹⁾

Nessa quadra, a análise da rejeição ou não do instrumento transplantado também deve perquirir a diferença entre os sistemas criminais adversarial (estadunidense) e inquisitório (*civil law*)⁽¹⁰⁾ que parte de uma diferença básica entre a atuação dos atores jurídicos do sistema criminal, qual seja, o modelo de como concebem o processo penal.

Duas observações são importantes nessa quadra. A primeira é que mencionada diferença é baseada na doutrina de **Máximo Langer**⁽¹¹⁾ que demonstra que as diferenças estruturais entre a concepção adversarial estadunidense de processo penal e a concepção inquisitorial da Europa continental e latino-americana de processo penal são tão densas que reformas individuais inspiradas em modelos estadunidenses são inábeis em impelir esses processos penais inquisitórios na direção do sistema adversarial estadunidense. A outra é que aqui se está fazendo a comparação entre o sistema penal inquisitorial e adversarial, como mostrado acima, e não a comparação já clássica na doutrina processual brasileira entre o sistema penal acusatório e o sistema penal inquisitivo.

Avançemos. Pois bem, o modelo de disputa é uma característica intrínseca do sistema adversarial; e o modelo da investigação oficial, uma característica do modelo inquisitorial. O modelo de disputa concebe o processo penal como uma contenda entre acusação e defesa perante um árbitro passivo; já o sistema inquisitorial concebe o processo penal como uma investigação oficial levada a cabo por agentes estatais a fim de determinar a verdade.⁽¹²⁾

A análise do projeto de lei em testilha permite claramente concluir que o mesmo pretende se hastear no sistema adversarial, mormente no *plea bargaining*. Tal instrumento, nos Estados Unidos, permite que acusação e a defesa possam entrar em acordo sobre o caso criminal sujeito à homologação judicial. O acordo pode se apresentar de diversas formas, mas normalmente consiste em o réu se declarar culpado de um crime (*guilty plea*) ou de distintos crimes. Em troca, a acusação abandona outras acusações, aceita que o réu se declare culpado de crimes de menor gravidade ou solicita que o réu receba uma certa sentença.

Na definição de **Claudio José Pereira**,⁽¹³⁾ “trata-se de uma modalidade de troca consciente, sem obstáculos da legislação, ligada a um poder discricionário amplo de atuação do Ministério Público,

onde há oportunidade de decidir quando deve ou não continuar com uma investigação, ou estabelecendo condições de imunidade a uma testemunha, declarações de culpabilidade e recomendações ao Tribunal, decidindo quando, como e por quais crimes o acusado será ou não submetido a persecução penal, podendo inclusive dela desistir depois de transacionar”.

De acordo com **Máximo Langer**, nada é mais adversarial que o *plea bargaining* e *guilty plea*: “Muitas características do processo penal anglo-americano podem ser explicadas através deste modelo. Por exemplo, ampla discricionariedade acusatória combina com este modelo porque a acusação, como uma das partes é dona da disputa, pode não acreditar que há controvérsia em determinado caso ou pode decidir que a controvérsia não é digna de persecução e, deste modo, não está obrigado a ajuizar a ação. Guilty pleas se encaixam neste modelo porque a defesa, assim como a outra parte da disputa, pode reconhecer que a outra parte está correta e então resolver a disputa; a determinação da culpa ou inocência acaba e o caso passa para a fase de sentenciamento”.⁽¹⁴⁾

Consequentemente, existem poucas práticas que são mais incompatíveis com o sistema inquisitorial, baseado no modelo da investigação oficial do que o *plea bargaining*, justamente porque no Brasil o promotor não é uma parte do processo, mas agente estatal que apura a verdade real. Portanto, neste modelo, a verdade “real” deve ser acurada pelo promotor, não pode ser negociada nem barganhada. Sendo assim, existe apenas um inquérito, cuja investigação é feita exclusivamente pelo Estado; não há um caso para a acusação e outro para a defesa, e os interrogatórios são iniciados e direcionados pelo tribunal e não pelas partes.⁽¹⁵⁾

De acordo com o modelo brasileiro previsto no artigo 28-A, antes do início dos procedimentos formais, a acusação pode oferecer ao acusado a opção de deslocar o seu processo de um procedimento criminal convencional em troca de uma admissão de culpa e o cumprimento de algumas condições, como reparar o dano; renunciar voluntariamente a bens e direitos, como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade; pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social. Por outro lado, o novel acordo criminal brasileiro só pode ser aplicado, antes do recebimento da denúncia, em crimes sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima abstrata do delito não superior a quatro anos, ou seja, seria um mecanismo a ser aplicado apenas em infrações mais leves.

Neste ponto já é possível perceber que o instituto brasileiro pouco se parece com o *plea bargaining*, não ocorrendo adequadamente o transplante jurídico entre os diferentes sistemas. Existem algumas similaridades entre os procedimentos do *plea bargaining* estadunidense e o brasileiro: ambos podem incluir negociações entre o promotor e o acusado, e este deve admitir a sua culpa como parte do acordo. As semelhanças, no entanto, cessam por aqui.

