CONSIDERAÇÕES, ANÁLISE E APLICABILIDADE OTIMIZADA DA MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL À LUZ DO DIREITO COMPARADO

CONSIDERATIONS, ANALYSIS AND OPTIMIZED APPLICABILITY OF CRIMINAL MEDIATION IN BRAZIL IN THE LIGHT OF COMPARED LAW

Henry Sandres de Oliveira[1]

RESUMO: O presente texto tem como objetivo discutir, analisar e expor formas de otimizar o instituto jurídico da Mediação Penal no Brasil, sob a ótica do Direito Comparado. Assim, este artigo busca examinar a origem e o desenvolvimento legislativo e histórico moderno dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, nos quais está inserida a Mediação Penal, de forma geral, dos maiores polos jurídicos pelo mundo e no Brasil, apontando seus avanços e as suas técnicas. Do mesmo modo, após a citada análise, o texto abordará aspectos sobre a Mediação Penal realizando considerações acerca do aperfeiçoamento da aplicação do mencionado método para resolução de conflitos em solo pátrio.

Palavras-chaves: Métodos alternativos de solução de conflito, Direito Penal, Processo Penal.

ABSTRATCT: histextwasbuilt for a more in-depthandin-depth analysis on the Brazilian Legal Institute. Thus, this article seeks to examine the legislative and modern history of Alternative Methods of Conflict Resolution, in whichisinserted a Criminal Mediation, in general, of the largest legal polesa round the world and in Brazil, and its advances and techniques. To do thesame, after a data analysis, to address the issues of criminal mediation of decisions oni mproving the application of conflictr esolution on land.

Keywords: Alternative Dispute Resolution, Criminal Law, Criminal Procedure.

[1] Pós-graduando no Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Rondônia – MP/RO. E-mail: henrysandres@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Prima facie, sabe-se da existência e da aplicabilidade de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil, inclusive da utilização da Medição Penal.Todavia, trata-se de matéria pouco divulgada e estudada, em âmbito nacional. Nesse segmento, apesar da aplicação, o citado método, atualmente, acaba por ter sua evolução estagnada, motivo pelo qual não corresponde a todo o seu potencial.

Dessa forma, questiona-se: como aperfeiçoar a Mediação Penal, a fim de que esta passe a apresentar resultados melhores?

Em sendo assim, o presente texto tem o intuito de apontar meios de como otimizar os citados instrumentos jurídicos no Brasil, com base no Direito Comparado.

Para isso, faz-se necessário entender o desenvolvimento histórico dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, de forma geral, com *animus* de extrair as técnicas criadas, seus resultados e benefícios. Posteriormente, a pesquisa abordará de forma profunda a experiência do Direito Comparado, para, então, examinar a Mediação Penal, e, por fim, indicar possibilidade de otimizar o citado instituto jurídico no Brasil.

Insta salientar o caráter filosófico do presente artigo. Tomando com base os ensinamentos de Jeremy Bentham, Walter Benjamin e Mozi.

Dessa forma, a presente obra utilizou de dados bibliográficos e documentais, como pesquisas oficiais e doutrinas, com metodologia dedutiva e, predominantemente, qualitativa, apesar de abordar dados estatísticos, vez que o foco da pesquisa são as hipóteses de potencializar a Mediação Penal.

1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO CONTEMPORÂNEO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Sabe-se que um dos marcos do Estado Democrático de Direito e das sociedades modernas é a jurisdição, ou seja, a solução de conflitos sociais através da apreciação do Poder Judiciário.

Nessa linha, tal avanço teve a intenção de substituir a vingança por um juízo imparcial e justo, a fim de melhor estabilizar as relações, dando aos indivíduos segurança.

Porém, a transferência de tais atribuições para o Poder Judiciário causou um colapso estatal, em escala global, visto o tamanho da demanda social e a ineficiência estatal em solucionar os conflitos de forma célere e econômica, conforme explica MOREIRA (2012, p. 02):

> O fenômeno, contudo, ultrapassou os limites da razoabilidade

> e desaguou no atual superdimensionamento do Poder Judiciário. Foi nesse contexto que a cultura da litigiosidade, presente em nosso País por diversos outros fatores de ordem política, econômica e social, alcançou patamares insuportáveis para a sociedade e para o Estado, carentes de condições materiais para atender a tantos e tão variados conflitos, que aumentam progressivamente.

Ademais, a supradita informação se torna ainda mais alarmante se considerarmos a constatação de SADEK e ARANTES (1994):

> Esta debilidade torna-se ainda mais gritante quando se leva em consideração que apenas 33% das pessoas envolvidas em algum tipo de conflito dirigem-se para o Judiciário em busca de uma solução para seus problemas. A maior parte dos litígios sequer chega numa corte de justiça. Este dado é extremamente preocupante, uma vez que ele indica tanto um descrédito na justiça quanto o fato de que, se a maior parte daqueles que supostamente deveriam recorrer ao Judiciário o fizessem, o sistema estaria próximo do colapso

Com efeito, o congestionamento de feitos no Poder Judiciário brasileiro, por exemplo, já superava o patamar de 70% (setenta por cento). No mesmo passo, o CNJ, em 2015, por meio de pesquisa, informou que seria necessário "fechar as portas" do Poder Judiciário por cerca de três anos para "zerar" a demanda atualmente em trâmite.

