

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ARIANE ROSSINI COSTA

O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL SOB A PERSPECTIVA DO CONCEITO DE
TRADUÇÃO LEGAL DE MAXIMO LANGER

São Paulo

2019

ARIANE ROSSINI COSTA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Fábio Ramazzini Bechara

São Paulo

2019

ARIANE ROSSINI COSTA

O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL SOB A PERSPECTIVA DO CONCEITO DE
TRADUÇÃO LEGAL DE MAXIMO LANGER

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

RESUMO: O artigo busca analisar a importação do mecanismo do acordo de não-persecução penal, introduzido no sistema brasileiro pela Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, alterada pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público. Para tanto, investiga suas fontes inspiradoras e traça as diferenças entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, utilizando-se uma perspectiva comparada. Auxiliam o reconhecimento do movimento de intercâmbio os conceitos do transplante e tradução legal. Diferentemente do que ocorre no modelo norte-americano, o mecanismo brasileiro de justiça negociada se mostra ainda receoso em transferir às partes ampla liberdade negocial, evidenciando a adoção da via da tradução legal.

PALAVRAS-CHAVE: acordo de não-persecução penal; justiça negociada; processo penal comparado; transplantes legais; traduções legais.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the import of the acordo de não-persecução penal mechanism, introduced in the Brazilian system by the Resolution no. 181 of August 7, 2017, as amended by the Resolution no. 183, of 24 January 2018, both elaborated by the National Council of the Public Prosecution Service. To this end, it investigates its inspiring sources and traces as differences between the systems of common law and civil law, using a comparative perspective. Assist or recognize the movement of exchange of concepts on transplantation and legal translation. Unlike in the North American model, the negotiated justice mechanism is still apprehensive in transfer to parties a wide bargaining freedom, evidencing an adoption of the legal translation method.

KEY WORDS: acordo de não-persecução penal; negotiated justice; compared criminal proceedings; legal transplants; legal translations.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O acordo de não-persecução penal. 3. O *Plea Bargaining*. 4. Sistema adversarial (*common law*) vs. sistema inquisitorial (*civil law*). 5. Acordo de não-persecução penal vs. plea bargaining. 6. Transplantes legais vs. traduções legais. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Melhorias na área de segurança pública foi tema que obteve grande relevância nos debates, discursos e propostas dos candidatos à presidência da República durante as eleições de 2018.

Como uma das primeiras medidas do novo governo, em fevereiro de 2019, foi oferecido Projeto de Lei, de autoria do atual Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Moro, denominado Pacote Anticrime.

Uma das novidades trazidas em seu texto, apesar de já ter sido rejeitada pela Comissão da Câmara dos Deputados, foi a inclusão do modelo de justiça negociada denominado acordo de não-persecução penal já previsto nos artigos 18 e seguintes da

Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, alterada pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público¹.

Este novo mecanismo consiste na possibilidade de acordo entre acusação e defesa, antes do início da ação penal, ficando a sua propositura condicionada à confissão da prática da infração penal pelo acusado, o qual poderá, em troca, receber uma pena mais branda.

¹ Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. § 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. § 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição. § 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. § 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. § 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. § 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução. § 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. § 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.”

O acordo de não-persecução penal assemelha-se em muitos pontos ao instituto do *plea bargaining* norte-americano e característico do sistema jurídico adversarial (*Common Law*).

Contudo, importar institutos legais originários do *common law* para o ordenamento brasileiro de tradição *civil law* pode causar estranhezas, rejeições e incompatibilidades, devido às enormes diferenças estruturais entre sistemas.

Neste trabalho trataremos o acordo de não-persecução penal sob a perspectiva comparada, tendo em vista sua referência maior ser o *plea bargain* norte-americano, considerado este figura típica dos sistemas jurídicos adversariais, tomando por base os conceitos de transplantes e traduções legais, especialmente para análise de interpretações para sanar incompatibilidades e divergências.

2 O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não-persecução penal foi originalmente instituído no Brasil pela Resolução n. 181 de 7 de agosto de 2017, alterado pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018, do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu artigo 18 e parágrafos.

É instrumento da justiça penal consensual e vem ganhando força como possível solução ao aumento da criminalidade frente à incapacidade do Poder Judiciário em resolver os inúmeros casos trazidos a seu conhecimento de maneira célere e econômica. O acordo foi também, inclusive com o mesmo texto, um dos pontos trazidos pelo Projeto de Lei Anticrime encaminhado pelo atual Ministro da Justiça, Sérgio Moro, contudo, foi rechaçado pela Câmara dos Deputados após análise².

