

REVISTA FACINE 360°

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS E MUDANÇAS

NEGOCIATED CRIMINAL JUSTICE AND THE TRAINING OF LAW PROFESSIONALS: PERSPECTIVES AND CHANGES

Me. Flávia Soares Unneberg ^[1]

Me. Marcus Vinícius Amorim de Oliveira ^[2]

Recebido em: 25/10/2021 | Aprovado em: 05/11/2021 | Revisado em: 21/03/2022

Resumo

O Direito Processual Penal brasileiro apresenta vários institutos de viés negocial que visam reduzir o excesso de litigiosidade característico da área e, com isto, garantir maior celeridade na resposta jurisdicional a ser dada ante o cometimento de uma infração penal. Neste diapasão, impõem-se profundas mudanças na formação e capacitação dos estudantes e profissionais do Direito que pretendam militar na justiça penal, diante da necessidade de adquirir competências de negociação e de buscar consensos, sempre visando a pacificação social com justiça.

Palavras-chave: Justiça Penal Negocial. Mudanças na Formação Jurídica. Negociação. Consenso.

Abstract

The Brazilian Criminal Procedural Law presents several institutes of business bias that aim to reduce the excess of litigation characteristic of the area and guarantee greater speed in the jurisdictional response to be given when a criminal offense occurs. Therefore, profound changes are needed in the education and training of students and Law professionals who intend to work in criminal justice, given the need to acquire negotiation skills to seek consensus, always aiming at social pacification with justice.

Keywords: Negotiated Criminal Justice. Changes in Juridical Education. Negotiation Skills. Consensus.

^[1] Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Ceará, titular da 184ª Promotoria de Justiça de Fortaleza, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora na FACINE e na ESMP – Escola Superior do Ministério Público do Ceará. E-mail: flavia.unneberg@facine.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9914416581889847>.

^[2] Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Ceará, titular da 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor na FACINE e na ESMP – Escola Superior do Ministério Público do Ceará. E-mail: marcus.amorim@facine.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7436079094251452>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9252-8707>.

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS E MUDANÇAS

Flávia Soares Unneberg e Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

1 DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO EM MOVIMENTO: EXPANSÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

Ao assistir a algum longa-metragem do cinema norte-americano, daqueles que abordam o curioso universo jurídico-forense, um estudante de Direito pode se perceber um tanto perplexo: aquilo que ele vê na tela muitas vezes parece estranhamente diferente da realidade que ele encontra na justiça brasileira. Os julgamentos no Tribunal do Júri talvez sejam o exemplo mais acabado dessas dessemelhanças. E não apenas por conta das especificidades da legislação. Em verdade, o modo de fazer justiça penal é radicalmente distinto.

É que, no microcosmo do processo penal, observamos a coexistência de dois grandes sistemas dominantes no mundo ocidental, e que Schünemann vê como rivais: o continental europeu (romano-germânico), do qual o Brasil é herdeiro, muito por conta de suas ligações histórico-culturais com Portugal, e depois, Itália e Alemanha, e o anglo-saxão. Este último (Common Law) se identificava fortemente pela tradição da não implicação do Estado no exercício da ação penal. A sua nota característica de descentralização da administração dos afazeres públicos repercutiu no campo judiciário, de tal modo que o poder político historicamente se limitou a fornecer os meios para a arbitragem judiciária dos conflitos. Além disso, a atuação do órgão de acusação desde sempre vem inspirada no princípio da oportunidade, direcionada por uma pergunta fundamental: O que conseguem provar?. Este ponto de partida permite uma mais fácil desfaturação do caso criminal ao seu processamento normal perante o tribunal, quer no âmbito da polícia, quer ao nível do Ministério Público. Outro aspecto que não se pode olvidar, como registra Vasconcellos (2015), é a importância destacada do plea bargaining, e entendido, na definição de Albergaria (2007), como a negociação entre o investigado e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (guilty plea) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (plea of nolo contendere). Tem-se aqui um ajuste quanto à decisão jurídica a ser tomada, de modo que o tribunal funciona como um ponto de referendado legitimador do acordo. Nesse horizonte, a negociação pode ser compreendida como um processo de comunicação entre as partes na busca de soluções de consenso, ainda que, de partida, estejam numa situação de conflito e possuam pontos de vista e interesses não alinhados. É a justiça penal negociada ou consensual em sua essência.

