

## JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

### *GIUSTIZIA RIPARATIVA NELL'AMBITO DEI CORTI SPECIALI CRIMINALI*

Alexandre Ribas de Paulo\*

**RESUMO:** O presente trabalho visa compreender como que os postulados da Justiça Restaurativa, contemplados na Resolução nº 2002/12, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, poderão ser implementados no âmbito penal brasileiro. Isso porque em 31 de janeiro de 2013 foi alterada a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incluindo os Juizados Especiais Criminais nas atividades dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Como no ordenamento jurídico brasileiro vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal, onde o Ministério Público deve intentar a ação penal toda vez que tomar conhecimento de uma infração de natureza pública, busca-se adequar as novas metas de acesso à justiça preconizadas pelo CNJ na fase pré-processual da Lei nº 9.099/95, especialmente na transação penal, apontando-se uma solução teórica e prática para permitir que os acordos intersubjetivos entre os envolvidos em um conflito penal de menor potencial ofensivo possam sempre encontrar um resultado satisfativo e extintivo da punibilidade em prol da pacificação social, deslegitimando, assim, o *ius puniendi* estatal, que exige a aplicação de sanções ao infrator como se isso fosse sinônimo de resolução de conflito no âmbito da Justiça Penal.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça; Resolução nº 125-CNJ; Justiça Restaurativa; Juizados Especiais Criminais.

**RIASSUNTO:** *Questo studio intende comprendere come i postulati della giustizia riparativa, come previsto nella Risoluzione 2002/12, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, può essere implementato nell'ambito penale brasiliano. Questo perché nel 31 de gennaio de 2013 è stata modificata la Risoluzione nº 125, del Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ), incluindo i Corti Speciali Criminale sulle attività dei Centri Giudiziarie di risoluzione delle controversie e cittadinanza. Come nel sistema giuridico brasiliano vige il principio di obbligatorietà del esercizio dell'azione penale, in cui il pubblico ministero deve esercitare l'azione penale ogniqualvolta abbia notizia di una infrazione di natura pubblica, cerca di adattare i nuovi obiettivi di accesso alla giustizia raccomandata dal CNJ nella fase pre procedurale della legge nº 9.099/95, specialmente in transazione penale, per potere*

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000); Mestre (2006) e Doutor (2011) em Direito, Estado e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Professor Adjunto em regime de Tempo Integral e Dedicção Exclusiva (TIDE) na Universidade Estadual de Maringá (UEM), lecionando a matéria de Prática Processual Penal I e II para o Curso de Graduação em Direito. Professor na Especialização em Ciências Penais no Programa de Pós-Graduação em Direito da UEM, lecionando a matéria de Direito Processual Penal. Pesquisador do *Ius Commune* - Grupo de Pesquisa Interinstitucional em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFSC) - e do Grupo de Pesquisa intitulado "Efetividade dos Direitos Fundamentais, Soluções Alternativas de Conflitos e Justiça Restaurativa" (CNPq/UEM). E-mail: ribasdepaulo@hotmail.com.

*sempre trovare un risultato in grado di soddisfazione e estintive dela punibilità per il bene della pace sociale. delegittimando, così, il ius puniendi statale, che richiede l'applicazione di sanzioni nei confronti del trasgressore come se fosse sinonimo di risoluzione dei conflitti all'interno della Giustizia penale.*

**Parole-chiave:** *Accesso alla giustizia; Resolução nº 125-CNJ; Justiça Reparativa, Corti Speciali Criminale.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A consolidação da jurisdição penal estatal. 2 Os Juizados Especiais Criminais: lei nº 9.099/95. 3 Práticas da Justiça Restaurativa no âmbito penal brasileiro. 4 Práticas restaurativas em relação aos delitos de menor potencial ofensivo. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Um dos temas mais profícuos para o estudo dos fenômenos jurídicos brasileiros na atualidade condiz com o Acesso à Justiça, que se apresenta como um direito fundamental insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Para a mais ampla efetivação de tal dispositivo foi editada, em 29 de novembro de 2010, a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), onde ficou estabelecido em seu artigo 1º a “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.”

Quando a Resolução nº 125-CNJ entrou em vigor, não estava contemplada a utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos no âmbito criminal, a despeito dos princípios estabelecidos no artigo 62, da Lei nº 9.099/95. Contudo, com a edição da Emenda nº 01, de 31/01/2013, na dita Resolução, surgiu previsão expressa para inclusão dos Juizados Especiais Criminais nas atividades pertinentes aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, destinados à utilização de práticas propostas pela Justiça Restaurativa (JR) como instrumento de pacificação social, prescindindo-se da ativação do *ius persecuendi* estatal para tornar efetivo o seu *ius puniendi*.

O objetivo do presente trabalho é, diante da novel previsão normativa do Conselho Nacional de Justiça, que em seu artigo 7º, § 3º, faz referência expressa à Resolução nº 2002/12, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas<sup>1</sup>, compreender

---

<sup>1</sup> Datada 24 de julho de 2002 e trata de princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal.

como que poderão ser adequados os vetustos princípios paradigmáticos do Direito Processual Penal brasileiro com as metas do Conselho Nacional de Justiça perante a fase pré-processual nos Juizados Especiais Criminais.

Para tanto, inicialmente apresenta-se uma brevíssima noção histórica que permite compreender o porquê do paradigma tradicional adotado pela jurisdição penal continua sendo uma relação cogente entre Estado soberano e infrator da lei penal, tornando a vítima secundária na relação jurídico-penal. Após, comenta-se a gênese dos Juizados Especiais Criminais no Ordenamento Jurídico brasileiro e suas competências para fase pré-processual e, em seguida, apresenta-se alguns postulados pertinentes à Justiça Restaurativa que podem ser implantadas de imediato na seara penal sem violação do princípios processuais que ainda orientam a jurisdição criminal brasileira. Finaliza-se com uma proposta de mudança no modelo punitivo estatal para o aprimoramento de práticas consensuais de resolução de conflitos intersubjetivos perante a Justiça criminal brasileira, tornando o Acesso à Justiça realmente um direito fundamental do ser humano e não uma *via crucis* dispendiosa e angustiante para todos os sujeitos processuais.

