

OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS COMO SENTIDO DO VETOR AXIOLÓGICO CONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO NAS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

TIAGO JOFFILY*

I - Introdução

No presente estudo, pretende-se analisar sob o ponto de vista técnico-jurídico o entendimento consolidado dos Juízes de Juizados Especiais Criminais e das Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro que reconhece a possibilidade de extinção da punibilidade de condutas tipificadas como crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada quando houver conciliação (acordo civil) entre o suposto autor do fato e a vítima direta¹.

À primeira vista, tal entendimento encontra-se em desacordo com a teoria geral do processo penal, tal como tradicionalmente prevista no ordenamento jurídico infraconstitucional e interpretada pela quase totalidade da doutrina pátria. Tanto assim, que os membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, reunidos para debater aspectos controvertidos da Lei nº 9.099/ 95, consolidaram, por maioria, entendimento institucional diametralmente oposto àquele esposado pelos magistrados, ou seja, no sentido de que é impossível falar-se em conciliação com efeitos de extinção da punibilidade quando se tratar de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada².

Entre um e outro entendimento, cujas consequências práticas não são em nada desprezíveis (haja vista o enorme número de conciliações e manifestações de desinteresse formuladas pelas vítimas em termos circunstanciados que apuram delitos de menor potencial ofensivo), inevitável a análise do próprio sistema de justiça penal instituído pela Constituição da República para os Juizados Especiais Criminais, de modo a verificar se os mesmos princípios que norteiam a tradicional teoria geral do processo penal — em especial o da obrigatoriedade — também se aplicam integralmente neste novo modelo de solução de conflitos.

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Doutorando em Direito Penal pela UERJ.

1. 30.1 - Nas hipóteses de ação penal pública incondicionada, quando houver vítima direta, é possível a conciliação (acordo civil) com a conseqüente extinção da punibilidade (II EJJECRIM).

2. 2- Nas infrações de ação penal pública incondicionada, independentemente da existência de vítima individualizada, não é admitida a composição civil extintiva de punibilidade. (V Encontro de Trabalho dos Membros do Ministério Público sobre Juizados Especiais Criminais - Maioria).

II – O processo penal clássico e seus princípios correlatos:

Encarado desde há muito como instrumento de um direito penal de viés inequivocamente punitivo, o processo penal brasileiro tem por base princípios que assegurem o exercício do poder punitivo estatal, impedindo que condutas tidas por criminosas passem sem retribuição pública.

O ideal de justiça culturalmente enraizado em nossa sociedade sempre esteve intimamente ligado à noção de retribuição do mal com o mal, de compensação do delito pela pena como única forma de resolução de conflitos considerados graves para aqueles que detêm a autoridade para classificar condutas socialmente negativas como criminosas.

Em razão disso, é regra em nosso sistema processual penal a indisponibilidade do exercício do direito de ação pelo Estado, seja antes do oferecimento da denúncia, seja quando já em curso o processo, de modo que nenhuma conduta criminosa levada a registro policial fique sem a devida punição quando presentes todas as condições e pressupostos legais para tanto.

Somente excepcionalmente, quando envolvidos interesses muito íntimos daqueles que foram vítimas de algum delito, é que o legislador infraconstitucional admitiu o exercício pessoal do direito de ação, de modo que só haverá processo e punição estatal se o ofendido manifestar seu interesse em processar (oferecimento de queixa-crime) ou ver processado (exercício do direito de representação) o suposto autor do delito³. Deste modo, a opção do ofendido pelo não exercício do direito de ação penal nos casos em que a lei exige sua iniciativa, ao contrário de significar a indiferença estatal com relação à punição da conduta criminosa, apenas demonstra que o poder público não poderia retribuir o mal causado pelo ofensor sem submeter a vítima a constrangimento ainda maior, razão por que o poder punitivo não poderá ser exercido legalmente nestes casos.

De acordo com essa forma de pensar, não há espaço na seara criminal para a conciliação entre suposto autor do fato e vítima, sendo inadmissível mesmo qualquer forma de solução pacífica para o conflito de interesses, tal como se daria nos casos em que o ofendido perdoasse o ofensor ou se satisfizesse com o mero reconhecimento público do erro daquele ou ainda com uma indenização pelos prejuízos sofridos em razão da conduta ilícita. Nestes casos, segundo a *ratio* processual penal tradicional, não haveria que se falar em realização de justiça, mas, pelo contrário, em demonstração de fraqueza diante do mal

3. Alguns autores costumam relacionar a opção política de condicionar o exercício do poder punitivo à representação ou ao oferecimento de queixa pelo ofendido apenas com a gravidade do delito praticado, o que em nada corresponde à realidade. Para comprovar o equívoco de tal assertiva, basta ver que condutas que sequer são classificadas como delito, mas como mera contravenção penal, são todas de ação penal pública incondicionada, enquanto que crimes considerados hediondos, como o estupro e o extinto atentado violento ao pudor, eram, até a edição da Lei nº 12.015/09, de ação penal de iniciativa privada.

causado pelo autor do delito, que ficaria impune face aos atos ilícitos que praticou⁴.

São duas as razões que tentam conferir *legitimidade externa*⁵ ao processo penal punitivo tradicionalmente aplicado em nosso país: uma, de caráter puramente retributivo, corresponde ao raciocínio que levou KANT a eleger o direito penal como imperativo categórico⁶, ou seja, como “*critério supremo de ajuizamento da moralidade*”⁷, de modo que o valor *justiça* só se realizaria com a devida compensação do mal causado pelo agente por outro em igual medida aplicado contra ele pelo Estado; a outra, de caráter puramente utilitário, diz respeito a todas as teorias que atribuem à pena privativa de liberdade funções (prevenção geral e especial, negativa e positiva) que a prática já demonstrou irrealizáveis⁸. De uma ou de outra forma, a crença geral é a de que o poder punitivo estatal é algo bom e/ou necessário para a sociedade, de modo que o

4. É essa a opinião, dentre outros, de Aloysio de Carvalho Filho, *in verbis*: “*Acresce que a renúncia e o perdão, conseqüências práticas da intervenção soberana do indivíduo, criam, em larga escala, a impunidade. É um espetáculo deponente o das desistências da ação penal, algumas vezes sinceras, quantas outras sem nenhuma motivação, fruto de conluios ou de extorsões, em que a dignidade do ofendido se compromete, e não raro são envolvidos parentes e amigos do ofendido e do ofensor. E a essa verdadeira consagração da impunidade preside, impotente, o Ministério Público!*” (*in* Comentários ao Código Penal. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 23).

5. Adota-se aqui a diferenciação proposta por Luigi Ferrajoli entre legitimização externa e interna do direito penal, de modo que: “*Por legitimização externa ou justificação refiro-me à legitimização do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por legitimização interna ou legitimização em sentido estrito refiro-me à legitimização do direito penal por via de princípios normativos ao próprio ordenamento positivo, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente intrajurídicos. O primeiro tipo de legitimização diz respeito às razões externas, isto é, àquelas do direito penal; o segundo, por sua vez, concerne às suas razões internas, ou de direito penal. Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre justiça e validade*” (*in* Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 171).