Pois bem. Conquanto a tradição inglesa seja fideicomissária do pensamento utilitarista, que se baseia numa simulação, com uma negociação deficitária de publicidade e derivada de uma situação

de desigualdade do investigado em face do aparelho repressor, mas, apesar de assomadas críticas, ainda compreendida como um meio eficiente de realização da justiça e de garantia dos direitos do cidadão, a tradição continental europeia (Civil Law), derivada do processo eclesiástico e, por isso, influenciada pelos paradigmas de um ultrapassado sistema inquisitório, vem intensamente marcada pelo princípio balizador da legalidade. Assim, propõe indagação diversa no processo: O que é a verdade?. Daí decorrem, por exemplo, a indisponibilidade da ação penal pública e a exigência de judicialização do conflito. Desse modo, o sistema judicial se coloca como foro necessário para a resolução do caso criminal e o papel do juiz como julgador adquire maior dimensão. O esperado é que se tenha um processo judicial para solucionar o caso criminal. Esta é, afinal, a nossa tradição, enraizada na legislação brasileira, pelo menos, desde o Código de Processo Penal do Império, de 1832.

No entanto, o que se tem observado no Brasil, e será explanado neste trabalho, é o fenômeno, também presente nos países europeus, porém, talvez em menor intensidade, de uma recorrente implantação e frequente ampliação de institutos jurídicos da tradição anglo-saxônica, isto é, o compromisso de busca – ou melhor, construção – de uma verdade dentro do processo judicial tem cedido espaço para soluções negociadas dos casos criminais, encurtando ou até mesmo obstando o processo judicial, vale dizer, desviando-o do que seria o seu curso normal. Tem havido, portanto, algo a que poderíamos chamar de “americanização” do processo penal brasileiro, o que tem gerado gritantes distorções dentro do ordenamento jurídico e, naquilo que nos interessa neste trabalho, impõe profundas mudanças na formação e capacitação do profissional do Direito que pretenda militar na justiça penal.

2 INSTITUTOS JURÍDICO-PENAIIS DE MATRIZ NEGOCIAL

A Lei n.º 9.099/1995 consolidou no Brasil um modelo de justiça penal consensual para delitos de menor potencial ofensivo, através da possibilidade da conciliação e da aplicação de medidas despenalizadoras como a transação penal e a suspensão condicional do processo. São institutos voltados à prevenção de outros delitos e à reinserção social do infrator, sem retirá-lo do convívio social, e proporcionando o viés retributivo face a ocorrência de um ilícito penal em um ambiente propício para a reflexão sobre seu papel na sociedade, seus direitos e deveres.

Outros institutos relevantes de matriz negociada penal são a colaboração premiada, espécie de colaboração processual, regida pela Lei n.º 12.850/2013, e mais recentemente o Acordo de Não Persecução Penal, este último constante do Código de Processo

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS E MUDANÇAS

Flávia Soares Unneberg e Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Penal Brasileiro por conduto da Lei n.º 13.964/2019, denominado “Pacote Anticrime”.

Abordaremos a seguir, de forma sintetizada, estes quatro institutos tão caros à justiça penal consensual no Brasil, enfatizando seu viés negocial.

2.1. TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal surgiu como imposição da Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 98, inciso I, e encontrou regulamentação na Lei n.º 9.099/1995, em especial em seus artigos 72 e 76.

Objetivamente, a transação penal é uma negociação entre o Ministério Público e o “autor do fato” para que não haja a necessidade de oferecimento da denúncia nas contravenções penais e nos crimes considerados de menor potencial ofensivo, ou seja, que tenham como pena máxima dois anos de prisão, sendo cabível quando não houver conciliação prévia ou não for caso de arquivamento do termo circunstanciado de ocorrência. Permite a aplicação de pena não privativa de liberdade e, uma vez aceita, não haverá, todavia, o reconhecimento de culpa. Em contrapartida, fica vedada uma nova negociação dessa natureza no interstício de cinco anos.

