

O PROCESSO DIALÓGICO-DELIBERATIVO NA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM CRIMES TRIBUTÁRIOS

THE DIALOGIC-DELIBERATIVE PROCESS IN THE CELEBRATION OF AGREEMENTS OF NO CRIMINAL PROSECUTION IN THE TAX CRIME

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez¹

Resumo: O artigo analisa a aplicação do acordo de não persecução penal nos crimes contra a Ordem Tributária com base na proposta metodológica do processo dialógico-deliberativo no processo penal. A Lei n. 13.964/2019 introduziu no art. 28-A do Código de Processo Penal o instituto do acordo de não persecução penal. Trata-se de negócio jurídico celebrado entre o Ministério Público e o investigado, em conjunto com seu defensor, que tem por finalidade extinguir a persecução penal. Por meio do acordo de não persecução penal, busca-se promover um diálogo entre os sujeitos processuais, de forma que o acordo seja o resultado desse debate participativo. Apesar das dificuldades materiais e procedimentais analisadas no artigo, a formulação de acordo de não persecução penal para os crimes contra a ordem tributária é cabível. Por conseguinte, a partir dele, instaura-se a justiça penal consensual e se promove uma abordagem dialógica-deliberativa à persecução penal.

Palavras-chave: Acordo. Persecução. Crimes Tributários. Diálogo. Deliberação.

Abstract: The paper analyzes the application of the agreement of no criminal prosecution in the Tax Crimes based on the methodological approach of the dialogic-deliberative process in criminal proceedings. The Law n. 13.964/2019 introduced in art. 28-A of the Code of Criminal Procedure, the institute of the agreement of no criminal prosecution. It is a legal transaction between the Public Prosecutor's Office and the investigated, together with their defender, whose purpose is to extinguish the criminal prosecution. By means of the agreement of no criminal prosecution, the aim is to promote a dialogue between the procedural subjects, so that the agreement is the result of this participatory debate. Despite the material and procedural difficulties analyzed in the paper, the offering of an agreement of no criminal prosecution for tax crimes is applicable. Consequently, through it, consensual criminal justice is established and a dialogic-deliberative approach to criminal prosecution is opened up.

Keywords: Agreement. Prosecution. Tax Crimes. Dialogue. Deliberation.

Recebido em: 26/05/2022

Aceito para publicação em: 27/06/2022

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo. Procurador da República. E-mail: luizhernandes.pr@gmail.com
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

1 INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal (ANPP) traz novas perspectivas para as relações entre os atores da persecução penal. Diversas funções ativas e passivas no decorrer dessa relação são remodeladas em razão da nova dinâmica que surge com a adoção do instituto do acordo de não persecução penal no sistema jurídico brasileiro. A imperatividade da persecução penal cria obrigações, deveres e ônus, que são suportados pelos sujeitos da atividade persecutória. No entanto, como norma de validade do sistema, a Constituição trouxe novos influxos axiológicos, que não deixaram de ser sentidos no Direito Processual Penal.

A partir da imperatividade da persecução penal e dos valores constitucionais, surge a importância do tema a ser desenvolvido: Acordo de Não Persecução Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária. Considerando o objeto deste trabalho, em termos metodológicos, adota-se a proposta metodológica do processo dialógico-deliberativo no processo penal e se acolhe a abordagem dos direitos humanos (*human rights approach*)². Para os fins dessa pesquisa, adere-se à noção de devido processo substancial (*substantive due process*), principalmente na versão de devido processo de "direitos fundamentais" ("*fundamental rights*" *due process*)³.

Justifica-se a pesquisa em epígrafe porque a cooperação na persecução penal abre a oportunidade para o diálogo entre os sujeitos processuais, dando ensejo ao fortalecimento da legitimidade das atuações judicial e extrajudicial. Além disso, ressalta-se a que o artigo possui ampla aplicação social, na medida em que pode contribuir para a efetividade da duração razoável do processo, diminuindo o tempo processual de tramitação da demanda, o que faz surgir implicações práticas, como servir de instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro.