Em sendo assim, é cristalina a ineficiência estatal. Porém, apesar das críticas, não se pode perder de vista a importância do Judiciário, o qual, sem dúvida, pelo menos em solo brasileiro, é o Poder mais atuante e que presta um melhor serviço à população, dentro de suas condições.

No mesmo norte, mister destacar dois pensamentos ideológicos, que refletem bastante a população brasileira, quais sejam: (i) a cultura do litígio e (ii) a falácia do monopólio estatal na solução dos conflitos.

Quanto à cultura do litígio, muito presente em países latinos, verifica-se que esta é amplamente criticada por estudiosos, sendo um dos fatores preponderantes pela queda de qualidade das decisões e a morosidade do Poder Judiciário. Sobre o tema, GOMES (2011, p. 02) diz:

> Nossa cultura litigante deve ser abandonada. É tempo de negociação, acordo e mediação. O Judiciário, por sua vez, deve ser reorganizado com políticas de desburocratização.
> Se nada for feito a morosidade vai continuar. Com isso a Justiça perde a sua justificação teleológica, que é a confiança da população. Pior é sua contribuição para a impunidade, no campo criminal.

Sobre a falácia do monopólio estatal, tem-se que existem diversas formasde solucionar conflitos, além da apreciação destas pelo Poder Judiciário.

Destarte, a soma de todos esses fatores desencadeou a necessidade de desjudicializar as lides, conforme conclusão dos relatórios da Universidade de Florença, em 2003. Sobre o assunto, NETO (2017, p. 16) assim disserta:

> Dos relatórios nacionais então apresentados, extraiu-se a conclusão de que havia uma "crescente incapacidade dos sistemas institucionais de administração da justiça civil para fazer frente à demanda de justiça proveniente dos mais diversos sujeitos, sobre matérias diversificadas e novas, incapacidade essa devida aos limites da justiça estatal, normalmente ineficiente, custosa e incerta, e talvez não apta, em alguns setores, a garantir uma satisfatória composição das lides"
> Dentre os fatores principais que explicam a expansão do movimento em direção a formas conciliadoras de solução de controvérsias, lembrados por D. Smith, destacamos dois: 1) A dificuldade de acesso à justiça ordinária pelos mais carentes e o custo e duração do processo ordinário para aqueles que podem pagar por tal acesso. 2) Uma crescente insatisfação com o formalismo e tecnicismo imperante mais ativo das próprias partes nas tomadas de decisão que dizem respeito à sua vida privada. no ambiente judiciário, conjuntamente com a valorização de um papel

Nesse passo, o doutrinador italiano Vittorio Denti[2] verificou o surgimento de duas ideologias. A primeira, mais preocupada com o formalismo processual, imputando a tais procedimentos a morosidade e o custo dos processos. Doutro norte, o segundo pensamento arguiu que há possibilidade de não seguir a norma fria e sua aplicação hermenêutica para melhor solução dos conflitos, tampouco necessita de um terceiro imparcial para decidir.

Nesse sentido, a primeira corrente foi denominada *desformalização*, enquanto a segunda ganhou o nome de *deslegalização*. Quanto à matéria, NETO (2017, p. 17-18) afirma:

> Vittorio Denti identifica duas tendências relativamente ao movimento em direção a formas alternativas de resolução de litígios: uma tendência à desformalizaçãoe outra tendente à deslegalização.
> Quanto à primeira tendência – no sentido de uma desformalização –, funda-se ela na tomada de consciência no

[2] (Cremona 1919 - Pavia 2001) foi um Jurista e Professor de Direito Processual Civil no Universidade de Pavia, na Itália, dedicou-se à pesquisa sobre o processo italiano e à comparação com os processos de outros sistemas.

> sentido de que a acentuação das garantias formais no direito processual civil contemporâneo conduziu a um aumento do custo e da duração do processo, "tornando-o um instrumento inadequado para certos tipos de lide que exigem uma rápida intervenção na composição dos conflitos". Por outro lado, também é consensual a constatação de que é "impossível resolver o problema do acesso à justiça dos jurisdicionados carentes através do aumento generalizado de assistência judiciária gratuita" por causa do seu custo intolerável. Além disso, segundo Denti, o aumento quantitativo e a maior complexidade do trabalho do juiz moderno não podem ser enfrentados mediante o simplório aumento constante do quadro de magistrados. […] A outra tendência apontada por Denti – aquela referente à delegalizzazione das controvérsias – não é um fenômeno propriamente novo. Realmente, diz ele, "na origem da criação dos 'escritórios de paz e de conciliação' (bureaux de paix et de conciliation), logo após a Revolução francesa, encontrava-se a fé iluminista na razão natural do homem em desfavor da artificial reason dos juristas e dos juízes", bem como uma desconfiança em relação à profissão forense e ao mundo dos juristas. Deslegalização significa, nesse contexto, desde as origens históricas do fenômeno, a busca de uma solução não legalista das controvérsias e, portanto, com maior ênfase na prevalência da composição da lide do que na definição do certo e do errado.

Dessas ideologias surgiu a *Alternative Dispute Resolution* – ADR, ou os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, os quais ganharam força mundialmente, principalmente nos Estados Unidos.

