

Justiça restaurativa *versus* justiça penal negocial e sua aplicação no acordo de não persecução penal

David Augusto Fernandes¹

¹ Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal (2016-2017), Doutor em Direito (2009-2011), Mestre em Direito (2003-2004). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor do Corpo Docente permanente do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Residência Jurídica em Resolução de Conflitos (ICM/UFF). Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal Fluminense, atuando no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé. Coordenador de Monitoria do Departamento de Direito de Macaé (MDI), desde 2016 até os dias atuais. Membro Titular do Colegiado do Curso de Direito de Macaé. Cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) como líder de pesquisa direcionada ao Direito Processual Penal, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Autor de várias obras jurídicas. Parecerista *ad hoc* em revistas especializadas.

RESUMO

Atendendo a comutação de paradigma existente no cenário Internacional onde a visão punitivista de aplicação da pena sofreu um deslocamento para uma visão negocial e de aplicabilidade da Justiça Restaurativa, esta pesquisa objetiva especificamente verificar se as Resoluções nº 118, de 1º de dezembro de 2014 do CNMP, nº 225, de 31 de maio de 2016 e Resolução nº 288, de 25 de junho de 2019, ambas do CNJ, que tratam da Justiça Restaurativa possuem aplicabilidade no acordo de não persecução penal, implementado pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa de campo, por meio de questionário direcionado aos advogados, defensores públicos, representantes do parquet e juízes que atuam nas Varas Criminais de Macaé. Como resultado da pesquisa, foi detectada a não adequação do ANPP com a Justiça Restaurativa, mas sim com a justiça penal negocial.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal, Justiça negocial penal, Justiça Restaurativa, Varas Criminais de Macaé.

ABSTRACT

Taking into account the existing paradigm shift in the International scenario, where the punitive view of the application of the penalty has shifted to a negotiating view and the applicability of Restorative Justice, this research specifically aims to verify whether Resolutions No. nº 225, of May 31, 2016 and resolution nº 288, of June 25, 2019, both of the CNJ, which deal with Restorative Justice, are applicable in the agreement of non-criminal prosecution, implemented by article 28-A of the Code of Procedure Criminal. The methodology used was bibliographical research, as well as field research, through a questionnaire directed at lawyers, public defenders, representatives of the parquet and judges who work in the Criminal Courts of Macaé. As a result of the research, the non-suitability of the ANPP with Restorative Justice was detected, but with negotiating criminal justice.

Keywords: Criminal non-prosecution agreement, Criminal bargaining justice, Restorative Justice, Macaé Criminal Courts.

1 INTRODUÇÃO

Na visão de Ricardo Lobo Torres (2001, p. 1-2), a mudança de paradigma vivenciado com a queda do muro de Berlim trouxe nova configuração ao Estado de Direito, implicando a reaproximação entre direito e ética, e entre liberdade e justiça. Por outro lado, verifica-se que a preeminência dos princípios jurídicos no quadro do ordenamento deve conduzir sua eficácia e legitimação no ambiente social, seja no caso dos princípios fundamentais, conforme artigo 1º da Constituição Federal, seja também nos casos dos princípios vinculados às ideias de liberdade, justiça e segurança (artigos 5º, 6º, 7º, 150º, 170º e 195º, todos da Constituição Federal).

Para Daniel Sarmiento (2016, p. 89), o princípio da dignidade da pessoa humana visa a proporcionar-lhe proteção integral, não a tutelar aspectos previamente recortados da sua personalidade e dos seus direitos. Por isso deve ser dotado de suficiente elasticidade para poder dar conta da sua tarefa monumental. Atrelado a essa visão, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 84) reporta que o direito da primeira dimensão permite ao cidadão se socorrer do Judiciário, estando no polo passivo ou ativo da relação processual, assim como em acordo de não persecução penal (ANPP), caso discorde do que lhe foi oferecido ou coartado a aderir.

Somente na segunda metade do século passado houve mudança de paradigma no cenário internacional na visão punitivista de aplicação da pena para a visão negocial e de aplicabilidade da Justiça Restaurativa, caracterizada como oriunda de sistemas de justiça de caráter pacificador, enquanto procedimento utilizado originalmente em comunidades tradicionais da Nova Zelândia, Austrália e Canadá. A Organização das Nações Unidas (ONU) dispôs primariamente por meio da Resolução n° 1999/26, de 28 de julho de 1999, abrangendo o desenvolvimento e a implementação de medidas de mediação e de Justiça Restaurativa na área criminal. Neste mesmo sentido, seguiu-se a Resolução n° 2000/14, de 27 de julho de 2000, posteriormente à Resolução n° 2002/12. A Justiça Restaurativa chegou efetivamente ao nosso País, por meio da Resolução n° 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, seguida de outras com o mesmo foco de aplicabilidade. Observando-se uma adequação do Estado com a introdução de normativos que objetivam o

favorecimento daqueles que transgridam a lei, promovendo a reintegração dos mesmos ao ambiente social.

Buscando verificar como a Justiça Restaurativa tem sido aplicada na realidade brasileira, escolheu-se, como amostragem, o Município de Macaé-RJ, visto que neste município tenho meu local de trabalho. A pesquisa abrange os órgãos atuantes no Judiciário local, enfocando a introdução do ANPP por força do artigo 28-A do Código de Processo Penal, trazido pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. A observância do referido dispositivo tem como um dos objetivos mais prementes desafogar o Judiciário, bem como promover a resolução pré-processual entre o investigado e o representante do *parquet*. Em semelhante enfoque, examina-se, mediante pesquisa de campo, as relações entre os órgãos envolvidos no ANPP. Conforme é exposto no decorrer deste trabalho, a composição de infrações de pequeno e médio potencial ofensivo estão merecendo a visão proativa por parte dos órgãos atuantes junto ao Judiciário, para a resolução mais assertiva desses tipos infracionais.

A metodologia utilizada para a efetivação do trabalho foi a pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base em livros, artigos científicos, legislação e meio eletrônicos específicos na abordagem da matéria. Além disso, acrescentou-se uma pesquisa de campo junto ao *parquet*, à Defensoria Pública, aos advogados e aos juízes atuantes nas Varas Criminais da Comarca de Macaé, por meio de questionários ofertados nos quais manifestaram sua opinião abalizada sobre o tema.

A escolha do tema desta pesquisa justifica-se plenamente pela relevância e atualidade do ANPP no cenário nacional. Portanto, trata-se de assunto merecedor de olhar apurado pelos órgãos do Estado, em sentido amplo, visando a se obter a qualidade da resposta que o poder público tem oferecido à clientela-alvo da Justiça Restaurativa, no sentido de sua observância de forma concreta e eficaz, a fim de se manter coerente com o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana.

A problemática que motivou a realização deste trabalho foi a necessidade de determinar se a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014 do Conselho Nacional do

Ministério Público, a Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016 e a Resolução nº 288, de 25 de junho de 2019, ambas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tratam da Justiça Restaurativa, são utilizadas, na prática, por ocasião da celebração dos acordos de não persecução penal (ANPP), ou se o que prevalece seja a justiça penal negocial, com os impactos específicos de tal utilização, nem sempre propícios para a parte mais modesta.

Para abranger convenientemente as questões levantadas, aborda-se preliminarmente a introdução da Justiça Restaurativa em nosso País. Prosseguindo, focaliza-se a justiça penal negocial. Em continuidade, relata-se o resultado do desenvolvimento da pesquisa realizada na cidade de Macaé, quando se torna possível discutir as questões práticas suscitadas. Durante as considerações, são manifestadas as críticas gerais sobre este importante tema.