6. *La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se puede sacar, descargase al culpable, em todo o en parte, de las penas que merece según el proverbio farisaico: ‘Más vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo el pueblo’; porque, cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser sobre la tierra*” (KANT, Immanuel. *Principios metafísicos del derecho*. Buenos Aires: Editorial Americalee, 1943. p. 172).

7. *Apud* HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant; tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 197.

8. O Código Penal brasileiro, em seu art. 59, *caput*, adotou a teoria mista de justificação da pena, atribuindo a esta a dupla função de retribuir o mal causado e de prevenir a ocorrência de novos delitos. No entanto, com relação a esta última função atribuída à pena, por mais que se tenha tentado demonstrar sua validade, o fato é que o caráter preventivo da reprimenda penal (geral ou especial, positivo ou negativo) nunca foi confirmado na prática. Muito pelo contrário. Por inúmeras vezes, estudos sociológicos demonstraram de forma convincente que a execução da pena privativa de liberdade, ao invés de prevenir delitos, funcionava como verdadeiro estímulo para novas condutas tidas por criminosas (funções latentes), o que levou Nilo Batista a tecer o seguinte comentário sobre as diversas teorias que tentam legitimar o exercício do poder punitivo estatal: “*Se a adoção de uma concepção retributiva-absoluta de pena não passa de um ato de fé, adotar uma concepção preventiva – mesmo na sofisticada versão antes dialética e agora unificadora roxiniana – é mais do que isso, é desafiar todo*

Poder Público, como protetor dos interesses coletivos, estaria obrigado a exercê-lo, ainda que de forma judicialmente controlada⁹.

III – A idéia de justiça na Constituição da República:

Apesar de tradicionalmente identificado o valor *justiça* com a ideia de retribuição do mal com o mal — o que daria ensejo aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade como matrizes de nosso sistema processual penal —, não há como afirmar, juntamente com KANT, que tal paradigma axiológico seja da essência humana e, portanto, válido universalmente para todos os povos e em todos os tempos¹⁰.

o fracasso das pesquisas que empiricamente tentaram comprovar as funções preventivas, quando tal comprovação era factível. No sistema de ROXIN, se as trocas com a política criminal receberam um enorme impulso, a criminologia foi deixada no vestibulo: era uma convidada algo inconveniente, cujos maus modos poderiam perturbar o encontro, explodindo uma gargalhada quando alguém falasse de ressocialização através da privação de liberdade” (in Novas tendências do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 20).

9. Nesse sentido, Afrânio Silva Jardim, que, embora reconhecendo o fracasso prático das funções atribuídas à sanção penal (“são múltiplos os fins que justificam a sanção penal, embora estejam eles sempre em constante questionamento, dado o seu fracasso na realidade prática”), acredita ser possível extrair do princípio constitucional da legalidade a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, in verbis: “O interesse público exige da administração não só uma atividade que promova ou fomenta o bem comum, como também impede a paralisação desta atividade. O princípio da legalidade cria assim também um ‘dever de agir’ para o Estado, como decorrência da indisponibilidade do interesse público. (...) O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não é uma opção arbitrária do legislador, mas está inserido dentro de um contexto democrático, na qual ao funcionário do Estado não é dado dispor do interesse coletivo. Não foi por outro motivo que a Constituição italiana de 1947, promulgada após o regime facista, elevou a obrigatoriedade da ação penal a dogma constitucional (...). O Estado tem o poder-dever de punir. Entretanto, como veremos a seguir, valores socialmente relevantes determinaram que o ius puniendi do Estado não se realize ou concretize administrativamente. Aqui, percebe-se o duplo aspecto do Estado de Direito: o poder público tem que agir, mas sua atividade está também vinculada ou disciplinada pela ordem jurídica. É preciso submeter a pretensão punitiva estatal ao crivo da busca dialética da verdade, através do processo de partes” (in Análise sistemática do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Dissertação para exame de livre-docência de direito processual penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1988. p. 9-12).

10. O caráter mítico da retribuição como valor universalmente aceito pelas sociedades é demonstrado por Scheerer, quando, citando Malinowski, afirma que: “En la discusión científica, incluso, es ahora indiscutido que el Derecho penal y las penas criminales no son, de ningún modo, formas universales de control social: ‘En las sociedades libres de dominio, que – no se olvide – fueron características de la mayor parte de la historia de la humanidad, no existen. El control social en ese contexto no es represivo, sino que se dirige hacia la reinserción del sujeto desviado, reparación de eventuales daños, restablecimiento del status quo, pacificación y limitación del conflicto. Tan solo con la aparición de las clases sociales, con la dominación y con la organización estatal de la sociedad se generan conflictos antagónicos que ya no pueden ser resueltos en el interés de la mayoría de los miembros de la sociedad, o incluso, del colectivo en su conjunto’. Sin normas o sanciones no puede existir ninguna sociedad – pero si sin penas criminales. Las normas son algo universal, pero no las normas jurídicas; las sanciones, pero no las penas; el principio de reciprocidad, pero

Com efeito, revelam os estudos de antropologia jurídica que alguns povos, ao contrário da civilização ocidental moderna, valorizam como virtuoso aquele que sabe resolver seus conflitos, até mesmo os mais graves, de forma conciliadora, exercendo o direito de perdão, e não o de vingança, como instrumento de realização da justiça. Conforme relato de ROULAND, para os Gamos da Etiópia *"os homens honrados são os que sabem pacificar as brigas: esta arte é um dos princípios fundamentais da educação gamo. A reparação e a pena são meios rudimentares de dar fim a um conflito: cumpre sobretudo eliminar suas causas e os rancores que ocasionou (aliás, expulsam-nos do ventre por vômitos simulados). Em caso de homicídio, tudo é feito para prevenir as ocasiões de vingança. Os membros das linhagens envolvidas devem evitar-se, o homicida é desterrado. Mas o banimento não é definitivo. Prima a reconciliação, e os parentes da vítima participam dela. O homicida e sua linhagem tomam a iniciativa enviando seus anciões ao clã da vítima para saber se quer aceitar a volta do culpado. Quando a resposta é afirmativa, um ritual marca a extinção do conflito. Um animal é sacrificado, depois o cortam em pedaços e praticam uma incisão em sua pele. O homicida e o parente mais próximo da vítima passam então por esse buraco, para marcar seu renascimento para uma nova ordem"*¹¹.

É certo que não vivemos na Etiópia e, muito menos, entre os Gamos. Nossa sociedade, como sói dizer, é muito mais complexa do que a dos povos considerados "primitivos" ou indivisos. No entanto, sendo o direito a expressão do que *deve ser* e não apenas do que *é* de fato a vida em sociedade, nada justifica que a opção política por uma sociedade baseada na divisão de classes e na acumulação progressiva de capitais nas mãos de uns poucos passe a servir como fundamento axiológico e legitimador do poder punitivo estatal. A deformação da vida social não importa necessariamente na deformação do próprio homem, que pode continuar pautando sua conduta de acordo com valores humanitários e solidários e não com base no individualismo e na intolerância, próprios do regime político-econômico que passou a predominar após a revolução industrial.