Além da seção constituída pela introdução, o trabalho se desenvolverá em cinco seções essenciais. Na primeira, será apresentado o regime jurídico dos crimes

²PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, 2012, p. 68.

³WILLIAMS, Ryan C. The One and Only Substantive Due Process Clause. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 3, p. 408-689, 2010, p. 427.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

contra a ordem tributária. Na segunda, analisar-se-á o acordo de não persecução penal conforme regulamentado pelo Código de Processo Penal. Já a terceira tratará do processo dialógico-deliberativo no processo penal. Na quarta seção, será estudado o acordo de não persecução penal aplicado aos crimes tributários. Por fim, concluir-se-á o artigo, demonstrando que o acordo de não persecução penal é aplicável aos crimes contra a ordem tributária. Por meio dele, instaura-se a justiça penal consensual e se franqueia uma dimensão dialógica-deliberativa à persecução penal.

2 REGIME JURÍDICO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

A Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, define os crimes contra a ordem tributária praticados por particulares em seus artigos 1º e 2º. Por sua vez, o artigo 3º tipifica os delitos praticados por funcionários públicos. O regime jurídico dos crimes contra a ordem tributária é objeto de importantes precedentes judiciais, cujas aplicações vão além da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Os crimes previstos no artigo 1º, incisos I a IV, da lei penal especial, são classificados como tipos misto alternativo e de resultado. Nessa perspectiva, qualquer uma das condutas comissivas ou omissivas descritas nos diversos incisos não bastam à sua consumação, para a qual necessita que, uma ou mais delas, tenha como resultado a supressão ou a redução do tributo devido. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese no sentido de que não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo (Súmula Vinculante 24). Já as condutas tipificadas no artigo 2º são crimes formais.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal:

(...) a sistemática de imputação penal por crimes de sonegação contra a Previdência Social deve se sujeitar à mesma lógica aplicada àqueles contra a ordem tributária em sentido estrito”, porquanto “não há como se imputar a alguém a prática de sonegação de contribuição previdenciária, simplesmente

por persistir a dúvida quanto ao fato de essa contribuição ser devida ou não⁴.

Não é por outro motivo que, por exemplo, embora as figuras típicas previstas nos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, não estejam expressamente contempladas no preceito da Súmula Vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência se firmou no sentido de lhes conferir o mesmo tratamento jurídico aplicado aos crimes tributários previstos no art. 1.º da Lei n. 8.137/1990, no que tange à necessidade de constituição definitiva do crédito tributário para o aperfeiçoamento da tipicidade.

O Supremo Tribunal Federal no HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 13/05/2005, firmou o entendimento de que, nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário - e conseqüente, o reconhecimento de sua exigibilidade (*an debeatur*) e o valor devido (*quantum debeatur*) - configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, apresenta-se como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade do injusto penal.

No entanto, a jurisprudência considera a constituição do crédito tributário como *condição de procedibilidade* para o ajuizamento de ação penal relativa aos crimes tributários⁵, requisito extensível, pela mesma razão, à instauração de inquérito policial ou de procedimento investigatório pelo Ministério Público.

O início da *persecutio criminis in iudicio*, ou até mesmo a instauração de inquérito policial, somente se justifica após a constituição definitiva do crédito tributário, sendo flagrante o constrangimento ilegal decorrente da inobservância deste dado objetivo⁶. Por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal, é caso de ausência de justa causa para a sua instauração da *persecutio criminis*⁷.

Considerando os efeitos da Súmula Vinculante n.º 24 do STF, em regra, o oferecimento de denúncia por crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990, art. 1.º, incisos I a IV), de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) ou de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A) depende do término do

⁴Inquérito n. 3102, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19/09/2013.

⁵STJ, HC 164864/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 09/08/2010.