2 BREVE RELATO SOBRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Verifica-se que, a partir dos anos 1990, se iniciou a disseminação dos programas de Justiça Restaurativa em vários países do mundo¹, onde o modelo de justiça penal retributiva passou por questionamentos por parte da doutrina especializada. Em 1990, foi publicada a obra que se tornou ícone deste tema, qual seja, *Changing lenses: a new focus for crime and justice*, de Howard Zehr, considerada marco difusor da Justiça Restaurativa, por levar em conta as necessidades da vítima no ponto de partida do processo. Dessa obra podem ser extraídas a responsabilidade pelo ato lesivo praticado pelo ofensor e a obrigação de corrigi-lo, deixando de ser considerado apenas um criminoso e passando a ter papel relevante no processo de participação comunitária, em função de restaurar os relacionamentos e de promover sua reorganização, promovendo, assim, o fortalecimento da comunidade onde vive (LARA, 2012).

Passados alguns anos, foi expandido, em âmbito internacional, o modelo restaurativo de justiça, quando o Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU), no documento que continha os princípios básicos do uso de

¹ Entre elas: Austrália, Canadá, Estados Unidos, África do Sul, Argentina, Colômbia.

programas de Justiça Restaurativa em questões criminais, definiu, por meio da Resolução nº 2002/12, seus principais termos. (ONU,2002)

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), editou a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, dispondo sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dando outras providências. Em seu artigo 13, este normativo recomenda a aplicação das práticas restaurativas em situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos. Em seu artigo 14, salienta que, nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2022).

Já em 2016 deu-se a regulamentação da Justiça Restaurativa através da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 225, de 31 de maio de 2016, lastreada pela Resolução nº 2002/12 da ONU, com o objetivo de pacificação social e aproximação da vítima e agressor, assim como o propósito de reparar os danos provenientes da conduta criminosa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022a) ².

Por meio da Resolução nº 288, de 25 de junho de 2019, foi definida a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022b).

² O Conselho Nacional de Justiça na trilha da Resolução CNJ nº 225/2016 está otimizando a implantação de programas e projetos de Justiça Restaurativa, operacionalizados pelo Comitê Gestor da Justiça Restaurativa. Para tal realização, lançou em 2020 um manual com diretrizes mínimas de implantação de programas e projetos de Justiça Restaurativa, além de ter iniciado a construção das diretrizes de avaliação dos programas e projetos de Justiça Restaurativa (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Manual-Justica-Restaurativa-08092020.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022c.

Por intermédio dessa Resolução, se entendem por alternativas penais as medidas de intervenção em conflitos e violências diversas do encarceramento, orientadas para a restauração das relações e a promoção da cultura da paz, a partir da responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade decorrentes da aplicação de: I – penas restritivas de direitos; II – transação penal e suspensão condicional do processo; III – suspensão condicional da pena privativa de liberdade; IV – conciliação, mediação e técnicas de justiça restaurativa; V – medidas cautelares diversas da prisão; VI – medidas protetivas de urgência. Assim como expôs as finalidades de aplicação dessas alternativas penais³ (CNJ, 2019).

Verifica-se também que o Conselho da Justiça Federal, por ocasião da Primeira Jornada de Direito e Processo Penal, editou o Enunciado n° 28, de 14 de agosto de 2020, o qual recomenda a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia da Resolução n° 225 do CNJ e da Resolução n° 118/2014 do CNMP (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022a; 2022b).

Com o advento do Pacote Anticrime, o papel da vítima no Acordo de Não Persecução Penal se circunscreve a ser notificada sobre a celebração do acordo. Contudo, não lhe é garantido, pelo Código de Processo Penal, poder para se opor ao acordo de não persecução penal ou se manifestar sobre as condições impostas. A fase de proposição e discussão não deve contar com a participação da vítima, para não presenciar a confissão que tem reflexos na esfera cível. Não podemos desconsiderar que houve uma pequena evolução, mas encontram-se mantidas as balizas da Justiça Retributiva.

³ São finalidades da Resolução n° 288: a) a redução da taxa de encarceramento mediante o emprego restrito da privação de liberdade, na forma da lei; b) a subsidiariedade da intervenção penal; c) a presunção de inocência e a valorização da liberdade; d) a proporcionalidade e a idoneidade das medidas penais; e) a dignidade, a autonomia e a liberdade das partes envolvidas nos conflitos; f) a responsabilização da pessoa submetida à medida e a manutenção do seu vínculo com a comunidade; g) o fomento a mecanismos horizontalizados e autocompositivos, a partir de soluções participativas e ajustadas às realidades das partes; h) a restauração das relações sociais, a reparação dos danos e a promoção da cultura da paz; i) a proteção social das pessoas em cumprimento de alternativas penais e sua inclusão em serviços e políticas públicas; j) o respeito à equidade e às diversidades; l) -a articulação entre os órgãos responsáveis pela execução, aplicação e acompanhamento das alternativas penais; m) a consolidação das audiências de custódia e o fomento a outras práticas voltadas à garantia de direitos e à promoção da liberdade.

Conforme Pedro Scuro Neto (2004, p. 277), a posição da vítima para a Justiça Retributiva possui papel secundário, desprovida de empoderamento. Seus interesses são representados pelo Estado, que atuará no processo penal com o intuito principal de punir, banindo ameaças por meio de “castigos”, em que se almeja principalmente a privação de liberdade do ofensor. A vítima neste processo é eximida de qualquer aprofundamento de significação. É entendida apenas por quem pede justiça pelos atos danosos a que foi submetida, justiça conduzida pela repressão e pelo sofrimento do infrator. Durante o processo, nenhuma das partes tem voz ativa, tampouco os familiares e a comunidade envolvidos. Há, então, a marginalização destes no processo penal. Sendo assim, o resultado é precário na compreensão das representações sociais dos atores em relação ao crime e pouco efetivo na reintegração do infrator na sociedade.

Já na Justiça Restaurativa, na visão de Euller Xavier Cordeiro (2014, p. 143), o crime é visto como dano causado não só àquela pessoa representada pelo Estado. Cabe, portanto, a todos aqueles que estiverem envolvidos de alguma forma trabalharem juntos para a pacificação do conflito, de modo que a paz e a coesão social sejam mantidas. Neste caso, não somente a vítima e o ofensor, como também os familiares e a comunidade, terão participação ativa de modo a serem protagonistas na resolução do caso, seja qual for a prática restaurativa adotada. O processo conduzido pela Justiça Restaurativa prima pela responsabilização do agente causador do dano, porém é dada para ele a oportunidade de repará-lo pela demanda direta da vítima. Procede-se à substituição de penas restritivas por penas alternativas, proporcionais aos danos e muitas vezes satisfatórias para ambas as partes e, por fim, também eficazes para o Estado.

3 JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

A seguir passaremos a expor as formas de justiça penal negocial (JPN) existentes no nosso ambiente social ligados à área em estudo.

3.1 Juizado Especial Criminal

A expansão da Justiça Consensual no Brasil teve considerável evolução após a Constituição de 1988, com a aplicação vários ordenamentos jurídicos a ela afetos. Contudo, a inauguração da justiça penal negocial se deve à Lei nº 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995, que veio com o propósito de desobstruir o atolamento da justiça criminal e a incapacidade do sistema de dar conta da imensa demanda.