A transação penal ocorre antes de oferecida a denúncia pelo Ministério Público, somente podendo ser apresentada uma proposta se cumpridos os requisitos objetivos para além da pena abstratamente prevista. Assim, não pode ser apresentada se o autuado já tiver sido condenado definitivamente, pela prática de crime, a pena privativa de liberdade; se o autor do fato houver sido beneficiado anteriormente, dentro do prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa em transação penal anterior; e se a personalidade, a conduta social, os antecedentes do autor do fato, motivos e circunstâncias da infração permitirem presumir que a medida não será necessária e suficiente. Importa registrar que a transação penal não é aplicável nas hipóteses que envolvam violência doméstica, na dicção expressa do artigo 17 da Lei n.º 11343/2006, bem assim no âmbito da Justiça Militar, consoante artigo 90-A, da Lei n.º 9.099/1995. Ademais, nos crimes ambientais, as hipóteses de transação penal poderão ser implementadas se houver a prévia composição do dano ambiental, exceto impossibilidade comprovada, nos termos do artigo 27 da Lei n.º 9.605/1998. Outra peculiaridade do instituto é que, nos crimes de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, a transação penal é vedada quando a direção for exercida sob influência de álcool ou substância psicoativa que gere dependência, em caso de participação em “racha” de veículos ou se houver excesso de velocidade além do limite permitido para a via pública em 50 km/h, como dispõe o artigo 291, §1º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Desta forma, observa-se que o Ministério Público

está jungido a tais requisitos, uma vez que, preenchidos, deve a medida negocial ser ofertada. Isso significa que se está diante de um poder-dever do Ministério Público, o que fortalece a posição do autuado numa eventual negociação da pena a ser aplicada, apesar de ser uma pena sem culpa.

Com efeito, observa-se que na transação penal não cabe falar em culpabilidade ou confissão, nem se afeta a presunção de inocência constitucionalmente prevista. Há uma reciprocidade no consenso, no sentido de que o Ministério Público não promove a ação penal, tampouco busca a confissão do autuado e este, por seu turno, adere aos termos do pacto, desistindo de discutir em juízo o conteúdo da autuação feita no TCO ou procedimento equivalente. Assim, a medida despenalizadora não possui relação ou similitude com os chamados *plea bargaining* ou *guilty plea* norte-americanos. Nesse sentido, convém lembrar o teor da Súmula Vinculante 35, do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

Sob estes termos legais, a negociação no âmbito de uma transação penal reclama que o advogado oriente o autuado quanto à conveniência de ajustar um acordo com o Ministério Público e, dessa maneira, evitar o prosseguimento da persecução penal com o oferecimento de denúncia em juízo. O acordo deverá ser firmado estando o autuado consciente das consequências jurídicas de seu descumprimento e, sobretudo, que “pagar a pena” acordada com o Ministério Público não significa assumir culpa pelo fato, por mais estranho que isso possa parecer aos olhos do cidadão comum.

2.2. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional do processo se caracteriza como uma forma de transação, mas com uma diferença temporal em relação ao instrumento anterior, pois somente poderá ser ofertada após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, nas hipóteses em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano de prisão. O espectro de cabimento do instituto é, portanto, mais amplo que o da transação penal, alcançando delitos mais graves. Encontra-se prevista no artigo 89 da Lei n.º 9.099/1995. O juiz receberá a denúncia e em audiência apresentará ao denunciado os termos das condições apresentadas pelo Ministério Público, quais sejam: a reparação do dano, em sendo possível; a proibição de frequentar determinados lugares; a proibição de se ausentar da comarca onde reside sem autorização do juiz; comparecimento mensal obrigatório e pessoal a juízo

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS E MUDANÇAS*Flávia Soares Unneberg e Marcus Vinícius Amorim de Oliveira*

para informar as atividades e/ou quaisquer outras que possam ser adequadas ao caso concreto e à situação pessoal do acusado, no que se abre um leque maior para uma negociação.

O período de prova da suspensão condicional do processo pode ser de dois a quatro anos, também negociável, durante o qual o processo permanece suspenso, com extinção da punibilidade do agente em havendo o decurso do referido período sem qualquer intercorrência. Por outro lado, a revogação da benesse pode ocorrer caso o beneficiário seja processado por outro crime; não efetue, sem motivo justificado, a reparação do dano causado; se vier a ser processado por contravenção ou se descumprir outra condição imposta.