⁶STJ, RESP 200601852545, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJE 14/04/2008.

⁷STJ, HC 96348/BA, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE 04/08/2008.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

procedimento administrativo e da conseqüente constituição definitiva do crédito tributário, indispensável condição de procedibilidade, de acordo com o Enunciado nº 79 da 2.º Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Reeditado na 177ª Sessão Virtual de Coordenação, de 16/03/2020).

O prévio esgotamento da via administrativa constitui condição de procedibilidade para a ação penal, sem o que não se vislumbra justa causa para a instauração de inquérito policial, posto que o crédito tributário depende do lançamento definitivo, cuja falta impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional. No entanto, a instauração de inquérito policial para apurar outros crimes, além do previsto no art. 1º da Lei 8.137/1990, não ofende o estabelecido no que enunciado pela Súmula Vinculante 24⁸.

O pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03⁹. O entendimento é no sentido de que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário¹⁰.

Conforme o Enunciado nº 19 da 2.º Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, suspensa a pretensão punitiva dos crimes tributários, por força do parcelamento do débito, os autos de investigação correspondentes poderão ser arquivados na origem, sendo desarquivados na hipótese do § 1º do art. 83 da Lei nº 9.430/1996, acrescentado pela Lei nº 12.382/11. (89ª Sessão de Coordenação, de 10 de novembro de 2014).

Registra-se que incide o princípio da insignificância nos crimes tributários federais e no descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda¹¹.

⁸STF, Rcl 24.768 AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJE 197 de 01/09/2017.

⁹STF, RHC 128.245/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 21/10/2016.

¹⁰STF, AP n. 450/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe11/02/2015.

¹¹STJ, REsp 1709029/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 04/04/2018.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

Por conseguinte, a partir da compreensão do regime jurídico dos crimes contra a ordem tributária, é possível analisar o novo instituto do acordo de não persecução penal com o fim de verificar se este é aplicável, ou não, aos delitos em comento.

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, estabeleceu a previsão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do acordo de não persecução penal e disciplinou mais uma forma de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal¹².

A Lei n. 13.964/2019 conferiu efetividade ao item 5.1 das Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade), segundo o qual sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, o Ministério Público pode retirar os procedimentos contra o infrator se considerar que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas.

Dessa forma, o “Pacote Anticrime” se conforma ao modelo de resposta estatal consensual, que tem por escopos as promoções de acordo e da conciliação para garantir a reparação dos danos às vítimas e à satisfação das expectativas sociais por justiça¹³.

O modelo de resposta consensual se afasta do clássico sistema dissuasório pautado na justiça retributiva e da matriz ressocializadora que visa a reintegração

¹²GARCIA, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, *Rio de Janeiro*, n. 68, p. 39-42, 2019, p. 40.

¹³SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 109. *Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

social do agente delituoso¹⁴. Busca-se instaurar a justiça restaurativa no processo penal¹⁵.

O acordo de não persecução penal consiste no negócio jurídico (extrajudicial ou judicial) entre o Ministério Público e o investigado, em conjunto com seu defensor, que tem por finalidade extinguir a persecução penal para certos tipos de crimes, respeitadas condições ajustadas cumulativa e alternativamente, quando houver a confissão formal e circunstanciada da prática do delito, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime¹⁶.

O artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/19, define os requisitos necessários à propositura de acordo de não persecução penal¹⁷. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal, importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao *Parquet* a opção, devidamente

¹⁴SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 109.

¹⁵GODOY, Guilherme Augusto Souza; MACHADO, Amanda Castro; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal. **Boletim do IBCCrim**. São Paulo, Revista dos Tribunais, a, v. 28, p. 4-7.

¹⁶Ainda: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 110.

¹⁷Para uma análise crítica das condições para o oferecimento do acordo de não persecução penal: GODOY, Guilherme Augusto Souza; MACHADO, Amanda Castro; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal. **Boletim do IBCCrim**. São Paulo, Revista dos Tribunais, a, v. 28, p. 4-7; CALABRICH, Bruno: Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: Ministério Público Federal, 2020.

fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição¹⁸.