2 EXPERIÊNCIAS NO DIREITO COMPARADO

2.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos são amplamente utilizados pelos magistrados, em razão da maior liberdade inerente ao sistema da *common law*. Nesse passo, a discricionariedade dada aos magistrados permite que os ritos processuais sejam adaptados às singularidades do caso concreto.

Segundo aponta a doutrina, o movimento dos *Alternative Dispute Resolution*foi impulsionado a partir de 1976, em um evento que homenageou o jurista Roscoe Pound[3] e sua obra "*The Causes of Popular Dis satisfaction with the Administration of Justice*"[4], conforme explica NETO (2017, p. 25):

> Nos Estados Unidos, costuma-se referir que o início do movimento a favor dos modelos alternativos ao processo

[3] Foi um jurista norte-americano, professor de direito e reitor da Faculdade de Direito da Universidade de Nebraska de 1903 a 1911 e, em seguida, foi reitor da Faculdade de Direito de Harvard, de 1916 a 1936. (27 de outubro de 1870 – 30 de junho de 1964).

[4] "As causas da insatisfação popular com a administração da justiça"

> clássico coincide com um simpósio jurídico ocorrido em 1976 para celebrar o septuagésimo aniversário do conhecido discurso de Roscoe Pound, um dos maiores juristas da primeira metade do século XX, sobre o tema "The Causes of Popular DissatisfactionwiththeAdministrationof Justice" ("As causas da insatisfação popular com a administração da justiça"). Observou-se naquele evento que, a despeito de todos os aperfeiçoamentos introduzidos no sistema judiciário e inobstante as inúmeras alterações e inovações no âmbito do processo civil, nos setenta anos transcorridos desde o discurso de R. Pound, persistia o baixíssimo índice de aprovação popular em relação ao funcionamento do Poder Judiciário e ao serviço por ele prestado. Diante de tal percepção, defendeu-se, no referido simpósio, que talvez pouco adiantasse reformar o processo civil tradicional. A coisa correta a fazer, foi então sustentado, seria "afastar do judiciário algumas espécies de controvérsias, que deveriam ser desviadas para órgãos alheios ao aparato judicial, de natureza particular, e que operassem segundo um procedimento mais flexível e informal.

Desde então, foram criados inúmeros procedimentos, a fim de resolver, ou pelo menos mitigar, a insatisfação popular, dentro os quais se pode destacar a *summaryjurytrial*[5], a *early neutral evolution*[6], a*court-annexedmediation*[7], a*settlementeconference*[8] e a *appellatemediation*[9].

Posteriormente, na década de 80, o Poder Legislativo americano passou a regular a matéria, com o advento da *Judicial Improvementsand Access to Justice Ac*t, de 1988, da *Civil Justice ReformAct*, de 1990, e, finalmente da *Alternative Dispute ResolutionAct,* de 1998. Do mesmo modo, nesse ínterim, passaram a surgir no solo americano entidades voltadas ao estudo e a aplicação de ADRs. Dessa forma, não demorou muito para casos inerentes à matéria chegarem até a Suprema Corte americana, o qual firmou posicionamento a favor aos ADRs.

Talvez o que chame mais atenção no sistema jurídico americano é a formação dos novos operadores do direito. As universidades passaram a lecionar sobre Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, mudando a ideologia e a conduta de novos advogados, motivo pelo qual estes passaram

---

[5] Técnica alternativa de resolução de disputas, na qual um julgamento simulado é realizado por um júri, podendo ser utilizadas evidências que seriam usadas em um julgamento real. Após o veredicto, consistente num parecer opinativo, é dada oportunidade das partes entrarem em acordo.

[6] Técnica consistente em, após a contestação, um terceiro expert no assunto, podendo ser uma espécie de juiz auxiliar ou um advogado, opina sobre o caso concreto, sendo posteriormente dada oportunidade as partes de conciliarem. Caso não haja acordo, o processo segue para julgamento, sem que o magistrado tenha acesso ao parecer.

[7] Mediação endoprocessual.

[8] Similar a audiência de conciliação judicial no Brasil.

[9] Mediação processual realizada em grau recursal. Interessante ressaltar que os índices de acordo equivalemà mesma produção de um desembargador americano.

de meros patronos litigiosos para a figura de aconselhadores jurídicos.

Outrossim, assim como no Brasil, existem procedimentos alternativos que passaram a ser obrigatórios nos processos americanos. Sobre o tema, NETO (2017, p. 27) explica:

> Alguns dos procedimentos de ADR possuem caráter obrigatório, enquanto outros – a maioria – são facultativos. Ressalte-se, todavia, que ainda, quando obrigatória a ativação de algumas formas de ADR, o seu resultado nunca é vinculante, pois a parte interessada pode sempre requerer um novo julgamento pela justiça ordinária. Trata-se substancialmente de uma simples "condição de procedibilidade da ação civil.

Ademais, a doutrina americana divide os métodos alternativos em dois modelos: *concessual-orientedmodel*, ou modelo consensual, e o *decision-orientedmodel*, ou modelo decisório, conforme expõe NETO (2017, p. 27):

> Além da classificação das ADR em obrigatórias/facultativas, uma diversa classificação permite distinguir os modelos conciliatórios (consensual-orientedmodel) dos modelos decisionais (decision-orientedmodel).
> O primeiro deles – modelo conciliatório – visa compor a controvérsia através de uma solução acordada entre as partes. Várias técnicas inserem-se nesse modelo, como é o caso da mediation, da early neutral evaluatione do summaryjurytrial. Já o modelo decisional (decision-oriented) procura a solução dos conflitos através de uma decisão emanada de um terceiro, que não o juiz estatal. O arquétipo desse último modelo é a arbitragem.

