

ALTAIR MOTA MACHADO

**JUIZADO ESPECIAL:
DA TEORIA À PRÁTICA**

**Curitiba
2006**

ALTAIR MOTA MACHADO

**JUIZADO ESPECIAL:
DA TEORIA À PRÁTICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Sociais Aplicada, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

**Curitiba
2006**

TERMO DE APROVAÇÃO

ALTAIR MOTA MACHADO

JUIZADO ESPECIAL:
DA TEORIA À PRÁTICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

AGRADECIMENTOS

Devo, aqui, em especial, reconhecer que este trabalho só se concretizou graças à atenção que me dispensou o Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, meu orientador, pelo tempo dedicado a apontar os caminhos a serem seguidos nesse pesado ônus, e a forma amigável que conduziu a orientação e o incentivo para que o trabalho foi concluído.

À minha família, meus amigos e em especial minha namorada Liliane, sempre companheira e amiga, pela compreensão e pelas centenas de horas longe de meu convívio.

Finalmente, agradeço a Faculdade de Direito do Sul de Minas, pela possibilidade de meu aperfeiçoamento intelectual.

Dedico este trabalho à minha mãe **LUZIA**,
o maior exemplo de coragem e perseverança
que já conheci.

À minha filha **MAYARA**, luz da minha
vida.

À memória de **JOSÉ CLÓVIS MOTA
MACHADO**, meu irmão, meu amigo.

Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que se desgostem tanto da idéia do Direito quanto se apavorem com a perspectiva de comparecerem perante um magistrado. Assim desejo para evitar que os processos se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se os homens concebessem a falsa idéia de que teriam à disposição uma justiça acessível e ágil; o que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes. Se essa falsa idéia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade.

Van Der Sprenkel

RESUMO

Cada vez mais se faz presente o descompasso existente entre o direito repressivo do Estado e a realidade da criminalidade que se enfrenta, principalmente em relação à forma que o Estado deve exercer seu *ius puniendi*, assim como de forma movimentar a máquina em busca de um processo penal eficaz e ao mesmo tempo que permita ao sistema processual penal usufruir das garantias constitucionais conquistadas ao longo dos anos. Com o surgimento da lei 9.099/955, um novo alento surgiu, na esperança de uma justiça rápida e eficiente, com estrutura consensual, tudo atendendo á princípios próprios. Tal situação comemorada com bastante entusiasmo pelos operadores do Direito, como sendo uma reengenharia processual, traz preocupações, principalmente em relação ao justo processo, ocasionando o questionamento de vários pontos da lei, principalmente a transação penal, ensejando discussão quanto à teoria e a pratica de tal ordenamento, partindo da análise da justiça consensual e da justiça de conflito, da despenalização, e princípios informadores e seu desvirtuamento final. Em suma, em nome de uma certa eficácia no processo e desvirtuamento que ocorre na prática ,traduzindo em uma justiça somente sumária, privada de garantias constitucionais e dominada por uma ordem negocial.

Palavras-chave: Justiça consensual; Despenalização; Pena; Processo: Transação penal;

Teoria; prática; Garantias constitucionais.

ABSTRACT

More and more one can see incompatibility extant between the repressive law of the State and reality of the criminality that has been faced mainly according to the way that the State must practice its “ ius puniendi”as well the way of making the system works searching for an efficient penal process and which at the same time allows the penal procedural system to apply the constitutional warrant conquered through the years. After the implantations of the law number 9.099/95 a new effort has emerged hoping for a fast and efficient justice with a consensual structure always answering its own principles. Such situation celebrated with so much enthusiasm by the operators of the law as being a procedural reengineering brings some worries, mostly related to the fair process evoking the questioning of several points of the law, and mainly the penal dealings, wakening a discussion about the theory and the practice of such ordination starting from the analysis of the consensual justice and the justice of strife, the dispensability, the informing principles and its final distorting. In short, in the name of efficacy in the process and the distorting that occurs practically, translating into only a summarized justice private from the constitutional warranties and dominated by a dealing order.

Key words: Consensual justice; Dispensability; Penalty; Process; Penal dealings; Theory practice; Constitutional warranties.

SUMÁRIO

RESUMO	VI
ABSTRACT	VII
1 INTRODUÇÃO	1
2 O JUIZADO E SUA CRIAÇÃO	6
2.1 A crise da justiça criminal	6
2.2 A justiça de consenso e de conflito	20
2.3 Sistema processual brasileira e a lei 9.099/95	33
3 DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO	44
3.1 Princípio da legalidade	44
3.2 Princípio da oportunidade	52
3.3 Descriminalização e despenalização	58
4 A POLÍCIA E O TCO	75
4.1 Mudança radical	75
4.2 Da prisão em flagrante delito	87
4.3 Da elaboração do termo circunstanciado	93
4.4 Do encaminhamento das partes	106
4.5 Da sensação de impunidade	109
5 A TRANSAÇÃO PENAL COMO PRINCIPAL PROBLEMA	119
5.1 Conceitos e características	119
5.2 Proposta e aceitação	128
5.3 Funcionamento da máquina judiciária e a privação do devido processo legal	140
6 O DESVIRTUAMENTO DA LEI	154
6.1 Dos princípios norteadores do juizado especial	154
6.2 A descaracterização dos princípios norteadores	163
6.3 Das penas aplicadas: sua conversão e constitucionalidade	178
6.4 Das audiências e desvios	189
6.5 Juizado especial: reengenharia jurídica e retrocesso?	207
7 CONCLUSÃO	233
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	236

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de crise generalizada da “segurança pública”, o que já vem há anos, o legislador constituinte previu, no art.98, inciso I, da CR^{*}, a criação dos Juizados Especiais, introduzindo à possibilidade da justiça negocial em matéria criminal, tudo na ânsia de dar uma resposta a sociedade brasileira, e sem “negociar” com ninguém.

Para Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO¹ “A matéria referente aos juizados especiais criminais é um dos maiores exemplos de como a efetivação infraconstitucional (desejada por todos que dela não desistem como dirigente e compromissário) pode ser um arremedo ou um farsa se conduzida de maneira inadequada.”

Ou seja, não houve nenhuma preocupação com a produção democrática de tal legislação, sem maiores reflexões, sem maiores debates, e exatamente a ausência de debate tem possibilitado o nascimento de algumas idéias que passam a ser consideradas ou divulgadas como verdades únicas, consumidas por todos sem maiores questionamentos.

A distância entre o diploma formal e a realidade material crescente é acobertada pela descaracterização de alguns princípios informados, que fundamentaram o pensamento dos criadores, existindo o risco da criatura se volta contra o criador.

O objeto dessa pesquisa vai além de rever alguns dos motivos ensejadores da criação dos juizados criminais. Analisar principalmente o desvirtuamento que ocorre no

* Art. 98, inciso I, da CR: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I- juizados especiais, providos por juizes 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 os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau”.

¹ COUTINHO, J. N. de M. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa “efetivação” constitucional). In: WUNDERLICH, A.; CARVALHO, S. (Orgs). **Novos Diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p.3-14.

dia-a-dia nos juizados, como se diz no popular pois “a teoria é uma coisa a prática é outra”.

Justifica-se o presente trabalho tendo em vista que o processo penal está passando por uma crise, juntamente com o controle social formal; visto que o sistema penitenciário apresenta sinais irrefutáveis de falência, juntamente com a imposição da pena de prisão, como única forma de punir.

Com o advento da lei nº 9.099/95, com todas as modificações procedimentais trazidas por ela, todos os operadores jurídicos passaram a ter esperança de que se teria um processo penal mais justo e voltado para o bem-estar da sociedade, que se poderia, enfim, desafogar a justiça comum, dar velocidade aos procedimentos relacionados aos crimes definidos como de menor potencial ofensivo, não aplicar penas privativas de liberdade, ressarcir os danos sofridos pela vítima, etc.

A lei trouxe em seu bojo, ao menos teoricamente, fundamentos inovadores em nosso ordenamento jurídico-penal, criando um novo modelo de justiça, com a introdução de novos institutos e com mudanças profundas em certos postulados que reagem à atuação do Estado, a *persecutio criminis* e o próprio sistema processual penal.

Estas decorrem da impiedosa necessidade de se recepcionar na legislação instrumentos jurídicos já usados em outros países, visando à desburocratização e simplificação da justiça penal, com respostas rápidas a certas infrações penais, com mecanismos céleres, simples, e com consenso entre as partes.

Na prática, infelizmente, os juizados não andam bem, a alegria inicial deu lugar à preocupação quando se vislumbra o desvirtuamento da lei em vários sentidos, como as definições de quais comportamentos deveriam ser elencados como de “menor potencial ofensivo”, ressuscitando inúmeros delitos que deveriam ser a “priori” descriminalizados.

Este trabalho aborda, principalmente, através da linha de pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Laurindo de Souza Netto, Marcio Franklin Nogueira, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, dentre outros* a criação dos juizados, discutindo a crise na justiça criminal, de consenso e de conflito, o sistema penal brasileiro e a recepção da lei em nossas estruturas.

Quando surgiu a lei, ela trouxe aos operadores do Direito uma esperança quanto a um nova estrutura processual, em que a sociedade se aproximaria da justiça criminal, surgindo a chamada justiça consensual, em um pensamento jurídico moderno e se opondo à clássica justiça de conflito. O que deveria ser esperado desta lei? O que a sociedade brasileira quer?

Este trabalho partiu para a análise de questões relacionadas aos princípios da legalidade, e a oportunidade, bem como a descriminalização e despenalização. Analisara estrutura consensual, com objetivo de buscar a despenalização do direito penal, com a desburocratização e agilização da justiça, de caracteres diferenciados quanto à aplicação de penas, de composição do processo e revelando o princípio da obrigatoriedade mitigada, dando ênfase à não aplicação de pena privativa de liberdade.

As alterações procedimentais foram analisadas, desde a profunda mudança no âmbito policial, da elaboração do termo circunstanciado de ocorrência, quanto à discricionariedade da autoridade policial no momento do exame do comportamento delituoso, da sua confecção com todos os vícios/ imperfeições técnicos policiais em uma delegacia na prática; do encaminhamento das partes ao juizado e a sensação de impunidade.

* O embasamento teórico foi feito seguindo os pensamentos, além dos autores citados, dentro do tema proposto: Alexandre Wunderlich, Fauzi Hassan Choukr, Salo de Carvalho, Rodrigo Ghiringuelli de Avezedo, Antônio Maurício Ribeiro Lopes, Maria Lúcia Karan, entre os principais, onde se analisou a crise no processo penal contemporâneo, a transação penal como principal problema dos juizados, as modificações na lei dos juizados, a informalização da justiça, dentre outros aspectos.

A questão primordial (transação penal) foi objeto de análise mais detalhada dentro do trabalho, principalmente fruto da obra de Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO² sobre o tema, em que se verificou seu conceito e características, a proposta e sua aceitação, bem como a suposta inconstitucionalidade, a pressão e o constrangimento para sua aceitação, nos desvirtuamento das audiências.

Por fim, os desvios dos princípios norteadores são analisados, a denúncia sem os pressupostos legais, o retorno para novas diligências e a substituição de penas, dentre outros desvios.

Analisa-se se os princípios norteadores da lei que seriam simplicidade, economia processual, celeridade, informalidade e oralidade, tudo isso visando a não aplicação de pena privativa de liberdade e o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima. Será que está ocorrendo a economia processual desejada, as varas criminais foram desafogadas, ou, na verdade, temos a ressurreição de infrações já esquecidas, que deveriam ser descriminalizadas e não apenas despenalizadas?

Na prática a lei não é totalmente respeitada, como tantas outras neste país. A começar pela elaboração nos termos nas Delegacias, retirando o exercício da seletividade.

Em suma, onde se presume que o que se pretendia era nem existir o processo, acaba por ser o réu punido sem um “justo” processo e pior sem suas garantias, pois, teria direito ao processo clássico; e a vítima acaba por verificar que a chamada justiça consensual é uma falácia, com a sensação de impunidade. Não se deve esquecer de atentar para a garantia das partes, do processo e da jurisdição, para harmonizar o chamado “devido processo legal”.

² PRADO, G. L. M. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003. passim.

Pergunta-se ao final, é a lei nº 9.099/95 uma obra de reengenharia jurídica, ou foi um fracasso?

Corre-se o risco de se estar diante de um retrocesso, de uma farsa.

Resgatar a idéia de uma maior participação da vítima e dar efetividade ao processo, em busca de uma produtividade, não significa deixar ao relento e desconsiderar os direitos do acusado.

Em última análise não se deve esquecer do compromisso maior que é a busca da dignidade plena da pessoa humana.

2 O JUIZADO E SUA CRIAÇÃO

2.1 A crise da justiça criminal

Segundo Márcio Franklin NOGUEIRA³, a Justiça Criminal Brasileira passa por profunda crise de credibilidade e vários são os fatores que fizeram eclodir tal situação, principalmente a demora dos processos e seus resultados frustrantes, uma legislação falha, um judiciário fraco, falta de condições de trabalho, tanto humanas quanto materiais, além do próprio aumento aparente da criminalidade, são fatores decisivos a influenciar no descrédito da justiça criminal.

Sustenta José Laurindo de SOUZA NETO⁴ que cresce na sociedade, nos jurisdicionados, entendidos como a própria realidade social, o pedido de que haja uma modificação da configuração organizativa da Justiça.

Assinala Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁵, que tal modelo de Justiça Criminal se mostra ineficiente, onde as Instituições (Polícia, Ministério Público, Judiciário etc.) apresentam-se sem condições materiais e pessoais, e que o menos falho de todo este aparato seria a estrutura processual, embora ela também esteja em descompasso com a realidade constitucional atual, resultado do modelo neoliberal adotado.

A demora da prestação jurisdicional, já mencionada, causada por vezes pelo excesso de serviço, ou pela burocracia reinante, a grande possibilidade de recursos

³ NOGUEIRA, M. F. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.17.

⁴ SOUZA NETO, J. L. **Processo penal, modificações da lei dos juizados especiais criminais**. Curitiba: Juruá, 2004. p.13-14.

⁵ COUTINHO, **Manifesto contra...**, passim.

existentes na legislação pátria, auxiliam sobremaneira a insatisfação e o sentimento de crise da Justiça Criminal.

O sistema criminal se mostrou incapaz de realizar a justiça material que a sociedade espera, devido, dentre outras coisas, o elevado número de processos pendentes em julgamento.

Para Eugênio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI⁶, no início da década de 80, os ares da Política Criminal tinham tomado outra direção.

A ressocialização, como objetivo nuclear e legitimador da intervenção penal, tinha perdido espaço. A tese abolicionista de que o crime não tinha realidade ontológica e de que os conflitos sociais ou problemas que realmente existiam só poderiam ser equacionados através de todas as partes neles envolvidas entraram num processo de crise.

A proposta da abolição do controle social penal foi posta em xeque, inclusive pelos criminólogos, pois a supressão do mecanismo serviria apenas para atingir em primeiro lugar os mais fracos.

Para lutar contra o crime, o instrumento utilizado deveria ser o próprio direito penal, no entanto, a um controle menos seletivo. Para os citados autores,

Novos bens jurídicos começaram a vir à tona e a exigir tutela penal. Tudo indicava novos rumos, outro paradigma. O Direito Penal liberal e as garantias, que lhe eram próprias, tornaram a ressurgir a todo vapor. Não apenas as garantias formais, principalmente as garantias materiais que estavam ínsitas no próprio núcleo da idéia de Estado Democrático de Direito. Admitir este tipo de pacto fundador significava ao mesmo tempo reconhecer validade de princípios, tais como os da culpabilidade e da humanidade da pena, da igualdade, da proporcionalidade e da ressocialização.⁷

Indicação clara de que o controle social deveria ser cercado de garantias para que a liberdade do cidadão não fosse violada. O Direito Penal é a expressão do Estado

⁶ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 07-10.

⁷ Ibid., p.11.

Democrático de Direito; devendo ser mínimo e garantístico, tendo como missão a defesa dos direitos humanos.

Na década de 90, em crise, o novo paradigma foi sendo sufocado, inicialmente pela colocação da prevenção geral positiva, como critério legitimador básico da intervenção penal.

Sequencialmente, além da prevenção geral, passou a ser acolhida a tese desformalizadora: os conflitos jurídicos-penais poderiam ser equacionados fora do processo formal, num esquema de caráter transacional.

O princípio da legalidade, em conexão com os princípios da igualdade e da culpabilidade, sofrem inquestionável lesão com a formulação de modelos de transação ou conciliação, que depreciam o processo formal; e tal deteriorização vai além, atingindo as garantias materiais do Direito Penal (proporcionalidade, culpabilidade, igualdade, humanidade da pena, ressocialização, etc.). Há, por toda parte, um intervencionismo penal cada vez mais intenso e abrangente.

Constata-se tal fato pela constante publicação de leis penais para regular condutas que “a priori” não deveriam ser de cunho penal, como vemos na lei ambiental (Lei. 9.605/98), e sim de cunho administrativo ou outro, mas sempre o Direito Penal é chamado para intervir.

Tais tendências⁸ já chegaram aos países periféricos e se adaptaram bem à visão autoritária dos segmentos hegemônicos dominantes. Na própria Constituição da República de 1988, o modelo garantístico e o princípio da intervenção mínima, que são, sem dúvida, dados caracterizadores do Estado Democrático de Direito, não foram

⁸ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit, p.10.

acolhidos em sua plenitude, admitindo nocivas interferências (vg. Lei dos crimes hediondos)*.

Para Lênio Luiz STRECK⁹, o Direito e a sua instrumentalização passam por uma profunda crise, e se tornaram uma questão básica em todo debate acadêmico.

A crise estaria estabelecida no hiato existente entre uma Constituição da República que coloca à disposição da comunidade jurídica um conjunto de direitos e os mecanismos para sua implementação, e uma sociedade carente de tais direitos, no interior da qual o acesso à Justiça tem sido só negado à imensa maioria da população.

Para Lênio Luiz STRECK¹⁰,

A inefetividade do aparelho judiciário coloca a lume uma das funções específicas da função do Estado: a Jurisdição. Mais do que isto, é necessário que se questione a função do Direito nesse (novo) modelo instituído pela CR/88, que é o Estado Democrático de Direito, levando em conta a relevante circunstância de que a Constituição é principiológica, dirigente e vinculativa.

Afirma ainda que no Brasil predomina o modelo liberal-individualista-normativo de Direito instituído para resolver disputas interindividuais com sérios problemas hermenêuticos.

O país passa por uma grave crise e o povo brasileiro tem sido continuamente exposto a vários escândalos de natureza política e econômica.

Enfatiza Eugênio Raúl ZAFFARONI¹¹ que vivemos em um discurso jurídico penal falso, e que tal falsidade não é nem um produto de má fé nem de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas

* No mesmo sentido CARVALHO, S. de. **Pena e Garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003, p.79.

⁹ STRECK, L. L. Crise (s) pragmática (s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 7, n.28, p.108-115, out./dez. 1999.

¹⁰ STRECK, **Crise (s)....**, p.109.

¹¹ ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.14.

na verdade o que sustenta é a incapacidade de ser substituído e de defenderem os direitos de algumas pessoas.

A palavra crise se refere a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal.

Eugênio Raúl ZAFFARONI¹² mostra, “que fica clara a negação da coerência interna do discurso jurídico-penal quando se utiliza argumentos como: ‘assim diz a lei’, a faz porque o legislador a quer”, e que seriam a confissão do fracasso de qualquer construção racional.”

Não obstante isto, a população brasileira tem sofrido com o aumento descontrolado de todo tipo de criminalidade, sem qualquer resolução das causas sociais que a impulsionam.

A crise da justiça criminal passa pelo Direito Penal, pelo Direito Processual Penal, pela situação caótica dos presídios, pela falta de uma política criminal confiável, que respeite os princípios constitucionais. Por falar em princípios, ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO¹³,

O papel dos princípios, portanto, transcende a mera análise que se acostumou a fazer nas faculdades, pressupondo-se um conhecimento que se não tem, de regra; e a categoria acaba solta, desgarrada, com uma característica assaz interessante: os operadores do direito sabem da sua importância, mas, não raro, não têm preciso o seu sentido, o que dificulta sobremaneira seu manejo.

Ainda cita o autor que o efeito alienante coloca em risco vários valores fundamentais, como a vida e o não menos valioso: a liberdade.

O Brasil necessita de uma Política Criminal, de forma a definir, orientar e focar os objetivos que o governo, permanentemente, deverá procurar alcançar, pois não se

¹² ZAFFARONI, op. cit., p.15.

¹³ COUTINHO, J. N. de M. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.2, n.3/ 4, p.3, jan./dez. 1999.

trata de uma política limitada à gestão governamental, mas de uma diretriz nítida a guiar os futuros dirigentes nacionais¹⁴.

Alerta ainda que inexistente projeto de política criminal brasileira, dissociada de um projeto de política social, porquanto aquela é efeito desta, sendo a política criminal o resultado da política social implantada no País.

Em consonância com a Constituição da República, devem ter presentes diretrizes de uma política criminal baseadas em uma série de princípios básicos e propósitos a serem perseguidos, objetivando o aprimoramento da reação ao fenômeno crime.

Sob o ponto de vista legal, o Judiciário parece cada vez mais sobrecarregado. Processos e procedimentos continuam lentos, com uma possibilidade recursal extremamente generosa. O número de processos em andamento é assustador, sendo difícil antever sua redução.