Em oposição a um ideal de justiça meramente retributiva, baseada na intolerância e na exclusão do indesejável como imperativos de um sistema de valores inflexível e imposto unilateralmente pelo Estado, é possível crer, portanto, na possibilidade de outras formas de solução das controvérsias

no la retribución mediante pena; la adscripción de responsabilidad, pero no la culpabilidad. Hay innumerables ejemplos de sociedades sin Derecho penal y sin penas criminales – y no cabe imaginar una sociedad mundial sin normas y sanciones, pero si una sociedad mundial sin Derecho penal y sin penas" (SCHEERER, Sebastian. ¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad? In Revista Brasileira de Ciências Criminas, ano 13, nº 57. São Paulo: RT, 2005. p. 110).

11. ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 119.

penais, estimulando o entendimento entre as partes afetadas e buscando, a partir do diálogo, alternativas criativas à simples punição do autor e ao recorrente esquecimento da vítima.

Existem, como bem notou ANTONIO BERISTAIN¹², duas linhas gerais em que se divide atualmente a chamada ciência penal total (direito penal, criminologia e política criminal): uma denominada “justiça criminal retributiva”¹³ e outra denominada “justiça criminal restaurativa”¹⁴. Tais modelos, contrapostos, estão baseados, respectivamente, numa sociedade em que os valores individualistas já não permitem mais a convivência solidária entre todos os componentes do mesmo povo, sendo a exclusão daqueles tachados como indesejáveis a única solução possível para os inevitáveis conflitos que vão surgindo; e numa sociedade em que seus membros ainda são capazes de se reconhecer como iguais, ou seja, onde ainda seja possível encontrar identidade entre aqueles

12. “Atualmente, em linhas gerais, pode-se dizer que a ciência total do direito penal, incluindo a criminologia, avança por duas auto-estradas (com diversas faixas dentro de cada uma delas): a) a denominada justiça criminal retributiva, que começa seu iter na culpabilidade e tem como meta a pena como sofrimento estigmatizante contra o delinqüente; e b) a justiça criminal restaurativa, que dirige seus passos, principalmente, para a análise dos danos que a criminalidade causa no sujeito dos delitos (a vítima) para outorgar-lhe sua justa reparação” (in *Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 171).

13. “No modelo retributivo, vimos que há uma ênfase na questão do respeito ao dever para fundamentar a liberdade como expressão de adesão a uma máxima universal, cujo obstáculo dita a necessidade de castigo, incondicionalmente. A construção de um sistema e de uma regra aplicável a toda e qualquer circunstância, independentemente dos objetos externos, dos sentidos, dos desejos, das expectativas, expressa, inegavelmente, um valor subjacente: o de ordem, controle, fixidez, segurança, colocado de modo inquestionado como uma verdade por si mesma vigente. A necessidade do castigo, num sistema como tal, decorre da estruturação rígida de um modelo lógico de concepção da sociedade, fundada em valores tais que, para fazer valer sua universalidade, qualquer erro ou desvio deve ser extirpado” (MELO, Eduardo Rezende. *Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais (um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva)*. Revista de Estudos Criminais, Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ano IV, jan./mar. 2006, nº 21. p. 115).

14. “Entendo que a justiça restaurativa nos abre de modos vários a um contrataste radical com esse modelo [retributivo]. Primeiramente, ela expressa uma outra percepção da relação indivíduo/ sociedade, o que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo, ela dá vazão a um acertamento horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva. Segundo, ela foca nas singularidades daqueles que estão em relação e nos valores que a presidem, abrindo-se, com isso, àquilo que leva ao conflito. Neste duplo contraste, a própria fundação da regra se apresenta de outro modo, permitindo o rompimento desta cisão entre interioridade e exterioridade que marca a concepção kantiana e que nos remete à possibilidade de emancipação, com um comprometimento pessoal nas ações e expressões individuais pela elaboração das questões que se apresentam envolvidas no conflito. Terceiro, e principalmente, se o foco volta-se mais à relação do que à resposta estatal, a uma regra abstrata prescritora de uma conduta, o próprio conflito e a tensão relacional ganha um outro estatuto, não mais como aquilo que há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim como aquilo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado naquilo que pode ter de positivo, para além de uma expressão gauche, com contornos destrutivos. Quarto, ao trazer à tona estas singularidades e suas condições de existência subjacentes à norma, este modelo aponta para o rompimento dos limites colocados pelo direito liberal, abrindo-nos, para além do interpessoal, a uma percepção social dos problemas colocados nas situações conflitivas” (MELO, Eduardo Rezende. Ob. cit., p. 117).

que formam o mesmo grupo, de modo que as sanções aplicadas em razão de condutas socialmente negativas buscam muito mais a recomposição da paz social do que a simples punição do responsável.

Embora não tenha ficado imune às influências da “*justiça criminal retributiva*”, parece inequívoco que a Constituição da República, elegeu o modelo de “*justiça criminal restaurativa*” como objetivo a ser perseguido, tudo com vistas à formação de um “*Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*”.

Como se vê, já em seu preâmbulo, a Carta Política deixou expressa sua opção pela instituição de um Estado fraterno, fundado na harmonia social e comprometido com a solução pacífica de todo e qualquer tipo de controvérsia, o que foi confirmado, aliás, ao serem elencados, em seu art. 3º, os objetivos (leia-se valores¹⁵) fundamentais da República Federativa do Brasil.

Esse, portanto, o objetivo (*rectius*, valor) positivado pelo legislador constituinte para todo o ordenamento jurídico pátrio: a solução pacífica das controvérsias, de modo a “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”. Note-se que o ideal de solidariedade em que se funda a República Federativa do Brasil só se compatibiliza com uma busca permanente pela inclusão de todos no paradigma de identidade nacional, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, bem como erradicando a pobreza e a marginalização, de modo que soluções pacíficas e conciliatórias possam ser encontradas mesmo para as controvérsias consideradas mais graves.

É claro que o fim eleito pelo constituinte (aliás, único possível para um Estado que se pretende democrático), como vetor axiológico a ser seguido por toda a nação, não constitui uma *regra jurídica*¹⁶, no sentido biunívoco popularizado por RONALD DWORKIN através do modelo do “*tudo ou nada*”, mas verdadeiro *princípio*¹⁷ que deve informar todas as demais normas jurídicas,

15. Na lição de Miguel Reale: “*Um fim [ou objetivo] outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo de conduta*” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 544).

16. Conforme explicação didática de Ana Paula de Barcellos: “*as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. Como registra Robert Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Estes limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios opostos que procuram igualmente maximizar-se, daí a necessidade eventual de ponderá-los. Desenvolvendo esse critério de distinção, Alexy denomina as regras de comandos de definição e os princípios de comandos de otimização*” (in *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 50).