## **1 A CONSOLIDAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL ESTATAL**

Em uma tentativa de compreensão do pensamento jurídico-penal no Ocidente, Michel Foucault (2008, p. 180) comenta que há uma relação principiológica entre direito e poder entorno do poder real, mormente com a “ressurreição” do Direito Romano na Europa do século XII pela Escola dos Glosadores, afirmando que esse fenômeno tornou-se “um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista” que dominou o cenário da modernidade e que ainda orienta o *ius puniendi* estatal hodiernamente. Na mesma percepção histórica e preparando as bases para a compreensão dos postulados políticos adotados pelo Brasil, Raymundo Faoro (2001, p. 27) salienta:

As colunas fundamentais, sobre as quais assentaria o Estado português, estavam presentes, plenamente elaboradas, no direito romano. O príncipe, com a qualidade de senhor do Estado, proprietário eminente ou virtual sobre todas as pessoas e bens, define-se, como idéia dominante, na monarquia romana. O rei, supremo comandante militar, cuja autoridade se prolonga na administração e na justiça, encontra reconhecimento no período clássico da história imperial. O racionalismo formal do direito, com os monumentos das codificações, servirá, de outro lado, para disciplinar

a ação política, encaminhada ao constante rumo da ordem social, sob o comando e o magistério da Coroa.<sup>2</sup>

Tratando das experiências penais no cenário da Baixa Idade Média francesa, Renée Martinage (1998, p. 15-8) explica que o modelo de normas positivadas e legitimadoras do poder soberano, oriundo do Direito Romano, teve uma importância fundamental para a renovação do poder real nas monarquias feudais, possibilitando uma interferência sempre mais progressiva da autoridade pública em matéria de aplicação de sanções penais de interesse da coroa; tendo como escopo declarado a sua função de moderar a violência e favorecer a paz, além de tentar substituir, cada vez mais, os pactos privados – típicos das sociedades germânicas – pela justiça oficial. O discurso legitimador foi a promessa de segurança geral com a imposição da autoridade do soberano e o exercício do monopólio da justiça em nome da eficácia e supressão das carências do povo. Na prática, a “justiça do rei” passou a ser um mecanismo político que exigiria determinada disciplina social de seus súditos e procuraria erradicar as condutas tidas como desordeiras por intermédio da exposição e eliminação de pessoas em suplícios públicos: penas capitais e corporais exemplares aplicadas com o intuito de humilhar os culpados e mostrar o poder de violência do Estado.

Foi nesse contexto tardo-medieval (século XIV) que apareceram as primeiras noções do que hodiernamente denomina-se Ministério Público. Michel Foucault (2005, p. 66) pondera que os agentes do rei vieram “dublar” a vítima de um delito, se colocando por trás daquele que foi lesado e afirmando que o poder soberano também fora lesado pelo acusado e, por isso, passaram a agir contra o ofensor como se fosse um inimigo declarado da coroa. Essa violação contra o soberano, porém, não se confundiria mais com o conflito intersubjetivo instaurado pela conduta ofensiva, ou seja, “a infração não é um dano cometido por um indivíduo contra o outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano”.

Nessa perspectiva, pode-se notar que um dos instrumentos utilizados pelo poder real para confiscar os procedimentos judiciais privados – confrontos e composições entre os indivíduos – foi o estabelecimento da ideia de “infração” (violação da lei, quebra da ordem), que permitiu uma significativa centralização política por intermédio do controle dos litígios das pessoas com o uso das leis e instituições formais do soberano; este representado pelo

---

<sup>2</sup> Do Digesto de Justiniano (JUSTINIANUS, 2009, p. 57 e 61) se extraem os seguintes excertos elucidativos: “*D.1.3.31 Princeps legibus solutus est*” (O príncipe está livre das leis) e “*D.1.4.1pr Quod principi placuit, legis habet vigorem [...]*” (O que agrada ao príncipe tem força de lei)

procurador (agente do rei). Raúl Eugênio Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 392-3) resumem esse fenômeno de confisco das vítimas e verticalização do poder punitivo soberano:

Quando o conflito deixou de ser *lesão contra a vítima* e passou a significar *delito contra o soberano*, isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como *inimizade* para com o soberano. A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não procurava sua reparação, mas sim a neutralização do inimigo do monarca. O que era excepcional no direito germânico (a comunidade reagindo contra o traidor) fez-se regra: *todo infrator tornou-se um traidor, um inimigo do soberano*.

Com o desenvolvimento do saber iluminista, as teorias jurídicas da modernidade não contestaram esse “poder soberano”, ao revés, justificaram-no e aprimoraram a crença de que a única fonte legítima do direito é a lei racional positivada decorrente de uma vontade onipotente do soberano, este denominado Estado. (Cf. COSTA, 2010)

Isso pode ser observado nitidamente na famigerada obra oitocentista denominada *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria, que se apresenta como o grande símbolo do saber Iluminista-reformista que exigia a fundação de um Direito Penal que promettesse segurança jurídica individual através da própria lei, isto é: o princípio da legalidade no tocante aos delitos e às penas, baseado no princípios do contrato social e na divisão dos poderes. (Cf. BARATTA, 2002)

Com efeito, os pressupostos filosóficos e ideológicos discursados por Beccaria foram aplaudidos pelo movimento de codificação europeu e, como destaca Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 52-3), suas críticas acabaram servindo para o surgimento de um novo Direito Penal, que não estava pautado em simples ataques ao Antigo Regime, mas se caracterizava como produtor de um saber eminentemente construtivo do Direito Penal: o positivado, tendo como pano de fundo o método racionalista e a ideologia liberal. Ainda, de maneira precisa, Paolo Grossi (2004, p. 113) pondera que os escritos de Beccaria foram, ao mesmo tempo, contundentes e ingênuos, pois atacaram o direito comum monopolizado pelos juízes e doutrinadores a serviço do rei e pregaram a favor de um direito “iluministicamente resumido em um complexo de leis soberanas.”