Tratando-se de medida que exige a adesão do acusado, a não aceitação da proposta implica que a ação penal prossiga em seus ulteriores termos, com a instrução e julgamento pelo órgão do Poder Judiciário.

No mesmo diapasão, a suspensão condicional do processo não é aplicável nas hipóteses que envolvem violência doméstica, na dicção expressa do artigo 17 da Lei n.º 11.343/2006, tampouco na Justiça Militar. Nos crimes ambientais, por seu turno, deve ser observado que a extinção da punibilidade somente poderá ser decretada à vista de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, salvo impossibilidade de tal medida, nos termos do artigo 28 da Lei n.º 9.605/1998.

Outra peculiaridade da medida é que, nos crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) que admitem o benefício, pode haver a inclusão da proposta de suspensão ou proibição de obtenção da permissão da habilitação para dirigir veículo automotor, na forma do seu artigo 297.

Uma vez havendo o consenso, o acordo será homologado judicialmente e dá-se início ao período de prova, sem que se fale em condenação do acusado. Mais uma vez, não se afeta a culpabilidade nem a presunção de inocência, não perdendo o acusado a condição técnica de primário. Da mesma forma que na transação penal, o instituto da suspensão condicional do processo não guarda relação com a plea bargaining ou a guilty plea norte-americanas, sendo apenas muito levemente nelas inspiradas. Seja como for, a posição negociada do denunciado em face do Ministério Público tende a ser mais fraca, uma vez que ele já foi acusado, vale dizer, a ação penal foi deflagrada e um processo criminal está em seu nascedouro, embora com desenvolvimento interrompido.

2.3. COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é espécie do gênero “colaboração processual”, explicando Brandalise (2016) que se caracteriza por uma conduta de

cooperação por parte daquele que é investigado ou processado criminalmente, de forma a auxiliar na obtenção de provas para a persecução penal. Formas de colaboração processual, segundo o mesmo autor, seriam a confissão, o chamamento do corrêu, a delação em qualquer fase do processo, a colaboração premiada e a colaboração processual em sentido estrito.

No processo penal há vários dispositivos que apresentam hipóteses de colaboração processual, a saber e exemplificativamente, o artigo 159, §4º, do Código Penal, que trata do crime de extorsão mediante sequestro praticado em concurso de agentes; os artigos 13 e 14 da Lei n.º 9.807/1999, que disciplina a proteção de testemunhas; o artigo 41 da Lei n.º 11.343/2006, que cuida dos crimes de tráfico de entorpecentes; o artigo 16 da Lei n.º 8.137/1990, que cuida dos crimes contra a ordem tributária, que apresentam possibilidades de redução de pena ou concessão de benesses ao colaborador que de forma proativa ajudar no desmantelamento do delito com suas informações.

A colaboração premiada, alvo de nossas considerações, apresenta-se atualmente regida pela Lei n.º 12.850/2013, que a prevê em seus artigos 3º a 7º, sendo considerado por lei negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, e recebeu diversas alterações em virtude da Lei nº 13.964, de 2019.

A proposta de colaboração premiada exige a participação de advogado ou defensor público, devendo estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha a identificação dos coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais praticadas por estes, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de delitos decorrentes desta organização, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e/ou, ainda, a localização da vítima com sua integridade física intacta.

A individualização deve ser considerada também nesta modalidade negociada, na medida em que o juiz deverá observar a personalidade do colaborador, as circunstâncias, a natureza, gravidade e repercussão social do delito e, obviamente, a medida do êxito da colaboração no caso concreto. É preciso notar, ainda, que tais elementos devem permear também a avaliação do membro do Ministério Público e do Delegado de Polícia, visto que se poderá, nos autos do inquérito

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS E MUDANÇAS*Flávia Soares Unneberg e Marcus Vinícius Amorim de Oliveira*

policial, requerer o perdão judicial ao colaborador. Ademais, pode haver a suspensão do processo ou mesmo do prazo para oferecimento da denúncia em relação ao colaborador pelo prazo de seis meses, prorrogáveis por igual período, até que cumpridas as medidas de colaboração, com consequente suspensão do prazo prescricional. Outra possibilidade é a não oferta de denúncia pelo Ministério Público caso o colaborador não seja o líder da organização criminosa ou se foi o primeiro a que efetivamente forneceu informações relevantes para a investigação, no que se observa um lastro discricionário importante na justiça negocial penal brasileira para o autor da ação penal, sendo exemplo do princípio da oportunidade.