17. “*Bem examinadas as coisas, aliás, há de se reconhecer que os princípios éticos nada mais são do que a tradução normativa dos grandes valores da convivência humana. Nessa condição, nunca se pode dizer que um princípio se acha completamente realizado na vida social. Uma característica essencial dos valores, como sabido, é a sua transcendência em relação à realidade. Cada valor representa um ideal jamais atingível em sua*

ampliando as hipóteses de aplicação daquelas que privilegiam a solução pacífica das controvérsias e restringindo aquelas que ainda se fundam no ideal repressivo próprio do sistema penal tradicional. A partir dos valores constitucionalmente positivados, portanto, pode-se dizer que o ideal repressivo/ retributivo do direito penal e processual penal tradicionais deve tender à diminuição com o passar do tempo e, em termos ideais (e apenas ideais), à extinção.

Aliás, uma análise dos dispositivos constitucionais relacionados à matéria criminal parece confirmar a existência desse vetor axiológico, havendo maior resistência à solução pacífica dos delitos considerados mais graves (art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da CR)¹⁸, de um lado, e determinação expressa para que as infrações penais de menor potencial ofensivo sejam solucionadas, prioritariamente, por meio da conciliação (art. 98, I, da CR), de outro. O sentido para o qual aponta a seta que representa graficamente o mencionado vetor axiológico — de uma menor tolerância e maior punição para uma menor intolerância e maior conciliação — é dado pelos objetivos fundamentais da solidariedade (art. 3º, I) e da erradicação da marginalização (art. 3º, III), que conduzem a formas pacíficas de solução das controvérsias, haja vista a progressiva construção de uma sociedade fraterna e igualitária. Tais dispositivos, ao contrário do que possa parecer, não formam um emaranhado

plenitude. É ridículo pretender que a justiça será, um dia, plenamente realizada na face da Terra; ou que determinado país já atingiu um estado de perfeita liberdade, em todos os setores da vida social, de sorte que nada mais resta fazer para melhorar a condição dos seus cidadãos a esse respeito. Os princípios éticos, para usarmos expressão cunhada por um jurista, constituem, na verdade, 'mandamentos de otimização' (Optimierungsgebote), e de otimização permanente, jamais acabada" (COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 511).

18. Importante ressaltar, neste ponto, que a previsão de normas com maior carga repressiva em alguns dispositivos constitucionais não leva à conclusão de que o legislador infraconstitucional estaria obrigado à criminalização de determinadas condutas, sob pena de sua omissão ser considerada inconstitucional, tal como defendido, dentro outros, por Lenio Streck e Luciano Feldens. Ao revés, conforme afirmado anteriormente, o vetor axiológico da justiça penal aponta para a progressiva ampliação das hipóteses de solução pacífica das controvérsias, de modo que esse objetivo maior deve ser incansavelmente buscado pelo legislador, até que, ao final, se possa prescindir da criminalização daquelas condutas tidas como socialmente gravíssimas até mesmo pela Constituição da República. Sobre o assunto, precisa é a tese de doutorado defendida por Janaina Conceição Paschoal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em que tentou com sucesso demonstrar que, a partir do princípio constitucional da intervenção mínima, a criminalização de condutas só pode ser admitida em um Estado democrático de direito quando demonstrada sua absoluta e concreta necessidade: "Assim, não importa o que imponha a Constituição, em sendo a intervenção penal uma exceção, se, de uma análise concreta, aferir-se que a elaboração da norma ou que sua manutenção não são efetivamente necessárias, não há previsão legal e/ou constitucional que possa obrigar que a conduta seja incriminada. Resumindo, em um Estado social e democrático de direito, o legislador sabe o máximo a que pode chegar, não existindo, no entanto, um mínimo previamente determinado" (in *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 148).

de regras e princípios desconectados, mas verdadeiro sistema de redução permanente dos mecanismos violentos de solução de conflitos.

IV – O sistema processual penal dos Juizados Especiais Criminais:

Muitas obras doutrinárias foram publicadas após o advento da Lei nº 9.099/95, que instituiu o Juizado Especial Criminal em nosso país, boa parte delas de afogadilho¹⁹, antes que se pudesse refletir minimamente acerca de todas as inovações trazidas.

Praticamente nenhuma dessas obras, no entanto, analisou a questão a partir da norma fundamental que deu origem ao novo sistema de justiça criminal, olvidando-se que, de acordo com o atual estágio da técnica jurídica, é a Constituição da República que confere validade interna para o ordenamento jurídico positivado, nunca o contrário²⁰. Assim, ainda que se tenha debatido, especificamente, a validade de alguns institutos previstos na nova Lei em face do texto constitucional — tal como se deu, por exemplo, em relação à discussão sobre a compatibilidade ou não da transação penal com os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal —, raramente houve questionamento acerca da observância, pelo legislador ordinário, dos princípios conciliadores e pacificadores impostos pela Lei Maior e indevidamente restringidos pela Lei nº 9.099/95.

Não obstante serem corriqueiros comentários como os de GRINOVER *et alli*, no sentido de que “o legislador soube romper os esquemas clássicos do direito criminal e do processo penal, adotando corajosamente soluções profundamente inovadoras”²¹,

19. É o termo usado por Afrânio Silva Jardim, *in verbis*: “Sempre que surge uma lei nova há um certo afogadilho, uma certa necessidade de alguns autores e professores de lançar posições novas, ‘criar em cima da lei’. E isso é bom, porque sacode aquele nosso espírito do Direito conservador. Mas, às vezes, a coisa vai ousada demais e perdemos os limites da interpretação, do conhecimento jurídico. Temos encontrado isso na interpretação da Lei nº 9.099/95. Obras publicadas de imediato, com posições muito pessoais e opinativas, acabam, pela autoridade e importância de seus autores, seduzindo a comunidade jurídica e, só com o tempo, demoradamente, é que colocamos as coisas nos trilhos novamente” (Direito Processual Penal; estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 345).

20. “A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In Grau, Eros Roberto e Cunha, Sérgio Sérulo (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 56).

21. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora RT, 2000. p. 51.

entendemos que a regulamentação legal do art. 98, inciso I, da Constituição da República, foi por demais tímida e, até mesmo, indevidamente redutora do valor pacificador e conciliador adotado pelo legislador constituinte.

Ora, como já defendido acima, não foi o legislador infraconstitucional quem inovou, mas a própria Constituição da República, ao apontar que mesmo na seara penal é preciso oxigenar o rígido ideal de justiça retributiva com novas formas de solução pacífica dos conflitos, cuja implementação fez cogente para todas as infrações penais de menor potencial ofensivo. Eis os exatos termos da previsão constitucional:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

Diante disso, ainda que se concorde com a crítica formulada por alguns autores no sentido de que melhor seria a descriminalização mesma de todos os delitos hoje considerados de menor potencial ofensivo²², o fato é que nem mesmo isso poderia impedir a abertura do tradicional sistema de direito penal e processual penal ao ideal conciliador e pacifista dos Juizados Especiais Criminais. De acordo com o sistema de justiça criminal idealizado pela Constituição da República, se os crimes hoje considerados de menor potencial ofensivo vierem a ser descriminalizados, outros, necessariamente, deverão passar a receber idêntico tratamento, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, até que mesmo as condutas consideradas mais gravosas possam ser solucionadas de acordo com o ideal fraterno em direção e sentido ao qual aponta o vetor axiológico previsto na Carta Política. Essa a primeira constatação.