Por meio desse instrumento processual, busca-se que a confissão sobre a autoria do crime autorize a imediata aplicação da pena, sendo concedidos alguns benefícios ao

² Ver <https://www.conjur.com.br/2019-ago-07/proposta-plea-bargain-moro-retirada-pacote-anticrime> - acesso em 15/10/2019

investigado como contrapartida, esquivando-se da obrigatoriedade da ação penal para legitimar a punição.

A proposta de acordo é autorizada ao Ministério Público em casos de impossibilidade de arquivamento, ou seja, deverão estar presentes os requisitos para a proposição de denúncia, hipótese em que a ação penal pública é considerada obrigatória, podendo já ser celebrado na audiência de custódia³.

Ademais, ao órgão acusatório só é permitido utilizar-se deste instrumento em casos em que a pena mínima seja inferior a quatro anos e o crime não seja cometido com o emprego de violência ou grave ameaça, sendo, pois, direcionada sua aplicação para casos de crimes de médio potencial ofensivo.⁴

A Resolução também prevê um rol de condições que podem servir de base para o acordo⁵, de maneira alternada ou cumulativa, além de hipóteses em que o acordo não poderá ser proposto⁶. Destaca-se, ainda, a proibição de realização do ajuste na seara da justiça militar⁷.

³ “§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.”

⁴ “Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente(...)”

⁵ “I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada”.

⁶ “§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei no 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”

⁷ “§ 12º As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.”

Há previsão para que a confissão e todas as tratativas sejam registradas por recursos de audiovisual⁸, bem como que durante todo este procedimento o acusado deverá estar acompanhado de seu defensor os quais irão conjuntamente com o membro do Ministério Público subscrever o acordo⁹.

Independente do conteúdo do acordo, o investigado fica obrigado a comunicar à acusação qualquer mudança de endereço ou outros dados fornecidos como meio de comunicação, assim como a comprovar mensalmente o cumprimento das condições acordadas ou apresentar justificativas em caso de impossibilidade de realizá-las¹⁰.

No tocante ao papel do juiz, é previsto que este será responsável pela apreciação do acordo, podendo considerá-lo cabível ou não¹¹. Se cabível, os autos serão novamente remetidos ao Ministério Público para a implementação do ajustado¹². Se incabível, os autos serão remetidos ao procurador-geral ou outro órgão superior para o oferecimento de denúncia, reformulação ou mantimento do acordo ou continuação das investigações¹³.

Nesse aspecto, nota-se semelhança ao previsto pela Lei n. 9.099/95 no que tange à transação penal. Sobre o assunto, Zilli (2018, P. 103):

⁸ § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

⁹ § 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

¹⁰ “§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.”

¹¹ “§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.”

¹² “§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.”

¹³ “§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.”

“Os requisitos, o conteúdo e a forma do acordo são preestabelecidas, cabendo ao juiz o papel fiscalizador. Afinal, a justa causa que se projeta para a ação penal abraça também a legitimidade do acordo. Se não há elementos mínimos que sustentem a admissibilidade de uma eventual acusação, não haverá igualmente, base para a aplicação antecipada de penas alternativas. A homologação não é, portanto, simples chancela”.

O descumprimento de pelo menos uma das condições estipuladas no acordo ensejará o oferecimento de denúncia pelo membro do Ministério Público¹⁴, além de poder ser usado tal fato como justificativa para o não oferecimento de suspensão condicional do processo¹⁵. Já o seu cumprimento integral, acarreta o arquivamento das investigações¹⁶.

3 O *PLEA BARGAIN*

Descreveremos neste tópico o instituto do *plea bargain*, originário do sistema norte-americano - de tradição *common law* -, analisando o procedimento adotado e conceitos importantes.

No território norte-americano, a barganha foi a solução encontrada para otimizar os morosos e custosos procedimentos judiciais diante do aumento da criminalidade e o anseio pela resposta à impunidade. Totalmente aceita, em 2004 foi a via utilizada para sentenciar mais de 90% dos casos criminais que chegam ao Poder Judiciário estadunidense. De forma a enriquecer estes dados, Vasconcellos (ano, p. 29) aponta que “no sistema criminal federal estadunidense 73% das investigações resultam em denúncias (ou seja, não são arquivadas), das quais 89% acabam em condenações, em que 96% se deram por meio de acordos entre

¹⁴ “§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.”