Dessa forma, por força de uma investigação criminal, presentes a existência de indícios de autoria e a materialidade do delito, o Ministério Público deverá analisar o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do acordo de não persecução penal: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Para aferição da pena mínima cominada ao delito, serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto, conforme o § 1º do artigo 28-A do diploma processual penal. Caberá ao órgão ministerial justificar expressamente o não oferecimento do benefício, o que poderá ser, após provocação do investigado, passível de controle pela instância superior do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP.

O §2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses em que é defeso o oferecimento do referido benefício. O acordo de não persecução penal não se aplica quando for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações pretéritas; se o agente for beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

A formulação do acordo de não persecução penal será realizada por escrito e devem ser fixadas condições de forma cumulativa e alternativa. O benefício formalizado será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. 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.

¹⁸STF, HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 26/11/2020. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, a proposta de acordo poderá não ser homologada e o Ministério Público terá a oportunidade de reformular a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. 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.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal prevê as seguintes condições: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) 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, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); d) 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 e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Sobre a condição determinada relativa à reparação do dano, esta pode ser estabelecida a título de reparação mínima do dano ao erário apurado nos autos, com o fim de se promover o seu ressarcimento em favor da Fazenda Pública Fiscal, com base no inciso IV do artigo 28-A do Código de Processo Penal, bem como para pagamento custas processuais, gastos com perícias e decorrentes da investigação policial. Poderá ser estabelecida a renúncia voluntariamente do valor recolhido a título de fiança, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal, com base no inciso II do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

A 2.º Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal entende que é cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do Ministério Público Federal (MPF) oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão (Enunciado nº 98, Alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020).

O oferecimento do acordo de não persecução penal pode se mostrar incompatível no curso do processo penal em juízo, quando puder gerar conflito com a tese defensiva, na medida em que o acordo de não persecução penal exige a confissão dos fatos imputados na denúncia.

Com o fim de evitar tal conflito, quando não houver confissão formal dos fatos, verifica-se a possibilidade de intimação da defesa exclusivamente com o escopo de manifestar interesse na celebração judicial de acordo de não persecução penal, mediante formal confissão dos fatos, sob pena de ser inviável o seu oferecimento no curso do processo.

A habitualidade delitiva configura-se causa impeditiva do oferecimento do acordo de não persecução penal. Uma vez presente a habitualidade delitiva, não estarão presentes os requisitos obrigatórios para a concessão do benefício, quais sejam, reiteração criminosa (art. 28-A, § 2º, II) e insuficiência da reprovação e prevenção do crime (art. 28-A, *caput*).

O descumprimento injustificado de qualquer das condições resultará no prosseguimento da ação penal, conforme estabelece o artigo 28-A, § 10, do Código de Processo Penal. Por sua vez, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade, de acordo com o artigo 28-A, § 13, do Código de Processo Penal.

Após o estudo do acordo de não persecução penal, é necessário verificar a extensão do modelo de resposta estatal consensuada inaugurado pela Lei n. 13.964/2019. Esse modelo pode ser denominado de processo dialógico-deliberativo de justiça criminal.

4 O PROCESSO DIALÓGICO-DELIBERATIVO NO PROCESSO PENAL

O processo tradicional é bipolar e o objeto do processo é retrospectivo. Confrontam-se dois ou mais sujeitos sobre interesses contrapostos e a decisão deste litígio obedece a lógica do “tudo ou nada”, por essa razão, diz-se que o processo é bipolar. O objeto do processo busca verificar se as situações jurídicas declaradas ocorreram e quais efeitos produziram, e dessa forma, o processo configura-se como retrospectivo¹⁹.