A análise do referido dispositivo constitucional revela também que a conciliação deverá ser buscada no âmbito do Juizado Especial Criminal sempre que isso se mostrar de fato possível, não podendo o sistema

22. Contravenções penais e crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, conforme redação dada ao art. 61, da Lei nº 9.099/ 95, pela Lei nº 11.313, de 28.06.06.

processual penal tradicional ser invocado como obstáculo para a completa concretização da norma fundamental. Aí o fundamento jurídico de validade do entendimento esposado pelos magistrados fluminenses, que é o objeto principal de análise no presente estudo, tal como exposto na introdução, e ao qual retomamos daqui por diante.

Entendem os Juízes dos Juizados Especiais Criminais e das respectivas Turmas Recursais fluminenses, conforme enunciado n° 30.1 da consolidação de seus encontros de discussão, que *“nas hipóteses de ação penal pública incondicionada, quando houver vítima direta, é possível a conciliação (acordo civil) com a conseqüente extinção da punibilidade”*.

Tal entendimento vem enfrentando resistência por parte de muitos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, haja vista o literal teor do art. 74, p. ún., da Lei n° 9.099/ 95, que confere força extintiva da punibilidade apenas aos acordos cíveis celebrados entre ofensores e ofendidos de delitos de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação.

De fato, é inegável que o legislador infraconstitucional, ao regulamentar o art. 98, I, da CR, seguiu, em sua maior parte, o sistema puramente retributivo do processo penal tradicional, negando-se a admitir que também os delitos de ação penal pública incondicionada pudessem ser objeto de conciliação entre os sujeitos ativo e passivo da infração penal. Com isso, maculou o legislador ordinário todo o espírito restaurativo conferido pela Carta Política aos Juizados Especiais Criminais, interpretando a Constituição de acordo com o clássico sistema punitivo estatal e não de acordo com os valores e princípios nela mesma contidos para a solução das infrações de menor potencial ofensivo.

Com efeito, no âmbito da conciliação — único instituto efetivamente revolucionário em termo de solução pacífica de controvérsias — a Lei n° 9.099/ 95 em praticamente nada inovou em relação ao vetusto sistema processual penal punitivo, eis que a vítima e o autor do fato sempre puderam transigir com relação ao exercício do direito de ação penal de iniciativa privada ou com relação ao direito de representação, sendo a única diferença prática a previsão expressa, agora, de uma audiência preliminar com esse desiderato para ambas as hipóteses e não apenas para o procedimento dos crimes de calúnia e injúria, tal como anteriormente previsto nos artigos 519 e seguintes do Código de Processo Penal²³. Desta forma, a previsão constitucional de uma Justiça especializada em matéria de infrações de menor potencial ofensivo, pautada nos ideais restaurativos de conciliação e solução pacífica das controvérsias,

23. A inexistência de um ato processual específico para a realização desse acordo não significa que ele não ocorresse na prática, uma vez que a vítima sempre pôde dispor livremente dos direitos de queixa e de representação, com ou sem acordo prévio com o autor do delito.

em nada terá inovado no ordenamento jurídico caso se aplique ao pé da letra a Lei nº 9.099/ 95²⁴.

A toda evidência, laborou o legislador ordinário em indevida restrição do texto constitucional, cujos princípios e valores reitores da norma esculpida no art. 98, I, foram inegavelmente bitolados por uma interpretação impregnada de ideais punitivos, típicos do sistema penal e processual penal tradicional²⁵.

A Constituição da República ao tratar dos Juizados Especiais Criminais em momento nenhum restringiu as hipóteses de conciliação aos delitos de ação penal privada e pública condicionada, tal como seria compatível com a tradicional teoria geral do processo penal. Ao revés, o Texto Maior expressamente dispõe que as “*infrações de menor potencial ofensivo*”, indistintamente, serão objeto de “*conciliação, julgamento e execução*” perante os Juizados Especiais Criminais, “*permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau*”.

24. Em igual sentido, o comentário de Maria Lúcia Karam: “A composição civil disciplinada na Lei 9.099/ 95 dá a um antecipado reconhecimento da obrigação de indenizar o efeito de impedir a propositura da ação penal condenatória, na hipótese de alegada infração penal de menor potencial ofensivo identificável em fato igualmente configurador do ilícito civil. E, tese, um tal efeito poderia estar a apontar para um protagonismo do ofendido. No entanto, a Lei 9.099/95 quase nada avança neste sentido, pois, conforme ali regulado, a composição só recebe aquele efeito nas escassas hipóteses em que a demanda veiculadora da pretensão punitiva devesse ser apresentada em ação penal condenatória de iniciativa do ofendido ou condicionada a representação por ele formulada” (in *Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 49).

25. Na verdade, até mesmo quando tratou da hipótese de conciliação entre as partes, não conseguiu o legislador ordinário se despir do ranço punitivo do sistema criminal tradicional, prevendo como única hipótese de acordo a composição civil dos danos. Ocorre que, conforme ensinam os estudiosos dos modelos conciliatórios, o que se busca por meio dessa alternativa ao modelo punitivo é a restauração da harmonia social e não a reparação de eventos danosos que uma ou outra parte possa ter sofrido. Neste caso, a eventual reparação do dano é apenas um dos possíveis meios para se atingir o fim último da conciliação, e nunca o único deles. Sobre o assunto, precisa é a lição de Jean-Pierre Bonafé-Schmitt: “Em matéria de mediação penal, a reparação não se confunde com a indenização e não deve ser perseguida apenas como uma sanção, mas como uma forma de reinserção dos envolvidos na comunidade. Se não houver mudança de paradigma, a mediação continuará sendo apenas uma das modalidades de coerção pública e as hipóteses de reparação não representarão mais que uma simples sanção acessória no rol dos procedimentos penais tradicionais” (in *La médiation pénale en France et aux États-Unis*. Paris: Réseau Européen Droit et Société, 1998. p. 19; assim como a de Mireille Delmas-Marty: “O processo de mediação, nesse sentido, é mais flexível, pois o essencial é que se chegue ao acordo, à reconciliação. Certamente, esta pode ser facilitada por uma reparação prévia do dano, mas distingue-se dela já que pressupõe necessariamente o acordo de todas as pessoas implicadas, vítimas e delinquentes, diferentemente da variante civil (...). Na mediação, a reparação não é senão um meio, já que seu objetivo primordial – mais ambicioso, sem dúvida – é o de restaurar a harmonia pela reconciliação daqueles que são, no processo clássico, civil ou penal, as ‘partes adversas’.” (in *Os grandes sistemas de política criminal*. Baurer/ SP: Manole, 2004. p. 174). Exatamente por isso, não é raro — mas, ao contrário, muito comum — que nos Juizados Especiais Criminais sejam formulados acordos que em nada se assemelham à composição civil dos danos — que muitas vezes sequer existem —, de modo a solucionar a controvérsia penal e, conseqüentemente, ver declarada extinta a punibilidade da conduta tida por criminosa.