¹⁵ “§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.”

¹⁶ § 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

acusação e defesa”, o que anuncia o *plea bargain* como a regra, sendo o julgamento perante o tribunal do júri, por sua vez, a exceção¹⁷.

Em linhas gerais, o *plea bargaining* consiste em um acordo proposto pela acusação ao réu buscando a confissão deste em troca de benefícios penais, como a redução de pena ou a não imputação de alguns delitos, resultando na renúncia ao direito de defesa.

Em uma primeira ocasião, a acusação formal - elaborada com base na análise das provas obtidas na fase pré-processual - deve ser oferecida pela promotoria. Em sequência, o acusado deve comparecer em juízo - audiência denominada *arraignment* - para tomar ciência das imputações feitas e oferecer esclarecimentos sobre os fatos (*plea*), podendo neste momento declarar-se culpado (*guilty plea*) ou inocente (*not guilty plea*) (NARDELLI, 2014, p. 11).

Na oportunidade, ocorre também o *plea colloquy* que “ constitui parte integrante do sistema de garantias e corresponde à entrevista do juiz com o acusado a fim de aclarar sua voluntariedade e entendimento quanto à eventual admissão de culpa” (CASTRO, 2019, p. 29).

Ademais, em algumas jurisdições estaduais há uma terceira opção dada ao acusado denominada *nolo contendere plea*, que consiste na "manifestação do acusado pelo desinteresse em impugnar a acusação, sem que isso signifique a assunção de culpa”(NARDELLI, 2014, p. 11).

Tanto o *nolo contendere plea* quanto o *guilty plea* permitem a aplicação imediata da pena, excluindo-se as demais formalidades processuais. Por outro lado, o *not guilty plea* implica em levar o processo ao julgamento pelo júri (*trial*) (CASTRO, 2019, p. 29).

Ainda, verifica-se também que o promotor possui ampla discricionariedade para propor o acordo, oferecendo desde a redução da pena a ser aplicada até a retirada da acusação por outra infração.

¹⁷ Para mais estatísticas ver https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=tp&tid=23#data_collections - acesso em 07/10/2019

Tampouco há no âmbito federal limitações em relação aos tipos de delito que podem ser objeto do acordo. Contudo, esta questão pode ser restringida pelos estados da federação, podendo ser citado o exemplo da Califórnia que proíbe o *plea agreement* em caso de *serious felonies*¹⁸, como homicídio ou estupro.

Ressalta-se que o *plea agreement* é cabível em qualquer das fases processuais, “inclusive após o início do *trial*, desde que antes de os jurados chegarem ao veredito, ou em caso de *hung jury*, quando os jurados não chegam a consenso” (CASTRO, 2019, p. 34).

4 SISTEMA ADVERSARIAL (COMMON LAW) VS. SISTEMA INQUISITORIAL (CIVIL LAW)

Com vistas ao estudo da relação entre os instrumentos processuais *plea bargain* estadunidense e o acordo de não-persecução penal previsto no Projeto de Lei Anticrime, vê-se imprescindível o estudo comparado dos sistemas jurídicos nos quais cada um desses instrumentos estão inseridos. Neste capítulo, discorre-se sobre a concepção dos diferentes modelos processuais, bem como a maneira pela qual cada um deles utilizam e interpretam os mesmos conceitos e expressões.

Historicamente, houve a construção clássica de dois tipos de sistemas processuais penais: o acusatório e o inquisitório.

O sistema acusatório tem sua origem nas civilizações grega e romana da Antiguidade, sobreviveu a parte da Idade Média até que foi “substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos” (AURY LOPES JR. 2013 p. 81).

¹⁸ Felonies são crimes considerados de maior potencial ofensivo e são punidos com a pena privativa de liberdade mínima superior a um ano a ser cumprida em regime fechado, podendo chegar à prisão perpétua ou à pena de morte naqueles estados em que são admitidas (CASTRO, 2019, p. 27).