Em suma, a propaganda iluminista atacou o conteúdo do direito em voga, mas não o seu paradigma juspositivista de legitimação e centralização política, que continua sendo a vontade soberana representada por normas jurídicas formalmente elaboradas, como sugerido no *Corpus Iuris* justinianeu e, desde a Idade Média, tratado como se fosse “Ciência Jurídica” (Cf. GROSSI, 1996). Sobre a proximidade entre mito e cristalização de paradigmas científicos baseados em discursos, explica Thomas S. Kuhn (2011: p. 21): “Se essas crenças obsoletas

devem ser chamadas de mitos, então os mitos podem ser produzidos pelos mesmos tipos e métodos e mantidos pelas mesmas razões que hoje conduzem ao conhecimento científico.”

Deveras, no âmbito da Ciências Penais, Beccaria (1959: p. 37) repisa apaixonadamente o paradigma contratualista afirmando que o delito é uma relação entre o soberano e o infrator, sendo que a mediação entre o direito de punir daquele e o acusado cabe ao magistrado, que deve apenas aplicar a lei emanada do poder legislativo, sem ter o direito de interpretar as normas, justamente porque o juiz não deve ser o legislador.

O nobre italiano parece não ter cogitado a possibilidade de composição dos danos sofridos pelas vítimas como sendo mecanismo eficaz de resolução de conflitos penais intersubjetivos. Neste aspecto, todavia, sua postura sectária ao paradigma adotado pela Ciência Jurídica da modernidade induz à conclusão de que ele seria contrário a tal possibilidade, pois afirma que todo o delito é uma violação ao pacto social e o direito de punir pertence ao soberano – guardião da ordem pública – e não ao interesse privado do súdito (ou cidadão). No tocante à renúncia da vítima à aplicação do castigo, Beccaria (*ibid.* p. 114) é categórico ao afirmar que o perdão dessa não deve interferir na aplicação da lei:

Às vezes, a gente se abstém de punir um delito pouco importante, quando o ofendido perdoa. É um ato de benevolência, mas um ato contrário ao bem público. Um particular pode bem não exigir a reparação do mal que se lhe fez; mas o perdão que êle concede não pode destruir a necessidade do exemplo. O Direito de punir não pertence a nenhum cidadão em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de todos. Um cidadão ofendido pode renunciar à sua porção desse direito, mas não tem nenhum poder sobre a dos outros.

Dessa forma, constata-se que o *ius puniendi*, monopólio estatal, é um discurso jurídico lapidado pacientemente durante séculos para consolidar a crença (arbitrária) na racionalização do poder político e centralização dos poderes de coerção aos indivíduos para o controle social. Nessa perspectiva, o Direito Penal hodierno pode ser entendido, também, como uma declaração formal de que aos indivíduos não possuem o “direito” de resolverem as suas querelas penais sem a presença reitora do Estado – vide artigo 345, do Código Penal –, que, embora administrado por indivíduos, não permite o exercício da autocomposição, de tal modo que a jurisdição penal é cogente e propriedade exclusiva do Estado soberano, que se declara, por intermédio da própria lei positivada – domínio estatal<sup>3</sup>– como sendo a vítima principal, o acusador exclusivo e, por fim, o único que pode exercer o monopólio da violência

---

<sup>3</sup> O Direito Penal caracteriza-se por ser a lei formalmente declarada pelo Estado – modelo romano –, e aplicadas conforme os preciosos princípios da legalidade – artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (CF) – e da reserva legal – artigo 22, inciso I, da CF –, impedindo que os envolvidos em um conflito criminal possam resolver suas questões fora do devido processo legal perante o Poder Judiciário – artigo 5º, incisos LIV e XXXV, da CF, respectivamente.

quando infringida sua norma, sendo que a resolução do conflito penal no discurso declarado pelo detentor do *ius puniendi* é traduzida pela precisa aplicação da sanção prevista em lei, isto é: uma verdadeira cultura punitiva.

## **2 OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: LEI Nº 9.099/95**

Como alerta Antônio Manoel Hespanha (1993, p. 09-10), o discurso dogmático-penal jamais descuroou as falhas advindas das normas do Estado soberano. Todavia, utiliza um discurso eminentemente crítico como “pano de fundo” para promover a reforma das normas, constituindo, assim, uma renovação do mito da repressão pública em prol da ordem; inclusive utilizando o sentimento do público em geral como argumento relegitimante das normas criminais. Nas palavras do autor lusitano: “Falar de ‘crise da lei’ é hoje lugar comum. Claro que nem sempre se trata de um tópico inocente; pelo contrário, muitas vezes nele se insinua um projecto político ‘ordeiro’.”<sup>4</sup>

Sem o desejo de depreciar os avanços em relação à prestação jurisdicional brasileira com a promulgação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, importante perceber que houve um projeto político ordeiro abscondido na parte criminal da referida lei, que foi elaborada com o objetivo de aplacar a morosidade e ineficácia da prestação jurisdicional brasileira, isto é, resolver problemas administrativos do Estado soberano e não dos jurisdicionados. Nas palavras de Michel Temer (1996, p. 121) quando do surgimento da referida lei:

Diz o Art. 98 da Constituição, quanto aos Juizados Penais para julgamento, diz a Constituição, das causas penais de menor potencial ofensivo. Apenas para rememorar, quero dizer que durante a Constituinte de 88 havia uma grande preocupação com a chamada morosidade do Poder Judiciário, havia uma preocupação extraordinária em fazer do Poder Judiciário um poder mais rápido, mais veloz, mais ágil. O que era buscado como exemplo naquela oportunidade era a experiência dos chamados Juizados de Pequenas Causas criados em nível infraconstitucional, em nível legal. E ao lado dos Juizados de Pequenas Causas também os chamados Juizados Informais de Conciliação. Criaram-se, paralelamente aos Juizados de Pequenas Causas, esses juizados que visavam única e simplesmente à conciliação entre partes envolvidas num conflito de natureza civil. Este exemplo foi levado para a Constituinte com o objetivo de criar alguns instrumentos na Constituição que tornassem mais ágil a prestação jurisdicional.