O modelo dito conciliatório foi o que obteve muito maior sucesso na nação norte-americana.

Destarte, sem dúvida, as contribuições americanas para os métodos alternativos são imensas, sendo que os Estados Unidos são referência no tema até os dias de hoje.

2.2 Europa

Na União Europeia, os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos começaram a ganhar força com no ramo Direito do Consumidor, por meio do Boletim da Comissão Europeia n. 02/75 de 1985. O citado documento disserta sobre a proteção jurídica dos consumidores e menciona que para salvaguardar os consumidores é necessário garantir o acesso à justiça.

Nesse raciocínio, o Boletim tratou de afirmar a necessidade de aplicar 4 (quatro) objetivos para melhor proteção do consumidor, conforme bem

expõe NETO (2017, p. 20):

> Parte-se da premissa que se deve garantir aos consumidores uma eficiente tutela de seus direitos fundamentais conexos a relações de consumo, com especial ênfase à proteção da saúde. Ressaltou-se, em tal documento, que o reconhecimento de tais direitos não é pleno se não for efetivo e que a efetividade só é alcançada se for facilitado o acesso à justiça. O memorando divide a matéria em quatro perspectivas: a disponibilização de procedimentos judiciais simplificados, o reconhecimento de legitimação processual a entidades representativas de interesses difusos e coletivos, maior uso de técnicas de conciliação e arbitragem, e criação de centros de assessoria jurídica.

Posteriormente, o Boletim n. 02/75 foi transformado na Resolução de 25 de junho de 1987, do Conselho da Europa. Após 06 (seis) anos da citada norma, entregou em vigor o chamado Livro Verde, reafirmando o acesso à justiça dos consumidores e possibilidade de utilização de procedimentos extrajudiciais e judiciais.

Há, ainda, os *Principle sof Transnational Civil Procedure*[10], de 2004, com o intuito de guiar os países-membros em suas normas nacionais sobre a matéria. Nos citados princípios, se destaca o item 24.2, o qual assim regulamenta: "*The courtshouldfacilitateparties'sparticipation in nonbindingalternative dispute-resolution procedures atanystageoftheproceeding*"[11].

Já em meados de 2008, o Parlamento da Europa criou a Diretiva n. 52/2008, regulando a Mediação.

Com efeito, é patente que, devido à influência da *Civil Law,* a União Europeia buscou realizar suas reformas legais em busca da aplicação dos Métodos Alterativos de Solução de Conflitos.

Trazendo as experiências para as unidades dos países-membros, tem-se que o Judiciário alemão buscou incentivar e convencer as partes a praticarem os métodos alternativos, obtendo êxito em alguns pontos, dentre os quais se destacam a resolução relacionada a seguros, sendo 70% (setenta por cento) solucionados por métodos alternativos. Ainda sobre a Alemanha, o *Zivilprozessordnung*[12]separa 41 (quarenta e um) artigos para regulamentar a Arbitragem.

---

[10] Princípios do Processo Civil Transnacional.

[11] "O juízo deverá facilitar a participação das partes em procedimentos alternativos de resolução de conflitos, de natureza facultativa, em qualquer estágio do procedimento".

[12] Código de Processo Civil Alemão.

No mais, os juízes da cidade de *Sttugart* criaram um modelo de uma audiência una, primando pela oralidade e pela composição civil entre as partes envolvidas, sendo repetida em diversos outros ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (NETO, 2017, p. 23).

No mesmo norte, a França, assim como os Estados Unidos, passou a treinar e especializar seus mediadoresnas mais diversas áreas, evoluindo cada vez mais os métodos alternativos, conforme expõe NETO (2017, p. 23-24):

> Uma área em que ocorreu um notável deslocamento em direção à mediação é aquela relativa aos conflitos familiares. Sirva de exemplo a figura do médiateurfrancês, que integra associações especializadas em tal setor, recebe uma preparação multidisciplinar específica e está submetido a um código deontológico próprio.

Destaca-se, ainda a Itália, que em 2009, por meio do Decreto Legislativo 28/2010, regulamentou a Conciliação e a Mediação no Direito Civil e Comercial. No mesmo sentido da Lei n. 24.573/95, da Argentina.

Em Portugal, há a Lei n. 29/2013, responsável por estabelecer "os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública". Há, ainda, uma enorme gama de normas infralegais que regulamentam dentro da discricionariedade dada pela mencionada Lei, tratando a matéria de forma mais específica, como a Portaria n. 732, de 8 de julho de 2009 e a Portaria n. 345, de 27 de novembro de 2013. (GARCIA, 2016, p. 04-05).

Com efeito, incontroverso entender que Portugal é o país de língua portuguesa mais avançado no ramo dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, principalmente em relação à Mediação.

2.3 Brasil

Sem dúvida, a prática dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos é mais tímida em solo pátrio. Todavia, principalmente, após o advento do Código de Processo Civil de 2015, os citados instrumentos jurídicos passaram a ter maior protagonismo.