Na Grécia Antiga, o povo participava diretamente das acusações “ressaltando-se que vigorava o sistema da ação popular para os delitos graves e a acusação privada para os delitos de menor gravidade” (RAMOS SABOIA. 2018. p. 73). Já em Roma, era nítida a adoção da separação das funções de julgar e acusar em diferentes sujeitos processuais, além da existência de regras de proibição de iniciar-se o processo de ofício pelo julgador (ne preceat judex ex officio - atualmente denominada princípio dispositivo/da inércia), a predominância da oralidade e da publicidade durante todo o julgamento, além da possibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa (RAMOS SABOIA. 2018. p. 73).

Desta forma, podemos definir o sistema acusatório em sua essência como “um proceso penal controlado por las partes, en donde el tribunal era un arbitro passivo.”¹⁹, o qual não tinha como objetivo “obter la confesión del acusado para probar su culpabilidad, y los casos se decidían en audiencias orales a través de un juicio por jurados”²⁰ (LANGER, 2015, p. 5).

A separação das funções de acusar e julgar em diferentes sujeitos processuais e, ainda, a passividade do juiz/tribunal conferiam ao acusado a garantia de um julgamento imparcial e uma posição de maior igualdade entre ele e seu acusador.

Sobre este mesmo aspecto, Aury Lopes Jr. (2015, p. 43) acrescenta que “quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador”.

Ainda, como características deste modelo cita-se a predominância da oralidade e a publicidade de todo o procedimento, além da possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa (AURY LOPES JR., 2015, p. 73).

Posteriormente, na Idade Média e estendendo-se até a Idade Moderna, teve-se a era do sistema inquisitório “com o objetivo de proteger os interesses de persecução do poder

¹⁹ “como um processo penal controlado pelas partes, onde o tribunal era um árbitro passivo” - tradução livre

²⁰ “obter a confissão do acusado para provar a sua culpabilidade e os casos eram decididos em audiências orais e através de um julgamento por jurados” - tradução livre.

central” (RAMOS SABOIA. 2018. p. 73) em civilizações monárquicas e demasiadamente influenciadas pela ideologia do catolicismo.

Em oposição ao modelo anteriormente vigente, o sistema inquisitório tinha como principal característica a acumulação das funções de julgar e acusar em uma única figura processual. Nesse sentido, “el sistema inquisitivo consistía en un proceso penal controlado por el tribunal, sometido a su propia iniciativa, y en el cual el tribunal tenía las funciones de investigar y juzgar el caso” (LANGER, 2015, p. 5).²¹

O juiz não só possuía poderes para iniciar a persecução criminal, como também requerer, determinar e colher provas, ou seja, era o único responsável pela gestão probatória. Por consequência, todos esses poderes concentrados nas mãos de um único sujeito processual levava ao comprometimento de sua imparcialidade no julgamento do caso.

Sobre o assunto, Aury Lopes Jr. (2015, p.40): “não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu”.

Além disso, percebe ter o acusado até mesmo seu direito ao contraditório e outras garantias suprimidos, tendo em vista a inexistência da contraposição entre acusação e defesa e estando em situação de desigualdade dentro da relação processual.

Em suma, as principais características do sistema inquisitório são (i) a gestão e iniciativa probatória concentradas nas mãos do juiz; (ii) a inexistência de separação entre as funções de acusar e julgar; (iii) a possibilidade de atuação do juiz sem prévia provocação, violando o princípio *ne procedat iudex ex officio*; (iv) parcialidade do julgador; (v) inexistência de contraditório e ampla defesa; (vi) disparidade de armas e oportunidades (AURY LOPES JR. 2015, p. 43).

²¹ “o sistema inquisitivo consistia em um processo penal controlado pelo tribunal, submetido a sua própria iniciativa, e no qual o tribunal tinha as funções de investigar e julgar o caso” - tradução livre.

Demercian e Maluly (2014, p. 26) observa que “por suas características, não é difícil inferir que o acusado é, na verdade, objeto do processo (e não sujeito de direitos) e não tem, como consequência, a proteção de qualquer garantia substancial”.

Ainda, em razão desse cenário de supressão de garantias e redução do acusado a mero objeto do processo, é durante o período que vigorou sistema inquisitório que surge o conceito de busca pela verdade real, que autorizava o julgador à obter a “verdade” sobre os acontecimentos que deram causa à instalação do processo a qualquer preço, inclusive por meio de tortura.