Dois modelos de decisões judiciais são reconhecidos: o modelo dialógico e o modelo de execução ou impositivo (*enforcement model*). O primeiro é centrado na tomada de decisão horizontal aberta ao diálogo. Já o modelo de execução é focado na tomada de decisão local, independente e definitiva, privilegiando a finalidade e a certeza sobre o diálogo, cujos órgãos jurisdicionais não se comportam como mediadores ou parceiros em um diálogo ativo, mas responsáveis locais pela autoridade da lei, como autoridades finais em seu âmbito espacial²⁰.

No modelo de execução, os órgãos jurisdicionais atuam como emissores e executores porque declaram os direitos e emitem comandos, ordens e mandatos, que vigoram e podem ser executados, ou exigidos, em caso de descumprimento. No modelo dialógico, os juízes e tribunais desempenham as funções de formadores, de facilitadores e mediadores de um diálogo dinâmico e interativo, que depende da participação de todos os interessados²¹.

¹⁹ABRAM, Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, pp.1281-1316, 1976, p. 1282.

²⁰HARDING, Sarah K. Comparative Reasoning and Judicial Review. **Yale Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 409-464, 2003, p. 424.

²¹FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, p. 577-682, fev. 1993, p. 668.

O diálogo é uma implicação necessária das relações estruturais fixadas pela Constituição, sendo um valor constitucional a ser assegurado pelo órgãos jurisdicionais²². Por essa razão, é fundamental a preocupação em possibilitar a participação do sujeito contra o qual uma pretensão é exercida, não tão somente para que este possa apresentar seus argumentos e se contrapor quanto objeto do pedido, ou mesmo, para que possa aceitar o quanto pleiteado, mas também para ser parte integrante do processo decisório.

Por meio do acordo de não persecução penal, busca-se patrocinar aos envolvidos na persecução penal uma efetiva participação na pactuação, bem como promover um diálogo entre os sujeitos da persecução penal e o agente do fato típico, de forma que o acordo seja o resultado desse debate participativo.

Ao franquear uma efetiva participação pelo diálogo entre os sujeitos envolvidos, a persecução penal se qualifica como meio de promoção da tutela da sociedade e da pessoa, protegendo os múltiplos interesses e valores envolvidos na persecução penal.

A persecução penal por meio da participação pelo diálogo qualifica-se como inclusiva, educativa²³ e transformativa²⁴. O acordo de não persecução penal viabiliza solução via diálogo-cooperativo e não mais pela simples postura passiva das partes, relegando ao juiz o exclusivo dever de decidir o objeto do processo. Dessa forma, instaurar-se a justiça penal consensual²⁵. Por sua vez, o juiz e o órgão da persecução penal tornam-se autoridades persuasivas, isto é, aquelas que atraem a adesão em vez de obrigá-la²⁶.

É oportuno consignar que o Novo Código de Processo Civil trata do dever de cooperação. O art. 6º do diploma processual dispõe que todos "(...) os sujeitos do

²²FRIEDMAN, Lawrence M. The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 28, n. 1, p. 93-144, 2000, p. 118 e 125.

²³FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, pp. 66 – 82, 2020, p. 72.

²⁴GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 37-75, p. 42-43.

²⁵COSTA ANDRADE, Manuel da. Consenso e Oportunidade. In: **O novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 332.

²⁶GLENN, Patrick H. Persuasive Authority. **McGill Law Journal**, v. 32, n. 2, p. 261-298, p. 263. *Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". A norma processual implementou um dever de cooperação entre os sujeitos processuais e não apenas entre as partes do processo. Destarte, é um dever que recai sobre todos os atores processuais, visando atingir os escopos do processo, buscando a pacificação com justiça.

A cooperação entre os sujeitos têm por finalidade abreviar o processo, concretizando o princípio constitucional da duração razoável do processo. Ademais, o processo cooperativo busca alcançar um processo judicial justo e efetivo. Isso porque a melhor solução é vislumbrada com o auxílio das partes, bem como a forma de cumprimento. Nesse momento, a economicidade do cumprimento encontra guarida na noção de efetividade, bem como de eficiência.