Porém, bem antes do novo códex processual civil, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, a qual "dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências", disciplinando, entre outros aspectos, os Núcleos Permanentes

de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação e as atribuições dos Mediadores e Conciliadores.

Além disso, o mesmo Conselho foi responsável por criar a "Semana da Conciliação", a qual, no ano de 2017, ocorreu de 27.11 a 1º.12. Na oportunidade foram atendidas 757.051 (setecentos e cinquenta e sete mil e cinquenta e uma) pessoas, em 424.894 (quatrocentos e vinte e quatro mil, oitocentos e noventa e quatro) audiências de conciliação, das quais 126.971 (cento e vinte e seis mil, novecentos e setenta e um) acordos foram homologados, representando cerca de 1/3 (um terço) das audiências realizadas.

No mais, o CNJ ainda disciplinou o "Prêmio Conciliar é Legal", que visa premiar práticas de sucesso em aplicar a conciliação e, inclusive, anualmente, publica o Manual de Mediação Judicial.

Os Tribunais também defendem e incentivam amplamente o uso dos métodos alternativos, sendo que quase a totalidade possui um programa e ministra cursos e palestras sobre o tema.

De forma mais singela, muito por ausência de previsão legal, há a aplicação de institutos como a Transação Penal e Suspensão Condicional de Processo, como Métodos Alternativos de Solução de Conflitos.

3 A MEDIAÇÃO PENAL

Expostos os posicionamentos e desenrolares supra, insta mencionar que os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos possuem sua maior aplicação no Direito Civil, motivo pelo qual a parte inerente ao Direito Penal passa, por vezes, despercebida pela maior da comunidade jurídica.

Tal constatação possui uma explicação simples: a essência pública do Direito Penal é um entrave para aplicação dos ADRs. Em outras palavras, em razão do *jus puniendi*estatal e a indisponibilidade de tal, deve o Estado, a qualquer custo, havendo a infração penal, dar início à persecução penal e buscar a condenação do indivíduo, conforme disserta MOREIRA (2012, p. 05):

> O Direito Penal, material e processual, é eminentemente público, sob todos os ângulos: participação do Estado, na figura do Ministério Público; há interesse do Estado e da sociedade materializado no direito de punir; está presente também a proteção do indivíduo contra abusos do Poder Público; o processo penal é necessário, de modo que, na concepção tradicional, inexiste possibilidade de que a lide penal seja tratada extrajudicialmente.

> Conquanto essas características, em princípio, erijam-se em obstáculo à solução consensual dos casos criminais, esse rigorismo é mitigado atualmente.

Como é sabido, o Direito Processual Penal divide as espécies de ações penais em Privada e Pública, sendo que esta última se subdivide em incondicionada e condicionada.

Nesse passo, as ações penais privadas são, em certa proporção, disponíveis, vez que o legislador realizou a escolha de entregar legitimidade ao particular, para que este, se assim quiser, busque a tutela jurisdicional.

No mesmo sentido, as ações penais públicas condicionadas, apesar de certo de teor de disponibilidade, são indisponíveis ao membro do *Parquet*, conforme ordena o artigo 102 do Código Penal[13].

Dessa forma, as ações penais públicas incondicionadas são claramente indisponíveis ao Ministério Público, e, em sendo assim, havendo indícios de autoria e materialidade, é obrigação do membro do *Parquet* oferecer a peça acusatória.

Portanto, muito devido aos longevos Código Penal e Código de Processo Penal, os quais estão prestes a completar 80 (oitenta) anos, e a fim de melhor entender a resolução de lides penais, a doutrina passou a classificar os modelos de Direito Penal, dividindo os ordenamentos jurídicos em modelo dissuasório clássico, modelo ressocializador e modelo consensual, conforme afirma MOREIRA (2012, p. 05-06), *in verbis:*

> a) modelo dissuasório clássico: fundado na resposta punitiva estatal, que seria suficiente para a reprovação e prevenção de futuros delitos. A pena contaria, portanto, com finalidade puramente retributiva. Não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena (ressocialização, reparação dos danos etc.), e o delito não pode escapar da inderrogabilidade da sanção;
> b) modelo ressocializador: atribui à pena a finalidade de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). O Direito Penal poderia intervir na pessoa do delinquente, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade;
> c) modelo consensual: fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (pleabargaining). Subdivide-se em modelo pacificador ou restaurativo e modelo da justiça criminal negociada.

In casu, nos interessa o terceiro modelo. Porém, insta asseverar que

[13] Art. 102 - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

o nosso atual sistema jurídico já ultrapassou o modelo clássico e se encontra estagnado no modelo ressocializador. Em sendo assim, basta olhar a crise do encarceramento em massa para verificar a insuficiência e ineficiência estatal na matéria.

Quanto ao modelo consensual, com *animus* de melhor estudá-lo, este foi fracionado em: modelo consensual pacificador e modelo consensual negociado, conforme explica MOREIRA (2012, p. 06-07):

> Os modelos consensuais de resolução dos litígios penais podem ser classificados, conforme foi referido, em: a) pacificador ou restaurativo, que visa à conciliação, à reparação dos danos da vítima e, enfim, à cooperação das partes interessadas para encontrar uma solução conjunta ao conflito; e b) modelo da justiça criminal negociada, que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc

Dessa forma, tem-se que o sistema pacificador é assim conceituado por JESUS (2005) e MOREIRA (2012, p. 07), respectivamente:

> Justiça Restaurativa é um processo colaborativo em que as partes afetadas mais diretamente por um crime determinam a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão
> Foi criada uma teoria de justiça restaurativa, composta de três estruturas conceituais distintas, porém relacionadas: a janela de disciplina social, o papel das partes interessadas; a tipologia das práticas restaurativas.