Apesar dessa classificação clássica, os sistemas acusatório e inquisitório com as características descritas acima não existem em suas formas puras, prevalecendo a existência de modelos que misturam características dos dois sistemas “ideais”.

Em uma perspectiva mais atual, fala-se na categorização dos sistemas processuais em adversarial e inquisitorial. Aquele tendo suas raízes no sistema acusatório e este no sistema inquisitório.

Por sua vez, o sistema processual penal dos países de tradição common law são relacionados ao modelo adversarial, enquanto que os países que seguem a civil law possuem sistemas processuais com características mais próximas ao modelo inquisitorial.

Sobre o assunto, Langer (2018, p. 32) esclarece: “estes modelos não existem exatamente em quaisquer sistemas jurídicos históricos, porém, assim como as jurisdições common law se aproximariam do tipo adversarial, as jurisdições civil law se aproximariam do tipo inquisitório”.

As categorias adversarial e inquisitorial através da perspectiva do tipo ideal são utilizadas no estudo do direito comparado para identificar notórias diferenças entre os dois modelos e rotular “o sistema como mais próximo ou afastado do tipo-ideal” (LANGER, 2018, p. 14).

Desta forma, ressalta-se que o modelo adversarial é marcado pelo fato de que as partes detêm o controle do rumo processual, podendo conduzir cada uma delas a própria investigação, sendo o juiz apenas convidado a se manifestar quando a lei determinar ou uma das partes requerer sua intervenção, acreditando ser tal caminho o mais curto para chegar a verdade (DEMERCIAN, MALULY, 2014, p. 26).

Especialmente no que diz respeito à produção de provas, Damaška (1997, p. 74 e 75) relata que “litigants and their counsel are entrusted with seeking evidentiary material, preparing it for the use at trial, and presenting it in court”²², tendo como conclusão o fato de ser “the power of the parties to decide what facts will be proven in court to establish the cause of action”²³, o que exemplifica mais uma vez o poder de direção processual da acusação e defesa.

Assim, tendo em vista que nos países da *common law* observa-se um maior protagonismo das partes, o juiz possui características de espectador. Já em países que seguem a tradição *civil law* tem-se o oposto: juízes com copiosos poderes processuais, enquanto as partes aguardam oportunidades em que poderão agir.

O aspecto das partes possuírem maiores poderes e liberdades, “cria um ambiente favorável para a abertura de canais de negociação sobre os rumos do processo” (ZILLI, 2018, p. 100), o que não ocorre com tanta naturalidade em sistemas processuais em que se concentram demasiadas atribuições às figuras dos julgadores e possibilitam que haja maior controle por parte destes.

Destaca-se também a predominância do instituto do júri nos sistemas anglo-americanos - composto por doze jurados leigos de reputação ilibada e sem antecedentes

²² “os litigantes e seus advogados são incumbidos de buscar material probatório, prepará-lo para o uso no julgamento e apresentá-lo em tribunal” - tradução livre.

²³ “poder das partes decidir quais fatos serão provados no tribunal para estabelecer o mérito da ação” - tradução livre

criminais, enquanto que nos países da civil law os processos são julgados, em um primeiro momento, por um só juiz com conhecimento jurídico elevado (Nardelli, 2014, p.6).

No que tange à busca pela verdade dentro do processo penal, nota-se que mais uma vez a expressão possui diferentes significados e aplicações para os dois modelos. No modelo adversarial (common law) os fatos devem ser considerados verdadeiros pelas partes, podendo estas chegarem a um acordo sobre os acontecimentos.

Nas palavras de LANGER (2018, p. 17):

“No sistema adversarial, mesmo que a disputa seja sobre a “verdade”, a acusação tenta provar que certos eventos ocorreram e que o réu participou deles, enquanto que a defesa tenta questionar ou frustrar esta tentativa. O conceito adversarial de verdade é mais consensual e relativo: se as partes chegam a um acordo sobre os fatos do caso, através de *plea agreements* ou *stipulations*, é menos importante determinar como os eventos se sucederam.”

Contudo, percebe-se que uma grande importância é dada às regras probatórias (rules of evidence) sendo interpretadas sob a ótica de garantias que devem ser observadas para que se atinja a verdade. Neste ponto, menciona-se o comentário de Nardelli (2014, p.6) sobre a visão de Garapon²⁴ sobre o sistema anglo-americano: “há uma menor procuração com a descoberta pela verdade do que com o método certo de chegar a ela”.