Por fim, se a colaboração vier a ser prestada somente após a prolação da sentença condenatória, poderá haver redução da sentença até a metade ou progressão de regime poderá ser deferida ainda que não tenha sido implementado o requisito temporal.

Na colaboração premiada, a participação do juiz fica adstrita à homologação do termo de acordo entre as partes, ocasião em que verificará a regularidade e legalidade da colaboração prestada, facultando-lhe a lei a oitiva do colaborador. O juiz pode recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para eventuais adequações. A proposta pode ser objeto de retratação pelas partes, e não poderá a sentença condenatória ser proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador, fazendo-se mister mais elementos probantes para lastrear a decisão judicial.

O pedido de homologação do acordo será distribuído em sigilo, para o fim de garantir o êxito da medida, tendo acesso ao documento apenas o juiz competente, o representante do Ministério Público e o Delegado de Polícia responsável pela investigação, contudo, assegurado ao defensor acesso aos elementos de prova que impliquem o exercício do direito de defesa, com ressalva dos referentes às diligências em andamento. O sigilo é levantado após o recebimento da denúncia.

Com efeito, a colaboração é um instrumento de investigação contra a criminalidade organizada ou a macrocriminalidade. Brandalise (2016) aduz que ainda que haja uma valoração ética acerca de uma eventual traição, o ato volitivo do acusado ou investigado está adequado ao exercício de sua liberdade de expressão e de seu exercício de defesa.

A sentença judicial valorará a colaboração no sentido de avaliar a real extensão de sua relevância no caso concreto, a depender do resultado final materialmente obtido a partir dela. Se a colaboração não resultou relevante para o descortinar do delito, as informações apresentadas serão consideradas como confissão e receberão o tratamento processual assim

decorrente.

Como se percebe, a colaboração premiada é um instituto negocial bem mais complexo e de alcance bastante restrito, porque vinculado à criminalidade organizada, a exigir um preparo técnico-jurídico dos profissionais envolvidos na negociação inegavelmente mais sofisticado, distinto daquele consistente em orientar posturas defensivas e acompanhar uma instrução processual. É que, ao invés de oferecer resistência à pretensão condenatória, o agente deve colaborar com os órgãos de investigação e acusação.

2.4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal, doravante chamado simplesmente de ANPP, disciplinado no art. 28-A, do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 13.964/2019, é o passo mais largo até hoje dado no direito processual penal brasileiro na construção de um modelo de justiça penal negocial. A nosso ver, tem-se aqui uma poderosa ferramenta para que o Ministério Público, sem afastar-se de um princípio de legalidade, porém, temperado pela concessão legal para um alargado juízo de discricionariedade, e que deve estar atrelado a uma política criminal cujos contornos ainda são imprecisos, consiga promover não somente mais celeridade como também, e sobretudo, uma melhor seletividade dos casos criminais que deverão ser submetidos a juízo em sequência à persecução penal.

Para Avena (2020), por ANPP compreende-se o ajuste celebrado, em determinadas condições e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado - acompanhado de defensor, por meio do qual são estipuladas condições cujo cumprimento implicará em não ajuizamento de ação penal e extinção da punibilidade. Segundo Nucci (2020), trata-se de mais um benefício previsto para autores de crimes menos relevantes, porém, não se confundindo, como os demais institutos aqui descritos, com o plea bargain do direito norte-americano, pois este é amplo e irrestrito. Por sua vez, Morais (2020) salienta que o ANPP ocorre na fase da investigação criminal, podendo ser proposto na audiência de custódia, no curso da investigação ou após a conclusão do procedimento criminal investigatório, ou seja, deve ser realizado antes do recebimento da denúncia.