Referido acordo apenas alargou a possibilidade da realização de transação penal para delitos de até 04 anos de reclusão. Mantém a mesma ideia da transação penal ao não gerar quaisquer efeitos civis ou administrativos, o que aproxima o acordo mais do *nolo contendere* americano (nos Estados Unidos, pode o réu optar por apresentar o *nolo contendere*, que é uma manifestação de reconhecimento dos fatos descritos pela acusação, sem, porém, os efeitos de uma admissão formal de culpa).

Assim, a reforma pretendida pelo artigo 28-A possui pretensão única sobre a eficiência do processo, sem qualquer preocupação com a higidez do sistema ou a adoção de determinada política criminal. No fundo, o projeto propõe a adoção de penas restritivas de direito com as mesmas condicionantes previstas no artigo 44 do Código Penal, com a mera sutileza de abreviar o procedimento.

As diferenças entre o *plea bargaining* estadunidense e o acordo de não persecução criminal brasileira presente no artigo 395-A também são expressivos.

Primeiro, enquanto a aplicação do *plea bargaining* encurta os

procedimentos criminais regulares, no sentido de que o julgamento não é necessário para determinar a culpa ou inocência, a aplicação do acordo brasileiro evita diretamente tais procedimentos. Segundo, no *plea bargaining* o promotor está numa posição negocial idêntica com a defesa, justamente pelo viés adversarial do sistema. No Brasil, o promotor não negocia com igualdade com a parte adversa, pois é aquele agente do estado que exerce controle sobre uma pessoa que violou a lei e pode cometer novos delitos no futuro. O acusado acolhe a oferta do promotor não como uma parte que pode findar a disputa com o seu consentimento, mas como parte de seu próprio processo de reabilitação e ressocialização.

Note-se ainda que, embora seja um procedimento através do qual a acusação e a defesa podem negociar ativamente penas, ao juiz não é atribuída uma posição relativamente passiva, já que lhe foi deferida pela legislação uma participação ativa nesses acordos, podendo até absolver o acusado. A admissão de culpa então, não é entendida exatamente como um *guilty plea*, como nos Estados Unidos, mas como uma confissão que pode ser desconsiderada pelo juízo (§7º do novel artigo 395-A).

Portanto, o acordo previsto no artigo 395-A fica em uma encruzilhada, porque mesmo que inspirado no *plea bargaining*, não assume o modelo de disputa, principalmente porque não trata o acusado como uma parte igual à acusação. Assim, falha pelo equivocado transplante do sistema americano.

Os mecanismos de acordos consensuais, de tal modo, seriam adotados nomeadamente por razões pragmáticas de eficiência do processo, ao invés de ser o resultado de profundas influências culturais do sistema estadunidense sobre o sistema brasileiro.⁽¹⁶⁾

Gabriel Garcia Marques ao final do livro *O general em seu Labirinto* descreve assim os últimos fulgores da vida do Libertador: “O general não prestou atenção à habilidade da resposta, porque estremeceu à revelação deslumbrante de que a corrida louca entre seus males e seus sonhos chegava naquele instante à meta final. O resto eram as trevas. – Carajos! – suspirou. – Como vou sair deste labirinto?”⁽¹⁷⁾

Nada diferente do sistema criminal brasileiro, que se encontra em um labirinto legal, derrotado ante reformas que divulgam seguir modelos adversariais, mas que não ocultam o soslaio inquisitório ainda reinante. Não se discute minimamente se, por opção político-criminal, o sistema processual americano e suas características deva ser visto como mais perfeito ou adequado às nossas vicissitudes ou empecilho ainda maior a um sistema criminal já acéfalo e retalhado por inúmeras reformas ocasionais.

Pelo contrário, acaba-se por importar acriticamente pedaços de sistemas jurídicos diversos sem qualquer compromisso sistemático ou de justificativa, induzindo o sistema criminal pátrio a um complexo labirinto.

Notas

- (1) MÁRQUEZ, Gabriel Garcia. *O general em seu labirinto*. Tradução de Moacir Werneck de Castro. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- (2) SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (org.). *Modernas técnicas de investigação e justiça penal*. São Paulo: LiberArs, 2015.
- (3) VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, mai./set. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.133>>.
- (4) GRAZIADEI, Michele. Comparative law as the study of transplants and receptions. In: REINMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- (5) FÁRIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.74.
- (6) Art. 3º: O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 28-A. O Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos,

mediante o cumprimento das seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no caput não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constará de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º. § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. § 14. Não correrá a prescrição durante a vigência de acordo de não persecução penal.” “Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas. § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal; II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso. § 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo. § 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo. § 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo. § 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível. § 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor. § 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal. § 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória. § 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório. § 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas. § 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento supérfluo por decisão judicial, e o Ministério Público ou

o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.”