Mais uma vez nota-se a diferença entre a declaração de culpa como matéria probatória no *common law* e no *civil law*, o que merece ser ressaltado e exposto a seguir. Nas palavras de Nardelli (2014, p. 12):

“O primeiro (guilty plea), como se viu, autoriza imediatamente a aplicação da pena, mostra-se como alternativa ao processo, já que tem a condenação como consequência direta, desde que desprovida de qualquer vício. Já a confissão no sistema romano-germânico, se insere no devido processo legal,

²⁴ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. Julgar nos Estados Unidos e na França..., p. 105.

tendo valor como elemento de prova a ser apreciada livremente pelo julgador e contratada com as demais existentes”

Em sentido contrário, no modelo inquisitório (*civil law*) existe “um grande apego à busca da verdade” (NARDELLI, 2014, p. 6), apresentando-se como uma das funções do processo a reconstrução dos fatos, para que possa se chegar à verdade absoluta sobre o que ocorreu e, então, encontrar-se um culpado - ou não - pelo delito cometido.

Mais uma vez, LANGER (2018, p. 17) se manifesta sobre o assunto:

“Na estrutura inquisitorial de interpretação e significado, a “verdade” é concebida em termos mais absolutos: o oficial do Estado – tradicionalmente o juiz – é encarregado de determinar, através de uma investigação, o que realmente aconteceu, independentemente de acordos ou desacordos que a acusação e a defesa possam ter acerca do evento.”

É também em decorrência dessa finalidade processual que o juiz ganha seu protagonismo no modelo inquisitorial, visto ser dado à verdade uma premissa de domínio público, devendo um oficial do Estado ser o responsável por controlar e conduzir a instrução probatória (NARDELLI, 2014, p. 7).

Diante do exposto, nota-se que os sistemas adversarial e inquisitorial não só possuem distinções em aspectos formais, como também em relação à aspectos culturais que influem na forma de interpretação e percepção de conceitos e que acarretam .

Assim, LANGER (2018, p. 7) conclui:

“Os sistemas adversarial e inquisitorial podem ser compreendidos não apenas como duas formas de distribuição de poderes e responsabilidades entre os diversos atores jurídicos – o julgador (juiz e/ou júri), o acusador e a defesa – mas também como duas diferentes culturas processuais e deste modo, dois conjuntos diversos de compreensões básicas de como os casos penais deveriam ser processados e julgados”.

5 ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL VS. *PLEA BARGAIN*

Sabendo das diferenças entre o *common law* e o *civil law*, passaremos neste item à comparação dos instrumentos do *plea bargaining* e do acordo de não-persecução penal, levando em consideração suas características e as dos sistemas em que estão inseridos.

De início, constata-se que os dois instrumentos possuem o mesmo objetivo: evitar a submissão das partes à longa trajetória do processo penal e autorizar a imediata aplicação da pena por meio da confissão da autoria delitiva, oferecendo-se benefícios à defesa para tornar essa confissão vantajosa a ela. Anuncia-se, assim, uma nova interpretação da confissão e da busca pela verdade ao direito processual penal brasileiro, aproximando-a das compreensões típicas do sistema adversarial.

Em ambos os sistemas, fica autorizada a propositura do acordo já no primeiro encontro entre a defesa e a acusação.

Por outro lado, verifica-se que o modelo brasileiro estipula um número maior de restrições às possibilidades de acordo e à discricionariedade do membro do Ministério Público para propor benefícios ao réu, o que não ocorre em relação aos poderes do *prosecutor no plea bargaining* norte-americano.

Do mesmo modo, ao contrário do modelo norte-americano, a norma que dispõe sobre o acordo de não-persecução já traz a obrigatoriedade de certas condutas para o investigado que optar por aceitá-lo, sendo claro reflexo das diferenças em relação ao protagonismo - ou não - das partes nos sistemas adversarial e inquisitorial. Há, portanto, no modelo brasileiro uma oportunidade regulada, ou mitigação da discricionariedade (Zilli, 2018, p. 105).

Ainda, enquanto no sistema norte-americano não há impedimentos federais quanto aos tipos de crimes em que é cabível a barganha - ficando os estados federativos livres para estabelecê-los usando o critério que entenderem como mais conveniente -, o acordo de não-persecução penal é destinado apenas aos crimes considerados de médio potencial ofensivo,

usando como parâmetro para esta classificação a pena aplicada a eles, e que não foram cometidos com o emprego de violência ou grave ameaça.