Luiz Flávio Borges D'ÚRSO¹⁵ salienta que a expressão política criminal foi durante muito tempo sinônimo de teoria e prática do sistema penal, ou seja, o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime. Entretanto, constata-se hoje que a política criminal se desligou tanto do Direito Penal quanto da Criminologia e da Sociologia Criminal e adquiriu um significado autônomo.

Atualmente o crescimento da violência e a incompetência do Estado para tentar ao menos minimizar a questão, somadas ao agravamento das necessidades sociais, ao pânico irrefletido e o medo coletivo, muitas das vezes fomentado pela mídia, resultam,

¹⁴ D'ÚRSO, L. F. B. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999. p.17.

¹⁵ *Ibid.*, p.18.

na busca frenética por remédios jurídicos, rápidos, simplistas, milagrosos, tentando solucionar ou minimizar todos os males que afligem a sociedade:¹⁶

Para tratar da crise na justiça criminal Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO¹⁷ enfatiza:

A construção desta base teórica, suporte das novas relações no campo da justiça criminal, também estava a recomendar a renovação do discurso, em seus termos e na sua maneira de interpretá-los. Para ilustrar a palavra crise, frequentemente associada ao estado de precário funcionamento da justiça criminal e a uma consciência difusa de impunidade, mereceria ser enquadrada em um modelo conceitual apropriado ao padrão lingüístico de que se origina, tal seja, à idéia, extraída da literatura médica, de uma fase da doença na qual se decidiu (ou não) se os poderes de autocura do organismo são suficientes para recobrar a saúde.

Ensina ainda que a crise é mantida quando as estruturas do sistema têm menores possibilidades de resolver um problema do que as que são necessárias para assegurar a manutenção do próprio sistema. O problema tende a comprometer a permanência do sistema social; e este conceito normalmente é manipulado, trazendo como consequência a imposição de remédios que eliminam os obstáculos à preservação da soberania pessoal e social.

Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO¹⁸ mostra que: “no caso do crime, ainda defini-lo, assim como à criminalidade, vista enquanto fenômeno como crise, é admitir o caráter anormal de sua existência social. Ademais, mostra que a história ensina que as reações criminais arbitrárias servem a muitos propósitos, menos ao de assegurar a convivência integrada dos membros da sociedade. O uso político das penas e do processo penal não inibe as ações delituosas.”

¹⁶ SICA, L. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.26.

¹⁷ PRADO, G. L. M. Movimento antiterror. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 11, out.2003. Edição especial.

¹⁸ *Ibid.*, p.09.

Lamentavelmente, o jurista tradicional não se dá propositadamente ou não conta dessa problemática, de forma proposital ou não, gerando assim uma crise de paradigma e o mercado brasileiro de direito não tem respostas a muitas demandas, por causa do modelo liberal-individualista-normativista da produção do direito¹⁹.

Rogério Lauria TUCCI²⁰ aponta vários fatores para a crise da justiça criminal, dentre eles:

a) manifesta desigualdade na distribuição de renda e riqueza; b) violência policial; c) impunidade das elites econômica e política num Estado inescandalosamente falencial; d) equivocada elaboração legislativa; e) gritantes e graves falhas da justiça criminal e f) sistema penitenciário desumano.

Como assinala René Ariel DOTTI²¹:

No campo da administração penal os seus operadores estão sofrendo a amarga experiência da inflação legislativa, responsável por um tipo de direito penal do terror que, ao contrário de seu modelo antigo, não se caracteriza pelas intervenções na consciência e na alma das pessoas, tendo à frente as bandeiras do preconceito ideológico e da intolerância religiosa. Ele se destaca, atualmente, em duas perspectivas bem definidas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema positivo. A primeira fomenta o justicamento social determinado pelos padrões sensacionalistas da mídia que subverte o princípio da presunção de inocência e alimenta a fogueira que é justicadas paixões, consagrando a responsabilidade objetiva; a segunda anarquiza os meios e métodos de controle da violência e da criminalidade, estimula o discurso político e revela a ausência de uma política criminal em nível de governo federal.

Enganam-se os que acreditam que o Estado Brasileiro assistiu imparcialmente à investida da criminalidade ao longo dos tempos, pois ele também contribuiu sobremaneira para criar ambiente fecundo à violência. Basta ver a ausência de projetos

¹⁹ STRECK, *Crise (s)...*, p.110.

²⁰ TUCCI, R. L. **Processo penal e direitos humanos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.18.

²¹ DOTTI, R. A. Proposta para uma nova consolidação das leis penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n.28, p.152, out./dez.1999.

sociais e as leis agravando penas e retirando direitos processuais dos condenados; leis colocadas em substituição a realidade.

O direito penal é o instrumento de controle mais drástico, como tendências paleo-repressivas, marcado pelo aumento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas, sanções desproporcionais e endurecimento da execução penal²².

Criar leis mais severas, unicamente, não resolve, pois se sabe que o direito penal não é o único nem o melhor instrumento para combater o aumento da criminalidade, sendo necessário, além das instituições estatais (lei, Polícia, Ministério Público, Magistratura, instituições penais), que elas sejam auxiliadas pela sociedade como um todo, unindo forças aos outros aparelhos estatais (a família, a escola, a comunidade).

Relembra Márcio Franklin NOGUEIRA²³, não menos certo, que o direito penal e a justiça criminal são responsáveis parcialmente pelo controle da criminalidade.

Verifica-se, segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO²⁴, que todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual, em particular no processo penal; pois o sistema jurídico, em operação, luta em favor da ignorância.

Salienta ainda sobre o direito penal máximo, tão festejado por alguns, que,

O direito penal máximo não exclui ninguém transformando todos em delinquentes, sem embargo de que gente desse porte pensa-se intocável, inatingível, esquecendo poder ser vítima da mesma lógica perversa que faz questão de não humanizar esse outro, mesmo ele, se for o caso, no seu próprio tempo.

²² GRINOVER, A. P. et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei n.9.099/95. 3.ed. São Paulo: RT, 1999. p.35.

²³ NOGUEIRA, **Transação...**, p.20.

²⁴ COUTINHO, **O papel...**, p.06-45.

O direito penal contemporâneo tem assumido um caráter cada vez mais severo e menos humanístico.

Em assim sendo, certos princípios penais vêm sendo desrespeitados, com a formulação de leis esparsas que visam apenas acalmar o clamor público e não proteger certos bens jurídicos, na busca da tão famigerada segurança jurídica; segurança que só deveria ser almejada com aplicação normativa que respeitasse certos princípios e diretrizes, das quais não se pode abrir mão nunca.

Não obstante, através de uma imposição de pena justa e equilibrada, após um devido e justo processo penal, poder-se-á prevenir outros delitos e finalmente o Estado poderia cumprir seu papel social. Em suma, a pena ainda tem valor, desde que bem aplicada.

Para Fauzi Hassan CHOUKR²⁵

A dogmática jurídico-penal cumpre uma das mais importantes funções que se encomenda à atividade jurídica em geral em um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado, que, não obstante apresente alguns limites, necessita de controle e de segurança quanto a eles.

Cita ainda que nos últimos anos o processo de democratização na América Latina recebeu novos impulsos. Na órbita do direito processual penal se observa a tendência de substituir o tradicional processo inquisitivo escrito por formas de juízo oral próprios de um Estado de Direito²⁶, embora ainda não se possa falar com precisão sobre os resultados, porque não raro não se mudou o sistema processual penal, e sem isso é difícil antever resultados positivos.

²⁵ CHOUKR, F. H.; KAI, A. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001. p.13.

²⁶ *Ibid.*, p. 224.

Falar em crise e sua urgência e emergência do processo penal, palavras atreladas segundo Fauzi Hassan CHOUKR²⁷, vêm a desestabilizar o *status quo ante*, colocando em xeque os padrões normais de comportamento e a conseqüente possibilidade de manutenção das estruturas, não se podendo ter certeza, quanto ao resultado das mudanças que se efetivam.

Salo de CARVALHO²⁸ aponta que muitos preceitos constitucionais foram rechaçados devido a inúmeras leis penais e processuais penais editadas na década de 90.

Questões relativas à teoria do processo penal devem ser discutidas ou rediscutidas, tais como: (a) qual o alcance das liberdades públicas; (b) quais os critérios para sua relativização no processo penal; (c) qual o procedimento (forma legal estabelecida) legítimo; e (d) quais seus fundamentos e requisitos legitimadores.

Os princípios de garantia dos direitos individuais, portanto, seriam preteridos aos de proteção à segurança, afastando-os momentaneamente como forma de assegurar a devida repressão à criminalidade.

Entende ainda o autor²⁹:

Paralelo à dicotomização entre os direitos individuais e os coletivos e o significado constitucionalmente definido de segurança pública, que as reformas parciais do processo penal brasileiro têm incrementado o sistema inquisitorial, distanciando os mecanismos de averiguação do desvio punível da feição acusatória insinuada pela CR e incrementando a desjudicialização do sistema jurídico-penal.

Maria Lúcia KARAN³⁰ mostra que leis e mais leis de caráter penal são criadas. São produzidas, de enxurrada, na fábrica legislativa que trabalha a todo vapor; a todo

²⁷ CHOUKR, F. H. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.1-2.

²⁸ CARVALHO, S. de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: WUDERLICH, A.; CARVALHO, S. (Orgs.) **Novos diálogos sobre juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.89-90.

²⁹ *Ibid.*, p. 98

mês tem-se novas leis. E o mecanismo punitivo é acionado para promover penalmente valores ético-sociais ainda não introjetados na consciência popular, ou ainda, para transmitir a ilusória sensação de segurança.

A ampliação irracional e abusiva da carga punitiva provoca um mecanismo de pressão sobre o processo penal na medida em que se tem por objeto a função de aplicar e de realizar o próprio direito penal, colocando à luz a ineficácia do processo penal.

A crise passa pela violência e pelo crime e traz outra preocupação, que é o monopólio da violência legítima por parte do Estado e suposto autor da pacificação social³¹.

Como frisou Débora Regina PASTANA³², ainda se tem o medo para acirrar a crise da Justiça, pois ele é útil para os políticos e para a imprensa, para dar legitimidade ao discurso, e a mera suposição do perigo já justifica ações e comportamentos, aquece mercados e legitima políticas.

Para Salo de CARVALHO³³, no Brasil, é possível afirmar que ambos os níveis de resposta, tanto o controle formal e o informal aos fenômenos crime e violência estão envoltos por atmosfera doentia e que o jurista, neste cenário, transforma-se cada vez mais em vingador privado, negando seu papel de prestador público de justiça.

Além de todas as questões apontadas, Luiz Flávio GOMES e Alice BIANCHINI³⁴ ainda salientam que se impõe definir com toda a clareza para que serve o direito penal, pois este sempre foi o grande desafio da ciência penal, atribuindo a ele papel que nunca conseguirá desempenhar.

³⁰ KARAN, M. L. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004. p.17.

³¹ PASTANA, D. R. **Cultura no medo, reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCrim, 2003. p. 30-36.

³² Ibid., p.35

³³ CARVALHO, **Pena e...**, p.XXXII.

³⁴ GOMES, L.; BIANCHINI, A. **O Direito Penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.34-35.

Luiz Flávio GOMES e Alice BIANCHINI³⁵ fazem uma comparação da imagem do elefante e do rato, pois elefante seria o direito penal tradicional, com todos os seus entraves (pena de prisão, investigação burocratizada, tribunais lotados, etc.) e a criminalidade seria o rato, com toda a sua rapidez na era pós-industrial e que a velocidade do elefante, mesmo deformado com as supostas rodas mecânicas (flexibilização das garantias, eliminando o princípio da ofensividade, etc.), era incompatível com o rato.

E foi com este formato que o direito penal chegou à era da globalização: hipertrofiado, confuso, caótico, simbólico, instrumentalizado, prevencionista e disfuncional.

Segundo Márcio Franklin NOGUEIRA³⁶, este problema da crescente criminalidade e necessidade de reformas profundas no sistema não é só nosso. E que existe um consenso entre os criminologistas no sentido de que a Justiça Criminal deve-se modernizar em busca de um novo modelo de justiça criminal com base no consenso.

Por termo, a crise da justiça criminal se opera por inúmeros de fatores, como já expostos, e que na prática encontra a falta de interesse político na resolução das questões inerentes à criminalidade: um judiciário muitas das vezes despreparado para suas funções; um ministério público somente com a ânsia de acusar, sem maiores preocupações; uma polícia sem estrutura e marginalizada e até o ensino jurídico comprometido.

Em conseqüência disso a sociedade vive insatisfeita com a justiça prestada pelo Estado, como um todo, pois esta não evoluiu para lhe dar resultado significativo e de acordo com muitos o que está também faltando, além de boa vontade política, é o

³⁵ GOMES, BIANCHINI, ob. cit., p.128.

³⁶ NOGUEIRA, op. cit., p.22.

conhecimento técnico daqueles que efetivamente têm o poder de mudança, seria uma dotação orçamentária mais adequada, possibilitando ao menos uma infra-estrutura material e pessoal.

Alberto Silva FRANCO, prefaciando a obra de Maria Lúcia KARAN³⁷, informa que uma sociedade construída nos moldes da economia de mercado produz um novo tipo de criminalidade, alargando a faixa de exclusão, em um Estado debilitado, caminhando a olhos vistos para se acomodar no conceito de Estado Mínimo.

E por falar em ensino jurídico, adverte-nos Afrânio Silva JARDIM³⁸

Por isso tudo, vocês devem tomar consciência de que agora, mais do que nunca, é preciso estudar, ler e pensar. Os cursos jurídicos de pós-graduação devem estar na cogitação dos bacharéis. O profissional do direito tem que se aprimorar constantemente e não pode deixar de conhecer criticamente a realidade sobre a qual vai atuar. Vale dizer, que não basta conhecer o direito. Tem ele uma responsabilidade social ainda maior do que os outros profissionais em geral. É preciso inserir o projeto pessoal em um contexto social mais amplo. O conhecimento do qual nos apossamos deve reverter, de alguma maneira, para a melhoria das relações travadas na sociedade em que vivemos. Aqui também a propriedade, a do conhecimento científico, deve desempenhar uma função social.

Igualmente alerta Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO³⁹: “a análise crítica que se propõem é necessário dizê-lo, não pretende ser cega, agressiva, ofensiva, destrutiva. O Direito não convive, por certo, com verdades imutáveis. É preciso discutir. O Brasil quase desaprendeu a conjugar este verbo”.

³⁷ KARAN, **Juizados especiais...**, p.15.

³⁸ JARDIM, A. S. **Direito processual penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.X.

³⁹ COUTINHO, J. N. de M. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p.XIV.

2.2 A justiça de consenso e de conflito

Como visto, a criminalidade crescente e a necessidade de reformas profundas no sistema levaram os operadores jurídicos a pensamentos modernizadores em busca de um novo modelo de justiça criminal com base no consenso.

A estratégia de manter o controle social é repressiva, visando manter o *status quo ante* a qualquer preço, sob pena de desmoronamento de toda a estrutura social.

Para Maria Stella de AMORIM et al⁴⁰, a sociedade brasileira convive com uma outra visão que não é somente a igualitária, democrática e individualista, e sim de diferenças, fazendo com que a sociedade se construa em pirâmides, constituindo-se de segmentos desiguais e complementares.

Tais diferenças acabam por gerar conflitos inevitáveis; conflitos que são reduzidos a uma significação social inicial dada por uma relação fixa com contextos mais amplos do todo social.

A cada novo tipo de delito se vê o Estado na responsabilidade de se preparar e de ter um sistema judicial apto a dar a resposta necessária ao que a sociedade espera de forma mínima: segurança para viver em paz.

Para tanto não basta aprimorar os tipos penais, mas é de suma importância o aprimoramento de justiça penal, a qual não está sempre preparada para novos desafios.

É sob esta “pressão popular”, citada por Márcio Franklin NOGUEIRA⁴¹, que surge, ao lado do tradicional espaço de conflito, o espaço de consenso; o primeiro, inserido sob a ótica da contrariedade e do antagonismo, e o segundo vinculado à média e pequena criminalidade, onde há a substituição daquele processo tradicional

⁴⁰ AMORIM, M. S. de et al (Org.). **Juizados especiais criminais sistema judicial e sociedade no Brasil**. Ensaios interdisciplinares. Rio de Janeiro: Intertexto, 2003. p.44.

⁴¹ NOGUEIRA, op. cit., p.28.

insatisfatório, ficando o princípio da obrigatoriedade com uma política legislativa em que abra espaço ao novo princípio da oportunidade, nem que se tenha que “abrir mão” de alguns direitos.

A justiça criminal tradicional, a chamada justiça de conflito, toma conta dos delitos mais graves, preponderando os princípios do contraditório e da legalidade.

Já a chamada justiça consensual tem por finalidade evitar disputas desnecessárias, bem como evitar aplicar penas privativas de liberdade e piorar ainda mais nosso já falido sistema prisional, fundamentando-se essencialmente na mitigação do princípio da legalidade, a qual não se reveste de maiores formalidades, mas deve manter o mínimo quanto à preservação dos direitos fundamentais de todos, acusados e vítimas.

Isto é, o processo penal deve ter um resultado útil para a sociedade e ao mesmo tempo espera-se o menor custo por isso. Mas ao tempo deve o processo assegurar as garantias constitucionais consagradas ao longo de séculos durante a persecução estatal.

Não se deve deixar apenas que o tempo possa trazer soluções milagrosas para o processo, é preciso efetuar buscas; buscas relacionadas com a maturidade e a interdisciplinariedade.

Para quem entende que o processo está engessado, com as “mãos atadas” e arcaico, espera-se uma desformalização, com a justiça consensual, com um processo rápido, com supressão de fórmulas que possibilitem a ampla defesa e o contraditório⁴².

O processo, ao suprimir formas indispensáveis à salvaguarda das liberdades e garantias constitucionais, deixa de ser a via que assegura garantias, para ser um instrumento de combate rápido à criminalidade, tornando-se muito perigoso à toda a

⁴² AMARAL, C. do P. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCrim, 2003. p.237.

sociedade, de cunho político, onde o aumento da repressão é semelhante a jogar fora tudo o que está na Constituição da República em termos de garantias.

Fauzi Hassan CHOUKR⁴³ informa que ainda que consciente de que a tentação de abreviar ou evitar o processo penal por negociação seja universal, ela é claramente prevalecente nos sistemas do *Common Law* e que tal sistema é construído ao redor da presunção de inocência, mas presume culpabilidade. Aponta ainda que um dos pré-requisitos essenciais do sistema consensual seria o de uma defesa forte e capaz de estar em nível igualitário com a acusação.

Assinala Alexandre WUNDERLICH⁴⁴ que no modelo garantista de democracia constitucional, exsurge o garantismo penal, em duas faces de sólidos princípios constitucionais substanciais (penais) e instrumentais (processuais), recíprocos, como garantia de sua efetividade.

Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁴⁵, quando fala da eficiência e do golpe de cena, informa que “um dos mais claros exemplos” com os quais se convive hoje, de substituição da efetividade pela eficiência, diz que com os magníficos golpes de cenas montados pelas acusações (em geral a pública), por conta de uma visão distorcida da realidade e da Constituição”.

Quando se fala nessa importação de legislação, acabamos por esbarrar ou pior, se tornar comum diuturnamente a publicação de leis mais severas, extirpando as garantias constitucionais, fomentando a tolerância zero em um país onde o Estado

⁴³ CHOURK, F. H.; AMBOS, K. (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p.281.

⁴⁴ WANDERLICH, A. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re) discussão. In: WUNDERLICH, A.; GRINOVER, A. P. et al (Orgs.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.15.

⁴⁵ COUTINHO, J. N. de M. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, A.; GRINOVER, A. P. et al (Orgs.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.145.

também é zero; zero em educação, em segurança, em trabalho, e em garantias gerais, principalmente para os menos favorecidos.

Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO⁴⁶, debate sobre a introdução no direito processual penal brasileiro da transação penal (principal problema da justiça consensual), em torno da aplicação direta de sanção penal, com especial destaque para as possibilidades abertas no sistema para a imposição negociada de pena de prisão, enfatizando que, às vezes, soluções penais consensuais abdicam das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, e por isso, devem ser colocadas em questão.

Aponta, ainda, a impossibilidade da adoção de um sistema penal consensual, quer para os crimes de menor gravidade, quer para de outros tipos, pois os elementos fundamentais para a concretização desses acordos não podem ser garantidos: a autonomia pessoal dos sujeitos normalmente visados pelo sistema penal e a condição de equilíbrio que se exige em qualquer pacto; garantia essa de equilíbrio que não se vê na justiça consensual, pois normalmente o que se vê é que elas são imposta as partes.

Deseja-se um direito penal menos envolvente, com redução de seu caráter de intromissão no dia-a-dia das pessoas, mais aberto à participação da vítima, permitindo o diálogo franco, aberto e em condições iguais a de todos os seus atores.

Ensina-nos Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO⁴⁷ que a justiça penal consensual tomou ares na Europa, com interesses políticos de natureza conjuntural e sob pretexto de tornar mais eficaz, barata e funcional a justiça como um todo.

A importação de modelos de justiça estrangeira não analisados pelos constituintes, quando inseriram o modelo no art.98, I, da Constituição da República em

⁴⁶ PRADO, **Elementos para....**, p.XVI.

⁴⁷ Ibid., p.XVII.

1988, trouxe ao espaço de consenso amplas dificuldades de aceitação e de uniformização, entre a teoria e a prática.

A crise já vista em relação à justiça criminal lança uma indagação: qual seria o melhor sistema a ser adotado?