Assim, a vítima e o acusado, no sistema pacificador, formam o centro da lide, devendo estes caminharem para retornarem o mais próximo de seu *statusquo*, a fim de que o dano causado seja restaurado e reparada de forma cooperativa.

Por sua vez o sistema negociado, retornando ao Direito Comparado, é marcado pela chamada *pleabargaining*[14], aplicada principalmente no sistema jurídico americano. Inclusive, nos Estados Unidos quase a totalidade dos processos são solucionados com base na técnica supradita, conforme informa MOREIRA (2012, p. 13):

> Mais de 90% dos delitos nos Estados Unidos são resolvidos por esse método, que é válido para todos os delitos, em princípio, incluindo-se fatos extremamente graves. O acusado assume responsabilidade pelo injusto cometido (ou seja: aceita sua culpabilidade) e a negociação se faz entre ele, seu defensor e o Ministério Público.

[14] Pedido de barganha

A mencionada técnica consiste em um acordo entre o investigado/denunciado e a acusação, devendo este primeiro confessar a prática criminosa para possuir benefícios penais. Sobre o citado instituto MOREIRA (2012, p. 13-15):

> A negociação criminal ocorre mediante a confissão do delito pelo acusado, que formaliza acordo com o órgão acusador sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc. É o denominado pleabargaining, amplamente adotado no sistema norte-americano. […]
> Está presente nesse sistema uma extrema liberdade de negociação atribuída ao órgão oficial acusador, de modo que é difícil a aceitação de sua forma pura por nosso ordenamento jurídico.
> Nos Estados Unidos, os governos estaduais detêm autonomia para definição de delitos e penas, bem como para definição de procedimento penal. De qualquer sorte, o método da negociação é amplamente utilizado.
> O juiz figura como mero homologador do resultado do acordo. O pleabargaining(barganha de declaração, pedido de barganha), forma mais típica no sistema norte-americano, diz respeito à declaração de culpa, pedido de culpa, guiltyplea, que é um acordo entre acusação e defesa, para que os acusados se declarem culpados em troca de uma gama de concessões, evitando um demorado processo judicial.
> Determina-se um ou mais elementos da própria sentença, por meio de negociação, reduzindo-se a grande maioria dos processos norte-americanos a uma fase de "pré-triagem", sem submetê-los a um juízo instrutório.
> A negociação é realizada no caso de declaração de culpado ou não contestação pelo réu, sem que haja necessidade de provar o alegado. Mais nada se requer do juiz, apenas que profira a sentença, o que significa um salto da fase inicial para a de determinação de pena.
> Com a declaração de culpado, o acusado renuncia a direitos constitucionalmente garantidos, como de não fazer declaração contra si, estar sujeito a julgamento pelo júri e confrontação com as testemunhas que fizeram declarações contra ele.
> Assumindo o compromisso, ou pleaagreement, ocorrerá: primeiro uma diminuição na pena, ou uma redução nos delitos levados à acusação ou, ainda, uma alteração para um delito de menor gravidade; em segundo, uma declaração da acusação pedindo uma sentença mais branda, uma submissão à liberdade condicional, em substituição à privação de liberdade, ou não realizará recomendações para maior gravidade, nem se oporá aos pedidos de decisão mais branda.
> No entanto, os requisitos de voluntariedade e capacidade do acusado são verificados pelo juiz para a aceitação da declaração e do acordo.

Entretanto, apesar de solucionar boa parte dos casos americanos,

em uma leitura apressada pode parecer que o *pleabargaining* é impossível de ser aplicado no Brasil.

Porém, no sistema jurídico nacional há outras ferramentas jurídicas similares, como as já citadas Suspensão Condicional do Processo e a Transação Penal. Sobre este último, MOREIRA (2012, p. 14) explica:

> O Brasil não adota o pleabargainingcomo forma de solução de litígios penais, e o debate a respeito de sua introdução no País é bastante complexo.
> A transação penal, criada pela Lei nº 9.099/95, prevista em seu art. 76, aproxima-se deste modelo, mas com ele não coincide. O instituto, destinado para crimes de menor potencial ofensivo, confere ao Ministério Público a possibilidade de propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. Aceita a proposta pelo autor do fato, será submetida à apreciação do juiz (§3º) e, se acolhida, o juiz efetua a aplicação, a qual não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (§4º). A transação penal assemelha-se ao pleabargainingporquanto há acordo sobre aplicação de pena entre o Ministério Público e o acusado. Porém, dela se diferencia, pois não há confissão do delito, não forja reincidência e está limitada aos crimes menos graves.