Conforme exposto por Aury Lopes Junior (2021), essa vivência facilitou imensamente a aceitação de atalhos e soluções imediatas, pois conduziu à ilusão de uma justiça instantânea, desconsiderando ser a ruptura temporal crucial para respeitar o tempo do direito e o tempo do processo. Os juizados especiais criminais não só esbulharam a expectativa de desafogo da justiça criminal, como se mostraram perversos na ampliação do direito penal bagatelar. Mas, prosseguiu-se.

O mesmo autor continua sua ponderação, salientando que ao eixo justificador da JPN foi o denominado atolamento, que precisa ser visto daí em diante por outra perspectiva: banalizamos o direito penal como resposta a problemas sociais complexos, priorizando soluções paliativas e sem enfrentar as causas reais. Sem dúvida o enfrentamento da crise do bem jurídico contribuiria para a redução significativa desse argumento de eficiência, ainda mais se aliado ao filtro processual de maior exigência de responsabilidade acusatória e principalmente, efetividade do controle de admissibilidade da acusação por parte dos juízes. Observando que na dimensão processual, existe ainda um imenso e perverso (ab)uso do poder de acusar, com a conivência do poder judicial que não barra, como deveria, uma enxurrada de acusações natimortas, inúteis ou despidas de suficiente justa causa. E, quando se trata de acusação para negociação, além dos evidentes abusos (*overcharging*), existe uma ausência de filtragem processual, na medida em que os juízes simplesmente desconsideram essa análise, basta ver o que ocorre nos juizados especiais criminais (LOPES JUNIOR, 2021).

3.2 Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013

Outra forma de justiça penal negocial é a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Esta Lei se constitui num negócio jurídico que prevê direitos e obrigações das partes e que propicia ao Estado a obtenção de informações sobre a prática de crimes contra a administração pública que, de outra forma, não seriam obtidas, pois o consenso se sobrepõe à coercibilidade enquanto ferramenta de solução de conflitos (SOUZA; PRADO, 2020, p. 2).

Nesse negócio o colaborador abre mão do seu direito fundamental ao silêncio e da garantia da não autoincriminação em troca de um prêmio ofertado pelo Estado, em razão de ter decidido colaborar de maneira efetiva com a persecução penal, contribuindo, por conseguinte, para a elucidação de crimes de que tenha participado ou sobre o qual tenha conhecimento. A colaboração se apresenta como um instrumento de JPN, em sentido lato, voltado à solução de controvérsias jurídicas de natureza penal entre o Estado, enquanto órgão de persecução penal, e o investigado.

O seu arcabouço fundamental de sustentação é a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, na qual se verifica a composição civil dos danos, uma vez que ocorrerá a renúncia ao direito, seja de representação, seja de queixa, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, assim como nos de ação penal de iniciativa privada, tal qual destaca o artigo 74, da referida Lei.

Conforme entendimento de Marcos Paulo Dutra Santos (2020, p. 20-22) o artigo 76 da Lei nº 9.099/1995 disciplina as bases de execução da delação premiada na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, entendendo que a transação penal preconizada está reservada também às infrações de menor potencial ofensivo, tais como contravenções penais e crimes apenados com até dois anos, representando alternativas à ação penal clássica, por abrandar a demanda pela verdade material, princípio até então inabalável do processo penal brasileiro.

Em continuidade, o mesmo autor explana que, no que concerne à constitucionalidade da colaboração premiada, este princípio se constitui em tema áspero e polêmico sob perspectiva doutrinária. A discussão sobre a individualização da pena, disposta no inciso XLVI, do art. 5º da Carta Cidadã, abandona a questão da reprovabilidade da conduta do acusado, refletindo sua maior ou menor capacidade negocial. De outra monta, o inciso LIV do referido artigo preconiza que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal, de forma que emerge um mecanismo de produção de provas eficaz, mas fundado em perspectivas éticas bastante duvidosas (SANTOS, 2020, p. 23).

Para Marcos Paulo Dutra Santos (2020, p. 27), a delação premiada assenta-se em ferramenta própria do sistema processual penal inteiramente pautado na troca, quando a repreensão a que o agente é submetido não representa de fato a efetiva reprovabilidade da conduta, e sim a sua maior ou menor capacidade de negociação com o sistema judiciário. É nesse sentido que a pena imposta ao delator torna-se menor do que a fixada aos demais réus, apesar de a censurabilidade destes últimos ser menor.

A delação premiada representa um instituto de natureza penal, posto que se constitui fator de diminuição da reprimenda legal ou do perdão judicial, causa extintiva da punibilidade. Nessa perspectiva, para combater a incompetência do Estado em reprimir as práticas delitivas, se buscou uma alternativa que leva o aplicador do direito a oferecer compensação ao criminoso que denunciar seu cúmplice, quer diminuindo sua pena na eventualidade de ser condenado ou, de maneira extrema, lhe oferecendo o perdão judicial, que se constitui causa extintiva de punibilidade. Assim, entende-se que o Estado se une ao delinquentes para juntos tentarem reduzir a criminalidade (SOUZA; PRADO, 2020, p. 6).

3.3 Acordo de Não Persecução Penal

O advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, aperfeiçoou a legislação penal e processual penal e introduziu o artigo 28-A no Código de Processo Penal (CPP), tratando do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Por meio da referida Lei, foi

ampliado o patamar dos tipos penais alcançados pelo processo despenalizador⁴. Contempla as situações que não forem caso de arquivamento e o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Diante dessas circunstâncias, o Ministério Público poderá propor o ANPP, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

É interessante observar que o ANPP foi idealizado com base em consenso, enquanto a legitimidade da norma jurídica que estrutura o Direito Processual Penal se baseia na busca pela verdade. Considera Décio Franco David (2021, p. 19) que essa incompatibilidade sistêmica seja irrefutável e, por consequência, punitivista, tomando conta dos sujeitos processuais, especialmente os membros do *parquet* e da magistratura, calcados no discurso ativista em prol do processo penal mais eficaz e materializado em garantismo penal integral.

O ANPP veio aproximar o inquisitivo do processual, mas a matriz inquisitiva processual se manifesta por linha autoritária expressiva, motivo da necessidade de se promover a aproximação daquela com o sistema acusatório, abrindo a possibilidade de moderação. Não ocorrendo a mudança do sistema inquisitorial exigente, resta a única escolha de frear absolutamente esse aproveitamento do *plea bargain* no inquisitivo nacional (DAVID, 2021, p. 22).

Na construção do ANPP temos que o órgão julgador permanece em seu lugar de imparcialidade, zelando pelo cumprimento da legalidade, enquanto as partes, acusador e cidadão investigado, sob o préstimo de seu advogado ou defensor público, pelem por um acordo adequado ao caso concreto, claro, havendo indícios de autoria e materialidade.

⁴ Conforme salientado por Euler Xavier Cordeiro (2014, p. 109): “A despenalização consiste em punir o autor desta conduta por um meio que não seja uma pena privativa de liberdade. Para tanto, lança-se mão de meios alternativos, tanto de natureza penal como processual, sem contanto retirar o caráter ilícito da conduta”.

Nesse contexto, o artigo 28-A do CPP, introduziu modernos processos despenalizadores, conforme os descritos nos incisos I a V, do referido artigo.