Nota-se em tais palavras que o escopo dos Juizados Especiais Criminais, idealizados desde a década de 80 do século XX e previstos no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, não foi trazer a vítima para dentro do processo penal, pois se esse fosse o foco do legislador,

---

<sup>4</sup> A título de ilustração, consultar os discursos registrados em MIRABETE (2002: p. 23-4) e BACELLAR (2004: p. 25-8).

as práticas que deveriam ser adotadas nas fases pré-processuais – audiências preliminar de conciliação e, eventualmente, de transação penal – deveriam ser diferentes das que se observam hoje nos fóruns brasileiros, cujos operadores do Direito ainda reproduzem o antigo paradigma punitivo tentando encontrar no processo penal um mecanismo de aplicação de punições como sendo sinônimo de resolução de conflito.

Deveras, nos Juizados Especiais Criminais isso se revela com o fato de que os infratores da lei ainda figuram como protagonistas na *persecutio criminis* estatal porquanto, ocorrendo uma infração penal, a autoridade policial deverá iniciar a investigação adotando as providências elencadas nos artigos 5º e 6º, do Código de Processo Penal. Caso o fato seja considerado pela lei como infração de menor potencial ofensivo<sup>5</sup>, será elaborado um Termo Circunstanciado (art. 69 da Lei nº 9.099/95), encaminhando-se imediatamente o suposto autor do fato<sup>6</sup> e o ofendido para uma audiência preliminar de conciliação, que poderá ser conduzida por conciliador sob orientação do magistrado (artigo 73, da Lei nº 9.099/95) visando um acordo entre as partes.

Os artigos 72 e 74 da Lei nº 9.099/95 estabelecem o procedimento para a composição dos danos entre as partes, mas isso depende da existência de uma pessoa determinada figurando como sujeito passivo da infração. Salienta-se que a resolução dos conflitos diretamente entre o suposto autor do fato e o ofendido, conforme a Lei dos Juizados Especiais Criminais, em hipótese alguma pode ser considerada *informal* perante os postulados do Direito Penal brasileiro. Como salientam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 29):

No processo penal, não há possibilidade de conciliação fora do processo. Mesmo para a transação anterior ao oferecimento da denúncia, facultada pelo art. 72 e ss. da lei n. 9.099/95, haverá sempre necessidade de controle jurisdicional: trata-se de conciliação *extraprocessual* por natureza, mas *endoprocessual* pelo momento em que pode ser efetivada (audiência preliminar).

O fato é que havendo acordo entre as partes nessa audiência preliminar de conciliação e tratando-se de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de ação penal privada, ocorre a extinção da punibilidade conforme artigo 74, parágrafo único

---

<sup>5</sup> Todas as contravenções penais e crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 2 anos, excluídos os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 61, da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 11.313/06 e artigo 41, da Lei nº 11.340/06).

<sup>6</sup> A Lei nº 9.099/95 menciona “autor do fato” como sendo o sujeito ativo da infração penal considerada de menor potencial ofensivo. Como a nomenclatura usual no inquérito policial é “indiciado” e um cidadão infrator de uma norma penal só pode ser considerado “Réu” após a acusação formal em Juízo, com o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, então, visando a garantia constitucional do princípio da situação jurídica de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988), melhor ser utilizado, na prática processual penal no Juizado Especial Criminal, a designação “suposto autor do fato”.

da Lei nº 9.099/95, impedindo que o Ministério Público, titular da ação penal pública (artigo 129, inciso I, da Constituição Federal e 100, § 1º, do Código Penal), ofereça a transação penal (artigo 76, da Lei nº 9.099/95) por explícita falta de condições da ação, na exegese do artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal.

Argumenta-se que esse tipo de acordo supradito deve ser interpretado conforme os princípios do artigo 62, da mesma lei, levando-se em consideração os interesses dos envolvidos na situação jurídica e não os dos representantes do Estado (magistrados e membros do Ministério Público) perante os Juizados Especiais Criminais, que muitas vezes interpretam a “composição dos danos cíveis” como se fosse obrigatoriamente a transferência de algum valor economicamente estipulado do suporte autor dos fatos ao ofendido, ou seja, como se a efetiva diminuição do patrimônio desse fosse sinônimo imediato de resolução de conflito na esfera penal.

Outra questão relevante que se aponta é a existência de pouquíssimas infrações serem promovidas mediante ação penal privativa do ofendido<sup>7</sup> ou que sejam públicas dependentes de representação do ofendido<sup>8</sup>, tornando a grande parte das infrações penais incompatíveis com a audiência preliminar de conciliação e, portanto, o Termo Circunstanciado teria sua primeira fase pré-processual diretamente com a audiência de transação penal<sup>9</sup>, como previsto no artigo 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95, excluindo-se a participação do ofendido.<sup>10</sup> Isso, certamente, colide com os princípios do artigo 62, da referida lei, além de manter o Ministério Público como parte necessária e principal em situações jurídicas que, a priori, poderiam ser resolvidas diretamente entre os envolvidos em um conflito intersubjetivo.

Enfim, a fase pré-processual criminal da Lei nº 9.099/95 realmente é revolucionária para aplacar a morosidade e ineficácia do Poder Judiciário, permitindo o arquivamento célere de Termos Circunstanciados com uma verdadeira “conciliação” entre o aumento das atividades jurisdicionais do Estado e a quantidade insuficiente de operadores jurídicos. Contudo, no que tange aos fins da atividade jurisdicional para os cidadãos, o que se constata é

---

<sup>7</sup> No Código Penal, consultar artigos 145; 161, § 3º; 167; 179; 186, inciso I; 236, parágrafo único e 345, parágrafo único.