Como se pode observar, apenas as hipóteses de *transação penal* — por constituir esta verdadeira pena criminal e, portanto, estar submetida ao princípio da reserva legal — poderiam ser delimitadas pelo legislador ordinário, mas nunca os casos de *conciliação*, que estariam sempre admitidos, desde já, *ex vi legis*, pelo próprio legislador constituinte. É essa, aliás, a linha seguida pelos Juizados Especiais Cíveis, onde apenas as causas passíveis de serem solucionadas por meio da conciliação foram admitidas na competência da nova Justiça especial, tudo para que não se desnaturasse o sistema instituído pela Lei Fundamental²⁶. Neste caso, nas competências do Juizado Especial Cível foram admitidas apenas as causas que se ajustassem ao ideal conciliador imposto pela Constituição da República; as demais, por incompatíveis com o novo sistema, não puderam ser consideradas pelo legislador infraconstitucional como “*causas cíveis de menor complexidade*”.

No âmbito penal, por óbvio, igual solução não seria possível, pois até mesmo os mais insignificantes²⁷ tipos penais são considerados de ação penal pública incondicionada pelo legislador. Na verdade, como tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, a regra para as condutas tipificadas como criminosas é a da ação penal pública incondicionada, que só costuma ser excepcionada quando o bem jurídico afetado é de natureza muito íntima da vítima, de modo que uma intervenção estatal sem a sua aquiescência poderia trazer resultados sociais ainda mais desastrosos. Basta ler o totalitário Decreto-lei nº 3.688/ 51 para que se tenha exata noção do que se diz aqui. Todas as contravenções penais ali previstas são de ação penal pública incondicionada, por força do disposto no art. 17, do referido diploma legal. Assim, a menos que a Lei nº 9.099/95 tivesse deixado de fora do rol das infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais — o que também levaria à sua inconstitucionalidade, só que por violação ao princípio da razoabilidade —, não haveria como impedir a quebra do sistema processual penal tradicional, ao admitir-se que também os delitos considerados de ação penal de iniciativa pública incondicionada fossem passíveis de conciliação.

26. Como notou com percuciência Cândido Rangel Dinamarco, mesmo na cláusula de abertura constante do art. 58, da Lei nº 9.099/ 95, que confere aos Estados a faculdade de estender a possibilidade de conciliação a causas não abrangidas pelas competências fixadas no art. 3º, daquele mesmo diploma legal, está insinuada a idéia de que os Juizados Especiais Cíveis não poderão ser palco de questões envolvendo direitos indisponíveis, devendo tais controvérsias serem solucionadas pela Justiça comum: “*Para que possa haver conciliação entre as partes é necessário que se trate de interesse jurídico-substancial disponível e por isso, tal como ocorre na conciliação que se procura no processo civil comum, ela só se admite ‘quando a causa versar sobre direitos disponíveis’ (CPC, art. 331). Como é só nessas hipóteses que poderá haver as concessões que caracterizam a transação (CC, art. 1.035), segue-se que fora delas a conciliação é inadmissível e, conseqüentemente, o legislador estadual não poderá levar tão longe a faculdade que lhe confere o art. 58 da Lei das Pequenas Causas” (in *Manual dos Juizados Cíveis*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 68).*

27. Por definição, contravenção penal é aquela infração penal de tão pouca monta que sequer pode ser considerada como crime ou delito propriamente. Não há, portanto, diferença substancial entre crime e contravenção, podendo-se dizer, juntamente com Heleno Cláudio Fragoso, que “*esta constitui apenas a infração penal de menor gravidade, caracterizando-se pela pena cominada ao fato*” (in *Lições de direito penal, a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 141).

Desta forma, não tendo a Constituição da República restringido as hipóteses de conciliação nos Juizados Especiais Criminais, não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo, sob pena de afrontar o próprio texto constitucional. Daí porque legítimo o entendimento adotado pelos magistrados fluminenses, no sentido de reconhecer os acordos formulados entre autor e vítima direta de delitos de ação penal pública incondicionada como causa extintiva da punibilidade, uma vez que esta é a única interpretação compatível da Lei nº 9.099/ 95 com o disposto no art. 98, I, da Lei Maior.

A dificuldade, no entanto, surge quando se passa a analisar os delitos não expressamente abrangidos pelo enunciado nº 30.1, ou seja, aqueles de ação penal pública incondicionada onde não exista vítima direta ou quando o sujeito passivo for o próprio Estado.

Como ensina DE PLÁCIDO E SILVA²⁸, vítima é toda pessoa “que é sacrificada em seus interesses, que sofre um dano ou é atingida por qualquer mal”. Na linguagem penal, o termo “designa o sujeito passivo de um delito ou de uma contravenção. É assim, o ofendido, o ferido, o assassinado, o prejudicado, o burlado”. Isso posto, vítima e sujeito passivo do delito ou contravenção são expressões sinônimas na doutrina penal, de modo que para se verificar se um crime específico possui, ou não, *vítima direta* é preciso analisar qual o bem jurídico tutelado²⁹ pela norma incriminadora e, conseqüentemente, quem seria seu titular.

A expressão “*vítima direta*” adotada no enunciado em comento decorre da noção doutrinária de que todos os delitos atingem, em maior ou menor escala, interesses públicos, de modo que o Estado é sempre, em alguma medida, sujeito passivo da infração cometida³⁰. No entanto, algumas condutas criminosas

28. Vocabulário Jurídico, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 1.662.

29. Utilizamos a expressão “*bem jurídico tutelado*” em razão de sua maior aceitação doutrinária. No entanto, a rigor, entendemos que o direito penal não tem o condão de tutelar bens jurídicos, mas apenas de servir como instrumento de limitação do poder punitivo estatal. Seguimos, neste ponto, a lição de Juarez Tavares: “*Deve-se concluir, então, que a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação, daí seguindo, no dizer de DOHNA, a necessidade de que seja determinado com precisão para que possa servir de barreira diante da intencionalidade e da vacuidade*” (in *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p. 202). Desta forma, ao invés de falar-se em “*bem jurídico tutelado*”, parece que o mais correto seria dizer “*bem jurídico limitador*”.

30. Sobre o tema, pela clareza e precisão, destaca-se a lição de Heleno Cláudio Fragoso ao tratar dos crimes praticados por funcionários contra a administração em geral: “*É bem de ver que o Estado é sempre o sujeito passivo primário de todos os crimes, pois o direito penal é direito público, que somente tutela interesses particulares, pelo reflexo que sua violação acarreta ao corpo social. A lei penal tutela, em primeiro lugar, o interesse da ordem jurídica geral, de que é titular o Estado. Todavia, o que na doutrina se considera sujeito passivo é o titular do interesse imediatamente ofendido pela ação delituosa ou do bem jurídico particularmente protegido pela norma penal, ou seja, o sujeito passivo particular ou secundário. Em certos crimes não há sujeito passivo particular (ex.: ultraje público ao puôdor). Há crimes, porém, como o que ora estudamos, em que o próprio Estado aparece como sujeito passivo particular, pois a ele pertence o bem jurídico diretamente ofendido pela ação incriminada*” (in *Lições de direito penal, parte especial*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 411).

atingem interesses exclusivamente estatais, não havendo que se falar em sujeito passivo particular, ainda que o Poder Público esteja *presentado*³¹ por algum agente seu no momento da infração. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes praticados por particular contra a administração em geral, onde por vezes o agente pratica a conduta criminoso contra determinado agente público, mas o bem jurídico afetado não pertence a este, mas sim ao Estado, de modo que apenas ele pode ser considerado vítima para fins penais. Há ainda os delitos classificados por alguns autores como vagos, em razão do bem jurídico não pertencer a nenhuma pessoa especificamente, mas a toda coletividade, de modo que também aqui não haveria que se falar em *vítima direta*.