Há de se esquadrihar que, apesar de ser adotada a matriz acusatória, ela simplesmente não garantirá o abuso do ANPP e a lesão de garantias do investigado. Concorrendo com este fato, o uso de modelos negociais não se apresenta como verdadeira composição entre as partes, posto que o poder de coerção do Estado-Administração sobrepuja a relação processual e compromete a livre manifestação de vontade do investigado no momento de aderir ao ANPP, ficando, por vezes, coartado a ele (PRADO, 2011, p. 301).

Nesta mesma linha Geraldo Prado (2003, p.224) prossegue afirmando que os desníveis socioeconômicos ainda vivos na sociedade brasileira interditam a pretensão de garantir ao sujeito, principalmente ao sujeito investigado/imputado, condições de exercer plenamente suas potencialidades e, pois, posicionar-se conscientemente diante da proposta de transação, compreendendo seu largo alcance como instrumento de política criminal.

4 ESTUDO REALIZADO EM MACAÉ E SEUS RESULTADOS

Diante da importância do tema em comento, conforme se constata pela exposição feita até aqui, foi realizada a pesquisa em Macaé-RJ, logradouro laboral do autor deste trabalho, mediante entrevistas através de questionários encaminhados aos defensores públicos, aqui denominados de DP1 e DP2, que atuam nas Varas Criminais, assim como ao Ministério Público, aos juízes das duas Varas Criminais, bem como aos advogados criminais. Quanto aos defensores públicos, responderam às perguntas feitas através do questionário, como da forma que se apresenta, sendo que o primeiro Defensor Público (DP1) e o segundo Defensor Público (DP2). Adiante segue um sumário das respostas obtidas junto aos entrevistados. Ressaltando que não existe uma estatística numérica da pesquisa retratada neste trabalho, posto que conforme palavras dos entrevistados, em seus órgãos de atuação não existem tais dados.

Ao ser perguntado quão importante é o ANPP para desenvolvimento da prestação jurisdicional, o DP1 informou que, no caso, o ANPP teria o potencial benefício de desafogar o Poder Judiciário, evitando o desgaste da máquina pública e, conseqüentemente, recursos públicos, com a movimentação de todos os seus atores para o

processamento de feitos criminais. Muitas vezes, esses processos terminavam com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, ou mesmo suspensos, com aplicação da Suspensão do Processo (SUSPRO) (art. 89, da Lei nº 9.099/1995) ou do cumprimento da reprimenda (art. 77 do CP).

Além disso, o ANPP diminuiria os estigmas decorrentes da mera ocupação da posição de réu no processo penal. Esperava-se forte impacto na superlotação dos presídios, problema que vem apenas se agravando, pois, na prática, as situações nas quais se tem oferecido o acordo jamais resultariam na imposição de pena sob o regime semiaberto ou fechado, e outras alterações do Pacote Anticrime recrudesceram em muito as regras relativas ao cumprimento da prisão preventiva.

Ao ser indagado se, com a aplicação do artigo 28-A do CPP no ordenamento jurídico pátrio, pretende-se a quebra da dualidade da função da pena, incluindo a reparação do dano como uma nova possibilidade, DP1 afirmou ser essa também sua opinião.

Por sua vez, DP2 entende que a doutrina busca, com o ANPP, a expansão dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, fortalecendo a justiça penal negocial no Brasil, até mesmo para desafogar o Judiciário. Neste sentido, entende-se, ainda, que, com o mencionado instituto, pretende-se a quebra da dualidade da função da pena, incluindo nova possibilidade de reparação do dano. No entanto, há de se ter cautela para a exigência da reparação do dano não se tornar impeditiva da celebração destes acordos, dada a grande hipossuficiência das partes atendidas pela Defensoria Pública, que até tem interesse na celebração do acordo, mas esbarra nas condições de reparação de dano muitas vezes estipuladas em valores absurdos, impedindo a aceitação.

Considera DP1 que não tem havido qualquer participação da vítima no ANPP, tornando-se um problema para os defensores, pois eles têm de acreditar na individualização do dano apresentada pela autoridade policial, sem haver qualquer contraditório nesta etapa. Assim, não há o efetivo empoderamento da vítima, funcionando como mera espectadora. Não lhe é dada oportunidade de apontar seus prejuízos, especificar como gostaria de vê-los reparados (se preferiria retratação ou outra medida que não a mera reparação

patrimonial) ou de simplesmente perdoar o ofensor (mesmo em se tratando de ação pública condicionada à representação).

DP2 afirma que, nos ANPPs de que participou na Comarca de Macaé, as vítimas ainda exerceram o papel de meras espectadoras, até porque, em razão da pandemia, não houve muitas audiências para tratar das condições dos acordos, ficando essas tratativas mais restritas ao defensor e ao promotor por meio remoto.

DP1 esclarece que simplesmente não existe a aproximação da chamada Justiça Restaurativa em aplicação no artigo 28-A, do CPP, mas sim o fortalecimento da justiça penal negocial para desafogar o Judiciário e aprimorar o sistema punitivista. Não há ainda conscientização por parte dos operadores do sistema de justiça sobre os benefícios comunitários e sociais da Justiça Restaurativa. Aparentemente prevalecem a descrença e o desconhecimento. E DP2 acrescenta, a propósito desse fato que, no entanto, devemos ter muita cautela na aplicação do instituto, como alerta a doutrina brasileira, para não se reduzir o ANPP à mera etapa pré-processual, sem a devida análise acerca da existência ou não de condições para oferecimento da denúncia.

A certa altura, os entrevistados foram instados a se manifestarem sobre a atuação do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal que divulgou os enunciados da 1ª Jornada de Direito Penal e Processual Penal, com a recomendação, no Enunciado nº 28 (ID3557), baseada nos princípios das Resoluções CNMP nº 118/2014 e CNJ nº 225/2016, da realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal. Desejava-se saber se os entrevistados consideram que o sistema de justiça tem se mobilizado para promover a interlocução entre a Justiça Restaurativa e o ANPP.

DP1 esclareceu que as práticas do CNJ e do CJF ainda não encontram capilaridade no primeiro grau de jurisdição. Para DP1 e DP2 o CNJ tem se mobilizado para promover a interlocução, contudo, ainda se faz necessária a mudança na visão daqueles que operacionalizam o direito e atuam nas varas criminais, conduzindo-os ao foco restaurativo.

David Augusto Fernandes

Por outro lado, DP1 asseverou não ser do seu conhecimento que existe interlocução entre essas práticas no âmbito Ministério Público com os advogados/defensores públicos direcionados a ANPP, a fim de buscar o resgate da sensação da segurança pública e os impactos sociais e comunitários do delito. Analisando as orientações e fluxos de ANPP emitidos pelo Conselho Superior do MPRJ, não se vê destaque ao papel restaurativo. Na mais recente Resolução GPGJ nº 2.429, de 16 de agosto de 2021, a única previsão encontrada em relação à vítima está no artigo 5º, § 6º:

Os órgãos do Ministério Público deverão zelar pela efetiva promoção dos direitos das vítimas, notadamente: I - informando-as dos seus direitos, inclusive sobre a reparação do dano causado pela infração, salvo impossibilidade. II - Requerendo a intimação da vítima para ciência da homologação e eventual descumprimento do acordo de não persecução penal.

DP2 considera que ainda não existe interlocução entre essas práticas pelas Instituições, existindo apenas a interlocução em cada caso concreto, buscando o que melhor atenderá aquela demanda individual.