Com vistas a sua celebração, a lei elenca os requisitos para que se tenha um ANPP. O primeiro deles é o de que não se trate de hipótese que conduza ao arquivamento, algo que, para nós, acrescentamos, significa que o caso criminal em mãos do membro do Ministério Público deve estar pronto para denúncia, ou seja, se não houver acordo se deve de pronto exercer a ação penal pública. O segundo é o de que a infração penal tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça. O terceiro é a cominação de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, um intervalo que abrange

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS E MUDANÇAS*Flávia Soares Unneberg e Marcus Vinícius Amorim de Oliveira*

parte significativa da legislação penal. O quarto é ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração, isto é, de um modo tal que tenha concretamente contribuído para a formação da opinião delicti do membro do Ministério Público. Finalmente, e aqui está, no nosso pensar, a pedra de toque do ANPP, o acordo deve se apresentar como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O conteúdo do acordo haverá de compreender uma ou mais das seguintes obrigações a serem assumidas pelo investigado. A primeira é a de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo. A segunda vem a ser a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. A terceira consiste em prestação de 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 Código Penal. A quarta é o pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do 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. Finalmente, e eis aqui um tópico bastante aberto, o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Nucci (2020) vê com maus olhos este inciso. Para ele, nunca deu certo uma condição aberta para se fixar qualquer coisa, a exemplo das condições do sursis da pena previstas no art. 79, do CP. Ele afirma que, em três décadas de magistratura, jamais viu uma condição advinda da mente do juiz que fosse razoável e aceita pelo Tribunal. Portanto, dentro do princípio da legalidade, ele diz esperar que o membro do Ministério Público não cometa os mesmos erros que os juízes já realizaram por conta do art. 79, do CP.

Uma vez presentes as condicionantes para um ANPP, o membro do Ministério Público dará início a um procedimento interno que poderá resultar em celebração do ajuste, apresentação de uma proposta de acordo seguida de recusa ou inviabilidade de acordo em função da ausência do investigado. Para finalizar a formalização do ANPP, o membro deve elaborar o Pedido de Homologação do Acordo e peticionar nos autos, junto com todos os documentos correspondentes, e o Juízo da causa, enquanto não houver juízo das garantias, realizará a audiência para sua homologação, mediante análise das condições do acordo, seguida da devolução dos autos ao membro para a devida execução das obrigações assumidas pelo investigado.

O ANPP tende a se tornar uma alternativa cada vez mais presente na solução dos casos criminais. A mera

possibilidade de que o membro do Ministério Público chame o investigado para negociar esse tipo de acordo sugere que o profissional da advocacia, na defesa de seu cliente ou assistido, acompanhe mais de perto a investigação preliminar, inclusive, eventualmente aconselhando o investigado a uma confissão do crime, porque será com base nos elementos da investigação que um acordo poderá ser construído.

3 FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: DA LITIGIOSIDADE À CONSENSUALIDADE POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO

Dentre os muitos desafios em relação ao acesso à justiça no Brasil, pode-se elencar a necessidade de reduzir o excesso de judicialização e a criação de uma cultura que busque a resolução dos conflitos por intermédio do consenso.

O Ministério Público não ostenta somente um modelo demandista, de atuação jurisdicional, mas também e principalmente um modelo resolutivo, o qual não somente se verifica na sua atuação extrajudicial como também no âmbito judicial. Esta ampliação da legitimação social do Ministério Público é absolutamente consentânea com sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Membros e servidores do Ministério Público que laboram na área criminal, tanto no modelo demandista como no resolutivo, devem estar preparados para esta nova dinâmica de resolução harmonizada de controvérsias.

Em um processo restaurativo, infrator, vítima e quaisquer outras pessoas ou instituições participam da formulação de um plano de reparação ou minoração do dano, de reintegração do infrator e harmonização social. Para tanto, é necessária uma ação comunicativa, que implica uma operação de cooperação entre emissor e receptor para que ambos se coloquem dispostos a cooperar na busca de resultados.

O Conselho Nacional de Justiça iniciou uma mudança de paradigma no âmbito do Poder Judiciário brasileiro com a aprovação da Resolução n.º 125/2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resolução Apropriada de Conflitos, e o Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Resolução n.º 118/2015, que institui a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Ministério Público, como a negociação, a mediação, a conciliação e o processo restaurativo. O objetivo da política nacional é assegurar a promoção da Justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da instituição.

De acordo com o texto da Resolução CNMP n.º 118/2015, a negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS E MUDANÇAS

Flávia Soares Unneberg e Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal, bem assim para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.