<sup>8</sup> No Código Penal, consultar artigos 129, *caput* (c/c artigo 88, da Lei nº 9.099/95); 130, § 2º; 145, parágrafo único; 147, parágrafo único; 151, 4º; 152, parágrafo único; 153, 1º; 154, parágrafo único; 156, 1º; 176, parágrafo único; 182; 186, inciso IV e 225, *caput*. Ressalta-se que, no caso do artigo 186, inciso IV e algumas condutas contempladas pelos artigos 145, parágrafo único e 225, *caput*, refogem à definição de infração de menor potencial ofensivo de que trata o artigo 61, da Lei nº 9.099/95.

<sup>9</sup> Sobre o assunto, consultar: PAULO (2008, p. 1047-111) e WUNDERLICH; CARVALHO (2006).

<sup>10</sup> Importante lembrar que todas as contravenções penais são de ação penal pública incondicionada, na forma do artigo 17 do Decreto-Lei nº 3.688/41, sendo que a Constituição Federal, no 129, inciso I, instituiu o Ministério Público como instituição exclusiva para a proposição de todas as ações penais públicas.

a persistência do velho paradigma do sistema criminal que exige algum tipo de perda, privação, imposição de uma sanção contra a pessoa apontada como infratora da lei penal, isto é, a vetusta relação jurídica entre o Estado soberano – detentor exclusivo do *ius puniendi* – e o indivíduo infrator – portador do *ius libertatis*.<sup>11</sup>

### 3 PRÁTICAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO PENAL BRASILEIRO

Como visto nos itens supra, a Ciência Jurídica foi sendo desenvolvida durante os séculos do segundo milênio como sendo um patrimônio discursivo e prático exclusivo do (Estado) soberano que, por intermédio de uma educação dogmática rígida e criteriosa estabeleceu o paradigma de que a função jurisdicional estatal positivada é a única via de resolução de conflitos em uma sociedade civilizada (CF. WOLKMER, 1999) e, no que tange ao Direito Penal, a aplicação cogente de sanção penal seria o método racional de reinserção social do infrator, cuja crise em sua implementação, sabe-se, é fato público e notório. (Cf. ANDRADE, 2003)

Discursos sobre a necessidade de melhoras no acesso à justiça povoam as obras dos juristas, contudo, a grande aporia teórica que se encontra nas propostas de mudança no paradigma estatal no que tange ao monopólio do exercício da jurisdição penal pode ser compreendido com a analogia às palavras de Thomas S. Kuhn (2011, p. 126-7) quando fala de teorias políticas: “As revoluções políticas visam realizar mudanças nas instituições políticas, mudanças essas proibidas por essas mesmas instituições que se quer mudar. Conseqüentemente, seu êxito requer o abandono parcial de um conjunto de instituições em favor de outro.”

Com efeito, o Direito Penal funda-se no discurso oficial de tutela de bens essenciais ao convívio da sociedade e o Poder Judiciário possui o monopólio no exercício o *ius puniendi*. Alterar esse tipo de paradigma seria praticamente o mesmo que negar ao Poder Judiciário sua função jurisdicional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e, com efeito, torna-se praticamente impossível o reconhecimento de práticas plurais e comunitárias de resolução de conflitos fora do âmbito estatal quando se trata de infração penal.

Por outro lado, tentativas de deslegitimação do velho paradigma punitivo estatal há tempos vem se despontando no cenário internacional (Cf. ZAFFARONI, 2001), sendo um dos mais radicais o denominado “abolicionismo penal” do holandês Louk Hulsman, que desde a

---

<sup>11</sup> Sobre o assunto, consultar: ALMEIDA (2012, p. 25-54).

década de 70 do século XX já percebera um dos pontos obscuros dos axiomas político-penais da modernidade:

Ao tratarem dos problemas da justiça penal, os discursos políticos, grande parte da mídia e alguns estudiosos da política criminal se põem de acordo e dão a palavra a um determinado ‘homem comum’. Este *homem comum* seria obtuso, covarde e vingativo. Não faria distinção entre marginais, os violentos, os molestadores de todos os tipos. Imaginaria as prisões cheias de perigosos assassinos. E veria no aparelho penal o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que o perturbam. (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 55)

O autor supracitado também contempla em sua obra exemplos de resoluções alternativas de conflitos penais fora da esfera estatal, que permitiriam a aproximação das pessoas diretamente envolvidas nas situações jurídicas e que prescindiriam de aplicação de punições aflitivas pelo poder público. Em síntese, Louk Hulsman pugna pela deslegitimação do discurso oficial do Direito Penal estatal – racional e superior – e resgata o ser humano como uma criatura plenamente emancipada, solidária e capaz de resolver os seus problemas sem a tutela cogente do Poder Judiciário. Certamente que as propostas do autor holandês refogem aos postulados mais elementares do Direito Penal contemporâneo, tornando-se o polo oposto – e portanto, não aceito – do discurso oficial estatal, que se autointitula responsável pela tutela dos bens jurídicos tidos como indispensáveis pela sociedade.

Em uma senda intermediária, que não prescinde completamente da atividade jurisdicional estatal, estão as propostas da denominada Justiça Restaurativa (JR). Na explicação de Paul Mccold e Ted Wachtel (2003): “A justiça restaurativa é uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, ao invés de punir os transgressores.”

Como visto no item supra, a Lei nº 9.099/95 contempla dispositivos normativos que poderiam ser compreendidos como similares ao modelo de Justiça Restaurativa, especialmente nas ações penais privativas do ofendido e públicas condicionadas à representação. Entrementes, como a fase pré-processual é cogente – diferente da espontaneidade dos círculos restaurativos – e deve ser desenvolvida no interior das atividades jurisdicionais estatais, os postulados da JR ainda não foram totalmente absorvidos pelos operadores estatais, mormente no que se refere à transação penal obrigatória nos crimes de ação penal pública incondicionada, em que o Ministério Público é o titular da ação e representante oficial do Estado.