Em diversas normas, verifica-se que o novo diploma processual civil dispõe sobre a cooperação dos sujeitos no processo. A título de exemplo, poderia se mencionar que o saneamento do processo deve ocorrer em cooperação com as partes, conforme determina o art. 357, § 3º, do Código de Processo Civil.

Na fase de saneamento do processo, deverão as partes em conjunto fixar os pontos controvertidos e objetos de prova. Outrossim, poderão distribuir entre si os custos da produção da prova, sempre sob a supervisão judicial. Para tanto, será designada audiência com a precípua finalidade de realizar o saneamento cooperativo do processo.

Entretanto, o dever de cooperação dos sujeitos processuais tal como descrito nas normas acima não capta perfeitamente a perspectiva do acordo de não persecução penal e a sua dimensão dialógica-deliberativa. Não basta a criação de um dever de cooperação entre os sujeitos processuais. Exige-se efetiva participação democrática pelo diálogo, pela deliberação, angariando as partes a efetiva contribuição para a construção da deliberação consensual.

A abordagem dialógica (*dialogic approach*) surgiu como um contraponto a noção de "autoridade final"²⁷ e não se contenta com uma concepção de justiça

²⁷TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 3, n. 4, pp. 617-64, 2005, p. 617.

procedimental²⁸. O procedimentalismo deve dar espaço a um ambiente de negociação e troca recíproca, pois o diálogo é a troca recíproca de significados entre duas ou mais entidades, separadas pelo espaço físico e mental, por meio da linguagem²⁹. Desse modo, a deliberação consensual legitimar-se-á pelo diálogo, pela participação, em um processo democrático.

A deliberação consensual em diálogo-deliberativo será mais efetiva na medida em que haja maior participação, cooperação e possibilidade de integração do acordo ou da decisão judicial homologatória, bem como menor necessidade de imposição e de força.

A pessoa chamada a dialogar terá seu âmbito de tutela ampliado e não simplesmente restringido, sempre na medida de sua participação, cooperação e deliberação, buscando-se uma legitimidade democrática da persecução penal. Por conseguinte, por meio do acordo de não persecução penal, franqueia-se uma dimensão dialógica-deliberativa à persecução penal.

5 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E CRIMES TRIBUTÁRIOS

Conforme estudado, o acordo de não persecução penal permite a inauguração do processo dialógico-deliberativo de justiça criminal. Para os fins da pesquisa, o presente tópico examinará se o novo instituto é aplicável, ou não, aos crimes tributários, sem perder de vista a análise crítica da sistemática normativa.

Os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8.137/1990 são delitos praticados sem violência ou grave ameaça, cujas penas mínimas são inferiores a 04 (quatro) anos. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal, e desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, será possível o Ministério Público propor acordo de não persecução penal. O mesmo se aplica aos crimes de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) ou de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A).

²⁸BOTTOMS, Anthony; TANKEBE, Justice. Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 102, n. 1, pp. 119-170, 2012.

²⁹GRUDIN, Robert. **On dialogue: An essay in free thought**. Boston: Houghton Mifflin, 1996, p. 11. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

De regra, é possível a formulação de acordo de não persecução penal para os crimes contra a ordem tributária. Dificuldades podem ocorrer em decorrência da pena abstrata hipoteticamente aplicável ao caso, quando há caso de concurso de crimes, como na continuidade delitiva ou na ocorrência de concurso material de crimes. Isso porque para aferição da pena mínima cominada ao delito para fins de propositura de acordo de não persecução penal, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, conforme o § 1º do artigo 28-A do diploma processual penal.

Quando as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto superarem a pena mínima de 04 (quatro) anos, não se preencherá o requisito objetivo previsto no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, circunstância que impedirá a propositura do acordo de não persecução penal para o crime tributário praticado em concurso de crimes, como nos casos de crime continuado e de concurso material de crimes.