Já a mediação é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes. A conciliação, por sua vez, é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos. As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre seus autores e vítimas, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

Diante desta movimentação institucional no sentido de implementar uma cultura de maior negociação e diálogo no Direito, e com as inovações e aperfeiçoamentos trazidos com o passar do anos na justiça penal, exige-se uma mudança de paradigma também no ensino jurídico brasileiro, abrindo-se espaço para a inserção de mecanismos autocompositivos como conteúdos obrigatórios dos projetos pedagógicos dos cursos de Direito no Brasil. Afinal, dos futuros estudantes de Direito emergirão os profissionais que comporão o sistema de justiça pátrio, cada vez mais engendrado para atuar buscando a negociação e a composição consensual dos litígios.

No âmbito institucional, as capacitações deverão ser efetuadas pelas Escolas do Ministério Público e da Magistratura diretamente ou em parceria com a Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM) da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça ou com outras escolas credenciadas junto ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, para que realizem sessões de negociação, conciliação, mediação e práticas restaurativas, podendo fazê-lo por meio de parcerias com outras instituições especializadas. Estas iniciativas sinalizam a obrigação de que todos os atores do sistema de justiça se organizem para obter ou aprofundar suas competências negociais para atuar em juízo ou extrajudicialmente buscando consensos.

É neste novo cenário normativo que vislumbramos a imprescindibilidade de conhecer a fundo os institutos derivados do modelo de justiça penal negocial. Todavia, precisamos reconhecer que ainda hoje a formação técnico-jurídica do profissional do Direito se vê pautada pela litigiosidade. É preciso, pois, modificar as metodologias de ensino e, com isso, desenvolver

determinadas competências ligadas à negociação. Isto se torna particularmente relevante se levamos em conta que, em matéria penal, a negociação envolve a liberdade individual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça penal no Brasil vem passando por várias transformações ao longo das décadas. Com o implemento do Acordo de Não Persecução Penal pela Lei pela Lei n.º 13.964/2019, a justiça penal negocial chega a um ponto de garantir ao Ministério Público um maior espaço de manobra no tocante à resposta penal que poderá ser adotada no caso concreto, e este novo status de maior disponibilidade no curso das fases pré-processual e processual penal exigem novas competências a serem desenvolvidas pelos profissionais que labutam na área.

As instituições de ensino responsáveis pelos cursos de graduação – mais até do que as de pós-graduação – precisam despertar para as novas necessidades que vão surgindo a partir dos institutos de resolução de conflitos criados por lei e ora vigentes, a exigir que o autor de uma infração penal se veja bem assistido por seu defensor desde os primórdios da investigação criminal. A visão de litígio puro e simples que costumeiramente é característica das ciências criminais deve ser substituída pela construção de consensos diante dos instrumentos jurídicos hoje postos à disposição dos sujeitos atuantes no processo penal. Este olhar atento para um acompanhamento mais intenso, contínuo e voltado às possibilidades de negociação exige uma preparação prévia de todos os profissionais do Direito, no sentido de uma capacitação que envolva o aprendizado de técnicas de negociação desde os cursos de graduação, com criação de disciplinas específicas, e ênfase nas medidas negociais de matriz penal, visto que, ao se falar em técnicas de negociação no Direito, costumeiramente a associação primeva se dá no campo cível. Afinal, se por um lado a mediação, a conciliação e a negociação são métodos de solução de controvérsia muito utilizados no Direito Civil, hoje se impõe, com a devida urgência, a aplicação efetiva de tais métodos e o desenvolvimento das respectivas competências também na seara do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Penal Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. São Paulo: GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/>. Acesso em: 14.jan.2021.

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: PERSPECTIVAS E MUDANÇAS

Flávia Soares Unneberg e Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n.º 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 10 fev.2021.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 fev.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ministro Luiz Fux. Decisão cautelar contemplando as ADI 6298, 6299, 6300 e 6305, ajuizadas em face de dispositivos da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, os quais alteraram dispositivos do Código de Processo Penal e do Código Penal, no bojo do que se denominou “Pacote Anticrime”. 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso 10 fev.2020.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain: Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches (coord) et alli. *Acordo de Não Persecução Penal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530989422. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989422/>. Acesso em: 14 jan.2021.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015.

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

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo et alli. *Pacote Anticrime*. São Paulo: Random House Publishing Services, 2020.