Entretanto, no Brasil, com toda a certeza, o instituto que mais se aproxima do *pleabargaining* é a controversa colaboração premiada. Nesse sentido, MOREIRA (2012, p. 14) disserta:

> Outro instituto presente em nossa legislação semelhante à negociação é a colaboração processual. Esta ocorre quando o acusado, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a consumar-se (colaboração preventiva) ou auxilia o Estado em sua atividade de colher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva).
> No Direito brasileiro, a cooperação processual é corporificada na delação premiada. Prevista em diversos diplomas legais, concede ao acusado que colaborar com as autoridades benefícios de redução da pena e, inclusive, perdão judicial.
> O instituto se afasta, contudo, do *pleabargaining*, na medida em que na delação premiada haverá o processo penal e o delator poderá mesmo ser absolvido. Na negociação, por outro lado, não há intuito de colaboração na elucidação do crime, mas sim a formalização de acordo que abrevia o processo e impõe imediatamente uma pena.

Assim, apesar de uma forma mais recatada, a *pleabargaining* tem sua influência no Brasil. Todavia, não se explora ao máximo este instrumento jurídico, muito por conta das garantias constitucionais indisponíveis.

4 FORMA DE OTIMIZAÇÃO DE MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL

Ante todo o exposto, é possível verificar, com base nos procedimentos adotados em outros países, que a Mediação Penal no Brasil pode ser melhorada por meio de práticas que obtiveram êxito no exterior. *Prima facie*, as técnicas do *summary jurytrial*[15] e a*early neutral evolution*[16] podem ser largamente adotadas nos processos que tratem dos crimes contra a honra e nos casos que ação penal privada.

Atualmente, nas hipóteses supraditas, o Ministério Público atua como fiscal da ordem jurídica, opinando sobre os fatos e argumentos jurídicos de caso concreto. Com efeito, com intuito de aplicar a *early neutral evolution,* após o parecer dado pelo membro do *Parquet*, que funcionaria como um terceiro *expert*, seria dada às partes a oportunidade de realizarem acordo.

Exemplificando, em casos de uma calúnia[17], após o parecer ministerial e antes da sentença, o réu e a vítima, sabendo já da opinião do Ministério Público, seriam intimados para uma audiência visando à realização de acordo. Havendo sucesso, o magistrado homologaria o acordo, ou, não havendo tal pacto, o juízo proferiria a sentença.

Em outras hipóteses diferentes de ação penal privada, ou seja, nos casos de ação penal pública, haveria a necessidade de outro terceiro, diferente do Ministério Público, opinar sobre o caso concreto. Tal possibilidade seria aplicável principalmente em duas vertentes, em casos de ação penal pública condicionada e de ações penais públicas incondicionadas, mas com vítima determinada, com base no Enunciado Criminal n. 99 do FONAJE[18].

Por exemplo, em um caso de um crime de ameaça, após o parecer opinativo de um terceiro ou um julgamento simulado, como é feito no *summaryjurytrial,* a vítima e o denunciado teriam a oportunidade de se conciliarem. Do mesmo modo aconteceria com o crime de desacato ou a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, os quais, apesar de serem públicas incondicionadas, têm como vítima secundária o indivíduo.

No mais, há, ainda, a possibilidade de aplicar a técnica do *appellatemediation*[19] nas Turmas Recursais e nos Tribunais, principalmente

[15] Vide nota 5.
[16] Vide nota 6.
[17] Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa
[18] Enunciado n. 99 – Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal (nova redação – XXIII Encontro – Boa Vista/RR).
[19] Vide nota 8.

se tal procedimento fosse realizado antes mesmo do juízo de admissibilidade do recurso.

Ademais, além das técnicas mencionadas, outra experiência de extrema valia é a regulamentação realizada pelo sistema jurídico português. Essa necessidade se dá por dois motivos. O primeiro, apesar de em transição para uma forma mista, o Brasil adota a *Civil Law*, extraindo boa parte de seu ordenamento do texto legal. Da mesma forma, uma das maiores críticas aos métodos alternativos em geral é sua flexibilização exacerbada, ou seja, não se tem um rito claro de como se devem realizá-los.

Nesse passo, os procedimentos de Mediação Penal estipulados em solo português são bem delimitados, conforme é possível verificar no sítio eletrônico da Direcção-Geral de Política de Justiça de Portugal[20]:

> 1. O Ministério Público remete, oficiosamente ou a requerimento do arguido e do ofendido, o processo para o SMP e designa o mediador. 2. O mediador contacta o arguido e o ofendido, informando-os sobre o procedimento da mediação penal, os seus direitos e deveres e a natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação. Caso o mediador não obtenha o consentimento do arguido e do ofendido informa o Ministério Público e o processo prossegue pela via judicial. 3. Caso o arguido e o ofendido aceitem expressamente a mediação penal, iniciam-se as sessões de mediação. 4. O processo de mediação deve estar concluído, em regra, no prazo de 3 meses. Havendo acordo, o mesmo é comunicado ao Ministério Público para verificação da respetiva legalidade e equivale a uma desistência da queixa. Se não houver acordo o processo prossegue pela via judicial. 5. Se o acordo não for cumprido no prazo fixado, o ofendido pode renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito. Remetido o processo ao mediador pelo Ministério Público, a Mediação Penal deve estar concluída num prazo máximo de 3 meses, caso contrário o processo prossegue pela via judicial. Este prazo pode ser prorrogado por solicitação do mediador ao Ministério Público, desde que se verifique forte probabilidade de se alcançar acordo, até um limite máximo de mais 2 meses. O arguido e o ofendido podem pôr termo à mediação a qualquer momento. O conteúdo do acordo é livremente fixado pelo arguido e pelo ofendido. Todavia, o acordo não pode incluir sanções privativas da liberdade, deveres que ofendam a dignidade do arguido ou deveres cujo cumprimento se prolongue por mais de 6 meses. Exemplos de acordos possíveis: pagamento de uma quantia

[20] <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/como-funciona-o-smp/>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

pecuniária, pedido de desculpas, reconstrução ou reparação do bem danificado. Nas sessões de mediação, o arguido e o ofendido devem comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar de advogado ou de advogado estagiário.