Prosseguindo foi perguntado se já houve casos de, em vez de propor os termos de ANPP, o *parquet* tenha de livre iniciativa ou por sugestão encaminhado o caso à via restaurativa, e que eventual acordo entre vítima e investigado tenha sido usado como balizador do ANPP.

Tanto DP1 como DP2 esclareceram haver casos em que, em vez de propositura do ANPP, o *parquet* tenha, de livre iniciativa ou por sugestão, encaminhado o caso à via restaurativa. Entretanto, foi informado que se já tentou, por conta própria, contatar a vítima e propor diretamente a ela meios de reparar os danos, como modo de evitar a celebração do acordo e suas consequências penais (riscos decorrentes do descumprimento e impossibilidade de celebração de novo ANPP no futuro), porém, a medida não foi em frente.

Para o DP2 a previsão da confissão como condição obrigatória, bem como a não flexibilidade nas tratativas de acordo em alguns casos no tocante as condições propostas pelo MP, dificultam dar uma conotação restaurativa aos ANPPs, parecendo apenas ter viés punitivista.

Considera DP1 que, a princípio, em cada acordo de não persecução penal não é levada em consideração a realidade vivida pelo autor do fato, no seu ambiente social por parte dos facilitadores do Ministério Público. Quando as condições propostas não se mostram adequadas à realidade do assistido, há manifestação de contraproposta, solicitando a redução do valor da prestação ou horas de trabalho... Nem sempre a solicitação é atendida. Nestes casos, explica-se ao assistido sobre as vantagens de aceitar o acordo e se realmente não há a possibilidade de se ajustar ao proposto.

Para DP2 infelizmente ainda há dificuldade em se analisar a realidade vivida individualmente pelo autor do fato, pois, em alguns casos, há uma padronização das condições do ANPP. Entretanto, já conseguiu, em alguns casos individuais, demonstrar situações peculiares vividas pelo suposto autor do fato que demandaram outro olhar pelo Ministério Público, bem como a disposição de novas condições que acarretaram a possibilidade de celebração do ANPP.

DP1 afirma que os facilitadores que atuam na condução do ANPP não possuem ambientação no uso da Justiça Restaurativa a ser aplicada a cada caso implementado. Por seu turno, DP2 diz que só teve casos de atuação do Ministério Público e da defesa na condução do ANPP, não havendo a participação de facilitadores e/ou terceiras pessoas.

Esclarece DP1 que os modelos de propostas do ANPP são elaborados tendo por paradigma as informações existentes no inquérito policial, sem haver contato prévio com a vítima ou com o investigado. Assim como não possuem ambientação no uso da Justiça Restaurativa.

DP1 e DP2 afirmam que, na celebração do ANPP, não existe qualquer participação da comunidade. Segundo DP1, se procura promover a ampla discussão sobre os motivos que conduziram o investigado à prática o crime, para posteriormente analisar a aceitação do ANPP. Por vezes tenta-se levar essas considerações sobre a motivação e sobre a realidade social do investigado ao MP, em nossas manifestações. Já DP2 declara que, em razão da pandemia, muito dos atendimentos foram realizados de forma remota, atrapalhando a discussão profunda sobre motivos e reflexão em torno da prática do ato. Porém, sempre foram verificadas quais eram as versões dos assistidos até mesmo para a análise da viabilidade de aceitação do instituto.

DP1 assevera que, em regra, as propostas para a celebração do ANPP trazem a prestação de serviço comunitário. De fato, os facilitadores não têm por hábito explicar esse enfoque e os assistidos são sempre muito resistentes à essa obrigação, encarando apenas como uma sanção.

O mesmo entrevistado também esclarece que, na medida do possível, se utiliza da investigação criminal defensiva [Provimento n° 188/2018, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)]. Quando se conversa com o assistido para pensarem juntos sobre os documentos pertinentes, solicitam-se declarações de testemunhas e se promove diligência junto a outros órgãos públicos. Apenas o deslocamento físico por parte do defensor se mostra inviável, diante de outras atribuições, entre elas a participação em plenários do júri e o grande volume de audiências comuns às varas criminais.

De idêntica forma, DP2 afirma que, sempre antes da análise sobre a celebração do acordo, verifica, junto ao suposto autor do fato, a sua versão sobre o que lhe está sendo imputado, bem como eventuais provas que corroborem a sua versão, para então partir para analisar a celebração ou não do acordo, bem como da razoabilidade de suas condições.

Adiante se perguntou se o art. 28-A, V, do CPP, permite que o Ministério Público sugira qualquer outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal supostamente praticada. É claro que, em se tratando de acordo, tal condição deve ser negociada. Assim, o instituto abre margem para a oferta de práticas restaurativas e, ainda,

recepciona medidas reparadoras mais criativas, que podem emergir do diálogo entre vítima e autor da ofensa. Buscou-se conhecer, no entendimento do defensor(a) público(a), se tal procedimento pode ser viável e de aplicação na rotina diária do ANPP. E caso tivessem respondido afirmativamente, valeria saber se já houve aplicação desse inciso direcionado a práticas restaurativas.

DP1 informa ser praxe do promotor local enviar a proposta já com as condições prefixadas. Fora aquelas previstas nos incisos I a IV, as únicas obrigações adicionais que costumam ser impostas é a obrigatoriedade de comunicar ao juízo alterações de endereço e o comparecimento mensal em juízo. Percebe-se que tais medidas não possuem cunho restaurativo, apesar de acreditar ser viável a aplicação de medidas dessa natureza no bojo do ANPP, desde que haja mudança na rotina: como dito no início, as propostas já são enviadas prontas por e-mail. Entra-se em contato com a parte e explica-se sobre o instituto e as condições impostas. Havendo concordância, a parte assina, em seguida o defensor também o faz, e o documento é enviado ao Ministério Público, passando a aguardar a audiência de homologação. Não há propriamente uma “mesa de negociações”, apesar de existir espaço para o diálogo através dos meios eletrônicos.

Explana DP2 que, apesar da previsão legal, bem como do CNJ em buscar práticas restaurativas, ainda se faz necessária mudança de mentalidade dos operadores de direito, que ainda possuem enraizada a mentalidade punitivista. Entretanto, salienta já haver conseguido, em alguns casos, estabelecer diálogo que trouxe uma realidade mais restaurativa do que punitivista. Mas infelizmente, foram poucas as situações.

Dando continuidade à entrevista, foi perguntado sobre o fato de o ANPP, ao permitir que o investigado cumpra com celeridade medidas alternativas à pena de prisão, como a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade e o pagamento de multa, tem a potencialidade de auxiliar na contenção da violência do sistema penal para autores de crimes como furto, estelionato, receptação e tráfico de drogas privilegiado.

DPI considera que o ANPP, ao permitir que o investigado cumpra com celeridade medidas alternativas à pena de prisão, como a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade e o pagamento de multa, tem a potencialidade de auxiliar na contenção da violência do sistema penal para autores de crimes como furto, estelionato, receptação e tráfico de drogas. Entretanto, entende o entrevistado que essa potencialidade foi festejada pelos mais ingênuos. Desde o início, os críticos do Direito Penal olharam com desconfiança esse instituto negocial, por saber que o Ministério Público tenderia a lhe dar aplicação seletiva e a mais restrita o possível.