Somente em 29 de novembro de 2010 que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, que estabeleceu a obrigatoriedade de implantação de novas práticas consensuais na atividade jurisdicional estatal, declarando que o cidadão não possui apenas o

direito formal de acesso à justiça – como previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal –, mas acesso efetivo “à ordem jurídica justa”.

Para tanto, a Resolução supramencionada estabeleceu os critérios para implementação de “política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses”, procurando organizar o serviço jurisdicional não somente por intermédio do processo judicial, mas também “mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;”. Conquanto tenha declarado “a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;” e “que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios”, no texto original de 2010, o artigo 8º contemplou somente as causas afetas às áreas cível, fazendária e família, deixando a esfera criminal alijada das políticas públicas referentes ao acesso à justiça.

Contudo, com a alteração do artigo 8º, da Resolução em comento, pela Emenda nº 1, de 21/01/2013, recentemente passou a ser contemplado também o Juizado Especial Criminal nas práticas conciliatórias idealizadas pelo CNJ, e, no artigo 7º, § 3º, foi incluído explicitamente os princípios da JR no âmbito penal:

Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos.

A contemplada Resolução nº 2002/12, de 24 de julho de 2002, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, trata de princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Entre esses princípios, estão práticas que são diferentes do modelo inaugurado pela Lei nº 9.099/95 no que tange à fase pré-processual. Entre eles destacam-se alguns:

**2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime,** geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

**11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional** sem delonga. Em tais casos, **deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.**

**15. Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão**, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou **incorporados às decisões ou julgamentos**, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, **precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos**.

**16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal** e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente. (sem grifos no original)

Pelo que se pode observar, a JR é prevista para funcionar fora do âmbito da Justiça estatal oficial, privilegiando-se os atores sociais pertinentes às comunidades onde eclodiram os conflitos intersubjetivos e, caso o processo restaurativo reste infrutífero, aí sim é que Poder Judiciário passaria a ser invocado para o exercício do *ius perseguendi*, não podendo ser confundidos, porquanto, as práticas pré-processuais nos Juizados Especiais Criminais com os métodos restaurativos que serão desenvolvidos e utilizados nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (artigos 8º a 11). Em síntese, primeiro se deve dar oportunidade às práticas restaurativas entre os sujeitos envolvidos em um conflito penal, inclusive nas infrações de ação penal pública incondicionada e somente no caso de restar infrutífero um acordo restaurativo entre as pessoas é que seriam utilizados os institutos típicos da Lei nº 9.099/95, especialmente nos que concerne à transação penal.

A intenção do CNJ foi, realmente, muito salutar em admitir postulados típicos da JR no âmbito penal brasileiro como meio de atingir-se a pacificação social. Porém, deixou a desejar no que tange à descentralização dos serviços jurisdicionais com o reconhecimento das práticas plurais advindas da justiça comunitária. Com efeito, institui o artigo 2º, da Resolução:

Art. 2º Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados:

I - centralização das estruturas judiciárias;

II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;

III - acompanhamento estatístico específico.

Nota-se que, ao revés do que se propõe em termos de revolução do paradigma estatal monopolizador da justiça pública, o CNJ criou um novo mecanismo relegitimador e promotor de concentração e controle mais aprimorado das atividades jurisdicionais estatais, destinado a absorver todas as práticas plurais de solução de conflitos pelo controle direto na formação e atividades dos agentes de pacificação social (artigo 12), além de estruturação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos (artigo 7º) e os já mencionados Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Seja como for, penhora-se um voto de confiança para que esse modelo readequado de prestação jurisdicional, embora centralizado e controlado pelo Poder Judiciário, realmente possa viabilizar um acesso efetivo à ordem jurídica efetiva e, principalmente, justa para os jurisdicionados e não apenas para o incremento aos dados estatísticos, como previsto nos artigos 13 e 14, da Resolução, para propaganda relegitimadora das atividades estatais, como contemplado no artigo 15.

#### **4 PRÁTICAS RESTAURATIVAS EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO**

A inclusão dos interesses das vítimas no processo penal brasileiro é muito recente<sup>12</sup> e, embora as perspectivas teóricas a respeito da Lei nº 9.099/95 afirmassem que os ofendidos teriam uma nova e célere via para resolução de seus conflitos de menor complexidade, a prática acabou por demonstrar que o personagem principal ainda permanece com suposto autor dos fatos no Juizados Especiais Criminais, que, pelo critério da lei penal, ainda é tido como merecedor de algum tipo de sanção como forma de se garantir o papel simbólico do Estado no exercício do *ius puniendi*.

Como dito alhures, são poucos os casos em que há disponibilidade da ação penal por parte das pessoas envolvidas no conflito intersubjetivo na seara da fase preliminar da Lei nº 9.099/95, tornando os Juizados Especiais Criminais um grande instrumento político de relegitimação do *ius puniendi*, mesmo que para isso fossem flexibilizados – senão violados – direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, entre eles o devido processo legal e o contraditório e a ampla defesa (Cf. KARAM, 2004).

Com a novel previsão do uso dos postulados internacionais da Justiça Restaurativa<sup>13</sup> no âmbito penal brasileiro (artigo 7º, § 3º, da Resolução nº 125-CNJ), argumenta-se que agora torna-se obrigatória a existência de um processo restaurativo entre as partes que figuram no Termo Circunstanciado, mas de maneira mais ampla do que a admitida pelo artigo 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, ou seja, desde a entrada em vigor da nova redação da Resolução do CNJ, nas ações penais públicas incondicionadas em que figure uma pessoa determinada como vítima, deve ser proporcionada a aproximação entre as partes e, havendo acordo restaurativo, o Ministério Público fica impedido de propor a transação penal, como

---

<sup>12</sup> Apenas com o advento da Lei nº 11.690/08, que alterou o artigo 201 do Código de Processo Penal, é que o ofendido passou a ter uma participação mais efetiva e satisfativa perante a jurisdição penal brasileira.