- (7) Disponível em: <www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019>. p. 23. Acesso em: 19 mar. 2019
- (8) LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 01, p. 01-65, 2004.
- (9) WATSON, Alan. Legal transplants and law reform, 92. *The Law Quarterly Review*, p. 79-84, 1976.
- (10) Idem, *ibidem*.
- (11) Id. *ibid.*, p. 47.
- (12) Id. *ibid.*, p. 50-51.
- (13) Id. *ibid.*, p. 26.
- (14) PEREIRA, Claudio José. Princípio da oportunidade e justiça penal negociada. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- (15) LANGER, op. cit., p. 51.
- (16) Id. *ibid.*, p. 54.
- (17) Segundo dados do CNJ, durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões

de novos processos. O Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva. No período de 2009 a 2017, a taxa de crescimento médio do estoque foi de 4% ao ano. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais. Acesso em 20/03/2019>.

- (18) MÁRQUEZ, op. cit., p. 184.

Renato Tavares de Paula

Bacharel em Direito pela USP.

Defensor Público Federal em Ribeirão Preto/SP.

ORCID: 0000-0001-7762-4039

renato.paula@dpu.def.br

Recebido em: 28/03/2019

Aprovado em: 15/07/2019

Versão final: 14/10/2019

Dos maxiprocessos aos casos triviais: a expansão da cegueira deliberada na prática judicial

From the maxprocesses to the trivial cases: the expansion of the willful blindness doctrine in the judicial practice

Chiavelli Fazenda Falavigno, Luis Irapuan Campelo Bessa Neto e Luiz Eduardo Dias Cardoso

Resumo: Este artigo discorre acerca da Teoria da Cegueira Deliberada, particularmente quanto à sua aplicação em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Para tanto, debate-se a questão atinente à equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual, especialmente diante dos artigos 18, I, e 20 do Código Penal, de forma a apontar que o conhecimento é elemento central do dolo. Na sequência, aprecia-se voto em que, julgando recurso atinente a crimes tributários, a Corte catarinense mencionou a Teoria da Cegueira Deliberada. Apreciam-se, então, as minúcias do caso concreto, em especial no que toca à autoria delitiva. Aponta-se, por fim, que a Teoria da Cegueira Deliberada, outrora reservada a casos célebres e maxiprocessos, parece expandir-se para atingir também casos triviais.

Palavras-chave: teoria da cegueira deliberada; dolo eventual; conhecimento; crime tributário; Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

No dia-a-dia forense e mesmo no âmbito doutrinário, é cada vez mais comum a adoção de teorias e critérios importados de sistemas alienígenas – especialmente dos Estados Unidos da América –, a configurar o fenômeno dos *legal transplants*. A introdução tem se dado, na maior parte das vezes, por meio do Poder Judiciário, sobretudo por seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF), que acaba por delinear e autorizar a utilização desses institutos estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro. É o caso, por exemplo, da chamada Teoria da Cegueira Deliberada (*willful blindness doctrine*), que nasce no século XIX, na Inglaterra (caso *Regina v. Sleep* – 1861), mas tem seu desenvolvimento atribuído aos estadunidenses, a partir do caso *Spurr v. United States* (1899)⁽¹⁾.

Não obstante algumas referências ao instituto em decisões de primeiro grau – especialmente a partir do famoso caso do furto ao Banco Central do Brasil em Fortaleza,⁽²⁾ ocorrido no ano de 2005 e julgado dois anos mais tarde –, foi no julgamento da Ação Penal 470, mais

Abstract: This article discusses the willful blindness doctrine, particularly its application in a decision given by the Santa Catarina’s Justice Court. To reach this goal, this study debates the equalization between the willful blindness and *dolus eventualis*, especially under the articles 18, I, and 20 of the Brazilian Penal Code, in order to point out that knowledge is the central element of *dolus*. Further up, this paper analyzes the judicial opinion in which, facing an appeal regarding tax crimes, the Santa Catarina’s Justice Court used the willful blindness doctrine. The specific details of the case, especially those regarding the criminal authorship, are discussed. The paper concludes that, if the use of the willful blindness doctrine began in famous cases, it now seems to expand to other trivial cases.

Keywords: willful blindness doctrine; *dolus eventualis*; knowledge; tax crime; Santa Catarina’s Justice Court.

conhecida como “caso Mensalão”, que o tema ganhou notoriedade e relevância. Isso porque o STF utilizou dita teoria sem qualquer exame de compatibilidade com o ordenamento pátrio, bem como sem cuidado metodológico adequado ao emprego do direito comparado, conforme já apontou **Guilherme Luchesi**.⁽³⁾

A teoria, aliás, sobretudo no âmbito da Operação Lava Jato, tem sido muito utilizada para a condenação de agentes pela prática do crime de lavagem de dinheiro, especialmente em razão da alteração promovida pela Lei 12.683/12, que, segundo entendem alguns autores,⁽⁴⁾ passou a permitir a punição quando configurado, no que toca ao elemento subjetivo do ilícito típico, o *dolo eventual*. Tem-se afirmado no Brasil, portanto, que a Cegueira Deliberada seria uma espécie de *dolo eventual*, conclusão que é fruto de um desconhecimento tanto da teoria alienígena, erroneamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, quanto da própria concepção de *dolo* no Direito Penal brasileiro.