Outrossim, a atuação e os requisitos para ser mediador, bem como sua remuneração, que varia de 25€ (vinte e cinco euros) a 125€ (cento e vinte e cinco euros) por mediação, também estão disciplinados.

Além disso, o posicionamento similar aos da Suprema Corte alemã e americana, no sentido de incentivarem a mudança do posicionamento ideológico dos advogados, para que esses buscassem o acordo ao invés do litígio, é fundamental para um bom funcionamento dos métodos alternativos e do Poder Judiciário.

Por fim, tem-se a possibilidade de aplicar a *pleabargaining* em âmbito nacional de forma menos discreta do que somente no instituto da delação premiada e a atenuante da confissão.

Não são incomuns casos em que o réu é confesso em processos criminais, assim, sendo possível ao acusado, devidamente acompanhado de defesa técnica, negociar com o Ministério Público, com a fiscalização do juízo, sem que este último faça um julgamento de mérito, não se enxerga a necessidade de passar por todo rito processual para uma condenação formal, podendo inclusive o citado acordo ser mais benéfico ao réu e à sociedade.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, tem-se que há muito que se fazer para melhor aprimorar a aplicação da Mediação Penal no Brasil.

Dessa forma, ao se verificar o histórico recente dos Métodos Alternativos de Soluções de Conflitos, percebe-se que o Brasil demorou a dar a devida importância à matéria. Porém, há países, principalmente na Europa, que também foram morosos em imprimir relevância aos institutos. Entretanto, países europeus desenvolveram a prática e a utilização dos ADRs de forma mais célere.

Com efeito, existem diversas técnicas que já foram desenvolvidas e aplicadas em outros países que podem ser adequadas e utilizadas no Brasil. Como se viu, metodologias como *summaryjurytrial,* a*early neutral evolution*e a*pleabargaining*podem ser transportadas para os procedimentos penais brasileiros.

No mesmo sentido, uma regulamentação mais clara, precisa e abrangente, assim como a legislação portuguesa, haja vista a grande importância da norma em países que, sobredominante, aplicam a *Civil Law*, como o nosso, é de grande valia para desenvolver os Métodos Alternativos para Solução de Conflitos.

Ademais, e talvez o fator mais importante, é necessidade da mudança de paradigma da ideologia dos operadores do Direito brasileiros, os quais, por vezesfomentam o litígio, quando deveriam potencializar a aplicação de soluções consensuais, como ocorre na Alemanha, por exemplo.

Em síntese, a busca por aprimorar aplicação dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos é sempre bem-vinda em qualquer momento, uma vez que incentivar a prática de um desfecho consensual produz benefícios a todos. O Estado deixa de gastar rios de dinheiro para resolver lides, a vítima tem seu papel maximizado no procedimento, e, por fim, o acusado acaba deixando de ser submetido a um processo criminal e à imposição de uma pena.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Zivilprozessordnung.** 1950. Disponível em:<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/Zivilprozessordnung>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BOLZAN, José Luis de Morais. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPOS. Gabriel Silveira de Queirós. ***Pleabargaining*e justiça criminal consensual: entre os ideias de funcionalidade e garantismo.**Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época.** Anais da Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Belo Horizonte: 1990.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

DENTI, Vittorio. ***I procedimenti non giudizialidiconciliazione come istituzionialternative. Rivista di DirittoProcessuale***, 1980.

GARCIA, Maria Olinda. **Mediação em direito civil e comercial – Notas sobre o regime português**. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, 2016.

GOMES. Luís Flávio. **Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação**. 2007. Disponível em: <https://www.tribunapr.com.br/noticias/justica-penal-restaurativa-conciliacao-mediacao-e-negociacao>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

GOMES. Luís Flávio. **Mais juízes, mais servidores e mais morosidade!**. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20313/mais-juizes-mais-servidores-e-mais-morosidade>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

JESUS. Damásio Evangelista de. **Justiça restaurativa no Brasil.** 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7359/justica-restaurativa-no-brasil>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Solução consensual de conflitos penais no Brasil.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 73, p. 99120, maio/jun. 2012.

NETO, Eugênio Facchini. J**urisdição ou resolução consensual de conflitos: a quem pertence o futuro?** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 15-47, maio/jun. 2017.

PEREIRA. Cláudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada.** Juarez de Oliveira: 2002.

SADEK, Maria Teresa e ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do Judiciário e a visão dos juízes.** Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 39, mar./abr. 1994.

ROSA. Larissa e FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4717c244331eb475>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. **Notas sobre a justiça na Alemanha**. Revista de Processo, São Paulo, ano 7, nº. 27, set. 1982.

WEINGÄRTNER, Lis. **Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos**. Revista Justilex. 2009.