O entrevistado constata que, entre os crimes apontados na pergunta, de fato os indiciados por crime de receptação, por ser crime a que estão sujeitas pessoas de classes mais elevadas, costumam ter acesso ao ANPP. Quanto ao crime de furto, há alguma aplicação, mas muito aquém do desejado para conter a violência do sistema penal: como normalmente quem recorre a esta prática são pessoas marginalizadas, dificilmente ostentam uma única passagem. Aqueles que praticam estelionato também costumam fazê-lo de modo habitual, por isso não é comum verificar indiciados primários ou com imputação única.

Em relação ao tráfico de drogas, os promotores de justiça parecem considerá-lo o crime mais grave de todos, apesar de estar privilegiado no instituto, sendo raras as situações em que é oferecido, especialmente para moradores de comunidades. Em relação a estes moradores é comum um excesso de imputação na denúncia, pois paira a presunção de que integram o tráfico local, havendo quase sempre a imputação do art. 33 e 35, da Lei de Drogas em conjunto. Quando na sentença o sujeito é absolvido em relação ao art. 35 e tem a ele aplicado o privilégio, apela-se para ser determinado o retorno dos autos ao MP para o oferecimento do ANPP, mas nunca foi acolhido tal pleito.

É muito comum o oferecimento do ANPP para os indiciados pelos crimes de furto de energia elétrica, embriaguez ao volante, lesão corporal culposa na condução de veículo automotor, falsificação de documento particular, posse de arma de fogo de uso permitido, apropriação indébita. Em relação a este último quase sempre há oposição (sem sucesso), porque muitas vezes se está diante de cobrança de dívida pela via do Direito Penal. Então,

há grande risco de esse instituto servir apenas de instrumento ao Direito Penal de segunda velocidade, quando há intensa flexibilização das garantias constitucionais e processuais, sob o pretexto de se afastar a pena privativa de liberdade. Entretanto, resulta na prática em expansão do Direito Penal com a punição de condutas que o MP já havia deixado na gaveta por anos, por considerar desimportantes (tornando-se muito comum pegar casos já prescritos).

DP1 entende que não tem havido aplicação de um viés restaurativo. As condições impostas – qualitativamente, mas não em termos quantitativos – são exatamente as mesmas impostas nos casos de suspensão condicional do processo. Ainda que o ANPP tenha maior âmbito de aplicação, não é suficiente para alcançar os clientes usuais do sistema penal. Ainda que os acordantes sejam protegidos da estigmatização do processo, muitas vezes sequer concordam de fato com a imputação penal. Eles não gostariam de confessar, mas aceitam apenas pela ameaça de um processo penal, por saberem que o ônus da prova – na realidade – recairá sobre a pessoa, que terá um trabalho hercúleo, caso queira provar sua inocência, já que trabalhadores informais, moradores de periferia e afins, não têm facilidade para formar álibis, comprovar origem de bens...

Então, o que se tem não é a valorização do devido processo legal, do sistema acusatório, da eficiência, mas justamente o aceite baseado no medo da ineficiência da justiça, no conhecimento de o sistema ser inquisidor, pois o juiz simplesmente acolhe as manifestações do MP e sob o argumento de que “a versão do acusado restou isolada nos autos”, que suas testemunhas são meros informantes, por serem amigos pessoais... Enfim, persiste a ética utilitarista do Direito Penal, e não restaurativa.

DP2 ainda não vê esta mentalidade nos operadores de direito. Muitos ainda buscam apenas a suposta aplicação de pena, sem necessidade do processo judicial. Para DP2, a obrigatoriedade da confissão como uma das condições de aceitação do ANPP é alvo de crítica de diversos doutrinadores. Ainda se vê nesta previsão algo muito inerente ao sistema punitivista, pois há a tentativa de se aproveitar desta confissão para obter futura condenação no caso de descumprimento do acordo. Ou seja, busca-se a antecipação de

conclusão acerca do mérito do processo, sem conceder contraditório e ampla defesa à outra parte.

De outra forma, entende DP1 que essa confissão não pode ser utilizada/aproveitada em eventual processo a ser instaurado após o descumprimento. Eis que necessário se faz, após a instauração do processo, que o Ministério Público produza, agora durante o processo judicial, provas imparciais e seguindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal, sob pena de absolvição por ausência de provas.

Para DP2, fere-se o princípio da verdade e da não culpabilidade, com a obrigatoriedade da confissão como uma das condições do ANPP, bem como a mentalidade punitivista de que as condições a serem cumpridas seriam sanções penais sem o devido processo legal. É evidente que o Instituto ainda precisa de amadurecimento para alcançar o patamar de medida alternativa de solução de conflito.

DP1 e DP2 acreditam que ainda há muito a evoluir, pois a simples existência de um Projeto de Lei, assim como do instituto, ainda não será suficiente para instauração de práticas efetivas da Justiça Restaurativa se não existirem operadores de direito com a mentalidade voltada para este fim.

Ainda durante a etapa das entrevistas, houve a contribuição de dois membros do *parquet* (MP1 e MP2), respondendo às perguntas formuladas ao questionário aplicado, conforme é descrito adiante.

Ao ser instado sobre a importância da introdução do artigo 28-A, do Código Processo Penal, no ordenamento jurídico nacional para o desenvolvimento da prestação jurisdicional, MP1 esclarece que o dispositivo constitui importante passo para a prestação jurisdicional mais célere, resolutiva e efetiva. Tendo MP2 testemunhado além do seu colega que o ANPP veio ampliar os mecanismos de justiça penal negociada. Por oportuno, MP1 afirma que o tempo médio para a realização do ANPP é de 15 a 20 dias, fato corroborado por MP2.

No que tange à homologação judicial do ANPP, MP1 assevera que ela obedece ao disposto no artigo 287 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça (CNCGJ)⁵.

MP2 esclarece que, havendo o descumprimento das condições estipuladas no ANPP, se conduzirá à rescisão do ANPP. Não obstante, a depender do caso concreto, pode haver intimação do investigado para justificar o descumprimento.

MP2 entende que, com a aplicação do artigo 28-A, do CPP, as funções da pena permanecem as mesmas, mas a inclusão da reparação do dano como condição reflete a preocupação crescente do legislador com a vítima no processo penal. Acresce que a participação da vítima se restringe às questões atinentes ao dano por ela sofrido. Não obstante, a depender das informações obtidas e se constado, por exemplo, que as consequências do crime superaram as normais da espécie, tal fundamento, em tese, poderia ser invocado para a não celebração do ANPP. No caso, o entrevistado considera que não se busca a aproximação entre investigado e vítima.

Quanto a existir aproximação entre o artigo 28-A, do CPP, com a Justiça Restaurativa, MP1 e MP2 consideram que a sistemática de celebração de ANPP é um exemplo atual de modificação do enfoque e das abordagens em relação às vítimas, considerando o contexto geral sugestivo de sua maior participação no acordo. Nesse passo, para além do fortalecimento dos mecanismos negociais, parece haver aproximação em relação à Justiça Restaurativa.

MP1 entende que já se percebe a diminuição das denúncias, por força da introdução da ANPP no nosso ordenamento jurídico. Já MP2 atesta que a realidade vivida pelo autor do fato (investigado) é levada em consideração para especificação das cláusulas impostas para celebração do ANPP.

⁵ Art. 287. Nos juízos com competência criminal das Comarcas do Interior, a unidade judicial expedirá Guia de Acordo de Não Persecução Penal, pelo sistema informatizado, e encaminhará à Central de Penas e Medidas Alternativas – CPMA vinculada ao juízo de conhecimento, para fiscalização e cumprimento das condições impostas no ANPP. (Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/documents/1017893/1037310/codigo-de-normas-da-corregedoria-parte-judicial.pdf/f184dce7-bbd0-295f-9e3a-189a4945051e?version=1.8>. Acesso em: 21 jul. 2022).