Nestes casos, não havendo sujeito passivo particular (vítima direta), pergunta-se: como dar efetividade ao dispositivo constitucional que privilegiou a solução conciliatória para todas as infrações de menor potencial ofensivo, indistintamente?

Boa parte da doutrina responde a esta pergunta indicando a transação penal exatamente como a forma de conciliação entre o Estado e o suposto autor do fato, acenando, inclusive, para a circunstância de ter sido o princípio da obrigatoriedade mitigado pelo legislador ordinário, uma vez que teria dado ao Ministério Público o poder de decidir quanto ao exercício da ação penal e a formalização de um "acordo" para a imediata aplicação de pena não privativa de liberdade³². Alguns autores chegam mesmo a utilizar a expressão "transação penal" como sinônimo de "conciliação entre o Ministério Público e a defesa"³³.

De nossa parte, em que pese a importância dos autores que defendem tal entendimento, acreditamos que se está aí confundindo institutos diversos.

Não há dúvidas de que a Constituição da República abriu, através da regra contida em seu art. 98, I, as portas do sistema jurídico-penal brasileiro ao modelo consensual. No entanto, nem tudo o que está ali expresso corresponde necessariamente a este mesmo modelo, e foi exatamente por isso que o legislador constituinte optou por lançar mão de termos diversos para designar os diferentes institutos da *conciliação* e da *transação*.

31. O termo é elucidativo da situação sugerida. Nestas hipóteses, o agente público não apenas representa a pessoa de direito público a que está vinculado, mas realmente age como se ela mesma estivesse ali personificada (presente). Daí porque cunhou Pontes de Miranda o termo "*presentação*", exatamente para designar a atuação do agente público como órgão estatal, "*de tal modo que quando o agente que o compõem manifesta sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse*" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 410).

32. "*Com a transação, adotou-se o princípio da discricionariedade regrada, com a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Em suma, permanece o princípio da obrigatoriedade, mas no tocante às infrações de menor potencial ofensivo, se presentes os pressupostos, não deve o promotor acusar e sim propor a solução consensual do art. 76. Abriu-se a ele nova alternativa*" (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora RT, 2002. p. 215).

33. É o caso do professor paulista Antônio Scarance Fernandes (Ob. cit., p. 213).

Como já visto anteriormente, ao tratar da *conciliação*, a Constituição da República não deixa qualquer espaço interpretativo para o legislador ordinário, de modo que sempre caberá conciliação nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo levadas a conhecimento dos Juizados Especiais Criminais. Por outro lado, ao dispor sobre a *transação*, expressamente condicionou o legislador constituinte sua aplicação às hipóteses previstas em lei formal, ou seja, submeteu a aplicação daquele instituto ao princípio da reserva legal.

E nem poderia ser diferente. Conforme posteriormente regulamentado pelo legislador ordinário, a transação penal importa em aplicação de pena (criminal) restritiva de direitos ou multa (art. 76, da Lei nº 9.099/ 95), sendo imperativo, por força do disposto no art. 5º, XXXIX, da própria Constituição da República, que sua imposição pelo Estado esteja previamente prevista em lei formal.

Diante da clareza normativa e do inegável caráter aflitivo da sanção imposta — ainda que precedida por desproporcional negociação³⁴ —, não há como deixar de enxergar a transação penal como verdadeira sanção criminal e, por conseguinte, a decisão que homologa o “acordo” firmado entre o Ministério Público e o suposto autor do fato como sentença condenatória.

E se assim é, importa reconhecer que já não estamos mais (ultrapassada a possibilidade de conciliação) seguindo o modelo consensual próprio da justiça criminal restaurativa, mas sim, de novo, inserto no vetusto ideal punitivo da justiça criminal retributiva. A partir desse ponto, ao invés de buscar medidas alternativas ao direito penal, conseguiu o legislador mais uma vez ampliar o espectro de incidência do poder punitivo, distanciando-se dos ideais iluministas de intervenção mínima e *ultima ratio* e aderindo integralmente ao paradigma capitalista de maior efetividade com economia de meios³⁵.

34. Negociação que é sempre formulada, “no dizer de Mario Cattaneo, entre quem tem ‘a faca e o queijo na mão’ (a acusação) e quem substancialmente teme uma chantagem (o réu). Decerto, a ‘chantagem’ claramente surge nas ameaças, para quem se nega a negociar, de um tratamento mais rigoroso, de uma pena mais severa, do risco de um cálculo errado, do estrépito que se anuncia avir do processo regularmente desenvolvido até o julgamento” (KARAM, Maria Lúcia. Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 39).

35. É o que nota, com percuciência, Maria Lúcia Karam, que se nega a engrossar as fileiras daqueles que se entusiasmarão com o pseudo caráter libertário da nova lei: “O procedimento abreviado, visando obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão à pena, vem atender a esta economia, permitindo que o agigantado sistema penal melhor distribua seus recursos disponíveis para o fim de responder às exigências de sua expansão: mais penas se impõem — já que eliminada a resistência do réu que poderia resultar na absolvição — e de forma mais econômica, sem gasto de tempo e de atividades que seria consumido pelo curso normal do processo. No Brasil, não muito tempo depois da criação dos juizados especiais criminais, já se percebia esta ‘economia’ funcional ao agigantamento do sistema penal. Em matéria publicada na imprensa em 1997, registrava-se que a criação dos juizados especiais criminais havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no país, mas não implicara redução da população carcerária. Um dos entrevistados, embora entusiasta do suposto caráter liberalizante da Lei 9.099/95, reconhecia que as punições haviam aumentado sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva. Era a constatação, no Brasil, no pouco tempo de aplicação da então nova lei, do que Pavarini menciona como ‘ampliação da rede do controle penal, para inclusão na área da criminalização secundária do que, de fato, antes lhe escapava’ (Ob. cit., p. 38).

Sendo assim, impossível tratar a transação penal como sendo uma conciliação entre Ministério Público e autor do fato, de modo a responder a indagação acima formulada. Ao contrário, na esteira do que ensina Afrânio Silva Jardim, entendemos que *“quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, está ele exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. (...) Entendendo o fenômeno processual desta forma, fica fácil compreender como o Juiz está autorizado a aplicar a pena aceita pelo réu. Não há violação do princípio nulla poena sine iudicio. Existe ação penal, jurisdição e processo. Este é o devido processo legal”*³⁶.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade, portanto, não está no momento do oferecimento da transação penal. Aqui, mais uma vez recorrendo à lição de AFRÂNIO SILVA JARDIM (1996), *“o sistema que se depreende da referida Lei nº 9.099/95 não rompe com o tradicional princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória, mas apenas outorga ao Ministério Público a faculdade jurídica de exercer uma espécie de ação”*³⁷.