<sup>13</sup> Sobre acordos intersubjetivos como alternativa à sanção penal, consultar ROSENBERG (2006) e ZEHR (2008).

preconizado pelo item 15, da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

Tal ideia de maneira alguma viola a titularidade do Ministério Público quanto à obrigatoriedade da apresentação da transação penal nas ações penais públicas incondicionadas, como faz parecer à primeira vista no disposto no *caput* do artigo 76 da Lei nº 9.099/95.<sup>14</sup> Mesmo se argumentando que a Resolução do CNJ não teria força modificativa no disposto no artigo 100, *caput*, do Código Penal e 257, inciso I, do Código de Processo Penal, a interpretação sistemática haurida do Ordenamento Jurídico pende à consubstanciação da pacificação social e não ao apego a questões meramente formais e institucionais que não colocam em risco bens individuais indisponíveis. Com efeito, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária está entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal) e a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público está dentro de uma das suas funções institucionais (artigo 129, inciso I, da Constituição Federal), não havendo colisão de princípios, mas sim adequação deles no que tange ao acesso das pessoas à uma ordem jurídica justa e de qualidade.

A inclusão do processo restaurativo preliminar em todas as infrações penais de menor potencial ofensivo encontra harmonia no disposto nos princípios do artigo 62, da Lei nº 9.099/95, compreendendo-se que a composição dos danos não significa tão somente a transferência de bens de uma pessoa a outra, mas envolve, em grande monta, interesses não patrimoniais, como segurança, tranquilidade, amizade, respeito, responsabilidade, honestidade e até humildade, sendo esses alguns dos elementos primordiais em uma sociedade que prima pela cultura da paz.

O reforço teórico para se admitir que todas as infrações penais de menor potencial ofensivo que envolvam conflitos intersubjetivos merecem integrar os processos restaurativos, flexibilizando-se o dever-poder ministerial quanto às infrações de ação penal pública

---

<sup>14</sup> Interessante caso ocorreria com a contravenção de “vias de fato”, prevista no artigo 21 do Decreto-lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais): “Praticar vias de fato contra alguém: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, se o fato não constitui crime.” O crime a que se refere tal artigo é de “lesões corporais”, previsto no artigo 129, *caput* do Código Penal: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.” Como a Lei nº 9.099/95, em seu artigo 88 prescreve: “Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”; não incluindo a contravenção de “vias de fato”, se existir uma agressão física a uma pessoa e não existir lesão, a ação penal é pública incondicionada, não havendo possibilidade de “composição dos danos” entre as partes; e ocorrendo uma lesão (infração penal mais grave), já que é crime e depende de representação, então haveria a possibilidade de acordo extintivo da punibilidade na forma do artigo 74, parágrafo único da Lei nº 9.099/95. Como há o princípio em hermenêutica jurídica de que “quem pode o mais pode o menos”, então a jurisprudência fixou o entendimento de que a contravenção de “vias de fato” depende de representação do ofendido e, portanto, há a possibilidade de conciliação entre as partes como forma de extinção do *ius puniendi* do Estado sem a aplicação de uma punição.

incondicionada, encontra apoio na exegese e doutrina pertinente ao artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, que diz que a denúncia deverá ser rejeitada pelo magistrado quando faltar “condições” para o exercício da ação penal.

Entre os dogmáticos da área processual penal, Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 525) explica que as condições genéricas da ação penal são: “a) possibilidade jurídica do pedido; b) legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*); e c) interesse processual ou interesse de agir”. Especificamente no que concerne ao interesse de agir, o mesmo autor (*Ibid.*, p. 605) pondera: “Só existe o direito de ação como realidade processual quando há um interesse emergente de um estado de fato contrário ao direito e interesse que se possa valer por meio da via jurisdicional”.

Sobre o mesmo tema, Vicente Greco Filho (2012, p. 126) explica: “Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?”.

Para André Nicolitt (2010, p. 113), o interesse de agir traduz-se em “necessidade, utilidade e adequação”. Continua o autor lecionando que: “Não há que se mover a máquina judiciária apenas por uma motivação ideal, a atividade jurisdicional deve produzir alguma modificação no mundo ou na vida, ter um resultado prático e não meramente acadêmico ou formal”.

No mesmo diapasão, Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 102), ao tratar do tema “interesse de agir” como condição da ação, afirma que deve haver uma “preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento de jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa seu conteúdo”.

Deveras, por mais que seja presumida a necessidade da prestação jurisdicional penal quando ocorre a violação a um tipo – como defende Aury Lopes Júnior (2013, p. 364) –, merece ser levado em conta que a definição das infrações de ação penal pública incondicionada é uma questão de política criminal em prol da administração estatal de certos bens jurídicos escolhidos pelo legislador, isto é, apenas um axioma político-administrativo em prol de uma idealizada ordem pública prospectiva, que não merece ser confundida com o objetivo estatal mais nobre que é a pacificação social.

Propõe-se, diante disso, que as práticas a serem implementadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania contemplem, preliminarmente, os enunciados da Justiça Restaurativa em todos os conflitos intersubjetivos, que passa a exigir uma

comprovada – e não meramente presumida – necessidade de prestação jurisdicional penal para a resolução de um conflito intersubjetivo perante os Juizados Especiais Criminais, ou seja: só se torna legítima e obrigatória a transação penal e a própria ação penal caso não exista acordo intersubjetivo entre os diretamente envolvidos em uma infração penal na fase pertinente aos processos restaurativos, pois, uma vez acordadas as pessoas, desaparece o interesse de agir, que é condição essencial ao exercício do *ius puniendi* estatal.

Nos casos em que não ocorrer acordo entre as pessoas na fase do processo restaurativo em ação penal pública, a transação penal, ainda assim, deve atender aos princípios do Juizado Especial Criminal e da JR, que contemplam a reparação dos danos sofridos pela vítima. Por isso, a proposta de aplicação de pena imediata ao suposto autor dos fatos, elaborada pelo representante do Ministério Público, merece ser – antes de qualquer outra prevista no artigo 32, do Código Penal –, a preconizada no artigo 45, §§ 1º e 2º do Código Penal, que trata da pena de prestação pecuniária:

Art. 45. [...]