Para MP1, o ANPP, ao permitir que o investigado cumpra com celeridade medidas alternativas à pena de prisão, como a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade e o pagamento de multa, tem esta potencialidade de auxiliar na contenção da violência do sistema penal para autores de crimes atingidos pelo artigo 28-A, do CPP.

Tanto MP1 como MP2 consideram não existir a possibilidade de ocorrer que uma pessoa inocente e inexperiente possa aderir ao ANPP, confessando uma prática criminosa, tentando fugir do processo criminal, se não tiver noção do que vai ocorrer e venha a se prejudicar. O art. 28-A, § 3º, *in fine*, CPP, exige que a negociação seja acompanhada por defesa técnica constituída, sendo a atuação do advogado ou defensor público requisito expresso desde as notificações iniciais.

Na atuação de MP2, já ocorreram situações de **aplicação do ANPP a processos em tramitação e que tenha atuado antes do trânsito em julgado, baseado no entendimento dos tribunais superiores.**

Foram enviados questionários a alguns advogados atuantes na área criminal na Comarca de Macaé, que se dispuseram a participar da pesquisa referente a este Projeto, mas apenas três profissionais (AD1, AD2 e AD3) retornaram com suas respostas.

AD1 considera que o ANPP vai desafogar o Judiciário e servirá para diminuir o caráter punitivista dos procedimentos penais, mas sendo necessária a atuação do advogado para resguardar os direitos e os interesses do investigado.

Para AD2 o ANPP introduziu um avanço no ordenamento jurídico nacional, possibilitando ao Sistema de Justiça a forma de negociar um acordo de vontades entre as partes sob o manto de proteção jurisdicional do Estado-juiz no momento de decidir a homologação do Termo. Já AD3 testifica que foi um avanço sem dúvidas. Toda medida que proponha ao indivíduo uma forma alternativa de punição é, sem dúvida, garantidora de seus direitos humanos.

Considera AD2 que o tempo de celebração do ANPP fica prejudicado porque os agentes estatais da *persecutio criminis* adotam postura de prolongar o feito pré-processual para tentar obter outros elementos de prova não abarcados na acusação inicial. Em contrapartida, AD3 afirma que o tempo de tramitação do ANPP é rápido, considerando-se a saída do inquérito policial da Delegacia da Polícia Civil para o Ministério Público.

Para AD3 a introdução da justiça penal negocial, como é exemplo nítido no caso do ANPP, está em expansão com o fito de desafogar o sistema penal brasileiro e evitar o cárcere desnecessário. No entendimento deste profissional pretende-se a quebra da dualidade da função da pena (com todas suas teorias), quando passa a incluir a reparação do dano como elemento. Altera também o sentido da pena, não apenas na compensação da culpa do delinquente, mas também no sentido geral de fazer prevalecer a ordem jurídica e determinados fins político-criminais, com o fim de prevenir futuros crimes.

AD3 afirmou que nunca viu ser objeto do ANPP a aproximação entre autor e vítima, mas não descarta, a depender do perfil de alguns membros do *parquet*, que isso possa ocorrer, especialmente em crimes ligados à integridade física.

Consideram AD2 e AD3 que não houve aproximação da Justiça Restaurativa com introdução do ANPP no nosso ordenamento jurídico, mas sim o fortalecimento da justiça penal negocial mais repressora do que bilateral entre as partes. Para AD1 e AD3 a vítima é intimada para a homologação do ANPP e em seu descumprimento, mas como espectador.

AD3 acredita ser o ANPP uma justiça despenalizadora. Porém, até o momento não visualizou a aproximação do ANPP à chamada Justiça Restaurativa, ao se considerar o referido acordo, a depender da situação, conjuntamente com os critérios objetivos do próprio artigo 28-A do CPP, para evitar a movimentação da máquina pública por meio de processos. No caso, o bem jurídico tutelado poderia ter como “compensação” a imposição de outras alternativas ao investigado que já seriam *per si* equânimes e satisfatórias no que tange ao seu cumprimento obrigacional, ao revés de toda a deflagração de um processo exauriente e por que não exaustivo para todos? Também assevera que, em razão ainda das inúmeras demandas tidas hodiernamente nos tribunais, os acordos também são vistos como

“mais um” ou “para desafogar” as estatísticas dos processos. O entrevistado percebe que os objetivos são soluções rápidas e práticas para também evitar processos desnecessários.

Foi indagado aos advogados sobre a divulgação do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal dos enunciados da 1ª Jornada de Direito Penal e Processual Penal, sendo recomendado, no Enunciado nº 28 (ID3557), com base nos princípios das Resoluções CNMP nº 118/2014 e CNJ nº 225/2016, a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal. Em resposta, afirma AD1 que o Sistema de Justiça tem de se mobilizar para promover a interlocução entre a Justiça Restaurativa e o ANPP, mas não especificou de que forma. Já AD2 e AD3 visualizam a possibilidade de interlocução do ANPP com a Justiça Restaurativa tão somente em caso de crimes ambientais.

Para AD3 não existe uma interlocução entre o *parquet* e Defensoria Pública/advogado direcionados ao ANPP no sentido de buscarem o resgate da sensação de segurança pública e os impactos sociais e comunitários do delito. Verifica-se que o *parquet* oferece a proposta para o ANPP e o investigado adere ao não, ficando o advogado encarregado de orientar seu cliente sobre os prós e contra da proposta.

Entende AD3 que a conjugação do ANPP com a Justiça Restaurativa trata-se de um método que busca realizar o encontro ou até mesmo a aproximação/reaproximação entre vítima e agressor, assim como eventuais terceiros envolvidos no crime ou na participação/resultado dele. Tem como desiderato levar a vítima a superar traumas e até mesmo e a perdoar seu algoz pelo dano praticado. O entrevistado percebe que tal situação conjugada ao ANPP vai atingir o escopo do Estado, quando este, considerando as peculiaridades do Art. 28-A do CPP, submete o investigado ao cumprimento dos requisitos ali trazidos como forma de compensação e satisfação ao ato cometido. Entretanto, em sua opinião, desejar que essa Justiça leve à aproximação do autor e da vítima, sem essa desconsiderar o sofrimento sofrido pela ação do autor da infração, é uma forma ingênua de abordar a situação.

Nos processos em que AD3 atuou, teve oportunidade de observar, em vários casos em que o promotor considerou a condição de vida do investigado, baseado no próprio relato fornecido pelo inquérito policial e com base nesses aspectos, formalizou sua proposta do ANPP na base do chamado “olhômetro”. Porém, o entrevistado também percebe a extrema facilidade em parcelar, e até mesmo no ato da formalização no MP, a possibilidade de se diminuir o valor estipulado. É democrática essa questão.

Considera AD2 que o facilitador, no ANPP, teria de guiar o ANPP para um resultado em consonância com as vontades das partes, logicamente submetido ao crivo homologatório do Poder Judiciário. AD3 verifica sempre o *parquet* narrando aquilo que entende ser cabível ao caso, como forma de acordo - negociata mesmo (algo do tipo pegar ou largar ou, ainda, incentiva a fazer o ANPP, mas explica que se verificaram no caso indícios mínimos de autoria e materialidade, podendo ofertar denúncia, caso não aceite). Acontece muito nos casos de direção de veículo estando alcoolizado (art. 306 do CTB). Em que pese o laudo que daria este supedâneo, o *parquet* narra haver o laudo e a possibilidade da denúncia.