O sistema penal de conflito*, o processo penal levado às últimas conseqüências, apesar de se o querer acusatório, permanece inquisitório, já que é regido pela gestão da prova, e esta se vê primordialmente nas mãos do juiz⁴⁸.

Ou haveria a possibilidade de pensar em uma nova justiça, de cunho consensual, de acordos de vontade, com as partes muitas das vezes “abrindo mão” de alguns direitos, tudo isso em prol do bem comum e de uma sociedade mais justa e fraterna.

Para Fernando da Costa TOURINHO FILHO⁴⁹ “era preciso abrir espaço para os órgãos que integram a justiça penal pudessem dedicar-se mais aos graves problemas criados pelos crimes de elevado ou elevadíssimo poder ofensivo”. Salaria ainda que os operadores jurídicos que trabalham na área criminal não dispõem de muito tempo para cuidar dos crimes mais graves, porque o número de infrações de médio e pequeno potencial ofensivo entulha as varas criminais.

Para Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO⁵⁰, frente à crise do Estado e ao aumento pela demanda por controle penal, as novas estratégias, a contribuição de estudos sociológicos e os mecanismos convencionais da justiça são substituídos por

* Para o autor não existe o conflito, pois a lide em qualquer de suas formas é inaceitável no processo penal. (COUTINHO, 1989)

⁴⁸ COUTINHO, **Introdução aos princípios...**, p.4.

⁴⁹ TOURINHO FILHO, F. da C. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.34.

⁵⁰ AZEVEDO, R. G.de. **Informalização da justiça e controle social**: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais. São Paulo: IBCCrim, 2000. p.25.

novos mecanismos de resolução de conflitos, através de instituições mais ágeis, diminuindo a morosidade judicial e equacionando os conflitos através da mediação.

Rodrigo Ghiringheli de AVEZEDO⁵¹ acrescenta ainda que com o debilitamento dos mecanismos de controle comunitário e a perda da legitimidade do próprio sistema de controle formal penal, as novas estratégias de controle vão buscar saídas incorporando a contribuição dos estudos sócio-antropológicos. E que a informalização da justiça, com uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua, com a diminuição de profissionais com linguagem difícil, mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa, participação de não juristas como mediadores, rompendo com a máxima “do que não está no processo, não está no mundo jurídico”, geração de um senso de comunidade.

Teríamos um novo paradigma de justiça criminal, pois os operadores de direito estariam exercendo um novo papel: o de propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a inspiração de novos princípios norteadores dos juizados especiais criminais.

A justiça consensual, trazida pela lei dos juizados, enseja novas regras processuais, em especial no campo penal, consagrando soluções mais rápidas, depurando institutos, mantendo-se apenas o essencial à garantia dos direitos individuais e a ordem pública.

Márcio Franklin NOGUEIRA⁵² aponta que a lei constitui importante meio para combater a criminalidade e, por via reflexa, eis que acaba por consagrar o ideal de abreviar o lapso entre o cometimento do crime e a efetiva sanção.

Para Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO⁵³, “a mudança do sistema de justiça criminal, passando da fórmula que privilegia a oposição irreductível de interesses para o

⁵¹ AVEZEDO, op. cit. p.27.

⁵² NOGUEIRA, op. cit., p.25.

modo típico da consensualidade, importa em algo mais do que simplesmente uma alteração da cultura jurídica”. Aponta que normalmente esta percepção de justiça falha não alcança os mais ricos e somente os mais pobres.

Durante a década de 80, a doutrina penal brasileira seguia a linha ideológica do garantismo, que possuía como características marcantes o Direito Penal Mínimo e respeito aos princípios penais de garantia, tendo-se como missão a defesa dos direitos humanos. estava em linha com os europeus, como sempre.

Tal teoria é a mesma adotada pela Constituição da República.

Contudo, a partir da década de 90, sob o pretexto de uma “modernização” do sistema e da estrutura penal, começou-se a seguir uma outra linha de pensamento na legislação: a do eficientismo, por evidente, com reflexo do pensamento neoliberal.

Como resultado disso, houve a perda gradativa da linha ideológica do sistema penal e processual no país, pois há uma doutrina do Direito Penal e Processual Penal vigente, porém, operado concomitantemente com leis extravagantes resultantes de um discurso que criou um Direito Penal da severidade o que seria, pela lógica, impossível.

As garantias mínimas do cidadão são amplamente desrespeitadas, apesar de não derogáveis, nem disponíveis.

A desformalização do sistema penal ocorreu, dentre outras formas, através de um esquema de caráter transacional, em que não se atentava para a postura vitimológica, excluindo-a da problemática do crime.

As recentes formulações legais no Brasil têm trazido um alto teor de incriminação, e que um intervencionismo estatal cada vez maior pode levar a um totalitarismo da tutela penal. Assim, vêm sendo desrespeitados os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

⁵³ PRADO, **Movimento...**, p.67.

Já não se busca mais tutelar eficazmente os bens jurídicos, mas sim, apenas, acalmar sentimentos de insegurança, o que pode vir a ferir o princípio da exclusiva proteção daqueles, com riscos incalculáveis.

Criam-se novos delitos ou mesmo ressuscitam-se antigos delitos, quase todos de perigo abstrato, empregando-se cláusulas gerais e estabelecendo-se o regime da imprevisão típica, além de afrontar o princípio da taxatividade.

Não obstante, amplia-se o conteúdo e a extensão de tipos já existentes.

Alargam-se as margens punitivas, desrespeitando-se o princípio da proporcionalidade e da humanidade.

Transforma-se a estrutura processual penal, em que o princípio da presunção da inocência vem sendo desrespeitado sistematicamente.

Prevalece o desvalor do resultado sobre o desvalor da ação, em que pese a mudança do código penal em 1984 e a CR, de 88.

Segundo Salo de CARVALHO⁵⁴, existem vários exemplos de leis criadas sobre a influência do eficientismo, como a lei dos crimes hediondos (7.072/90), 9034/95, das organizações criminosas, dentre outras, enfatizando a tendência paleo-repressiva, com notas marcantes do endurecimento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas e agravamento das penas.

Constata-se que na ânsia de resolver questões importantes (afinal de contas, esta-se trabalhando com a liberdade, um dos bens supremos de todos), o eficientismo, na busca de uma célere, eficiente e suposta tutela penal, só veio atropelar conceitos garantistas que vinham se estabelecendo em lutas incansáveis, ao longo de anos, trazendo completa desordem no sistema pátrio, ao menos da forma que é operado.

⁵⁴ CARVALHO, S. *Cinco teses...*, p-89-90.

Abre-se, então, discussão de largo espectro sobre a aceleração ou simplificação do procedimento penal, questionando-se se seria possível descongestionar a justiça penal mediante um processo que tivesse, como qualidade fundamental, a celeridade e a simplificação.

Seria possível e justificável, em nome da rapidez, restringir garantias próprias do processo penal?*

Será que os fins justificam os meios?

É neste exato ponto que se insere a problemática da lei nº9.099/95. Em lugar de fazer uso do princípio da subsidiaridade, o legislador privilegiou a criminalização, recorrendo a um tipo de procedimento abreviado, reforçado pela tendência da justiça de consenso.

No entender de Ada Pellegrini GRINOVER⁵⁵, apesar de se favorecer a conciliação, reservou-se pouco espaço para a chamada “barganha penal”. Afirma que em relação à transação penal não se está diante nem do *Guilty Plea* (declarar-se culpado), nem do *Plea Bargaining* (que permite amplo acordo entre o acusador e o acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena).

De acordo com a conformidade processual, o sistema dispensa a produção de provas e a não realização do interrogatório, sentença, rol de culpados, reincidência, maus antecedentes, etc. Realmente muito convidativo, mas inconstitucional se se continua a substituir a *nulla poena sine culpa* e o *nulla poena sine indicio*.

Traz ainda Ada Pellegrini GRINOVER⁵⁶ que: “sem nenhuma dúvida é a via mais promissora da tão esperada desburocratização da justiça criminal, pois permite a

* Os que são postulados da CR/88, no artigo 5º, em seus diversos incisos.

⁵⁵ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.16-18.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 19

pronta resposta estatal, o atendimento aos interesses da vítima e a ressocialização do autor do fato”.

Exatamente o que não foi visto em 10 anos da Lei nº9099/95 no país.

Para Anabela Miranda RODRIGUES⁵⁷, uma justiça imposta, de caráter unilateral e vertical, que encontrava legitimação na transferência e na autoridade mística, cede o passo a uma justiça negociada, interativa e horizontal que procura a composição dos interesses utilizando uma racionalidade dialética.

Argumenta ainda a autora⁵⁸ que a política criminal foi apanhada no centro de uma insuperável contradição, pois se tornou prisioneira de um paradoxo. Observado como principal ameaça à liberdade individual, o Estado é intimado simultaneamente a desenvolver um sistema de proteções jurídicas para garantir o exercício de direitos e a se apagar precisamente pelas mesmas razões. É um movimento circular de demanda de proteção ao Estado e de exigência de autonomia do indivíduo.

O que pese o argumento de Anabela Rodrigues, o Estado foi criado por nós, antes de tudo, para proteger cada um de nós, contra os outros e de todos e dele mesmo.

Giuseppe MAGGIORE⁵⁹ ensina que a função do processo penal é tornar efetivo o direito penal “de modo de que la sancion prescrita en la ley pueda alcanzar efectivamente al transgresor”, possibilitando a punição dos autores dos crimes, desde que comprovada a culpabilidade, mas sempre e só depois do devido processo legal, que é a garantia que se tem contra ele e seus atos arbitrários.

Acrescenta, ainda, que não basta ao Estado condicionar a efetividade do *jus puniendi* à demonstração, em um processo, da culpabilidade (talvez aí esteja a grande confrontação entre justiça de conflito e de consenso), do autor do fato, mas também se

⁵⁷ RODRIGUES, A. M. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: RT, 2002. p.143.

⁵⁸ RODRIGUES, op. cit., p.152.

⁵⁹ MAGGIORE, G. **Derecho Penal**. Tradução de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971. p.44.

faz obrigatório dotar esse processo de garantias assecuratórias de direitos fundamentais do réu, como pessoa humana e cidadão.

Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁶⁰ vai mais além quando fala do novo processo penal:

O conteúdo do processo penal com a nova visão, prescinde da postura positiva e, encarando a realidade, abre, definitivamente, as portas à interdisciplinaridade, resgatando, pela psicanálise, os homens de se esconderem atrás da máscara, do rótulo partes, mas que, no fundo, jamais deixaram de ser simples mortais.

Acrescenta, ainda, com as palavras de CARNELLUTTI⁶¹

Infelizmente, o processo penal, antes que sempre melhor, vai sempre pior. Se os juristas, os quais cultivam esse ramo da ciência do direito, ao contrário de exibirem-se em uma dogmática sempre mais rigorosamente ancorada no direito positivo, voltassem a atenção para aquilo que acontece na vida vivida, freqüentando as salas da justiça ou ao menos meditando sobre a crônica judiciária, não poderiam permanecer insensíveis a um desenvolvimento que é uma verdadeira involução.

Para Luis Flávio GOMES e Alice BIANCHINI⁶², existe uma flexibilização do Direito Penal, processual e execucional, isto é, uma flexibilização dos pressupostos para a verificação da punibilidade da conduta, e muitas dentre elas se encontram presentes nos Juizados Especiais Criminais e por isso são válidas também para eles. Mas isso não significa que se deve refutar os juizados, pois a ele cabe apenas eliminar os últimos resquícios penais ainda presentes nessa forma pouco solene de solução de conflitos penais de menor potencial ofensivo.

⁶⁰ COUTINHO, op. cit., p.XIV.

⁶¹ CARNELLUTTI, F. Crisi della giustizia penale. Rivista Di Diritto Processuale. Padova, 1958. p.54. apud COUTINHO, J. N. M. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p.24.

⁶² GOMES; BIANCHINI, op. cit., p.108.

Salo de CARVALHO⁶³ aponta que

O direito penal e o direito processual penal atuam como parâmetros de tutela à liberdade, sendo que os direitos políticos possibilitariam os canais de acesso do cidadão às decisões sobre as 'regras do jogo'. Este rol de direitos e garantias asseguradas pelo pensamento ilustrado propiciou a noção contemporânea de direitos de primeira geração (direitos individuais), estruturando a base da legitimidade do garantismo jurídico.

Aí estaria o grande risco da flexibilização das garantias, em que tais parâmetros violados, destruiriam a base do garantismo esperado.

Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI⁶⁴ apontam que seria absurdo pretender que as agências governamentais respeitassem o princípio da legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade, de igualdade, pois se sabe que estruturalmente estão preparados para violar tais princípios, embora devessem o fazer. Afinal, as regras são para todos e não se deve brincar com elas.

Para que haja tal garantismo, para que o próprio Estado não viole as garantias constitucionais vigentes, faz-se necessário que o modelo adotado para solucionar as controvérsias penais tenha o apoio de todos os órgãos envolvidos, com cooperação de todos que convivam com o Direito Penal e Processual Penal.

Alexandre WUNDERLICH⁶⁵ adverte quanto à crise do Estado, a perda da soberania estatal, a privatização da justiça penal, a imposição de modelos importados e a ausência de uma política de fortalecimento e preservação das garantias individuais, acirra a eficácia do processo, florescendo o dilema da efetividade versus garantias, logo ninguém está descompromissado, fora ou acima da lei.

⁶³ CARVALHO, S. **Pena e...**, p.1.

⁶⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p.235.

⁶⁵ WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal, teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.VII.

Em busca de um desenvolvimento a qualquer custo, alguns Estados estariam legitimando suas próprias violações, ou seja, em nome de direitos outros direitos são violados, o que é muito grave. Porque, não raro, tem-se para muitos que tais violações são de um direito secundário ou quase insignificante se comparado com o direito fundamental que se viola.

Salo de CARVALHO⁶⁶, assinala um fenômeno de tensão entre o modelo jurídico-estatal contemporâneo, transnacionalizado pelas políticas de globalização neoliberal e o pensamento garantista, centralizando o debate entre a opção garantista-minimalista (direito penal mínimo, direito social máximo) e inquisitivo-maximalista (direito penal máximo, direito mínimo).

Dependendo da opção adotada pelo Estado, o modelo de solução dos casos penais pende ou para garantir os direitos do acusado ou para tentar resolver a questão de “uma forma mais fácil”, ou “mais rápida”, mas deixando de lado as garantias constitucionais. Essa é uma solução inconcebível porque é inconstitucional, antes de tudo.

Salo de CARVALHO⁶⁷, cita ainda um sistema de garantias, legitimador de um modelo de política criminal de mínima intervenção, visando a máxima segurança social.

Existe, mais, a necessidade de um mínimo de compromisso ético e social no campo jurídico para que os direitos humanos possam ser garantidos constitucionalmente no plano formal e, realmente, cumpridos materialmente pelo Estado.

⁶⁶ CARVALHO, **Pena e...**, p.24.

⁶⁷ *Ibid.*, p.27.

Importante salientar, por outro lado, o risco dos procedimentos penais negociados se transformarem em nada mais que a introdução da economia de mercado na administração da justiça penal.

Ao lado do modelo adjudicatório ou retributivo tradicional, passa a existir assim um modelo de justiça negociada, de compensação, reparadora ou restaurativa, seja no processo de decisão ou na execução das penas.

Para Lênio Luiz STRECK⁶⁸, é necessária uma mudança de postura dos operadores jurídicos, inclusive com rompimento do paradigma anti-garantista de dogmática jurídica ultrapassando os obstáculos que impedem o cumprimento das promessas advindas do Estado Democrático de Direito, e com isso a justiça consensual, sobretudo suas possibilidades na resolução de conflitos, devem ser trabalhadas. Tais mecanismos devem ser aperfeiçoados, adequando-se à principiologia constitucional.

Cabe indagar, em relação ao juizado especial e à justiça consensual: qual foi o avanço no recurso à justiça penal consensual?

2.3. Sistema processual brasileiro e a lei 9099/95

Para Ada Pellegrini GRINOVER⁶⁹,

Há muito tempo o jurista brasileiro preocupa-se com um processo penal de melhor qualidade, propondo alterações ao vetusto código de 1941, com o intuito de alcançar um processo de resultados, ou seja, um processo que disponha de instrumentos praticamente adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito e aos valores sociais e políticos da nação.

⁶⁸ STRECK, Crise (s)..., p.110.

⁶⁹ GRINOVER, Juizados especiais..., p.10.

Em nosso ordenamento jurídico, o Estado costuma tentar punir todos os transgressores, independente do tipo penal perpetrado, não interessando se grave ou não, sem qualquer possibilidade de disponibilidade. Não havia a utilização da justiça consensual para tentar minimizar o caos jurídico penal, bem como não existia a previsão quanto à participação da sociedade de forma mais atuante nesta solução de controvérsias.

Conscientes dessa situação, os legisladores viram na Carta Republicana de 1988 a possibilidade da inserção de um novo modelo de justiça, já que o que estava sendo utilizado ensejava críticas ferrenhas, quando à sua inoperatividade, quanto à sua sistemática ultrapassada.

Junto a isso, compartilha-se a aplicação de penas privativas de liberdade cada vez mais severas, piorando ainda mais o sistema penitenciário já em estado terminal*.

No Brasil, a princípio, buscou-se a efetividade e a rapidez dos ritos em determinadas causas, atendendo a critérios preestabelecidos de valor e matéria, surgindo, assim, no universo jurídico, os ritos sumaríssimos, destinados à solução célere de conflitos a que se considerou, já na época, de menor indagação jurídica.

No entanto, sempre foi grande a carência de meios materiais e humanos, de modo que essa solução não atingiu os objetivos a que se destinava. chegando a ser de conhecimento de todos que, frequentemente, um caso deduzido em juízo pelo rito sumaríssimo demandava maior prazo para chegar ao fim do que aqueles que tramitavam pelo rito ordinário.

Tal fato ocorria na esfera civil, que é era outro sistema e, portanto, com outro fundamento epistêmico. Os legisladores não se deram conta disso quando fizeram a lei 9.099/95, tal foi a pressa em tornar a lei “aplicável”, sem o devido debate nacional.

* Vg, a lei dos crimes hediondos. Lei 8.072/90 por exemplo.

Frente à necessidade urgente de uma solução para certos conflitos, houve, nos tribunais, uma vulgarização, da utilização do processo cautelar, desvirtuando-o de sua finalidade legal e o transformando na forma encontrada pelo titular da pretensão de obter uma resposta imediata do judiciário ao caso criado.

Continuava, entretanto, a necessidade de se buscar uma solução para os casos de menor complexidade, seja pelo pequeno potencial ofensivo do crime, seja pela matéria, ou ainda, pelo valor da causa, que viesse ao encontro da realidade concreta da grande maioria da população brasileira, a qual se deparando com a morosidade e a dificuldade de acesso ao judiciário, pela complexidade de seus trâmites para a efetivação das soluções dos seus conflitos, ou pelos custos, com freqüência relegava ao esquecimento a ofensa ao seu direito, preferindo suportar a enfrentar o tribunal.

Para Ada Pellegrini GRINOVER⁷⁰ na questão penal propriamente dita, deve-se ver a questão da lesão corporal praticada pelo marido em relação à esposa: era tão demorada a investigação policial e a tramitação do procedimento investigatório que quando era relatado ou quando o Ministério Público fosse oferecer a denúncia, normalmente ou a vítima já teria sido vítima por outras inúmeras vezes, ou o autor era congratulado com a extinção da punibilidade, devido ao decurso do tempo.

Argumenta a mesma autora que: “ao lado disso, vinha-se sedimentando a tendência rumo à revitalização das vias conciliatórias pelas possibilidades nelas inerentes de alcançar uma solução que não visasse apenas a decidir sobre o conflito, de modo autoritário, mas que se preocupasse com a questão social, mais ampla do que aquela levada aos tribunais, permitindo chegar mais perto da pacificação social.”⁷¹

⁷⁰ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.09-17.

⁷¹ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.10.

Com isso estava se resgatando, não somente a imagem do poder judiciário, como também a função de atuação do juiz, a importância do papel da vítima, tornando o processo mais simples, desburocratizando e agilizando todo o rito; enfim a justiça consensual estava sendo empregada, ou ao menos introduzida para a solução dos casos penais.

Assim é que, para atender aos clamores sociais, no âmbito civil, foi editada a lei nº.7.244/84, criando os Juizados de Pequenas Causas, visando a assegurar, na prática, a tão esperada solução diferenciada dos conflitos menores. No entanto, tal lei não conseguiu acabar com tais problemas.

Preceitua o artigo 98, inciso I, da Constituição da República pátria, *in verbis*:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados, criarão: 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 de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento por turmas de juízes de primeiro grau.

Referido preceito constitucional foi regulamentado, em 26 de setembro de 1995, através da lei nº 9.099, que dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais. Dentre suas disposições finais, a lei 9.099/95 determinou prazo de 06 (seis) meses para a instalação do Sistema dos Juizados Especiais, a serem instituídos por Lei Estadual.

Assim, os Estados do Mato Grosso do Sul (em 1990, através da Lei Estadual nº.1.710) e do Mato Grosso (em 1993, através da Lei nº. 6.176), foram os pioneiros na regulamentação do art.98 do texto constitucional da CR/88. A estes Estados, depois, juntou-se o Estado da Paraíba.

Em Santa Catarina, a Lei nº.8.151/90, posteriormente revogada pela Lei Complementar nº.77/93, e no Rio Grande do Sul a Lei nº.9.442/91.