Por exemplo, os delitos de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, previstos respectivamente nos arts. 168-A e 337-A do CP, embora sejam do mesmo gênero, são de espécies diversas. Por essa razão, não se aplica a continuidade delitiva no caso concurso de crimes, como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1868826 /CE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado pela Quinta Turma em julgado em 09/02/2021, DJe 17/02/2021.

Nesse caso, o tipo penal do artigo 168-A do Código Penal prevê a pena mínima de reclusão de 2 (dois) anos, ao passo que o crime previsto no artigo 337-A do Código Penal comina a mesma a pena mínima. A soma das penas mínimas incidentes no concurso de crime entre o artigo 168-A e o artigo 337-A, ambos do Código Penal, é de 4 (quatro) anos, fato que não preenche o requisito objetivo do artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, qual seja, pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

Outra dificuldade pode surgir com relação aos crimes contra a ordem tributária de natureza material, como na hipótese do art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990. Essa dificuldade capaz de gerar impedimento objetivo para a concessão

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

do acordo de não persecução penal é o montante do tributo devido nos crimes de resultado. Isso porque o prejuízo ao erário, embora seja consequência comum dos crimes de sonegação fiscal, quando em quantia considerável consiste em fundamento idôneo para exasperar a pena além do mínimo legal³⁰.

A exasperação da pena-base em razão do montante do tributo devido se trata de uma circunstância judicial negativa aferível na primeira fase da aplicação da pena no sistema trifásico. As circunstâncias judiciais negativas do agente podem determinar que o acordo de não persecução penal não seja suficiente para a reprovação e para a prevenção do crime, impedindo a sua propositura por falta de preenchimento do requisito legal previsto no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal.

É oportuno registrar que, no caso dos crimes previstos no art. 1.º da Lei n.º 8.137/90, quando é expressivo o montante do crédito tributário sonegado, é possível a majoração da pena-base na primeira fase da dosimetria, sendo certo que, nessa hipótese, é possível também o reconhecimento da continuidade delitiva, circunstância que não configura *bis in idem*, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1848553/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 11/03/2021.

Superados os óbices acima descritos e com a confissão formalmente os fatos, a formulação do acordo de não persecução penal é cabível, porém podem incorrer em algumas peculiaridades e alternativas nem sempre presentes na propositura do benefício para as demais infrações penais. Tratam-se de peculiaridades procedimentais e formais, principalmente quando há a possibilidade do acordo de não persecução penal necessitar de atividade de terceiros não participantes do acordo firmado, como é o caso dos agentes da Receita Federal do Brasil.

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, a primeira possibilidade é o Ministério Público oferecer a proposta de acordo de não persecução penal com a fixação, dentre outras condições, de se promover o ressarcimento ao erário em valor equivalente ao valor do montante

³⁰STJ, EDcl no AgRg no HC 462.392/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 22/09/2020.

do tributo suprimido. Trata-se de reparação mínima ao erário com base no inciso I do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Da mesma forma, pode ser prevista a condição do pagamento de prestação pecuniária. Esta condição pode ser estabelecida a título de reparação mínima do dano ao erário da Fazenda Pública Fiscal, com o fim de se promover o ressarcimento em favor do fisco, com base no inciso IV do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Como forma de se promover o ressarcimento do erário fiscal, segundo preceitua expressamente o inciso IV do art. 28-A do Código de Processo Penal e considerando a situação econômica do agente, o pagamento poderá ser estipulado de forma parcelada com a previsão inclusive de período de prova. De forma alternativa e desde que expressamente previsto no acordo de não persecução penal, poderá a interessada celebrar parcelamento do débito apurado perante a Fazenda Pública Fiscal, juntado-se nos autos o comprovante do termo de parcelamento de débito tributário assinado e homologado.