As proteções às garantias do investigado também se manifestam de diferentes maneiras nos dois sistemas. Apesar de não participar das negociações, o juiz norte-americano se preocupa com a compreensão por parte do acusado das consequências que podem ter sua confissão de culpa e assim garantir que tenha aptidão para uma negociação equilibrada, ao passo que a norma brasileira também não exige a participação, contudo, impõe que todas as etapas da negociação sejam gravadas para que não ocorram excessos, concedendo uma “liberdade vigiada” às partes.

Considerando os pontos expostos neste item para fins de comparação, é possível concluir que o acordo de não-persecução penal possui claras inspirações no modelo de barganha norte-americano. Contudo, não representa simples importação/cópia do instrumento, já que divergências são identificáveis e adaptações culturais foram necessárias, inexistindo uma identidade absoluta entre os dois instrumentos.

6 TRANSPLANTES LEGAIS VS. TRADUÇÕES LEGAIS

No campo do direito comparado, Alan Watson desenvolveu o conceito de transplante legal ao publicar, em 1974, o livro *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*. Por meio deste termo, Watson tentou desenvolver uma metáfora que pudesse explicar o deslocamento de normas de uma jurisdição/povo para outro, como forma de evolução jurídica.

Apesar de amplamente utilizada para analisar importações de instrumentos de sistemas jurídicos estrangeiros, a metáfora apresentava certas falhas. Transplantar remete a deslocamento, contudo, passa também “a noção de que ideias e instituições podem ser simplesmente ‘recortadas e coladas’ entre os sistemas jurídicos” (LANGER, 2004, p. 8).

Legrand também critica a metáfora dos transplantes legais devido à impossibilidade de se transportar uma regra de um país para outro deixando para trás seu significado, sendo

este “uma função dos pressupostos epistemológicos que estão, eles próprios, históricos e culturalmente condicionados”.

Parte da regra é composta pela interpretação dada pelos operadores de direito do país a que ela pertence, sendo influenciados pelas necessidades de sua sociedade e seus valores culturais. E, segundo Legrand, é impossível levá-la a outra cultura com os significados de seu país de origem. Para ilustrar essa ideia, o autor serve-se de um simples exemplo utilizado por Walter Benjamin: “a palavra *Brot* significa algo diferente para um alemão do que a palavra *pain* para um francês”²⁵

À regra, ao ser importada pelos operadores do direito do país receptor, é empregado valores e significados de referência cultural, não podendo estes serem importados também. Para que isso seja possível, é necessário transplantar também a sua audiência (LEGRAND, 2014, p. 9).

Seguindo o paradigma de que a expressão transplante seja insuficiente para explorar os efeitos do deslocamento de uma norma de uma jurisdição para outra, Langer (2004, p. 9) cria a noção de tradução legal (*legal translation*) para substituí-la a fim de corrigir a falha e possibilitar a explicação “da transformação que ideias e instituições jurídicas podem sofrer quando transferidas entre sistemas jurídicos”.

É certo que o modelo de justiça consensual brasileiro, acordo de não-persecução penal, teve como sua inspiração o modelo norte-americano de *plea bargaining*. Entretanto, como verificado no capítulo anterior, a importação não resultou em uma reprodução idêntica do modelo.

Desta forma, seguindo o conceito de Langer, quando o *plea bargain* é deslocado para sistemas jurídicos distintos, ele receberá novos significados e interpretações, já que cada um dos sistemas jurídicos - sejam eles adversarial ou inquisitorial - são “compreendidos como

²⁵ BENJAMIN, Walter,. The Task of the Translator. In: ARENDT, Hannah (Ed.). Illuminations. Transl. By Harry Zohn. London: Fontana, 1973, p. 75 (originalmente publicado em alemão, em 1923).

duas diferentes culturas processuais” e “podem ser entendidos como dois diversos sistemas de produção de significado”.

Esses novos significados e interpretações são frutos de reformas propositais feitas por seus tradutores ou, ainda, das “diferenças estruturais entre as ‘linguagens’ acusatória ou inquisitorial” (LANGER, 2004, p. 10).