No Estado de Minas Gerais, a Lei Complementar nº.40, de 24 de novembro de 1995, decretou a instalação de seus juizados especiais, em consonância com a lei nº9.099/95.

Com este fato gerou-se intensa polêmica sobre a constitucionalidade das Leis Estaduais. Enquanto alguns defendiam a necessidade de promulgação da lei federal, para a regulamentação da norma constitucional, como Ada Pellegrini GRINOVER⁷², outros, como Luiz Flávio Gomes, aplaudiam a adoção de iniciativas que implementavam no país a política da oralidade, da celeridade e proclamavam inútil a discussão acerca da constitucionalidade da iniciativa destes Estados.

Para dar cumprimento à norma Constitucional, era necessária, antes de qualquer coisa, a promulgação de lei federal. Com efeito, o próprio dispositivo refere-se à lei, que deve ser federal, porquanto só à União caber legislar em matéria processual (art.22, I, CR) e seria indubitavelmente de natureza material a norma de competência a transação e regularia seus efeitos penais.

Ada Pellegrini GRINOVER⁷³ aponta que, em segundo lugar, a União continua detendo a competência privativa para legislar sobre as leis processuais (art.22, I, CR), exceção feita às de procedimento, que são da competência concorrente da União e dos Estados (art.24, XI, da CR).

E ainda que se entendesse que as infrações penais de menor potencial ofensivo, reguladas no art.98, I, da CR, são as mesmas pequenas causas a que se refere o art.24, X da CR, a atribuição constitucional da competência concorrente à União autorizaria, e recomendaria mesmo que a lei federal estabelecesse as regras gerais de processo e procedimento para a conciliação, julgamento e execução das referidas infrações.

⁷² GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.11.

⁷³ Id.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha por fim decidido que a criação dos Juizados Especiais Criminais pelos Estados dependia de lei federal, decretando a inconstitucionalidade da lei estadual que outorgasse competência penal a juizados especiais, a iniciativa dos Estados acabou se efetivando, cumprindo seu papel, sobrevivendo à edição da lei federal.

O anteprojeto que resultou na Lei Federal respectiva nasceu de várias propostas de juristas e juízes, as quais foram apresentadas a um grupo de trabalho específico, que qual elaborou um substitutivo, com sugestões de representantes de todas as classes jurídicas, resultando o projeto de lei 1.480/89.

Apesar de apontado que depois de juntarem os anteprojetos e que a proposta final foi elaborada depois das sugestões dos representantes de todas as classes jurídicas, existe voz ao contrário, como Jacinto Nelson em seu manifesto⁷⁴, indicando a pressa em fazer a lei, sem ouvir a todos, o povo, a sociedade e, principalmente, sem um amplo debate jurídico.

O deputado Ibrahim Abi-Ackel, relator de todas as propostas na Comissão de Constituição e Justiça na Câmara, selecionou, para o âmbito penal, o projeto do deputado Michel Temer, e para o civil, o projeto do deputado Nelson Jobim, unificando os dois num substitutivo que, depois de tramitar no Senado Federal e sofrer drástica redução, foi retomado na Câmara e aprovado definitivamente, transformando-se na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Nesse contexto, Ada Pellegrini GRINOVER⁷⁵ diz que o legislador brasileiro, procurando dar maior eficácia e celeridade ao processo de menor complexidade e acabar com a morosidade no judiciário, promulgou a Lei Federal citada, em 26 de setembro de

⁷⁴ COUTINHO, **Manifesto contra...**, p.3-14.

⁷⁵ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.13.

1995, visando regulamentar a determinação constitucional estatuída no artigo 98, instituindo um novo sistema de aplicação da justiça, com a criação de órgãos próprios, separados da justiça comum, dispondo de um procedimento específico e estabelecendo um rol de princípios norteadores (princípios da oralidade, celeridade e informalidade, economia processual e simplicidade) do processo perante o juizado.

A nova lei possui a primeira parte dedicada às demandas de caráter cível e a segunda de ordem criminal.

Algumas mudanças processuais em relação aos Juizados Especiais estão fixadas na parte criminal como a eliminação do inquérito policial, dando ênfase a um termo circunstanciado de ocorrência lavrado pela autoridade policial; possibilidade de apenas dois recursos das decisões proferidas: apelação da decisão que rejeitar denúncia ou queixa e de embargos de declaração.

Sabe-se que na prática, passados 10 anos, o que se tem é um total desvirtuamento das pretensões iniciais, com perda de garantias constitucionais.

Para Ada Pellegrini GRINOVER⁷⁶ o novo modelo inseriu novo paradigma da justiça criminal, mudando a mentalidade punitiva clássica e criando institutos de natureza marcadamente despenalizadora, em número de quatro: a) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art.74 parágrafo único), b) não havendo composição civil ou tratando-se de ação penal incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa, restritiva ou multa art.76; c) as lesões corporais simples e as lesões corporais culposas passam a requerer representação; d) os crimes cuja pena mínima não sejam superiores a um ano permitem a suspensão condicional do processo art. 89).

⁷⁶ Ibid., p.15.

Com essas alterações, queria-se ampliar sensivelmente o acesso à justiça, marcando o início de uma nova era (ou ao menos deveria marcar), a qual agoniza há décadas e torna-se incontestável a revolução causada (reengenharia ou retrocesso?), dos problemas atuais que vem sofrendo para não tornar ineficiente e morosa como já é há bastante tempo a nossa justiça comum.

A competência criminal (que é a que aqui interessa), já constava do artigo 98, *caput*, I, da CR/88.

Com efeito, a regra constitucional define as infrações de menor potencial ofensivo, que vêm a ser aquelas de menor gravidade, resultando em danos de aparente pouco custo para a vítima. O artigo 61, da lei nº 9.099/95, restringiu tais infrações às contravenções penais e os crimes em que a lei comine pena inferior a um ano, exceto os casos em que a lei previsse procedimento especial.

Um problema bastante discutido pelos operadores e doutrinadores foi a ampliação ou não do conceito de menor potencial ofensivo. É que a lei nº. 10.259/01 estabeleceu no parágrafo único do artigo 2º a seguinte menção: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos dessa lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 dois anos ou multa”*.

Deu-se assim, margem à discussão no plano doutrinário e jurisprudencial.

De um lado, vários juristas passaram a sustentar que a lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal não ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo e, por outro lado, não faltaram aqueles que passaram a sustentar que a nova definição legal, por ser ampliativa e, portanto, mais benéfica, deveria se estender a toda e qualquer infração, fosse ela ajustada ao âmbito de competência da Justiça Estadual ou Federal. O argumento de base foi o princípio

* BRASIL. Lei 10.259/01 e artigo 5º CR/88

constitucional da isonomia ou igualdade, encontrado no artigo 5º *caput* da Constituição República:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes [...] ⁷⁷

Tal entendimento acabou encampado pelos tribunais e, hoje, a jurisprudência é no sentido de que a lei nº 10.259/01, em seu artigo 2º, parágrafo único, alterou o sentido de infração de menor potencial ofensivo de 1 (hum) para 2 (dois) anos, ampliando o limite de pena máxima previsto para incidência do instituto da transação penal.

Os Juizados foram concebidos como meio de ampliar o acesso ao Poder Judiciário, estimulando a busca pela justiça. Na visão de Fátima Nancy ANDRIGHI ⁷⁸ “a nova mentalidade tem como meta principal a simplificação do processo, ensejando como consequência a celeridade da marcha das ações, a brevidade na conclusão das causas”.

Ainda para Fátima Nancy ANDRIGHI ⁷⁹, o sucesso desse importante ordenamento processual é necessita desregrar, desformalizar, simplificar, desburocratizar (sem perder de vista os princípios constitucionais assegurados aos envolvidos na ação), modernizando conceitos e institutos, que devem ser adaptados à exigência de celeridade imposta pelos fatos sociais da vida moderna, dando assim, maior rapidez nas decisões.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

⁷⁸ ANDRIGHI, F. N. **Juizados especiais criminais: comentários à lei federal n. 9099/95**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.19-20.

⁷⁹ ANDRIGHI, op. cit., p.21.

No tocante às finalidades e objetivos, além daqueles genéricos da conciliação e da transação, ainda são objetivos primordiais dos juizados especiais a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Para Maria Lúcia KARAN⁸⁰, a transação penal e em suma os juizados especiais criminais a introdução da consentida submissão à pena no ordenamento jurídico brasileiro, são importantes, pois a Constituição Federal com a inclusão do artigo 98 já citado teria aberto caminho para a concretização da tendência globalizada de se punir em procedimentos abreviados, expandindo a rede de controle social formal por meio dele exercido, favorecendo assim a assinalada ampliação do poder do Estado de punir.

De início se pensava na introdução de abertura da sociedade, criando espaço no poder judiciário para a conciliação e para a integração dos juizados especiais por juízes togados ao lado de juízes togados e leigos e que muita das vezes tais tendências se viram frustradas.

Na verdade, limitou-se a atuação dos leigos com a supervisão dos juízes togados, não lhes sendo conferido o exercício da jurisdição, fato este não alterado pela lei dos juizados especiais federais.

Com isso, os juizados se concentraram na implantação de inovações criadoras do chamado processo novo que, seguindo a linha dos antecedentes juizados de pequenas causas, têm como caminho orientador as idéias de desburocratizar, abreviando e simplificando procedimentos, de romper com as formalidades e exigências.

Percebe-se que, de fato, o Juizado Especial Criminal, inspirado nos modernos sistemas de administração de conflitos, não se acomodou, não se ajustou perfeitamente aos moldes do direito e da sociedade brasileira, pois existem várias percepções de

⁸⁰ KARAN, **Juizados especiais...**, p.34-37.

direito divergentes com essa doutrina importada, principalmente em relação aos princípios inerentes à tradição inquisitorial do processo penal brasileiro, que ainda estão interiorizados na doutrina e no dia a dia da justiça nacional e no pensamento dos operadores jurídicos⁸¹.

Ou seja, apesar do pensamento deste modelo de justiça ser o da rapidez na solução dos casos penais, respeitando as garantias constitucionais, nota-se que a tradição inquisitorial permanece presente na aplicação da lei, além das leis e que eles são um fracasso completo porque alguns abnegados tem feito o possível e o impossível para lhes dar algum sentido positivo e democrático.

⁸¹ AMORIM, op. cit., p.62.

3 DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO

3.1 Princípio da legalidade

Após a análise referente à questão da crise da justiça criminal, suas vertentes do ângulo conflituoso e da possibilidade de uma nova forma na solução dos conflitos com o consenso, bem como a introdução em nosso sistema penal e processual penal do Juizado Especial, faz-se necessário traçar algumas linhas sobre os princípios que regem a ação penal, a qual será utilizada para que o Estado possa chegar ao processo e ao final, se for o caso inserir o *jus puniendi* àquele passível de receber a sanção.

Como preleciona Jorge de MIRANDA⁸²

O direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultada de vigência simultânea, é coerência, ou, talvez, mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentimentos, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.

Ou seja, os princípios não se colocam acima, nem abaixo do direito posto e sim fazem partes do complexo ordenamental, não se reduzindo ao texto da lei em que são proclamados ou não, mas são anteriores.

Como ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁸³, o estudo dos princípios é elementar para quem quer ter a base teórica para compreender o Direito Processual Penal.

⁸² MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional: preliminares e o Estado e os sistemas constitucionais**. Coimbra: Ed.Coimbra, 1990. Tomo I, p.18.

⁸³ COUTINHO, **Introdução aos princípios...**, p.1.

Acrescenta ainda que se pode pensar em princípio como início, origem, causa, gênese, mas em se tratando de processo penal é conveniente que se pense como motivo conceitual sobre o qual se funda a teoria geral do processo penal, podendo ou não estar positivado, inserido ou não na lei.

Traz ainda que “o papel dos princípios, portanto, transcende a mera análise que se acostumou fazer nas faculdades, pressupondo-se um conhecimento que se não tem, de regra; e a categoria acaba solta, desgarrada, com uma característica, mas, não raro, não tem preciso o seu sentido, o que dificulta sobremaneira o manejo.”⁸⁴

Tratando-se de justiça consensual, de juizado especial e seu maior questionamento, a transação penal, mister se faz tratar de alguns princípios específicos, dentre eles os da ação penal e em particular e *ab initio* o princípio da legalidade.

Antes de tudo isso se verifica que a ação é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um caso penal; direito mantido pela atual Constituição, como direito público subjetivo do cidadão, emanado do “*status civitatis*”, que dispõe em seu artigo 5º, inciso XXX, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em relação ao processo penal, obriga o Estado a comparecer perante o Estado-Juiz propondo a ação penal para que seja ele realizado. A ação é, pois, um direito de natureza pública que pertence ao indivíduo, como pessoa, e ao próprio Estado, enquanto administração perante os órgãos destinados a tal fim⁸⁵.

⁸⁴ COUTINHO, **Introdução aos princípios...**, p.3.

⁸⁵ MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 13.ed. São Paulo : Atlas, 2002. p.100.

Tal direito de ação é autônomo, abstrato, instrumental, específico, determinado, subjetivo e público. Além disso, a ação tem condições mínimas para prosperar, como tipicidade objetiva; punibilidade concreta; legitimidade da parte e justa causa⁸⁶.

A regra da obrigatoriedade, como decorrência da legalidade, apresenta-se, na atualidade, em quase todos os Estados modernos⁸⁷.

Quanto a isso na obra de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁸⁸, prefaciado por Luiz Alberto MACHADO, afirma que-se:

O processo penal diz com direitos e garantias individuais, sacrais para o Estado e indisponíveis, ainda que inexercitadas, pelo cidadão; daí, não se pode pressupor a validade de um denúncia, ou queixa-crime, sem um mínimo de vislumbre da concretude do direito material do reconhecimento que se busca. Cheguei a entender sem muita preocupação com a ciência processual, que o processo penal só se compatibiliza com uma teoria concreta da ação, a fim de se poder compreender a possibilidade, ainda que a posterior, de responsabilidade do agente do Ministério Público que atuasse com abuso de poder e ou autoridade.

Acentua ainda na mesma obra citada⁸⁹ que a jurisdição perante a democracia só poderá ser exercida quando provocada pela ação que seria um direito para o órgão acusador; bem como um dever, e quando os requisitos legais estiverem presentes, obtendo a tutela jurisdicional; tratando de um direito público do Ministério Público, porque será sempre dirigido ao Estado-Jurisdição, pois na verdade age em nome da sociedade, sem nenhum outro motivo; político por exemplo.

Para Afrânio Silva JARDIM⁹⁰, a norma penal incriminadora cria para o seu destinatário o dever genérico de praticar ou não determinada conduta, gerando o poder de polícia para impedir novas infrações penais e punir aquelas já transcorridas.

⁸⁶ COUTINHO, **A lide e...**, p. 145.

⁸⁷ SOUZA NETTO, op. cit., p.23.

⁸⁸ COUTINHO, **A lide e...**, p.XI.

⁸⁹ Ibid., p. XI e ss.

⁹⁰ JARDIM, **Direito processual...**, p.34.

A rigor não existiria o *ius puniendi* (rectius direito de punir) do Estado. Este surge com o cometimento de uma infração penal punível.

Acrescenta ainda que o chamado princípio da legalidade encontra terreno fértil no Estado de Direito. Foi cunhado dentro de uma visão restritiva do poder estatal, até então absoluto, sem limite senão o estipulado pelo próprio soberano. O movimento constitucionalista possibilitou a concretização do princípio da legalidade.

O direito de punir do Estado exige a subordinação do interesse do autor do fato criminoso ao interesse próprio, ao que se denomina pretensão punitiva. E como em qualquer ação o Estado-Administração, ao ingressar em juízo, exerce o direito de ação para obter do Estado-Juiz, não a condenação do réu, e sim, um julgamento do caso penal.

Tratando da titularidade e dos princípios, o Ministério Público é o dono (*dominus litis*) da ação penal pública. É o órgão do Estado-Administração, representado por promotores, procuradores de justiça e procurados da república, que pedem a providência jurisdicional de aplicação da lei penal, exercendo o que se denomina de ação penal. A titularidade é decorrente do princípio da oficialidade (artigos 129 I, da CR, 100 do CP e art 24, do CPP), nos casos de crimes públicos.

Em se tratando de juizado especial, a ação penal é de suma importância para se poder definir se o autor do fato terá direito à composição cível, ficando livre da suposta ação penal ou não, e, além disso, em quais situações poderão os que sofreram a lesão ao objeto jurídico tutelado, deixar de exercer um eventual direito subjetivo daí decorrente.

Afirma Afrânio Silva JARDIM⁹¹ que o órgão do Ministério Público na ação penal pública, está submetido ao princípio da obrigatoriedade ou da legalidade (necessidade). Não fica a seu arbítrio ou descricionarietà mover ou não a ação penal.

⁹¹ JARDIM, **Direito processual...**, p.36.

Existindo elementos que indiquem a presença das condições necessárias, é ele obrigado a promover a ação penal. Tanto se presume verdadeira tal afirmação que no artigo 24 do código de processo penal encontramos que a ação “será promovida” pelo Ministério Público.

Tal princípio se assegura no pensamento de que é indispensável que os delitos não fiquem impunes (*nec delict meneant impunita*). Após a ocorrência da infração penal é necessário que o Estado promova a ação penal, sem que se conceda aos órgãos encarregados da persecução criminal poderes discricionários, para apreciar a conveniência ou oportunidade de apresentar sua pretensão punitiva ao Estado-Juiz.

A obrigatoriedade da ação penal visa, essencialmente, garantir a existência do processo legal, pois havendo as condições exigidas em lei, teoricamente a segurança e reintegração à ordem jurídica estarão asseguradas.

Leciona Jorge de Figueiredo DIAS⁹² “com o princípio da persecução oficiosa visa o Estado corresponder ao seu dever de administração e realização da justiça penal, obtendo a condenação judicial de todos os culpados e só dos culpados da prática de uma infração”.

Jorge de Figueiredo DIAS⁹³ nos alerta ainda que não há lugar para qualquer juízo de oportunidade sobre a promoção e prossecução do processo penal, mas enfatiza que dentre as condições deverá haver a existência de indícios suficientes ou prova bastante que fundamentem a acusação.

Na lição de Afrânio Silva JARDIM⁹⁴, melhor denominar o princípio somente de legalidade, pois torna mais claro que o dever legal de o Ministério Público exercitar a

⁹² DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974. p. 126-127.

⁹³ *Ibid.*, p.129.

⁹⁴ JARDIM, A. S. **Ação penal pública: princípios da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.36.

ação é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, e que numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito.

É ainda Afrânio Silva Jardim que salienta que há exigências para que o Ministério Público possa ingressar com ação; exigências além da já apontadas, acrescenta à justa causa, que seria um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo á acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado. Tal arrimo é fornecido pela investigação, ou qualquer outra peça que deve acompanhar a acusação.

A obrigatoriedade de propor a ação penal, no entanto, não impede que o órgão do Ministério Público e titular da ação penal, e nada é mais justo e correto que após a colheita de provas perceba que o autor é inocente, e opine pela sua absolvição, e com isso não estará em nenhum momento violando o princípio da legalidade, muito pelo contrário, estará respeitando-o no seu sentido mais amplo.

Mas durante o curso do processo não pode o órgão ministerial dispor do conteúdo dele, em face ao princípio da indisponibilidade.

Afrânio Silva JARDIM⁹⁵ ainda acrescenta que “é princípio assente no Direito que a ninguém é dado dispor do que não lhe pertence, mormente em se tratando de valores sociais absolutamente relevantes”.

É isso, irremediavelmente, o que acontece com o órgão do Ministério Público quando se tem o fato típico e todos os outros pressupostos e condições da ação exigidas legalmente, dentro de um Estado de Direito.

Mas Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁹⁶ aponta que a indisponibilidade não é total, haja vista que o princípio se refere ao processo e não à ação, lembrando a

⁹⁵ JARDIM, **Ação penal...**, p.50.

possibilidade do promotor que não recorre da sentença absolutória em processo instaurado em ação penal pública, sendo certo que da sentença ao trânsito em julgado há processo, e conseqüentemente, conteúdo.

O princípio da legalidade representaria uma garantia, ao menos formal, de que os órgãos públicos atuarão em todos os casos em que o monopólio da ação penal é do Estado, tornado efetivo o princípio da igualdade, sendo conseqüência direta de haver o Estado assumido o monopólio do *jus puniendi*.

A separação entre as funções de julgar e acusar, tida como um dos cânones máximos do sistema acusatório, não foi prevista dentre os direitos e garantias individuais que constituem cláusulas intocáveis, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, da Constitucional da República. Contudo, o inciso I, do artigo 129*, adotou expressamente a fórmula do sistema acusatório, ao determinar que constitui uma as funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Na visão de Fauzi Hassan CHOUKR⁹⁷, “A titularidade da ação penal pública, exclusivamente reservada hoje ao Ministério Público, assim apresentada aparece apenas como uma garantia corporativa da instituição, quando, na verdade, deve ser encarada como uma garantia da sociedade na concepção de um modelo acusatório para o processo penal, vindo a seu lado a idéia de uma polícia controlada externamente por aquele, e tendo como papel fundamental o auxílio a persecução penal”.

A priori não deveria haver qualquer tipo de conotação política referente ao exercício da ação. Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁹⁸ chama a atenção para o

⁹⁶ COUTINHO, **A lide e o conteúdo...**, p.130-131.