As condições mencionadas acima poderão ser forma de compensar o fisco com o devido pagamento de referido valor, inclusive por meio da previsão de atualização monetária do valor devido, de forma que fique revertido em favor da Fazenda, a título de reparação de danos causados. Dessa forma, o descumprimento injustificado poderá resultar na propositura de ação penal ou prosseguimento da ação penal caso já proposta, conforme estabelece o artigo 28-A, § 10, do Código de Processo Penal.

Uma vez cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do crime contra a ordem tributária objeto do acordo, com base no artigo 28-A, § 13, do Código de Processo Penal. Essa causa de extinção da punibilidade é de natureza autônoma com relação à prevista no art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, posto que esta última pode ser aplicada independentemente da celebração de acordo de não persecução penal com o órgão da persecução penal.

5 CONCLUSÃO

O artigo estudou o regime jurídico dos crimes contra a ordem tributária e as consequências advindas da diferenciação entre delitos materiais e formais para a configuração dos crimes tributários. Ainda, analisou-se a proposta metodológica do processo dialógico-deliberativo no processo penal. Constatou-se que, por meio do acordo de não persecução penal, busca-se patrocinar aos envolvidos em uma persecução penal uma efetiva participação no ato decisório, promover um diálogo entre os sujeitos participantes, de forma que o acordo seja o resultado desse debate participativo.

Foi possível verificar que, de regra, a formulação de acordo de não persecução penal para os crimes contra a ordem tributária é plenamente cabível. No entanto, há dificuldades materiais que podem impedir ou dificultar a propositura do benefício para autor de crimes tributários. De outra parte, algumas peculiaridades procedimentais e formais podem surgir, o que dá ensejo às alternativas estudadas no presente artigo.

Por conseguinte, o acordo de não persecução penal é aplicável aos crimes contra a ordem tributária. Por meio dele, instaura-se a justiça penal consensual e se franqueia uma dimensão dialógica-deliberativa à persecução penal.

REFERÊNCIAS

ABRAM, Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, pp.1281-1316, 1976, p. 1282.

BOTTOMS, Anthony; TANKEBE, Justice. Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 102, n. 1, pp. 119-170, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no HC 462.392/PE**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 22/09/2020.

_____. **HC 164864/RS**, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 09/08/2010.

_____. **HC 96348/BA**, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJE 04/08/2008.

_____. **REsp 1709029/MG**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 04/04/2018.

_____. **RESP 887208/MA**, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJE 14/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP n. 450/MG**, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe11/02/2015.

_____. **HC 191.464-AgR/SC**, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 26/11/2020.

_____. **Inquérito n. 3102**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19/09/2013.

_____. **Rcl 24.768 AgR/SP**, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJE 197 de 01/09/2017.

_____. **RHC 128.245/SP**, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 21/10/2016.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: Ministério Público Federal, 2020.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Consenso e Oportunidade. In: **O novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1988.

GARCIA, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 68, p. 39-42, abr./jun., 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1242829/Emerson_Garcia.pdf. Acesso em: 1º jul. 2022.

GODOY, Guilherme Augusto Souza; MACHADO, Amanda Castro; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 4-7, maio, 2020.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, p. 66 – 82, jan./ jun., 2020.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, p. 577-682, fev. 1993.

FRIEDMAN, Lawrence M. The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 28, n. 1, p. 93-144, 2000.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GLENN, Patrick H. Persuasive Authority. **McGill Law Journal**, v. 32, n. 2, p. 261-298, 1987.

GRUDIN, Robert. **On dialogue: An essay in free thought**. Boston: Houghton Mifflin, 1996.

HARDING, Sarah K. Comparative Reasoning and Judicial Review. **Yale Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 409-464, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, jan./jun., 2012. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf) . Acesso em: 1º jul. 2022.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2018.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 3, n. 4, pp. 617-64, 2005.

WILLIAMS, Ryan C. The One and Only Substantive Due Process Clause. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 3, p. 408-689, 2010.