De fato, não há como se depreender do sistema trazido pela Lei nº 9.099/95 qualquer rompimento com o princípio da obrigatoriedade. Afinal, já ficou claro que o legislador infraconstitucional usurpou as funções de constituinte ao deixar de aplicar a solução conciliatória a todos os casos de competência do Juizado Especial Criminal. Na verdade, o rompimento com o princípio da obrigatoriedade foi realizado pela própria Constituição da República em seu art. 98, I, ao estatuir que todas infrações de menor potencial ofensivo serão passíveis de conciliação, sejam elas de ação penal privada, pública condicionada, pública incondicionada com vítima direta ou até mesmo pública incondicionada sem vítima particular determinada.

Desta forma, não sendo possível confundir *conciliação* com *transação*, entende-se que também as hipóteses não expressamente incluídas no enunciado nº 30.1 devem ser submetidas, *ab initio*, ao modelo de justiça criminal restaurativa imposto pela Constituição aos Juizados Especiais Criminais. Neste caso, a conciliação, por não ser um particular o titular do bem jurídico tutelado, deverá ser feita entre o Ministério Público (presentante do Estado e substituto processual para a defesa dos interesses difusos) e o suposto autor do fato, sendo vedada, contudo, a aplicação de qualquer sanção criminal neste momento. Somente ultrapassada a fase conciliatória, entendendo o Ministério Público que o poder punitivo deve, efetivamente, ser exercido, é que se poderá cogitar de transacionar com o autor do fato sobre a aplicação de

36. In *Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da Ação Penal Pública nos Juizados Especiais Criminais*. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, nº 4, jul./dez. de 1996. p. 33.

37. Ob. cit. p. 34.

pena não privativa de liberdade, mas aí já estará o Estado no exercício do direito de ação penal.

Em sede de solução conciliatória, caberá ao Ministério Público realizar o juízo discricionário de dispensar o exercício da ação penal, considerando as circunstâncias concretas do caso em análise e as conseqüências gravosas do acionamento do poder punitivo estatal, ainda que exercitado por meio de simples transação penal. É, em outras palavras, aquilo que LUIZ VICENTE CERNICCHIARO já identificara logo em seguida à edição da Lei nº 9.099/ 95, quando afirmou que:

“A Lei 9.099/95 rompeu, viu-se, com o princípio da indisponibilidade da ação penal. Adotou-se, sem dúvida, tese oposta. É possível, pois, o Ministério Público dela dispor. Nessa linha o arquivamento compreende hipóteses que por ausência de reprovabilidade significativa à conduta e ao resultado, o Promotor Público recomenda o silêncio ao processo penal. Exemplificativamente, caracterizada a insignificância do evento (independentemente de solucionar-se a divergência doutrinária se repercute na tipicidade, ou na culpabilidade). No mesmo sentido, a quase nenhuma censurabilidade ao autor do fato. A título de ilustração ainda: as partes interessadas, apesar do acontecido, reconciliaram-se. Do ponto de vista pessoal e social, o fato restou superado!”³⁸

Apesar de poder parecer um pouco radical para os mais conservadores, admitir exceções ao princípio da obrigatoriedade ou mesmo aceitar que o Ministério Público possa exercer suas atividades persecutórias com base em um juízo de oportunidade já é realidade em muitos países de tradição jurídica continental³⁹, inclusive naqueles historicamente atrelados ao rigoroso império da lei, como é o caso da França⁴⁰.

38. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: algumas observações. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 4, nº 13, janeiro-março, 1996. p. 120.

39. Segundo nos atualiza Elias Neuman: “Em alguns países, como França e Alemanha, é ao Ministério Público que o ordenamento jurídico faculta (ele não está obrigado) a renunciar, interromper ou suspender a persecução penal, decidir sobre seu sobrestamento ou arquivamento e, nos casos em que entender pertinente, ordenar a aplicação de soluções alternativas como a mediação penal” (NEUMAN, Elias. *Mediação Penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005. p. 105.

40. Veja-se o que dispõe o art. 40-1 do Código de Processo Penal francês:

“Lorsqu’il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l’article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l’identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l’action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s’il est opportun:

1° Soit d’engager des poursuites;

2° Soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2;

3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient.

Aliás, mesmo no Brasil, em que pese todas as resistências no sentido de negar espaço ao princípio da oportunidade, o Estado já vem flexibilizando os rigores da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada. Basta ver o que dispõe a regra do art. 9º, da Lei nº 10.684/ 03, no sentido de suspender o curso da ação penal e, até mesmo, extinguir a pretensão punitiva quando o autor do delito (ou a pessoa jurídica que ele administra) se compromete em quitar ou quita seu débito com o fisco⁴¹.

V – Conclusão:

Entendendo ser importante buscar fundamentos técnicos para as práticas jurídicas que se multiplicam entre os operadores do direito na sua tarefa diária de distribuição da justiça, de modo a evitar que decisões judiciais tenham por fundamento de validade apenas o hábito de serem cotidianamente repetidas, e não as regras e princípios que formam o ordenamento em vigor, concluímos que:

1. Há no ordenamento jurídico instituído pela Constituição da República de 1988 dois sistemas diversos e contrapostos de solução das controvérsias penais: um de cunho retributivo e outro de cunho restaurativo;
2. A Constituição da República, por força dos objetivos fundamentais indicados no art. 3º, adotou o sistema restaurativo como meta a ser perseguida pelo legislador e pelos operadores do direito, de modo que o tradicional sistema penal e processual penal retributivo deve ser progressivamente aberto às alternativas conciliatórias e pacificadoras de solução das controvérsias;
3. Os Juizados Especiais Criminais, com o regramento constitucional que receberam, adotaram, prioritariamente, o modelo restaurativo para todas as infrações penais de menor potencial ofensivo, independentemente de serem elas de ação penal privada, pública condicionada ou incondicionada;

41. "Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios

4. Diante da redação do art. 98, I, da CR, todas as infrações penais de menor potencial ofensivo, sejam elas de ação penal privada ou pública, condicionada ou não à representação do ofendido, admitem conciliação entre os envolvidos no conflito;
5. Os institutos da conciliação e da transação, previstos no art., 98, I, da CR, não se equivalem, sendo apenas o primeiro deles compatível com o sistema criminal restaurativo, de modo que a transação penal não pode ser considerada forma de conciliação entre o Estado e o autor do fato;
6. A transação penal é o devido processo legal para a imposição antecipada da pena de multa ou restritiva de direitos no caso de infrações de menor potencial ofensivo, de modo que não há, neste ponto, mitigação ao princípio da obrigatoriedade;
7. A previsão constitucional no sentido da possibilidade de conciliação inclusive nas infrações de menor potencial ofensivo de ação penal de iniciativa pública incondicionada rompeu com o princípio da obrigatoriedade, podendo o Ministério Público dispor do poder punitivo, na qualidade de representante do Estado, sempre que as circunstâncias do caso concreto revelem ser possível a solução do conflito sem a aplicação de pena, seja ela antecipada (transação penal) seja precedida de processo de conhecimento (condenação).