* Artigo 129 da CR: “São funções institucionais do Ministério Público: I- promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

⁹⁷ CHOUKR, F. H. **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Ága Júris, 2000. p.393.

⁹⁸ COUTINHO, **Introdução aos princípios...**, p.23.

que ocorria antes da vigência da Constituição República de 1988, em relação ao art.28* do código de processo penal, quando o juiz, ao controlar o exercício de ação, remetia ao procurador-geral e esta dava a decisão final em relação ao direito de ação. Sendo que este à época era nomeado pelo governador, então o interesse político voltaria à tona.

O princípio da obrigatoriedade ou legalidade é apontado quando se quer aludir à atuação do órgão ministerial, contudo alerta José Antonio Paganella BOSCHI⁹⁹ que o citado princípio vai mais além, pois é mais amplo e elástico, e pauta, em verdade, a ação de todos os funcionários estatais (policiais, não policiais e jurisdicionais) envolvidos com a persecução penal.

Como o juiz deveria ficar longe da atividade acusatória, a criação do mecanismo (Ministério Público) foi um achado, pois o faz de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas, sem comprometer a neutralidade judicial.

Quanto a isso, Afrânio Silva JARDIM¹⁰⁰ assinala que “a simples demonstração, através do processo, da procedência da pretensão punitiva não satisfaz, plenamente aos anseios do Estado de Direito. É também necessário estruturar toda a atividade empreendida no processo, de modo que tal demonstração, a par de corresponder à realidade, não sacrifique os direitos outorgados ao réu, enquanto pessoa humana a ser político (cidadania)”.

* Artigo 28 do código de processo penal: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

⁹⁹ BOSCHI, J. A. P. Princípios informativos da ação penal. In: WUNDERLICH, A.; GRINOVER, A. P. et al (Org.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.177.

¹⁰⁰ JARDIM, A. **Ação penal...**, p.23.

Para Jose Antonio Paganella BOSCHI¹⁰¹, “os esforços devem ser dirigidos para adaptar-se o sistema legal ao texto e aos princípios constitucionais e não para se adaptar a Constituição e seus princípios às leis ordinárias, o que representaria inadmissível inversão de postura e de procedimento”.

3.2 Princípio da oportunidade

Algo completamente distinto, por seu turno, é o principio da oportunidade em relação à provocação da prestação jurisdicional via ação penal.

Neste caso não haverá o poder-dever, a obrigatoriedade, do órgão ministerial em oferecer a peça acusatória contra quem cometeu um ilícito penal. Tal princípio, também chamado de principio da discricionariedade, opõe-se a ao princípio da legalidade (o qual possui uma linha mais vinculadora), pois há certos fatos definidos penalmente como crimes cujos efeitos atingem mais intensamente a vítima e só indireta ou reflexamente a sociedade como um todo.

Para resguardar os interesses da vítima, o legislador, em casos específicos, como na calúnia (art.138 do CPB), reservou-lhe, então, o direito de analisar a conveniência ou oportunidade da propositura ou não da demanda, mediante queixa; e mesmo assim podendo desistir em casos como conceder o perdão ao acusado, deixar de comparecer a atos processuais, deixar de formular pedido de condenação, dentre outros.

Enfatiza José Antônio Paganella BOSCHI¹⁰² “os que defendem a substituição do princípio da obrigatoriedade pelo da oportunidade da ação penal pública aduzem que este último contraria a razão de ser do processo penal e, em especial desconsidera a real

¹⁰¹ BOSCHI, op. cit., p.172-178.

¹⁰² Ibid., p.180.

função da instituição do Ministério Público, que, em qualquer circunstância, atua sempre como fiscal da lei, exercendo uma atividade marcante, que não pode ser esquecida, já que, ao acusar, em face de suas características singulares, assim o faz visando a distribuição da justiça e não a condenação a qualquer preço”.

Para Ada Pellegrini GRINOVER¹⁰³ o Ministério Público realmente pode dispor da persecução penal projetada pela lei, para adotar uma via alternativa. Mas não pode deixar de agir por razões de oportunidade, pois presentes os requisitos legais deve atuar em favor da via alternativa eleita pelo legislador. Acrescenta, ainda, que está vedada ao órgão acusador qualquer alternativa que extrapole os limites da discricionariedade regrada, dentre elas a de invocar argumentos políticos ou de conveniência social para deixar de intentar a persecução criminal.

Como frisou Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO¹⁰⁴ “de regra os países do Common Law e os influenciados diretamente por ele tendem para a oportunidade, ao passo que os países de traço germano-romanísticos via de regra adotam o princípio da obrigatoriedade”.

Ademais, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assegura que deve haver um juízo de admissibilidade, e que o interesse público deve estar em primeiro lugar, mesmo quando se fala em princípio da legalidade/obrigatoriedade.

A estrutura da ação, no nosso processo penal, conhece também o princípio da conveniência ou oportunidade. É ele que rege o seu exercício nos casos de ação de iniciativa privada, razão por que se deixa a pessoa que sofre o ataque ao bem jurídico tutelado, o ofendido ou o seu representante legal, a decisão de exercitá-la ou não, de acordo com o que lhe for mais conveniente.

¹⁰³ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.193.

¹⁰⁴ COUTINHO, **Introdução aos princípios...**, p.23.

Na verdade não existe nenhuma definição legal do princípio da oportunidade, sendo concebido como exceção ao princípio da obrigatoriedade, pois os interesses aqui são de cunho particular e o código penal determina que somente se procedera mediante queixa.

Como ressalta José Laurindo de SOUZA NETTO¹⁰⁵, com as novas tendências da política criminal e as atuais posições concernentes à finalidade da pena (teoria da defesa social) surge a necessidade de adequar o princípio da legalidade (de cunho filosófico-cultural, com concepção do direito penal como visando, em absoluto, o castigo), a uma nova concepção. Isto aponta o surgimento de um interesse contraposto ao da persecução penal, e assim, exige uma discricionariedade e suavização na obrigação de acusar.

O dogma da obrigatoriedade é abalado quando se analisa a chamada “cifra negra”, onde pouquíssimos dos casos ocorridos são levados ao conhecimento das autoridades ou do Estado por parte das vítimas, levando os operadores a repensar o princípio da legalidade, pois tal princípio não é aplicado integralmente e nem há condições para fazê-lo sem desgastes.

Para Maurício Antônio Ribeiro LOPES e Joel Dias FIGUEIRA JUNIOR¹⁰⁶, o modelo processual penal clássico da América Latina sempre atendeu o rigorismo do princípio da legalidade, sem exceções, bem como a doutrina fez sua defesa sem precedentes, apesar de alguma demonstração especulativa.

Para Antônio Ribeiro LOPES e Joel Dias FIGUEIRA JUNIOR¹⁰⁷, “ainda que pareça uma discussão bizantina acerca de detalhes terminológicos, não me parece que

¹⁰⁵ SOUZA NETTO, op. cit., p.30.

¹⁰⁶ LOPES, M. A. R.; FIGUEIRA JUNIOR, J. D. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**: lei n.º 9.099/95. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1996. p.355.

¹⁰⁷ Id.

na sistemática propriamente do Juizado Especial Criminal tenha havido a quebra do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao contrario do que vem sendo propalado a voz corrente”.

Ou seja, com a introdução da transação penal, em face da lei dos juizados especiais criminais, verifica-se para muitos que o princípio da obrigatoriedade foi sobrepujado pelo chamado princípio da discricionariedade regrada, pois se faltarem requisitos, os quais estão presentes na lei em seu artigo 76, §2º (requisitos que apontam que não será admitida a proposta se ficar comprovado que o autor da infração tenha sido condenado, pela prática de crime à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; se o agente for beneficiado nos últimos cinco anos pela aplicação de penas alternativas e por derradeiro se os antecedentes, a conduta social e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida); o Ministério Público não poderá oferecer a transação e deverá denunciar oralmente; ou mais, mesmo como a oferta da transação pode o autor rejeitá-la e, ainda assim, como rege o procedimento, haverá a peça acusatória .

Salienta-se que o Ministério Público não tem total independência para propor ou não a transação, pois deve respeitar as condições impostas pela lei, e, por isso, fala-se tanto em discricionariedade regrada.

Tal discricionariedade regrada presente nos Juizados, ao contrário da discricionariedade regulada, constitui resposta do legislador à idéia de que o Estado moderno não pode nem deve perseguir penalmente toda e qualquer violação, sem se admitir, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais que devem ensejar uma punição mais severa por parte do Estado.

Não se trataria, assim, em nenhuma hipótese da vontade pura e simples do acusador, de afirmar qualquer acordo com o autor da infração de menor potencial ofensivo, pois a intenção é substituir os mecanismos informais de seleção de casos,

introduzindo em seu lugar critérios transparentes, racionais e congruentes, que levem a pacificação social.

Chama a atenção Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO¹⁰⁸: “é necessário todavia pôr em relevo que o circuito de adequação dos procedimentos não é o produto direto das mudanças do eixo do processo penal: verdade contingente e histórica a produzida pela atividade das partes versus verdade consensual oriunda da atividade das partes em relação à imputação”.

O acusado só tem duas alternativas, aceitar a transação ou correr os riscos do processo.

Afrânio Silva JARDIM¹⁰⁹ discorda que fora introduzido na legislação, como a corrente, majoritária afirma, que a lei nº9099/95 mitigou o princípio da legalidade, não aceitando dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o princípio da discricionariedade regulada ou controlada.

Afirma que cabe ao Ministério Público apresentar em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art 76 da lei nº9099/95, está exercendo a ação penal, pois deverá fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do autor.

Entendendo o fenômeno processual desta forma, fica fácil, segundo Afrânio Silva JARDIM¹¹⁰, compreender como o juiz está autorizado a aplicar a pena aceita pelo autor. Não há violação de princípios. Existe ação penal, jurisdição e processo. Este é o devido processo legal. Adverte ainda que é preciso interpretar a lei nº9099/95 dentre dos

¹⁰⁸ PRADO, G. M. Justiça penal consensual. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.88.

¹⁰⁹ JARDIM, **Direito processual...**, p.132.

¹¹⁰ JARDIM, **Direito processual...**, p.134.

postulados dos princípios que informam o nosso sistema processual acusatório e não como desejaríamos que o legislador tivesse dito.

Já no entender de Mauricio Ribeiro LOPES¹¹¹, “há uma mitigação do princípio da indisponibilidade do processo, mas esta é rigorosamente controlada pela atividade jurisdicional. O exercício da ação penal não é facultativo ao órgão acusador; apenas pode existir uma disponibilidade da prática de atos de instrução de exercitado o direito de ação, o que é diverso”.

Os defensores do princípio da oportunidade costumam apóia-lo no interesse social e utilidade pública, pois sua adoção pode trazer a possibilidade de estimular a rápida reparação à vítima, além de evitar o efeito nefasto das penas privativas ao autor do fato, agravando ainda mais o sistema prisional já falido.

Aponta Jorge de Figueiredo DIAS¹¹², “que o princípio da oportunidade significa o reconhecimento das incapacidade do legislador penal para adequar asa condutas típicas às reais necessidades da coletividade e que tal princípio não deixou de ser olhado com uma certa simpatia, apesar de que quando elevado a princípio geral do processo levaria a um risco, por causa de experiências totalitárias.”

Baseando-se ainda de Jorge de FIGUEIREDO¹¹³, temos que a ação penal privada e condicionada à representação estaria inserida no princípio da oportunidade, embora não se possa negar a discricionariedade, na decisão de exercer ou não a ação penal; não pode ver nitidamente o princípio da oportunidade, que se dirige especificamente àqueles órgãos públicos.

¹¹¹ LOPES, *Comentários à lei...*, p.356.

¹¹² DIAS, *op. cit.*, p.129-130.

¹¹³ *Ibid*, p.132.

3.3 Descriminalização e despenalização

Como assinala Maria da Conceição Ferreira da CUNHA¹¹⁴ “os valores essenciais para o homem (e são estes de que o Direito Penal se ocupa), podendo embora apresentar algo de comum, não há dúvida de que se variam com o tempo e o lugar, assim terá de ser, necessariamente, histórico-espacialmente situado”.

Ou seja, o tipo de criminalidade modifica-se no espaço e no tempo, em qualidade e em quantidade, e tal fato se dá pela configuração das modalidades e das formas sociais e estruturais. Vivemos hoje na era da globalização, onde o tempo corre muito rápido e junto com eles os comportamentos correm, o risco de serem normatizados como tipo penal.

Assinala Luigi FERRAJOLI¹¹⁵, que se no plano jurídico-político foi-se sedimentando o modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, no âmbito econômico foi-se consolidando o fenômeno denominado globalização.

Este também é o entendimento de Luiz Flávio GOMES e Alice BIANCHINI¹¹⁶, pois ainda que não seja muito corrente fazer referência a uma específica política-criminal da era da globalização, não se pode negar a influência do mencionado fenômeno em seus diversos matizes: globalização econômica, social, cultural, comunicacional, bem como as relações com o sistema do Direito penal.

E entre as tendências do direito penal da globalização e novas transformações do Direito criminal tradicional tem-se a descriminalização dos crimes anti-globalização, pois se a tendência é a livre circulação de pessoas, mercadorias e capital, alguns

¹¹⁴ CUNHA, M. da C. F. da. **Constituição e crime, uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto:Ed. Católica Portuguesa, 1995. p.15.

¹¹⁵ FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo:RT, 2002. p.19.

¹¹⁶ GOMES; BIANCHINI, op. cit., p.16.

comportamentos são tidos como criminosos, por configurar exemplos de arqueologia jurídica, como por exemplo, o crime de descaminho¹¹⁷.

Luiz Flavio GOMES e Alice BIANCHINI¹¹⁸ apontam ainda as outras tendências do direito penal como a globalização da política criminal; globalização da cooperação policial e judicial e a globalização da justiça criminal.

Quanto às transformações do direito criminal, estão relacionadas com a globalização dos crimes e dos criminosos; globalização dos bens jurídicos, globalização das vítimas, globalização da explosão carcerária e por último o agravamento incessante da hipertrofia do direito penal.

Com efeito, informa Salo de CARVALHO¹¹⁹ que com o advento do Estado intervencionista o direito penal vislumbrou a autonomização científica da criminologia, e assistiu também ao espantoso processo de formulação legislativa e acrescenta: “percebe-se que o direito penal atual, devido ao processo de alta demanda criminalizadora, fruto do ingresso de novas formas de violação aos bens jurídicos (conflitos coletivos e transindividuais), padece de uma inflação legislativa e resulta na perda dos limites substanciais entre ilícitos penais e administrativos”.¹²⁰

Tem-se assim, um alargamento do campo de incidência do direito penal, o chamado processo de inflação penal, em que quase tudo, acaba por ser protegido por ele enquanto direito posto e conseqüentemente sujeito às penas a ele correspondente.

Para Raúl CERVINI¹²¹ de nada adiantaria analisar a crise que vive a justiça criminal atual, porque que um dos pilares dela supostamente estaria na criminalização de crimes bagatelares, ou de comportamentos que não deveriam ser punidos ou que

¹¹⁷ GOMES; BIANCHINI, op. cit., p.19.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ CARVALHO, **Pena e...**, p.82.

¹²⁰ Ibid., p.83.

¹²¹ CERVINI, R. **Os Processos de descriminalização**. São Paulo: RT, 2002. passim.

deveriam ser punidos com outro tipo de punição; ou criando novos tipos penais, ou ressuscitando tipos já condenados a descriminalização; em como nada adiantaria analisar os modelos de justiça tanto o clássico como o consensual e principalmente o ora em questão do juizado especial criminal, assim como o exercício da ação penal, sendo disponível ou indisponível, regradada ou não regradada, se não se discutir a questão da descriminalização e da despenalização.

Aponta Luiz Flávio Borges D'URSO¹²², que dentre muitas alternativas propostas e sugestões para o sistema penal e também para tentar suavizar ou minimizar o sistema penitenciário, caótico e falido, têm-se a alternativa de eliminação do próprio sistema penal, de toda a justiça criminal, tese esta defendida por Louk Hulsman, o qual entende que o sistema só foi concebido para fazer o mal, para distribuir a dor, com uma visão dos abolicionistas.

Entendem eles, os abolicionistas, que, abolir o sistema penal é simples, pois advogam que o desaparecimento da justiça criminal não faria falta na sociedade moderna, dando lugar a ajustes espontâneos realizados pela própria comunidade, estimulando-se o respeito mútuo e a solidariedade¹²³.

Todavia, a eliminação do sistema penal é algo inatingível, pelos menos para a maioria das sociedades contemporâneas. Luiz Flávio Borges D'URSO¹²⁴ mostra que existem outras correntes que pregam a descriminalização de alguns tipos penais, pois há incriminações que se tornaram incompatíveis com os novos estágios da civilização, alcançados com a mudança de hábitos e usos da comunidade, em determinada época.

Ao lado do princípio da legalidade, (e por ser decorrente dele), o da intervenção mínima se apresenta como pertinente ao Estado Democrático de Direito

¹²² D'URSO, op. cit., p.39.

¹²³ D'URSO, op. cit., p.40.

¹²⁴ Id.

material. Faz com que, no momento anterior a uma tradicional busca empírica para a criação ordinária dos tipos penais, diante de seus pilares de sustentação, renova-se o debate sobre a problemática relativa à função do direito penal¹²⁵.

Para Francisco de Assis TOLEDO¹²⁶, “a tarefa imediata do direito penal, e de sua natureza jurídica, resume-se, à proteção de bens jurídicos, orientado pelos critérios da subsidiariedade e da fragmentariedade, que são mais dois princípios que acabam por ser derivados do princípio da intervenção mínima”.

Tudo em defesa do cidadão; o bem jurídico atacado deve ter algum valor, não bastando que tenha sido violado para legitimar a proteção penal, pois daí sai o risco da imposição das penas e principalmente a da imposição da privação de liberdade.

Como frisou Luigi FERRAJOLI¹²⁷, “o modelo teórico minimalista caracteriza-se por dez restrições ao arbítrio legislativo ou erro judicial”.

Argumenta ainda Luigi FERRAJOLI¹²⁸, que este modelo não admite nenhuma irrogação de pena sem que tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, deduzida empiricamente por acusação de um órgão imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos pré-estabelecidos em lei.

A prisão, na visão de Cezar Roberto BITENCOURT¹²⁹, coincide com o convencimento geral, conceituada como uma exigência amarga, e sempre que possível deve ser substituída. Recomenda que a pena de privação de liberdade se limite àqueles condenados por crimes mais graves, perigosos e de difícil recuperação.

¹²⁵ AMARAL, op. cit., p.134.

¹²⁶ TOLEDO, F. de A. **Os princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.13

¹²⁷ FERRAJOLI, op.cit., p.80.

¹²⁸ Id.

¹²⁹ BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p.3.

Tudo isso porque, ao lado da miséria, a prisão é talvez a maior fraude da humanidade nestas últimas décadas e virada de milênio, pois se constatou a absoluta inviabilidade de se ressocializar o condenado dentro da prisão, isso em qualquer parte do mundo em qualquer época.

Cesare BECCARIA¹³⁰, que contribuiu sobremaneira para o processo de humanização e racionalização da pena privativa de liberdade, pois tinha uma concepção utilitarista da pena, com uma tendência empírica que dominou entre os penalistas de seu tempo; a qual considerava a pena um simples meio de atuar no jogo de motivos sensíveis que influenciavam a orientação da conduta humana.

Para Cezar Roberto BITENCOURT¹³¹ é paradoxal falar da ressocialização como objetivo da pena privativa de liberdade se não houver o controle do poder punitivo e a constante tentativa de humanizar a justiça e a pena.

Já Jeremy BENTHAM¹³², dava muita importância à prevenção especial, considerava que essa finalidade devia situar-se em segundo plano, com a finalidade de cumprir o propósito exemplificamente da pena, utilizando os termos prevenção geral e prevenção especial da pena.

O próprio Jeremy BENTHAM¹³³ em *Princípios da Moral e da Legislação* aponta os casos em que não cabe punir:

I- o objetivo geral que caracteriza todas as leis, ou que deveria caracterizá-las, consiste em aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir a felicidade, ou seja, tudo o que é pernicioso.

II- acontece, porém, que toda punição constitui um ato pernicioso, constituindo um mal por si mesmo. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade, se tal princípio tiver que ser admitido, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior.

III- é evidente, portanto, que se não deve afligir punição, ou seja quando não houver nenhum prejuízo a evitar, pelo fato de o ato em seu conjunto não ser

¹³⁰ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2000. p.42.

¹³¹ BITENCOURT, *Falência da pena...*, p.14.

¹³² BENTHAM, J.; STUART-MILL, J. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1989. p.58.

¹³³ *Ibid.*, p.59.

pernicioso; ou quando a punição for ineficaz, ou seja, quando ela não agir de maneira a evitar o prejuízo, quando for inútil ou excessivamente dispendiosa, acontecendo isto quando o prejuízo por ela produzido for maior do que o prejuízo evitado e finalmente quando for supérflua, quando o prejuízo pode ser evitado ou pode cessar por si mesmo, sem a punição.

Muitas das vezes os operadores jurídicos desavisados confundem a descriminalização de condutas com a despenalização; esta última inserida no bojo do juizado especial criminal.

Para a maioria dos autores a despenalização consiste em transferir as intervenções sobre alguns comportamentos para outras modalidades de controle social que não a justiça penal.

Por outro lado, a descriminalização é a eliminação da repressão penal em comportamentos que as coletividades atuais julgam não mais interessar ao sistema penal, nem a nenhuma outra forma de controle social.