Acredita AD2 que deva ser aplicada a investigação criminal defensiva [Provimento nº 188/2018, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)], sempre que o caso requerer que o sistema acusatório seja o eixo de um processo penal democrático, caso ele ocorra.

Entende AD2 que o ANPP, nos crimes contra ao meio ambiente e conexos, durante a celebração do acordo, fica evidenciado ao investigado que, além das devidas reparações à vítima, a proposta terá como enfoque a reparação comunitária em razão do interesse social na situação. Ou seja: é explicado que, em não sendo estipulada a prestação comunitária pela via restaurativa, termos complementares nesse sentido poderão ser acordados entre a acusação, o investigado e sua defesa. Já para AD3, o que mais ocorre é o MP pugnar pela pecúnia.

Para AD1 e AD3, o ANPP, ao permitir que o investigado cumpra com celeridade medidas alternativas à pena de prisão, como a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade e o pagamento de multa, tem potencialidade de auxiliar na contenção da violência do sistema penal para autores de crimes como furto, estelionato, receptação e tráfico de drogas privilegiado, entre outros.

AD2 considera que o investigado tem a possibilidade de adquirir o controle do seu destino e obter com a confissão um resultado mais promissor na lida com a Justiça, afastando o rigor da acusação e oportunizando a chance de evitar a estigmatização do processo, a eventual aplicação de pena. Dessa maneira, contribui com a pacificação social, fato maximizado pela interlocução entre as práticas restaurativas e este instituto. Já AD1 e AD3 consideram que o ANPP passou a integrar efetivamente o rol das estratégias defensivas, apresentando-se como instrumento despenalizador legítimo. Mas para AD2 ele também é ferramenta importante para a acusação.

Acredita AD3 que a aplicação do ANPP pode ser enquadrada como oportunidade oferecida ao investigado, com o objetivo de meditar sobre o ato praticado e, ao ser atingido pelo ANPP, não venha a reincidir na prática de outra infração penal, mantendo-se em postura adequada ao ambiente social onde vive.

Apesar de terem sido reiteradas as solicitações de colaboração com o nosso Projeto de Pesquisa, junto aos juízes que atuam na área criminal na Comarca de Macaé, não obtivemos retorno dos magistrados.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou determinar se é aplicada no ANPP a Justiça Restaurativa ou a justiça penal negocial, por parte do *parquet*, quando da celebração do acordo, na Comarca de Macaé, onde esta pesquisa foi desenvolvida na coleta dos dados ora analisados.

Apesar de as resoluções mencionadas ao longo desse artigo preconizarem a prática da Justiça Restaurativa, ainda não foi posto em prática, no ambiente social em estudo, o delineado pelos órgãos criadores desses normativos no País. Da mesma forma, não se verificou sua plena aplicação no ANPP, conforme exposto pelo Enunciado n° 28, de 14 de agosto de 2020 do CJF.

Verifica-se, também, que o ANPP não segue a trilha do artigo 14, da Resolução n° 118, de 1° de dezembro de 2014, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, quando todos os envolvidos no conflito (o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador) ficam frente a frente para sua resolução.

Fica materializado que o citado empoderamento, que poderia ser concedido à vítima por ocasião da entrada em vigor do ANPP, não existe na rotina diária da celebração do acordo por parte do *parquet*. Constata-se claramente que a vítima não tem qualquer participação nesse ato, sendo mera espectadora, intimada para a celebração do ANPP. Não lhe é dada oportunidade de apontar seus prejuízos e especificar como gostaria de vê-los reparados.

Conforme manifestação dos membros do *parquet*, fornecida mediante os questionários aplicados durante a Pesquisa, ficou esclarecido que existe a aplicação da justiça penal negocial, fato também corroborado pelos membros da Defensoria Pública, conforme as respostas apresentadas. Para consolidar ainda mais este ponto de inflexão, constatou-se que os advogados ouvidos afirmaram o fato de continuar persistindo o pensamento punitivista por parte do *parquet*. Os advogados visualizam a possibilidade de interlocução entre o ANPP e a Justiça Restaurativa tão somente em casos de crimes ambientais.

Corroborado pelo *parquet* e pela Defensoria Pública o fato de prevalecer a diminuição de denúncias após a entrada em vigor do ANPP, com tendência a desafogar o Judiciário dos tipos penais de médio potencial ofensivo. Outro ponto relevante é que os acordantes, objetivando ficarem livres do processo, muitas vezes sequer concordam de

fato com a imputação penal. Eles não gostariam de confessar, mas o aceitam apenas pela ameaça do processo penal, por saberem que o ônus da prova – na realidade – recairá sobre a pessoa, que terá um trabalho hercúleo, caso queira provar sua inocência, já que trabalhadores informais, moradores de periferia e afins não têm facilidade para formar álibis e comprovar a origem de bens que estiverem em suas posses.

Percebe-se, pela declaração de um advogado, a similaridade do ANPP com o contrato de adesão ao Código de Defesa do Consumidor, pela forma que ela é imposta ao investigado.

Ficou demonstrado no decorrer desse estudo que, para haver a evolução no ambiente jurídico e para o cidadão ter seus direitos assegurados, se faz necessária a mudança, tanto no ambiente social como na atuação dos órgãos jurisdicionais, pois a simples existência de resoluções ou de uma lei ainda não será suficiente para instauração de práticas efetivas de Justiça Restaurativa, se não existir mentalidade consolidada para esse fim.

Ressalve-se que a Justiça Restaurativa apresenta uma perspectiva diferenciada ao retromencionado, à medida que atua sobre três pilares principais: a vítima, com protagonismo dentro do processo, o ofensor, a ser responsabilizado pelo ato cometido, e a comunidade. Quadro totalmente inexistente no atual ambiente social da localidade onde foi desenvolvido o presente estudo. De fato, torna-se ainda mais relevante essa conclusão, quando tal resultado pode servir de paradigma a ser projetado para diversas outras regiões do País, onde exista características semelhantes ao microcosmo ora pesquisado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília-DF, **Diário Oficial da União**, de 5 ago. 2013. Define disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 5 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Criação da Justiça Restaurativa no Brasil. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br> › atos ›. Acesso em: 22 abr. 2022a.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 288, de 25 de junho de 2019. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br> › atos ›. Acesso em: 30 abr. 2022b.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Cartilha-Justica-Restaurativa-08092020.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022c.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito e Processo Penal. Enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br> › cjf › noticias › 2020 ›. Acesso em: 29 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br> › atos-e-normas-busca ›. Acesso em: 24 abr. 2022.

CORDEIRO, Euler Xavier. **A participação da vítima no processo penal**. 2014. 196 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista. Franca-SP, 2014. Disponível em: <https://bv.fapesp.br/pt/dissertacoes-teses/110703/a-participacao-da-vitima-no-processo-penal>. Acesso em: 25 abr. 2022.

DAVID, Décio Franco. O futuro exige o novo: o acordo de não persecução penal exige a implementação de sistema acusatório. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Placido, 2021, p.15-28.

LARA, Caio Augusto Souza. **DEZ ANOS DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO BRASIL**: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1dfcb07c683107f0>. Acesso em: 30 jul. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. **Boletim 344**. IBCCRIM, jul. 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8569>. Acesso em: 2 ago. 2022.