§ 1º A prestação pecuniária consiste no **pagamento em dinheiro à vítima**, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. **O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.**

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, **a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.**

[...] (sem grifos no original)

Pode-se perceber que esse tipo de pena deve ser destinado precipuamente à vítima do delito ou seus dependentes, quais sejam às pessoas que tiveram um bem juridicamente tutelado pela norma penal violado pelo suposto autor do fato. Ainda, se proposto e aceito esse tipo de pena a título de transação penal, significa que o *quantum* pago em dinheiro será deduzido do montante indenizatório total devido à outra parte, traduzindo-se este tipo de pacto com o Ministério Público em um proveito real tanto para o ofendido quanto para o suposto infrator da norma penal, tornando o Ministério Público também um agente institucional da Justiça Restaurativa e, certamente, do acesso à ordem jurídica justa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no desenvolvimento do presente trabalho, a ciência jurídica foi construída com base em postulados políticos no decorrer dos séculos do segundo milênio, consolidando a crença mitológica de que apenas o Estado soberano é que poderia resolver

conflitos intersubjetivos no âmbito penal, subtraindo dos ofendidos a legitimidade para atuarem em prol da satisfação de seus interesses e cristalizando o dogma de que o *ius puniendi* pertence ao Estado e somente pela via jurisdicional estatal os conflitos poderiam ser resolvidos com a aplicação inexorável de uma punição aflitiva aos infratores.

Disso erigiu-se uma contradição insanável entre os postulados processuais que declaram que a vocação do Direito é a pacificação social e entre as funções declaradas do Direito Penal, entre elas a que prevê a aplicação da pena como sinônimo de resolução de conflito, pois reinseriria no convívio social aquele que teria violado a lei do Estado soberano.

Somente com o surgimento da Lei nº 9.099/95 é que os interesses das vítimas passaram a ser contemplados dentro de uma fase pré-processual nos Juizados Especiais Criminais, porém de forma muito tênue e sem causar a revolução esperada pelos dogmáticos do Direito criminal. Ao revés, a referida lei tornou-se um sucesso no que concerne aos aumentos estatísticos de prestação jurisdicional, pois, baseando-se nos princípios da informalidade e celeridade, os operadores estatais aumentaram sua produção e o Estado pode demonstrar em gráficos sua atuação quantitativa quanto ao acesso à justiça, mas sem aplacar a crise crônica que afeta a qualidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Sem esperar uma solução milagrosa oriunda do Poder Legislativo, o Conselho Nacional de Justiça procurou contornar as dificuldades enfrentadas cotidianamente pelos operadores do Direito e editou a Resolução nº 125/2010, propondo a ativação de mecanismos mais eficazes de resolução de conflitos intersubjetivos, primando por incrementar o acesso à justiça com a adoção de métodos de conciliação, mediação e arbitragem. Contudo, somente neste ano de 2013 é que tais princípios foram estendidos à seara criminal.

Para mostrar que os princípios aplicáveis na fase pré-processual da Lei nº 9.099/95 são diferentes e muito menos amplos que os preconizados pela Resolução nº 125/2010-CNJ, elaborou-se uma breve abordagem a respeito da prática nos Juizados Especiais Criminais, que continuam adotando o vetusto postulado punitivo-retributivo contra o suposto autor da infração e, em seguida, discorreu-se sobre as perspectivas da JR no âmbito penal, que agora devem ser observados em prol de garantia dos jurisdicionados à ordem jurídica justa e eficaz.

Construiu-se, outrossim, uma proposta lastreada nos princípios do processo penal para consolidar a ideia que inclusive as ações penais públicas incondicionadas merecem ser tratadas nas práticas restaurativas e, uma vez viabilizado acordo pacificador entre as pessoas envolvidas em uma infração penal de menor potencial ofensivo, então o *ius puniendi* estatal deslegitima-se frente à uma das condições da ação penal, que é o interesse de agir, impedindo

que o Ministério Público, titular da ação penal pública, exerça seu deve-poder de propor pena imediata aos suposto autor da infração a título de transação penal.

Finaliza-se lembrando que o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso XIX, da Constituição) exige prévia cominação legal para aplicação de penas no Brasil e, caso exista a necessidade de ativação da fase da transação penal contra o suposto autor da infração, mesmo assim o *ius puniendi* estatal pode entrar em consonância com os princípios da Justiça Restaurativa, pois a proposta de pena imediata merece ser a prestação pecuniária em favor da vítima, pois isso, além de permitir que esta tenha parte de seu direito restaurado, ainda é proveitoso à preservação do *ius libertatis* àquele que optou pelo consenso e que não merece, à evidência, ser ressocializado por intermédio da imposição de sanções penais amiúde entendidas como obrigatórias.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Consenso e verdade na justiça consensual criminal, sob a perspectiva antropológica. In: CONPEDI (Org.). *Anais do XXI encontro nacional do CONPEDI – Niterói*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 25-54. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7827d1ec626c891d>> acesso em 12 de março de 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1959.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

\_\_\_\_\_. Soberania e disciplina. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2008, p. 179-191.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*. São Paulo: RT, 2002.

GROSSI, Paolo. *El orden juridico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

\_\_\_\_\_. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, Antônio Manoel. Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma. In. HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 05-58.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Digesto de Justiniano: Liber primus*. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004.

KUHN, Thomas S.. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINAGE, Renée. *Histoire du droit pénal en europe*. Paris: Universitaires de France, 1998.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15

Agosto de 2003, Rio de Janeiro, Brasil, disponível em  
<[http://www.iirp.edu/article\\_detail.php?article\\_id=NTYy](http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTYy)> Acesso em 14 de março de 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 2002.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Alexandre Ribas de. Transação penal e suspensão condicional do processo. In: MEDINA, Rafael de Castro Alves. *Direito penal acadêmico: Parte Geral*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2008, p. 1047-111.

ROSENBERG, Marshall. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006.

TEMER, Michel. In: D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: Madras, 1996, p. 121-28.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