Frisou Maurício Antônio Ribeiro LOPES¹³⁴ que a concepção material do tipo é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas, que embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos tutelado pela norma penal.

Não é demais lembrar que diversos países vêm reconhecendo a necessidade de depurar o organismo jurídico repressivo daquelas entidades típicas que podem ser melhor combatidas por outros setores do direito, ou ainda de outras disciplinas, sem o inconveniente da pena criminal.¹³⁵

René Ariel DOTTI, faz a distinção entre a descriminalização legal (relativamente rara e a qual se segue, normalmente, um reforço de incriminação) e a

¹³⁴ LOPES, *Comentários à lei...*, p.264.

¹³⁵ AMARAL, *op. cit.*, p.158.

descriminalização de fato, que resulta de insuficiência da reação social, da erosão da repressão e ou da transformação do regime de execução das penas.

Na obra de Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI¹³⁶ prefaciada por Alberto Silva Franco, enfatiza que:

O controle social penal deveria ser cercado de garantias para que a liberdade do cidadão não fosse conspurcada. Bem por isso deveria ser racional, previsível, transparente. Para tanto, necessitaria ser formal; a ‘desformalização’ não se traduz no melhor meio de solucionar os conflitos porque põe em risco as garantias do cidadão. Por outro lado, num Estado Democrático de Direito, a intervenção penal não poderia ter uma dimensão expansionista: deveria ser necessariamente mínima, expressando, apenas e exclusivamente, a idéia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da comunidade social em que está inserido”.

Em busca das penas perdidas, Eugenio Raúl ZAFFARONI¹³⁷ adverte “que é possível se postular uma intervenção penal mínima com considerável descriminalização, com redução radical da pena de prisão e com recuperação de todos os limites do chamado Direito Penal Liberal, sem nenhuma pretensão teórica de longo alcance que legitime o resto do sistema, isto é, através de um programa mínimo e transitório de caráter pragmático”.

Salienta ainda, na mesma obra, que Luigi FERRAJOLI¹³⁸ recusa a radicalização do direito penal, que parece identificar como própria do abolicionismo, afirmando que mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito mínimo como único meio de serem evitados danos maiores, como, por exemplo, a vingança privada.

Tanto a tentativa de descriminalizar como a de despenalizar visam basicamente a fuga da aplicação da lei penal quando dispensáveis, principalmente porque a prisão,

¹³⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 8.

¹³⁷ ZAFFARONI, op. cit., p.94.

¹³⁸ FERRAJOLI, op. cit., p.623.

mais do que privar o homem da liberdade, priva-o da cidadania, razão pela qual deve ser restringida e, no futuro para alguns, não haverá futuro para as prisões¹³⁹.

Assinala Maria da Conceição Ferreira da CUNHA¹⁴⁰ que o num Estado de direito formal, o Direito penal tenderá a proteger penalmente uma liberdade e uma igualdade meramente formais, enquanto nos Estados de direito material haverá a preocupação em dar um conteúdo material a estes valores.

Nesta concepção restrita, a finalidade é limitar, concretamente, o poder criminalizador. Assim, deveriam ser respeitadas todas as implicações penais da consagração constitucional de um Estado de Direito, democrático e social.

O legislador não poderia contrariar a Constituição, nem os seus princípios e valores, porque eles estariam apenas a autorizar a criminalizar a violação de bens com algum reflexo em valores constitucionais.

Com efeito, Maria da Conceição Ferreira da CUNHA¹⁴¹ mostra que em muitos casos o legislador deveria verificar a íntima relação existente entre grau de danosidade social/carência de tutela penal; provando que grande parte das condutas em relação às quais se defende o recurso a mecanismos de controle distintos do direito penal, inócuas.

Como já visto, as modernas tendências político-criminais constataam que ao lado de uma corrente abolicionista radical do Direito Penal existe uma linha moderada, que reivindica um Direito Penal mínimo, isto é, “mínima intervenção”, com máximas garantias¹⁴².

A persistência na inflação legislativa, muitas das vezes não é entendida como um erro. E tal erro não é um privilégio do Brasil, ocorre em muitos países. Resta

¹³⁹ PASSET, E. **Conversações Abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 2002. p.175.

¹⁴⁰ CUNHA, op. cit., p.130.

¹⁴¹ Id.

¹⁴² CARVALHO, **Pena e...**, p. 35.

evidente que ao legislador faltam parâmetros mínimos para ordenar sua atividade legislativa penal e, nesse passo, revela-se carecedor de pautas e de conhecimento, que lhe permitam legislar com obediência ao princípio da intervenção mínima.

Por outro lado aplica-se o princípio da intervenção mínima também à fase de execução da pena, e isso reflete na não ocorrência do princípio da proporcionalidade que deveria ser respeitado, assim como guardar o fato criminal concreto e sua respectiva consequência sancionatória.

Na verdade, o que se experimenta é uma indevida apropriação do direito penal pelo Estado, que o utiliza como poderoso instrumento de política populista, capaz de dar resposta rápida e muitas das vezes ilusória a situações aflitivas emergentes e que causam clamor público, ou seja, tem-se o uso do direito penal como instrumento de política de segurança pública, em flagrante contradição com a sua natureza subsidiária¹⁴³.

Tal fato é, como visto, uma característica do direito penal na era da globalização, havendo uma deliberada política de “criminalização”, antes que de “descriminalização” ou de despenalização.

Como salienta Luiz Flávio GOMES e Alice BIANCHINI¹⁴⁴, tal fato “desconsidera e menospreza a subsidiariedade e a fragmentariedade do direito penal, gerando abusivas incriminações, reforçados pela criminalização da macro-criminalidade (criminalidade dos poderosos), e o Movimento da Lei e da Ordem (criminalização mais dura da microcriminalidade)”.

Argumenta ainda o mesmo autor que “justiça criminal já nasceu ‘bagatelarizada’ e sobrecarregada, ao assumir a tarefa de aplicar as sanções penais,

¹⁴³GOMES; BIANCHINI, op.cit., p.30.

¹⁴⁴ Ibid., p.34.

inclusive nas infrações de pequena relevância social ou política, passou a conhecer e a conviver com o fenômeno da paralisante sobrecarga de trabalho, produzindo nefastas conseqüência do ponto de vista de sua funcionalidade (morosidade, descrédito, inoperatividade frente aos delitos graves, etc.)”.

E com a criação dos juzizados especiais criminais, nada mudou, apenas tivemos palavras bonitas tentando mudar a realidade assustadora de total inoperatividade da justiça criminal.

Luiz Flávio GOMES e Alice BIANCHINI¹⁴⁵ trazem a mostra que “a proliferação indiscriminada dos ilícitos administrativos, etiquetados como ilícitos penais, criminalizando condutas de escassa ou nenhuma lesividade ou ofensividade, como aconteceu na lei ambiental – lei 9.605/98 reforça a hipertrofia penal, prejudicando a própria reputação do direito penal tornando-o quase que fútil e inoperante, onde é visto de forma equivocada como um poderoso instrumento de mudança social e de transformação da sociedade”.

Luigi FERRAJOLI¹⁴⁶ ensina que o “*punctum saliens*” do Estado Constitucional e Democrático de Direito reside no próprio processo de produção das normas jurídicas, tanto no aspecto formal quanto a sua existência, quanto a sua validade (aspecto substancial), estão condicionados à Constituição.

René Ariel DOTTI¹⁴⁷, tratando da descriminalização, enfatiza que “tal operação consiste em renunciar à incriminação de certas condutas ou declarar a perda do caráter criminal de uma infração. Consoante Marc Ancel, a expressão apareceu pela primeira vez em 1949, em uma obra de Shelton Glueck. O próprio esclarece que o

¹⁴⁵ GOMES; BIANCHINI, op. cit., p.47.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Op. cit., p.63.

¹⁴⁷ DOTTI, R. A. **Bases e alternativa para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998. p.251.

fenômeno vem de data muito anterior, recordando que uma lei inglesa de 1736 vedava as proibições em matéria de bruxaria”.

De fato, muitas são as condutas que já não recebem reprovação social de peso, mas sua descriminalização é embaraçada ou efetivamente impedida pela reticência do legislador, ou outras pressões oriundas de grupos políticos ou religiosos, às vezes.

A lei penal deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais e dos respectivos conteúdos de direito e justiça, para que fique bem circunscrita aos exatos limites do texto constitucional, ocorrendo, assim, necessidade de revisões valorativas do conteúdo do direito penal.

Raúl CERVINI¹⁴⁸ leciona que no período de 8 a 12 de maio de 1973, em Bellagio, norte da Itália, província de Como, reuniram-se os maiores expoentes do mundo em ciências penais, penitenciárias e criminológicas para tratar de um tema de grande importância: a descriminalização.

Os relatórios e os debates ali desenvolvidos constituíram a semente deste movimento renovador, que se apresentava como um novo ar sobre a política criminal e a dogmática penal de nossos tempos.

Tais conclusões foram levadas ao conhecimento público em 1980, na França, elaborado pelo Comitê Europeu sobre problemas de criminalidade, sob o nome de informe sobre descriminalización, onde se unificou todo um sistema conceitual.

Criminalizar é inserir no sistema penal um novo valor como objeto de tutela; descriminalizar é retirá-lo do sistema; criminalizar é fabricar novos tipos que vão dividir o espaço social em lícito-ilícito, já descriminalizar significa o desaparecimento deles.

¹⁴⁸ CERVINI, op. cit., p.19.

Raúl CERVINI¹⁴⁹ assegura que “quanto à penalização e despenalização, temos que penalizar consiste em adotar alguma reação formal para controlar determinada conduta desviada, e a maneira mais comum consiste na infeliz cominação de pena privativa de liberdade, para quem ouse infringir a lei”.

Tais penas, também, podem significar adotar institutos ou penas e medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam a, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou pelo menos, diminuir sua incidência de aplicação.

Modernos processos despenalizadores levam em conta o consenso, o princípio da oportunidade e interessa-lhes mais a ressocialização que a retribuição do infrator, mais a reparação dos danos sofridos pela vítima que o atendimento da pretensão punitiva estatal, levando o autor a participar do tratamento de sua marginalidade; uma forma de também descarcerizar¹⁵⁰.

Dentro deste panorama surge a lei 9.099/95, que trouxe em seu bojo características, que se esperava de descriminalização, mas que na verdade são eminentemente com finalidades despenalizadoras.

Salienta Amaury de LIMA E SOUZA¹⁵¹ que o objetivo da lei 9.099/95 não é a descriminalização, atendendo ao princípio da intervenção mínima do direito penal, e sim, pelo contrário, visa somente a despenalização, através de dispositivos processuais penais que atuam diretamente nas contravenções e crimes de menor potencial ofensivo.

Segundo Raúl CERVINI,¹⁵² o delito não só dá origem a uma perda material mas, para a sociedade, ainda cria a sensação de insegurança, desestabilizando a

¹⁴⁹ CERVINI, op. cit., p.36.

¹⁵⁰ GOMES; BIANCHINI, op. cit., p.58.

¹⁵¹ SOUZA A. de L. **Juizados especiais criminais**. Leme: LED, 1998. p.18.

¹⁵² CERVINI, op. cit., p.60.

população e daí acaba por criar um desequilíbrio das estruturas sociais, principalmente com o temor. Além disso, o delito tem um custo público, um custo com a estrutura institucional, para as finanças públicas; para a montagem e manutenção do sistema judicial, policial e penitenciário.

Raúl CERVINI¹⁵³ mostra que o caminho da descriminalização, em qualquer uma de suas modalidades*, se encontra sistematicamente prejudicado por freios e contra marchas. As dificuldades originam-se de fatores sociais, obstáculos de natureza legal e de política criminal e tendem a atrasar esses processos por múltiplas causas.

Explicam Luis Flávio GOMES e Alice BIANCHINI¹⁵⁴ que a descriminalização pode implicar a retirada do caráter ilícito do fato de maneira abrangente (descriminalização global), ou pode retirar o caráter de ilícito penal da conduta, mas remetê-la ao campo do ilícito civil ou administrativo (descriminalização setorial).

Este movimento de despenalização inicialmente se caracterizou pela conversão de certas infrações penais em infrações administrativas, implicando assim uma transformação do ilícito penal em ilícito não penal, e retirando a carga de um determinado ilícito, com fundamento de que a conduta despenalizada não tem relevo suficiente para justificar a incidência da grave sanção penal.

Sobre este assunto, Luiz Flávio GOMES e Alice BIANCHINI¹⁵⁵, afirmam que “na verdade a história de conversão dos ilícitos que são simples contravenções em ilícitos com caráter penal ainda não é um processo acabado e não significa que no futuro não poderemos ter o inverso”.

¹⁵³ CERVINI, op. cit., p.82.

* E quando fala em modalidades é porque para ele existem três tipos de descriminalização: primeiramente a formal, que se caracteriza por um desejo formal; a substitutiva de penas por penas de outras naturezas e por derradeiro a de fato que é quando o sistema penal deixa de atuar.

¹⁵⁴ GOMES; BIANCHINI, op. cit., p.111.

¹⁵⁵ Id.

Adverte o mesmo Luis Flávio GOMES e Alice BIANCHINI¹⁵⁶ sobre o risco para o funcionamento da justiça, o enorme número de ilícitos com escassa ofensividade, pois não é somente previsível que no futuro se fará um uso muito mais cauteloso da sanção penal, senão que é recomendável que inúmeros ilícitos atualmente sancionados penalmente sejam reduzidos ao âmbito do direito administrativo.

Quanto ao uso mais cauteloso da sanção penal, se verifica nos dias de hoje exatamente o contrário, apesar do ideal ser o pretendido pelo autor.

Quanto a esquizofrenia penal, presente na crise da justiça penal, explica Luis Flávio GOMES e Alice BIANCHINI¹⁵⁷ que “é provocada entre outras coisas pelo divórcio entre o discurso e a realidade dos sistemas penais, traduzindo-se em variados fatores: a inflação legislativa, os péssimos serviços policiais, o abarrotamento de processos no poder judiciário e a ineficácia das penas privativas de liberdade”.

Aduz Márcio Franklin NOGUEIRA¹⁵⁸, que a distinção tem um valor puramente nominalístico, pois na realidade, ambas as expressões servem para indicar (e este ponto é fundamental) a perda de um determinado e único caráter, o da punibilidade com sanção penal.

Sob o ponto de vista etimológico, têm razão aqueles que reservam o termo descriminalização para significar a transformação de infrações penais em infrações administrativas, porque neste sentido se descriminaliza e não se despenaliza, pois o primeiro termo é mais radical e elimina qualquer tipo de pena, e não só a pena criminal, convertendo o fato antes apenado em um fato lícito.

Por evidente, depois de verificar as dificuldades de se introduzir o processo de descriminalização, com raríssimas exceções (por exemplo a lei nº11.106, de 29 de

¹⁵⁶ GOMES, BIANCHINI, op. cit., p.

¹⁵⁷ GOMES; BIANCHINI, op. cit., p.62.

¹⁵⁸ NOGUEIRA, op. cit., p. 59

março de 2005, tratando do crimes sexuais, descriminalizando condutas como rapto, sedução e adultério.), o legislador pátrio iniciou tal processo com a despenalização e algo foi feito com a lei n^{os} 9.099/95 e 10.259/02, que trata dos juizados especiais criminais.

Os entusiastas da lei n^o9.099/95 que, sem enxergar a ampliação do poder do Estado de punir, facilitada por estes institutos materializadores da antecipação da reação punitiva, saudavam-na como portadora de “medidas despenalizadoras”, saudaram também um apontado resgate do papel do ofendido, entrevisto no instituto da chamada composição civil e na extensão da exigência de representação para a propositura da ação penal condenatória a hipóteses de ações fundadas em alegada prática de crimes de lesão corporal culposa e lesão corporal de natureza leve¹⁵⁹.

Diante desse panorama, alguns dos institutos propostos na lei surgem justamente para evitar situações em que sejam alcançados com a pena criminal os casos demasiados leves.

Como bem observa Mauricio Ribeiro LOPES¹⁶⁰, “existe uma situação bifronte nos juizados especiais: por um lado a da simples proposição de mecanismos formais de atuação estatal no exercício do direito de punir; por outro lado, mais complexa e oculta, a possibilidade de se vislumbrar um escopo de atuação como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão de regra constitucional do (não há crime sem lei anterior que o defina), que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal.

Modernos processos despenalizadores levam em conta o consenso, o princípio da oportunidade e interessa-lhes mais a ressocialização que a retribuição do condenado,

¹⁵⁹ KARAN, **Juizados especiais...**, p.49.

¹⁶⁰ LOPES, **Comentários à lei...**, p.265.

dando mais ênfase à reparação do mal e dos danos sofridos pela vítima, que o atendimento da punição estatal.

Com essa linha despenalizadora surgiu a lei nº 9.099/95, com total direcionamento para as ações despenalizadora.

Para o ministro Celso de MELLO¹⁶¹:

A lei de nº 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais Criminais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal.

Trouxe como primeira medida despenalizadora que nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resultaria a extinção da punibilidade (art.74, parágrafo único).

Como segunda medida despenalizadora, essa bastante discutível, tendo em vista que ao final o autor acaba por ser apenado de alguma forma, introduziu que caso não houvesse a composição civil, mas a ação penal fosse de caráter público incondicionado, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa), conforme estabelece o artigo 76 da citada lei.

Já a terceira medida foi a modificação da ação penal concernentes as crimes de lesão corporal leve ou lesão culposa (art.88) da lei.

E por último a possibilidade da suspensão do processo, cuja pena mínima não seja superior a um ano.

¹⁶¹ MELLO, C. de. (Min.) STF – Pleno- Inq. nº 1055/AM. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 24 abr. de 1996. Seção 1, p.17412.

Com as medidas despenalizadora e descarcerizadoras, o Direito Penal Brasileiro passou a adotar as tendências mundiais atuais.

Teoricamente as medidas, introduzidas pelo legislador na lei do juizado, são bem-vindas, desde que atendidos os princípios constitucionais, muitas das vezes exige a imposição desta outra medida alternativa sem qualquer apego ao mínimo legal, e quando aplicadas em audiências que muitas das vezes são desvirtuadas do dispositivo normativo, acabam por acirrar mais ainda os conflitos, pois tais medidas nunca são fiscalizadas de acordo como deveriam.

Apesar da boa intenção em relação às medidas, salienta-se que ainda é muito pouco, pois o legislador vem perseguindo a despenalização com soluções alternativas, sanções alternativas, sem tocar no caráter penal das infrações, quando o correto seria trabalhar a descriminalização.

4 A POLÍCIA E O TCO

4.1 Mudança radical

O sistema inquisitorial, surgido na Idade Média, por volta de 1200, valia-se da autoridade papal para proceder contra os blasfemadores, lançadores de má-sorte, hereges, judeus, infiéis que viviam no meio dos cristãos, invocadores do diabo, pois o inquisidor era como um juiz delegado, uma vez que tinha poder sobre o que lhe foi delegado pelo Papa¹⁶².

Como é fácil de crer, essa instituição nasceu débil e desenvolveu-se gradual e lentamente. O termo inquisição vem do latim *inquirere*, inquirir. Compõem-se de duas palavras latinas: *in* (em), e *quaero* (buscar). Portanto a inquisição é uma busca, uma investigação.

A função policial em si tem as mais altas e longínquas origens. Encontramo-la descrita pelos povos considerados como os que alcançaram o maior grau de civilização na fase primaveril da história da humanidade: os egípcios e os hebreus, na Grécia e em Roma¹⁶³.

Carlos Roberto BACILA¹⁶⁴, com efeito, mostra que a polícia é uma instituição que faz parte da história dos povos no decorrer dos séculos, arraigada à cultura das civilizações e oriunda delas próprias.

Para Luiz Gilmar da SILVA¹⁶⁵, o primeiro exemplo conhecido de polícia que se tem notícia veio do Egito. Mesmo antes de existir Babilônia, Atenas e Roma, já o

¹⁶²EYMERICH, N. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p.186.

¹⁶³SILVA, J. G. **O Inquérito policial e a polícia judiciária**. São Paulo: LED, 1994. p.49.

¹⁶⁴BACILA, C. R. **Polícia versus direitos humanos: diligências policiais de urgência e direitos: o paradigma da legalidade**. Curitiba: JM, 2002. p.45.

¹⁶⁵SILVA, L. G. da. **O controle externo da atividade policial**. Curitiba: Artes & Textos, 1995. p.12.

faraó confiava a um chefe escolhido por ele a vigilância das ruas de 42 regiões administrativas, no intuito de evitar que o povo cometesse infrações. Há 3.000 anos, esse chefe de polícia assistia diretamente o faraó e era simultaneamente juiz de instrução, policial e carrasco.

Contudo foram os romanos os responsáveis pela criação de um polícia para intervir em fatos do cotidiano, e responsáveis também pelo vocábulo: pregaram o termo “politéia”, de polis, cidade, num sentido de paz pública e posteriormente, para expressar o órgão responsável pela ordem interna, a “politia”.

Mas a organização policial brasileira passa a ter um perfil próprio, quando D. Pedro II promove reformas em 1841. Nessa época a escolha dos chefes de polícia era feita dentre desembargadores e juízes de direito. Observa-se que poucas coisas mudaram de lá para cá, pelos menos em alguns estados da federação, onde desembargadores, procuradores e até Deputados são escolhidos para o cargo de Secretários de Segurança.