O modelo brasileiro ainda traz fortes características do sistema inquisitorial em que está inserido, como a liberdade restrita dada ao promotor no momento da proposição do acordo, bem como este acordo estar sujeito a uma convalidação pelo magistrado, porém, pode ser considerado uma tradução um tanto quanto fiel ao modelo norte-americano devido às suas grandes similitudes.

Conclusão

O aumento da criminalidade, da complexidade dos delitos e a sobrecarga do Poder Judiciário suplica novas saídas ao direito processual penal para que se consiga responder de forma célere e eficaz às demandas do sistema.

A justiça negociada no âmbito penal não é novidade no contexto nacional, podendo serem citados como outros exemplos dessa linha do direito os instrumentos da transação penal e da colaboração premiada. O acordo de não-persecução penal anuncia-se como mais um de seus mecanismos e possível solução aos entraves processuais contemporâneos, na medida em que reduz o tempo e esforços despendidos nos casos levados ao Poder Judiciário.

Assim como seu modelo inspirador - o *plea bargaining* norte-americano -, o acordo de não-persecução penal tem como principal característica a prescindibilidade da marcha processual para se chegar a aplicação da pena, sendo bastante a confissão de autoria delitiva para aplicá-la.

Em que pese suas raízes norte-americanas tenham sido claramente demonstradas neste trabalho, foram também expostas as divergências entre os sistemas do common law e do civil law que implicou em como os operadores do direito brasileiro interpretaram as regras do *plea bargaining* para que se adaptasse ao cenário do país.

A discricionariedade do membro do órgão acusatório foi restringida e condições para a propositura do acordo pré-estabelecidas. Características estas que refletem um sistema processual que se mostra, ainda, receoso em colocar as partes como protagonistas do processo.

Inexiste liberdade absoluta quanto ao conteúdo do acordo. A norma traz as possibilidades de oferta ao acusado em troca de sua confissão e a função do juiz ultrapassa a simples homologação do acordo, o que marca mais uma vez a dificuldade dos tradutores brasileiros em ceder poder às partes.

As divergências do acordo de não-persecução penal e do *plea bargainig* revelam as interpretações e compatibilizações trazidas pelos tradutores brasileiros da norma a fim de tornar o modelo o mais adaptado à realidade e ao ordenamento jurídico brasileiro, que segue predominantemente as tradições do civil law, sem causar grandes estranhezas e rejeições.

Referências bibliográficas:

AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa. **Corrupção: Ensaio sobre a operação lava-jato**. São Paulo. Marcial Pons. 2018.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto. **O Acordo de Não-Persecução Penal**: passo a passo para sua concretização. Boletim Criminal Comentado. 1. ed. São Paulo, 5-10, 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/CAOCrim%20informativo%20setembro%202018%20_3.pdf. Acesso em: 1 nov. 2019.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Ed 1. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. Diário Eletrônico do Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília, DF, 8 de setembro de 2017.

DAMAŠKA, Mirjan R. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press. 1997.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. Ed 5. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2014.

LANGER, Máximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: the globalizations of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure**. Harvard International Law Journal. vol. 45. n. 01, p. 01-65. 2004.

LANGER, Máximo. **La Larga Sombra de las Categorías Acusatorio-Inquisitivo**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre. vol. 1, n. 1, p. 11-42. 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ed 12. São Paulo. Editora Saraiva. 2015.

MAGALHÃES, Pedro de Oliveira. **Breves Considerações sobre o Acordo de não Persecução Penal**. Meu Site Jurídico, 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/03/07/breves-consideracoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A Expansão da Justiça Negociada e as Perspectivas para o Processo Justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law***. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Volume XIV. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

SABOIA, Jéssica Ramos. **Garantismo e Sistema Acusatório no Processo Penal Democrático Brasileiro: os discursos acerca da acusatoriedade no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal a partir da teorização fundamentada nos dados**. Fortaleza. 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Penal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Ed 2. Belo Horizonte. Editora D'Placido. 2018.

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE E AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu,

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº , Período , Turma ,

tendo realizado o TCC com o título:

sob a orientação do(a) professor(a):

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, de de .

Assinatura do discente

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

Material Bibliográfico: () Artigo Científico () Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: _____

Nome do Autor(a): _____

E-mail: _____

Este e-mail pode ser divulgado () SIM () NÃO

Orientador(a): _____

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, () AUTORIZO () NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

() Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

() Outros (justificar): _____

São Paulo, de de .

Assinatura do(a) Autor(a)