Enfim, a polícia se manifesta como a instituição de defesa e segurança, cuja principal função consiste em manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade e a segurança individual.

Não obstante, o nome polícia judiciária não é correto, pois ela não exerce a atividade jurisdicional, e nem esta liminarmente vinculada ao poder judiciário, atuando exclusivamente no inquérito policial, que fornecerá ao órgão acusador os elementos que lhe permitirão a propositura da competente ação penal.

A primeira fase da persecução penal, assim normalmente é feita pela polícia judiciária, e a segunda processual, donde o juiz, dito imparcial e equilibrado, deverá fazer o julgamento.

Faz-se mister verificar o impacto das leis n^{os}9.099/95 e 10.259/01, no tocante à atuação da polícia frente aos acontecimentos gerados pela lei.

É por dever de justiça que vale salientar que o que será narrado é fruto da práxis, isto é, de um conhecimento teórico aplicado à experiência de mais de uma década como Delegado de Polícia; são centenas de noites sem dormir, atendendo a milhares de casos em plantões em Delegacia, além da grata experiência do magistério, também exercida acerca de uma década.

Segundo Rodrigo Ghiringuelli de AVEZEDO¹⁶⁶, um dos fatores mais importantes da criação dos Juizados teria sido o fato de se retirar das mãos da polícia o exercício da seletividade, dando à vítima a possibilidade de participação no processo, o que se deve em parte discordar, pois a seletividade penal é criada pela geração de novos tipos penais que somente atacam determinados autores, pois o sistema penal é quem alimenta o próprio sistema. Ele exclui, depois seleciona e por fim etiqueta o indivíduo. Não se pode esquecer, também, a capacidade de pacificação social que tem a polícia desde que preparada e com boa vontade. O referido autor salienta, ainda, que o sistema penal informalizado abre novas perspectivas, substituindo a punição pela mediação e a violência pelo diálogo, mas que esbarra na dinâmica burocratizante e autoritária dos mecanismos de vigilância e controle social institucionalizados.

O tema Juizados Especiais adquiriu relevo no ordenamento pátrio. A sociedade como um todo (e com isso a polícia também como parte dessa sociedade) sofreu e vem sofrendo mutações devido à mudança radical do que era e do que aconteceu hoje quando se confronta com um crime considerado de menor potencial ofensivo.

Por evidente, as classes economicamente desestimadas persistem em padecer de mecanismos legais que ofereçam, simultaneamente, justiça, segurança e agilidade no

¹⁶⁶ AZEVEDO, **Informalização...**, p.09.

desate de litígios (para elas) juridicamente relevantes, e talvez a polícia, que é a ponta da linha, sofra sobremaneira em tais mudanças.

Para os efeitos desta lei (nº9099/95), nos termos exatos do seu art.61, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Em 14 de janeiro de 2002 entrou em vigor a Lei nº10.259/01, no afã de minimizar e costurar os percalços enfrentados pelos que militam na órbita da justiça federal e, em seu art.2º, parágrafo único, reza que “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos”.

Depois de muitos embates jurídicos e não jurídicos, com discussões doutrinárias e jurisprudenciais, atentando até para o princípio da isonomia(pois todos devem ser governados pelas mesmas leis, uniforme para todos), embates esses para definir se a definição de crimes de menor potencial ofensivo teria sido ou não ampliados pela lei dos juizados federais, concluiu-se que sim* .

* Acórdão: Resp 503348/MG; Recurso Especial 2002/0175103-0

Fonte DJ DATA: 10.11.2003 PG: 00206

Relator Min. Laurita vaz (1120)

Ementa

Recurso Especial. Penal e Processo Penal. Conflito de competência.

Uso de entorpecente.art. 16 da lei nº 6.368/76. infração de menor potencial ofensivo. Art 2º, parágrafo único, da lei nº 10.259/01.

Competência do Juizado Especial Criminal.

- 1- “ o parágrafo único do art. 2º da lei n. 10.259/01 ampliou a definição de menor potencial ofensivo, porquanto, além de ausentes as exceções elencadas no art. 61 da lei n. 9.099/95, foi alterado o limite da pena máxima abstratamente cominada para 02 (dois) anos, sem distinção entre crimes da competência da justiça estadual ou federal. Precedentes do STJ.
- 2- Tendo em conta que o delito imputado ao ora recorrido é o capitulado no art. 16 da lei n. 6.368/76, cuja pena é de detenção de 06(seis) meses a 02 (dois) anos e pagamento de multa, tido, pois, como de menor potencial ofensivo, a competência para processar e julgar o feito é do juizado especial criminal da comarca de belo Horizonte.
- 3- Recurso conhecido e provido.
- 4- Data da decisão: 07.10.2003

Órgão julgador T6- Sexta turma”

O exemplo trazido por Márcio Franklin NOGUEIRA¹⁶⁷ explicita muito bem a conservação do princípio da igualdade, onde toma como exemplo o crime de desacato (art.331 do CPB), pois se for praticado contra um policial federal, sua competência seria abrangida pela justiça federal e estaria acobertado pelo procedimento do juizado no âmbito federal, e se fosse cometido contra um policial comum o autor estaria sendo preso em flagrante e submetido à justiça comum.

A discussão não foi enfocada somente na ampliação ou não dos crimes e respectiva competência, mas também se discute se a nova legislação federal teria criado um novo percalço, ou seja, que os crimes com procedimento especial também poderiam ser processados via juizado especial em todos os aspectos, começando pela prisão em flagrante e posterior autuação ou não, e assim estaria compreendidos a alguns crimes de imprensa, lei de tóxicos, abusos de autoridade, crimes contra a honra e outros.

O entendimento predominante é no sentido de que o procedimento, por si só, não pode constituir obstáculo para que um delito seja ou não da competência do Juizado, restando, pois, derogada a ressalva contida no art.61 da lei nº9.099/95.

¹⁶⁷ NOGUEIRA, op. cit., p.155.

Esse não é ainda o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, haja vista que o crime do art. 16, da lei nº6368/76 (porte de substância entorpecente), cuja pena não é superior a dois anos e que possui procedimento especial (vide lei nº10.409/02), em algumas comarcas o cidadão é autuado em flagrante e se não tem o dinheiro para pagar a fiança fica encarcerado, enquanto em outras comarcas, às vezes distantes 25 Km uma das outras, se o mesmo cidadão for preso, será elaborado contra si um termo circunstanciado de ocorrência e será imediatamente liberado; tudo isso para desespero e desamparo de policiais, de advogados e principalmente do cidadão infrator, o qual nesse aspecto, teve o princípio da igualdade jogado ao vento

*** Conflito negativo de jurisdição nº 1.0000.04.409350-8/0000**

Ementa : Criminal . Conflito de competência – infração de menor potencial. Uso de drogas. Competência dos juizados especiais criminais, apesar do rito especial. Efeitos da lei 10.259/01, modificando o art. 61 da lei 9.099/95. a lei 10.259/01, que gerou e disciplinou os juizados especiais cíveis e criminais federais, ao inovar na definição dos delitos de menor potencial ofensivo, alargou para dois anos o limite da pena máxima alcançando e derogando, por isonomia, o art. 61 da lei 9.099/95e, como não operou qualquer ressalva no tocante aos delitos para os quais existem procedimentos especiais, acabou por abraçar todas as infrações penais estaduais ou federais cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, com o que definiu que a competência para o processamento e julgamento de tais casos, está afeto aos juizados especiais criminais. Assim, o crime definido do art. 16 da lei. 6.368/76, que trata do uso de drogas, deve ser julgado perante o juizado especial criminal. Precedentes do STJ.

Conflito negativo de jurisdição nº 1.0000.04.409350-8/0000- Comarca de Pouso Alegre- suscitados ; Jd 1 v cr inf juv comarca de Pouso Alegre- Relator . Exmo. Sr. Dês. Sérgio Braga.
ACORDÃO.

Vistos etc, acorda, em turma, A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em dar pela competência do juízo suscitante, vencido o primeiro vogal.

Belo Horizonte, 10 de agosto de 2004.

DES. SERGIO BRAGA- Relator.

Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.0000.05.420602-4/0000

Ementa: Conflito negativo de jurisdição – art 16 da lei 6.368/76. Havendo procedimento especial previsto para a caracterização das infrações de menor potencial ofensivo, definidas na lei 10.259/01, afastará o julgamento do feito pela justiça especializada. Determinação da competência do juízo suscitado. Competência da justiça comum. Conflito acolhido para declarar competente o juízo suscitado (3º vara criminal da comarca de Pouso Alegre).

Conflito negativo de jurisdição nº 1.0000.05.420602-4/0000-Comarca de Pouso Alegre-suscitante JD juizado especial criminal da comarca de Pouso Alegre-suscitado; jd 3 v cr precatórias comarca de Pouso Alegre- Relator : Exmo Sr. Dês. Gudesteu Biber

ACORDAO

Vistos etc., acorda, em turma, a Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado De Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em dar pela competência do juízo suscitado (3 vara Criminal Pouso Alegre), á UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 16 de agosto de 2005.

DES. Gudesteu Biber- Relator.

O aprisionamento de qualquer cidadão se deve restringir ao mínimo indispensável, circunscrevendo-se àqueles cujo convívio social restar absoluta e completamente inviável; e mais que isso o tratamento deve ser igualitário em todas as sedes de juizados, pois se não os autores do crime citado acima poderiam escolher onde praticar o delito, e por certo escolheriam a comarca X, onde é feito apenas um termo circunstanciado e o autor seria imediatamente solto, sem ao menos arcar com a fiança.

Cabe a discussão se o entendimento deliberadamente ofensivo aquele dominante não é o caso de abuso de autoridade por parte dos operadores jurídicos da Comarca e se eles não incidiriam na lei nº4898/65* em seu art. 4º, letra a, pois os princípios da legalidade* e igualdade¹⁶⁸, estariam sendo violados.

Com isso, a dogmática penal buscou definir aqueles fatos típicos relativamente aos quais não mais se justificava a aplicação de uma sanção repressiva, bastando, no caso, um a sanção restitutiva, dentro do próprio âmbito do direito repressivo. Aqueles fatos típicos foram então entendidos como infrações de menor potencial ofensivo e seu conceito vem determinado pelas legislações que instituíram os juizados especiais nos âmbitos estadual e federal.

Para Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO¹⁶⁹, em obediência a dispositivo constitucional, a lei ordinária foi editada para dar concretude ao mandamento inserido no artigo 98 da Constituição e o que se deveria entender por essa espécie de infração.

* Lei nº 4.898/65. art. 4º :“ Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”.

* Segundo Arnaldo Quirino : “ o princípio da legalidade determina que as medidas de cautela impostas ao indivíduo somente podem ser aquelas expressamente previstas pela lei e devem possuir pressupostos de cabimentos próprios” (QUIRINO, A. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 23.)

¹⁶⁸ BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. Tradução de: Calos Nelson Coutinho. 3.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p.45.

¹⁶⁹ PRADO, **Elementos para...**, p.122-123.

Mas quais os critérios adotados pelo legislador para definir quais seriam as infrações de menor potencial ofensivo, aquelas cujo teor não traziam em seu bojo grandes males à sociedade e poderiam estar incluídas em uma futura transação penal?

O caso era de buscar na dogmática do direito penal os critérios de ilicitude que pudessem ser empregados para delimitar o terreno da ilicitude penal de menor potencialidade ofensivo; bem como deveria haver uma adequação entre o fato objeto de apuração e os meios de apuração, ou seja, um procedimento que buscasse rapidez. Brevidade, eficácia, concentração e talvez se esqueceram de preservar alguns preceitos básicos, como a garantia do devido processo penal.

Para Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO¹⁷⁰, houve uma “regressão”, quando o legislador estipulou o conceito de menor potencial ofensivo, na medida em que se valeu de uma combinação de critérios heterogêneos: pois de um lado remeteu à pena (estabelecendo inicialmente com até um ano, e depois ampliando para dois anos de pena máxima admitida), bem como se valeu de outro critério que foi o procedimento, definindo inicialmente que caso o delito tivesse um procedimento especial (mesmo com a pena no enquadramento possível), não deveria ter a recepção do novo texto legal.

Ou seja, o tamanho da pena foi a diretriz para estabelecer quais seriam os delitos que deveriam ser recepcionados pelo novo modelo de justiça; e o discurso da doutrina é de que se trabalha com categorias apropriadas ao direito penal mínimo. No entanto foram postos de lado, para efeito de caracterização da infração, o bem jurídico penalmente tutelado.

¹⁷⁰ PRADO, *Elementos para...*, p.124.

Segundo Alessandro BARATTA¹⁷¹, é certo que não há inocência ou ingenuidade do poder, quando seleciona os bens jurídicos a serem tutelados ou protegidos pela norma. O poder seleciona bens e pessoas sobre os quais pretende que incida o direito penal.

Da mesma forma, Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO¹⁷² faz um alerta que existe no campo do processo questões que devem ser refletidas, pois o processo penal foi indevidamente chamado a intervir nesta conceituação e mostra o autor que com o artigo 66 (quando se trata da citação e se determina que independentemente da natureza da infração, dar-se-á o deslocamento do processo para o juízo comum, se o autor não for encontrado e houver necessidade de citação por edital) o rito deixaria de ser sumaríssimo.

Em suma, atualmente se pacificou (ao menos na maioria dos Estados Brasileiros) que todas as contravenções penais e os crimes, independentemente de serem ou não regidos por procedimentos especiais, são da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Por certo, o legislador não andou bem, em ambos os aspectos. Veja-se: pelo lado de ter ressuscitado pequenas infrações bagatelares (como por exemplo, a contravenção de perturbação do sossego) que muitas das vezes dependiam apenas de uma boa conversa no âmbito policial*.

Retirou-se o poder da polícia de exercer um juízo tirânico de valor para tais infrações, ou seja, obrigatoriamente o procedimento do termo circunstanciado deverá ser feito e encaminhado à Justiça. Vê-se que para os agentes policiais que não estão

¹⁷¹ BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.165.

¹⁷² Ibid., p.129.

* Apesar de muitos acharem que na polícia somente há corrupção, ela trabalha muitas das vezes em um papel de reconciliação e de assistência social, momento em que uma boa conversa com os envolvidos, resolve a questão.

interessados efetivamente na paz pública foi um ganho, pois elaborar o termo em minutos e tecnicamente ficar “livre do problema” se tornou muito mais fácil. Mas se há de perguntar: será que depois dos envolvidos deixarem a Delegacia, os problemas cessarão?

E quanto à prática de corrupção, na verdade, o que se verifica é que elas existem nos crimes tidos como de grande potencial ofensivo, até porque muitas das vezes envolve advogados que fazem o papel de intermediários entre o agente corrupto e aquele que vai pagar.

Por outro lado, será que o crime de desobediência a uma ordem judicial (e aí o leque da interpretação é extensa: o diretor de um hospital que deixa de atender uma determinação e muitas vidas são colocadas em risco por seu comportamento) deveria ser tratado como um crime cujo objeto jurídico a ser protegido não traz tanta transtorno a sociedade?

Para Lênio Luiz STRECK¹⁷³, a falta de critérios na elaboração das leis, que vai desde a Lei dos Crimes Hediondos à Lei dos Juizados Especiais, que estabeleceu sem qualquer critério constitucional o que seja delito de menor potencial ofensivo, leva à pergunta se o crime de prevaricação, do art319 do CPB, seria um crime de menor potencial ofensivo?

Com efeito, o poder legislativo, ao estabelecer novos tipos penais ou reclassificar delitos para enquadrá-los em pressupostos de novas leis, deve, obrigatoriamente, efetuar um balanço dos bens jurídicos tutelados e verificar quais são dignos de proteção estatal.

¹⁷³ STRECK, op. cit., p.112.

Mauricio Antonio Ribeiro LOPES¹⁷⁴, traçando paralelos, ou melhor, aproximando ao conceito de crime de bagatela e ao princípio da insignificância, enfatiza alguns princípios penais básicos como de caráter material: legalidade, intervenção mínima, insignificância, taxatividade, lesividade, culpabilidade, seletividade e humanidade; e em relação aos de caráter secundário, os princípios da proporcionalidade, individualização e finalidade da pena, devem todos ser respeitados quando da criação da lei penal.

Explicita ainda Mauricio Antonio Ribeiro LOPES¹⁷⁵ “que o direito penal não deve ser banalizado, devendo ser utilizado em última instância, pois o caráter fragmentário aponta justamente o fato de que, dada a gravidade do controle penal, não é possível utilizá-lo sempre, senão frente a determinados fatos muito específicos e de certa significação à vida social”.

Outra questão trazida à luz da lei do Estatuto do Idoso, seria a do art. 94, da Lei nº10.741/03. Perguntou-se se teria sido determinado um novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, e recebeu como resposta da doutrina majoritária que efetivamente não houve qualquer alteração quanto à interpretação.

A própria redação do artigo 94 não faz qualquer menção à infração penal de menor potencial ofensivo. O legislador não indicou que os crimes, cuja reprimenda buscou exasperar, são considerados de menor potencial ofensivo; apenas determinou que, em relação a eles, observa-se o procedimento da lei nº9099/95, que é mais célere.

Na verdade, em resposta aos anseios sociais e em atendimento ao mandamento constitucional contido no art98, da Constituição da República, o legislativo editou e aprovou a lei nº9.099/95, a qual implantou um procedimento criminal diferenciado em

¹⁷⁴ LOPES, **Comentários á lei...**, passim.

¹⁷⁵ Id.

nosso ordenamento jurídico: se foi um retrocesso ou se foi uma revolução, mas que nem a sociedade e nem os operadores jurídicos estavam preparados para tal mudança, isso não estavam.

O despreparo que se apresentou nítido quando a lei entrou em vigor vagava pelos prédios públicos, Fóruns, Gabinetes de Promotoria e Delegacias, onde os operadores não sabiam efetivamente como deveriam se comportar diante da lei, e durante muitos meses não sabiam como fazer, ou pior, em cada comarca se fazia de um jeito, as decisões e os procedimentos saiam das cabeças dos operadores. Não raro até hoje, mesmo passada uma década, ainda persiste tal fato e, muitos dos procedimentos são tratados de forma diversa, a critérios dos mandatários jurídicos locais. Afinal, para muitos desavisados a Constituição é apenas um pedaço de papel, infelizmente.

Para finalizar, a mudança radical em termos policiais, se deve, muitas vezes, a uma polícia autoritária e despreparada, nascida da inquisição, que se depara com os crimes, no efetivo “calor dos fatos”, com a pressão de parentes, amigos e advogados. E não quatro ou seis meses depois, devidamente acompanhados de advogados, calmos, sem estarem bêbados ou drogados, em um horário de uma tarde com sol, e não nas madrugadas dos plantões, onde policiais beiram as 24 horas trabalhadas ininterruptas, depois de trabalharem as vezes em uma dezenas de casos diferentes.

Tal mudança ainda se estende à elaboração do termo circunstanciado, à prisão em flagrante ou não do autor dos fatos, ao encaminhamento das partes imediatamente e, principalmente, à sensação de impunidade, vista nas Delegacias e no âmbito das sedes de juizados.

Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO¹⁷⁶, enfatiza que a matéria referente aos juizados é um dos maiores exemplos de como a efetivação infraconstitucional pode ser uma farsa, se for conduzida de maneira inadequada.

Narra que o legislador deveria ter sido mais cauteloso e deveria ter tido um percurso de discussão mais duradouro, pois acaba por abalar conceitos intocáveis, como é o caso do devido processo penal, coloca também que a pressa em pôr em ação tal promessa pode ter posto a perder efetivamente a boa intenção inicial e além disso, ressuscitou um mundo de infrações bagatelares, praticamente esquecidas, mas serviu para criar milhares de empregos, em um país onde o discurso é a diminuição do Estado.

4.2 Da prisão em flagrante delito

Dando efetivamente seqüência na mudança de rota em termos policiais, necessário se faz traçar algumas linhas em relação ao instituto da prisão em flagrante e a lei dos juizados especiais.

Em primeiro lugar, é necessário apontar que dentre diversas conseqüências práticas imediatas de importante impacto, a adoção do conceito de crimes de menor potencial ofensivo implica atuação das policiais civis na abstenção da autuação em flagrante de indivíduos apontados como autores de diversos delitos de verificação bastante freqüente: desacato, lesão corporal de natureza leve, porte de substâncias

¹⁷⁶ COUTINHO, **Manifesto contra...**, passim.

entorpecentes, o crime de desobediência, inclusive em esferas da justiça do trabalho, por exemplo, dentre outros.

A polícia é função essencial do Estado, que dela se serve para limitar coercitivamente o exercício de atividades individuais, zelando pelo bem estar público ou bem público.

A existência da prisão em flagrante delito, como uma das modalidades de prisão cautelar, ou prisão, sem pena, vem estabelecido, no código de processo penal pátrio no art. 301 (e seguinte): “qualquer do povo poderá e a autoridade e seus agentes deverá prender quem se encontra em flagrante delito”, tudo como forma de cessar a atividade criminosa de imediato, mesmo contrariando a presunção de inocência, pois como aponta Eugenio Raúl ZAFFARONI¹⁷⁷, “a função da polícia é deter suspeitos e não culpados”.

Com assinala Afrânio Silva JARDIM¹⁷⁸, “hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso ordenamento tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela”.

Em termos específicos de Juizados Especiais, a lei nº9.099/95 traz em seu bojo no art.69 parágrafo único, *in verbis* “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante”.

Com o advento da lei, muitas dúvidas foram suscitadas.

¹⁷⁷ ZAFFARONI, op. cit., p. 467.

¹⁷⁸ JARDIM, **Direito processual...**, p.255.

Inicialmente, os próprios policiais (principalmente os militares que no Estado de Minas Gerais elaboram os boletins de ocorrências e os entregam já prontos nas Delegacias) ficaram em dúvida se poderiam colocar no histórico da ocorrência se o cidadão foi preso em flagrante e conduzido até a presença da Autoridade ou se ele havia sido convidado a comparecer na Delegacia, pois se houvesse um constrangimento, os policiais, por certo, acabariam por cometer algum desvio e poderiam ser responsabilizados, via abuso de autoridade, nos termos da Lei nº4.898/65.

Ademais, se o autor se negasse a assinar o termo de comparecimento já que somente na capital do Estado (Belo Horizonte), havia plantões ou Juizados trabalhando a qualquer horário para efetivamente se cumprir a lei no que tange ao encaminhamento imediato das partes, o cidadão que não se dispusesse a assinar o termo de comparecimento) deveria ser autuado no crime que havia sido conduzido (se é que sua condução era legal), ou deveria responder pelo crime de desobediência a uma ordem legal dada?

Tudo isso foi questionado à época, pois a lei entrou em vigor e as Delegacias foram obrigadas a cumpri-la, mesmo sem se saber direito o que se estavam fazendo, pois não havia a quem consultar. A corregedoria, o Poder Judiciário, o Ministério Público... de nada adiantaria, pois ninguém sabia nada e nem tinha a mínima noção do que iria acontecer* .

A Constituição da República, em seu artigo 5º, LXI, estabelece que “ninguém será preso em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da Autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

* Na verdade alguns não sabem até hoje.

Para alguns doutrinadores não existe prisão em flagrante nos termos da lei nº9.099/95. Segundo Afrânio Silva JARDIM¹⁷⁹, não é bem isso, pois a prisão em flagrante já ocorreu, quando a pessoa é detida na rua, ou no local da infração penal, e é levada presa à presença da autoridade policial.

É preciso distinguir a prisão como fato jurídico, que já aconteceu na rua, dos acontecimentos cartorários, ou seja, da documentação da autuação, pelo auto de prisão em flagrante, pois uma coisa é a prisão como fato jurídico e outra coisa é a documentação da prisão que, pelo código, faz-se pelo auto de prisão em flagrante.

O que o legislador está dispensando é a documentação dessa prisão no auto de prisão em flagrante. Ela está documentada no termo circunstanciado, mas a prisão em flagrante, não está impedida pelo legislador.

Como o policial (que muitas das vezes não tem conhecimento jurídico, técnico e nem precisa ter grosso modo) poderia, na rua ou no calor do acontecimento, fazer uma avaliação como “operador jurídico” e verificar o juízo da tipicidade, ou verificar se a lesão daquele cidadão, que fora agredido, se trata de uma lesão grave ou leve, já que ele não poderia requerer o laudo pericial (exame de corpo de delito)?

Não haveria outra saída a não ser prender em flagrante e conduzir os envolvidos à Delegacia para que a Autoridade Policial pudesse verificar a tipicidade do fato, apesar de ser de cunho precário, e mais ou menos, resolver qual seria o procedimento a ser adotado. O policial tem a obrigação legal de impedir, que o resultado se produza, ou ao menos fazer cessar a atividade criminosa, ou nos casos de maus tratos, por exemplo, seria necessário a genitora ter contra si uma sentença penal condenatória irrecurável para parar de bater na criança?

¹⁷⁹ JARDIM, **Direito processual...**, p.361.

Aqui, também, documenta-se a prisão em um termo circunstanciado de ocorrência, o que ocorreu com o fato jurídico e o autor do fato vai embora, ou é apresentado ao juiz dos juizados especiais imediatamente.

Como é elementar, frisou Maurício Antônio Ribeiro LOPES¹⁸⁰ é que o tema é de importância secundária, até porque se o intuito da lei era de não privar a liberdade do autor da infração, e evitar a custódia inútil, não teria razão a lei impor a prisão em flagrante a cidadão infrator.

Vale dizer, as hipóteses de prisão em flagrante, prisão provisória em qualquer das outras modalidades, devem ser praticamente desconsideradas, embora possam excepcionalmente ocorrer.

Ou seja, não há nenhum impedimento legal de que o policial prenda o cidadão infrator e mencione que fora preso em flagrante delito, fazendo constar no boletim, pois não cometerá nenhum desvio punível.

Caso o autor da infração resolva não assinar o termo de compromisso de comparecimento ao Juizado, pois na prática, como já mencionado, ao menos nas comarcas interioranas este não será imediatamente encaminhado, ou o autor for reticente em assinar o compromisso, será autuado em flagrante pelo delito que fora conduzido.

Não existe o crime de desobediência caso o autor se recuse a assinar o termo, haja vista que não há ordem legal para o cumprimento do conduzido e não há meio de forçá-lo a assinar, pois haverá sempre o direito de optar pelo procedimento legal que não o do juizado especial.

¹⁸⁰ LOPES, **Comentários à lei...**, p.330.

No de atuação em flagrante, (e não sendo o caso de se livrar solto), a competência para o processo e julgamento deverá ser prorrogada ao juízo comum em face da complexidade do tema, a julgar pela recomendação do art.77, §2º, da própria lei.

O benefício de responder ao processo em liberdade, mesmo no caso de flagrante, é o incentivo que ali se oferece para o comparecimento do autuado ao juizado.

Trata-se de um direito público subjetivo do autuado ao processo em liberdade, que não pode ser negado pela autoridade.

Descumprido o ônus pelo autuado, haverá a correspondente perda da sua posição de vantagem, com a possibilidade, em casos muito excepcionais, de decretação de prisão preventiva, desde que presentes os requisitos dos arts.312 e 313, CPP. Mas a prisão em flagrante se terá tornado impossível, pela falta dos requisitos legais¹⁸¹.

A lavratura indevida de auto de prisão em flagrante, nas hipóteses em que o autor do fato assumir o compromisso de comparecer ao juizado, deve ser considerado, como abuso de autoridade.

Também, deve ser salientado que não se exigirá fiança.

Finalmente, a prática ensina que existe uma palavra mágica para que a Autoridade Policial possa resolver a questão acima citada: é só esclarecer ao conduzido que se ele assinar vai embora para casa e se não assinar corre o risco de ir para atrás das grades (talvez a mesma “sutileza” usada para o convencimento da aceitação da proposta”), ou seja, apresenta-se o “risco”, citado diuturnamente nas audiências, para compelir o cidadão a aceitar a transação penal.

¹⁸¹ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.100.

4.3 Da elaboração do termo circunstanciado

Depois de tratar da possibilidade da prisão em flagrante, é de suma importância tratar sobre a elaboração do termo circunstanciado de ocorrência.

Quem pode lavrar o termo circunstanciado? Somente o Delegado de Polícia ou qualquer outro policial?

O que deve constar no referido termo, justamente para que ele não retorne futuramente do Juizado em busca de novas informações, com desvirtuamento dos princípios balizadores do juizado?

A fase preliminar se inicia de acordo com o art.69, da lei nº9.099/95, *in verbis*: “A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições periciais necessários”.

Considerando que existe no processo penal, no que tange à persecução criminal, uma fase inicial, que é aquela da investigação policial*, da colheita de dados, buscando estabelecer a autoria e materialidade, e que na lei nº9.099/95, buscando os princípios norteadores da celeridade, informalidade e da simplicidade, principalmente, a dispensa da primeira fase, tornando a documentação restrita à elaboração do termo circunstanciado.

Um dos melhores exemplos dos efeitos dos pensamentos dos juizados pode ser extraído a partir da leitura do art. 69, da lei nº9.099/95, com a supressão do inquérito policial¹⁸².

* E demais questões, como perícia.

¹⁸² LOPES, **Comentários à lei...**, p.327.

Com isso, teoricamente as técnicas de investigação e o uso dos policiais civis, que efetivamente devem estar nas ruas em busca de informações e provas, devem ser reservadas às infrações mais graves.

A lei criou para a autoridade policial uma nova e simplificada modalidade de intervenção ante o conhecimento de fato criminoso, definido como crime de menor potencial ofensivo, dentro dos parâmetros já vistos, dispensando-a da necessidade de expedir portaria ou a autuação em flagrante delito do autor.

Tecnicamente, dentro do inquérito policial cabe à autoridade policial apontar a autoria e materialidade e outras questões prévias, arrecadando provas, ouvindo testemunhas, interrogando o autor, requerendo diligências e perícias, e depois encaminhar os autos à Justiça Criminal. Enfim, produz elementos para que se possa exercer a ação penal (pública ou privada), com sucesso.

Logo após o advento da Lei nº9099/95, surgiram interpretações distorcidas acerca do termo “autoridade policial”, encontrado no início do artigo em apreço.

Mas a primeira indagação foi estabelecer dentro dos critérios norteadores do Juizado quem seria esta Autoridade que poderia elaborar o termo circunstanciado de ocorrências?

Seria somente o Delegado de Polícia, Bacharel em direito e teoricamente, capacitado tecnicamente para definir e fazer, ao menos liminarmente, a definição do tipo penal, ou poderia ser um outro policial civil, um investigador (agente), o escrivão, (que tem a praxe, o dia-a-dia), ou poderia ser qualquer tipo de autoridade, aquele, policial militar, por exemplo, soldado há muitos e muitos anos, e que teoricamente conhece ou pensa que conhece a lei, e que quando foi recrutado a exigência para isso em termos de instrução era mínima? Afinal, muitos pensam, (e isso ocorre até hoje), que

polícia não pensa; só precisa utilizar da coação e violência, o que é verdadeiro disparate, inclusive de ordem constitucional.

Além disto, têm-se questões administrativas, já que as partes deveriam ser encaminhadas juntamente com a requisição dos laudos periciais. Assim, como ficaria tal situação em que o agente policial civil deveria “dar uma ordem” ao perito, para que se realizasse o exame, qualquer que fosse? Como ficaria a situação do médico que recebesse um auto de corpo de delito requisitado por um cabo Policial Militar? Será que tais agentes seriam atendidos em suas pretensões? O que será que o art.301 do código de processo penal quis dizer com a separação entre autoridade e seus agentes, que deverão prender quem se encontre em flagrante delito?

Veja-se o que a doutrina pensa a respeito.

José Geraldo da SILVA¹⁸³ enfatiza “todo policial, de acordo com a investidura que ocupa na hierarquia policial respectiva, é autoridade policial, e ao policial civil ou militar, não se deve exigir o seu prévio encaminhamento ao distrito policial e de lá para o Juizado Especial Criminal, prejudicando a atividade da corporação com formalidades burocráticas”.

Coaduna com tal pensamento Ada Pellegrini GRINOVER¹⁸⁴, quando certifica que qualquer autoridade pode ter conhecimento do fato, não somente as polícias civil e federal, podendo ser, inclusive a polícia militar, alegando que já que o inquérito policial foi dispensado, nada impede que “qualquer autoridade” tome as providências referidas no artigo em questão.

¹⁸³ SILVA, **O inquérito...**, passim

¹⁸⁴ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.96.

Aduz ainda Ada Pellegrini GRINOVER¹⁸⁵ que pode acontecer que, ocorrido o fato, os interessados, em vez de se dirigir à autoridade policial, busquem diretamente atendimento do Juizado.

Data máxima vênua, há que discordar de tal entendimento, pois realmente isso é muito comum, principalmente em uma cidade interiorana, três horas da madrugada de um sábado para domingo quando o marido chega em casa bêbado e resolve dar um surra na esposa, e depois disso amigavelmente resolvem ir a um Juizado Especial Criminal para a realização da audiência de conciliação! Esqueceram-se os doutrinadores de que se está no Brasil e a essas horas muitas vezes e em muitos lugares, não se encontra nem a polícia, muito menos um juizado funcionando. Em verdade, o papel aceita tudo, mas não se pode desprezar a realidade do país, que não vive só dos grandes centros, que por sinal, também não tem condições de funcionar.

A comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura encarregada de formular as primeiras interpretações em relação à lei concluiu o seguinte: “Nona conclusão ‘A expressão autoridade policial referida no art.69 compreende as autoridade reconhecidas por lei, podendo a secretaria do juizado proceder à lavratura do termo de ocorrência e tomar as providências devidas no referido artigo.’”

Enfatiza Bismael B. MORAES¹⁸⁶, que todos devem conhecer a definição legal de autoridade trazida pelo art.4º do código de processo pátrio, que afirma que a autoridade ou é policial ou é judicial, sem exceções.

Para distinguir autoridade de agentes, faz-se necessário estabelecer que a autoridade significa poder ser autor de uma decisão, com poderes de mando em virtude

¹⁸⁵ Ibid., p.97.

¹⁸⁶ MORAES, B. B. **Conceito de autoridade:** artigos de polícia e direito. São Paulo: Ibrasa, 1995. p.12-16.

de faculdades próprias, enquanto o agente atua sempre por mandado ou delegação superior, sendo que nisto tem ele a característica que o distingue.

Com efeito, a própria Constituição da República, já definiu em seu art.144, §5º, que a Polícia Civil é polícia judiciária para a apuração das infrações penais, cabendo à Polícia Militar, como única tarefa, a manutenção da ordem pública. Desviá-las dessa atribuição é fraudar o preceito constitucional e lhe frustrar a finalidade, embora no Brasil de hoje todos queiram investigar!

Como é elementar, frisou bem Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO¹⁸⁷, “ao tomar conhecimento de uma infração de menor potencial ofensivo da competência do Juizado cabe à Polícia Judiciária unicamente lavrar o termo circunstanciado com os elementos necessários e, havendo prova pericial indispensável, requisitá-la tão-somente encaminhado termo e partes envolvidas ao Juizado.”

Esclarece, ainda, que já que não existe inquérito policial e nem prisão em flagrante, o termo circunstanciado constitui novo modelo de investigação criminal, e que apesar de regido pela informalidade e orientado à celeridade, não deixa de ser uma espécie de investigação e como tal não pode correr o risco de ser conduzido de forma temerária ou arbitrária.

Pode-se com isso perceber de fato que sendo o problema de ordem não penal (por exemplo, civil), o termo circunstanciado não deve ser realizado e os envolvidos devem ser encaminhados aos órgãos próprios. Aqui, há um equívoco, juízo técnico de valor, que depende de capacitação especial e autorização legal, em face do princípio da legalidade.

¹⁸⁷ PRADO, G. L. M.; CARVALHO, L. G. G. C. de. **Juizados especiais criminais**: comentários e anotações. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003. p.88-89.

Por isso, o delegado de polícia, que tem formação jurídica, faz uma pré-triagem dos casos que lhe são encaminhados, descartando aqueles que não interessam à ordem penal.

Em relação à definição de “Autoridade Policial”, ao menos no Estado de Minas Gerais é questão pacificada, isso não ocorrendo no Estado de São Paulo, por causa de um provimento de nº758/01 do Conselho Superior da Magistratura, que diz: “para os fins previstos no art.69 da lei nº9.099/95, entende-se por autoridade policial, apta a tomar conhecimento da ocorrência, lavrando o termo circunstanciado encaminhando-o, imediatamente ao Poder Judiciário, o agente do Poder Público investido na vida da pessoa natural, atuando no policiamento ostensivo ou investigatório”.

Há de ser ressaltado que tal ato apenas fere a Constituição da República! Mas para muitos a Constituição não passa de um mero pedaço de papel! Razão por que lhe dão o sentido que querem.

Já que para alguns o policial militar estaria enquadrado neste dispositivo, o que aconteceria caso um coronel da polícia militar conduzisse um infrator por um crime que o Delegado de plantão, utilizando de seu juízo técnico de valor, verifica se os pressupostos da prisão em flagrante estariam inseridas no caso concreto ou não, e mais em obediência ao princípio da legalidade, resolvesse pela não autuação do cidadão e este fosse somente ouvido em declarações e liberado, já que não estavam presentes os requisitos mínimos para autuação em flagrante?

Cabe indagar, o policial militar não o havia conduzido preso em flagrante?

E se acontecesse que um agente da autoridade conduzisse um suposto autor de um crime de menor potencial ofensivo e na verdade o fato cometido fosse mais grave, o que faria este agente? Autuaria o autor em flagrante?

E por fim, durante a elaboração de um termo circunstanciado o autor se negasse a assinar o termo de comparecimento, o que aconteceria? Sairiam do Juizado de madrugada e iriam à procura de um Delegado para a autuação e a definição de quanto seria a fiança?

São perguntas que muitas das vezes, quem não conhece o dia-a-dia de uma Delegacia, não deveria palpar. É claro que todas as perguntas, podem comportar respostas variadas, opostas e até contraditórias, mas é preciso ter presente a vida vivida, sob pena de atropelar o direito.

A elaboração do TCO, termo circunstanciado de ocorrência, deve seguir uma estrutura técnica, por sinal indispensável.

O termo circunstanciado de ocorrência deve conter o mínimo para que caso o fato comporte a conciliação civil de acordo com as regras e, caso também o seja transação penal, possa o Ministério Público ter o mínimo para seu convencimento inclusive se é caso de arquivamento. Apesar de isso não acontecer na prática, aos menos com a maioria dos órgãos ministeriais, deveria o Ministério Público verificar antes de mais nada se não era o caso de arquivamento do termo circunstanciado, antes de que tivesse condições de exercer a denúncia oral, o que também não é feito na praxe.

Na verdade, o termo deve ser bem lavrado para que não retorne às delegacias para novas diligências, também desvirtuando todo o pensamento da justiça consensual.

Além disso, deve ser feita, ser for o caso uma investigação prévia, simplificada e informal, no sentido de se verificar se a notícia levada à Autoridade (para não ocorrer casos de desvios, mormente em relação às audiências) é real, pois muitas das vezes a definição de autor ou de vítima depende exclusivamente de quem acionou primeiro a polícia ou foi até um Delegacia, servindo a justiça consensual muitas vezes como local

apropriado para vingança privada, o que se pode entender (se for o caso) como criminoso.

Por isso Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO¹⁸⁸ defende a possibilidade de a autoridade policial investigar sumariamente, nos limites do termo circunstanciado, a infração penal noticiada, sempre que se fizer necessário, para precisar a existência da citada infração penal ou indicar a autoria. Tal fato é comum, por exemplo, nos crimes de ameaça e outros: quem ameaçou quem primeiro? Quem bateu em quem? Quem se defendeu? E o mais importante: houve o crime? O termo deve conter o essencial para identificar os envolvidos, para precisar qual o ilícito penal supostamente cometido e como foi praticado, bem como oitivas de testemunhas presenciais.

No termo a autoridade deverá constar de forma sumária as características do fato, a identificação dos envolvidos, as versões apresentadas pelas partes (de preferência separadamente).

Trata-se de uma peça híbrida entre o boletim de ocorrência e o inquérito policial. No entendimento de Maurício Ribeiro LOPES¹⁸⁹, “híbrida porque registra a existência do fato, faz-se um resumo e indica as eventuais testemunhas, e por outro lado, contém uma rápida apreciação das circunstâncias da infração, que seria narrada pela autoridade policial no ato de conclusão do inquérito policial, depois de inquirir as testemunhas, vítimas e o indiciado”.

Não há necessidade de encaminhamento das testemunhas, apenas a indicação de nomes e endereços caso haja necessidade de instrução do procedimento na segunda audiência.

¹⁸⁸ PRADO, **Juizados especiais...**, p.89.

¹⁸⁹ LOPES, **Comentários à lei...**, p.328.

Ada Pellegrini GRINOVER¹⁹⁰ aponta que o termo circunstanciado a que alude o dispositivo nada mais é do que um boletim de ocorrência um pouco mais detalhado, o que não está correto, pois o resultado do juízo técnico de valor do delegado é importante. Isso mostra, por seu turno, o açodamento (pelo menos aparente) com o qual se fez a lei, (sendo denunciada por tal), assim como a precariedade e a superficialidade do pensamento dos ilustres autores do texto.

Na prática, tem-se uma Delegacia adida ao Juizado Especial, que somente realiza os procedimentos relacionados com a lei 9.099/95 e com isso acabou por se especializar em tratar as partes e os fatos oriundos conseqüentemente, dentro da mesma lógica burocratizada que tem sido usada naqueles órgãos. O problema é que o Brasil não vive só nas cidades maiores e, então, na maioria delas, a situação é drástica.

A grande questão, por fim, está relacionada aos plantões policiais, pois apesar das divergências doutrinárias de quem seria a autoridade policial, na prática, a maioria das lavraturas dos termos circunstanciados são elaborados por escrivães, quando não realizados por servidores “*ad hoc*”, em geral das prefeituras, emprestados às Delegacias devido à falta de policiais. Eis a realidade do país, contra a qual não há retórica capaz de lhe burlar e, portanto, ela denuncia os discursos sofisticados e falsos de gabinetes.

Muitas das vezes policiais exaustos, beirando às 24 horas acordados, recebem uma ocorrência tratando de uma ameaça, por exemplo, e acontece, as vezes que os envolvidos podem estar exaltados e mesmo dentro da Delegacia ainda se agridem ou fazem ameaças. É a vida como ela é, sem disfarces.

A autoridade de plantão quando está presente, pode estar atendendo outro caso, talvez mais grave ou não, ou resolvendo questão ligadas a presos, ou até mesmo fazendo sua função de pacificação social, dando conselhos.

¹⁹⁰ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p. 98.

Com isso, o caso é repassado de plano ao escrivão, que rapidamente ouve as partes separadamente (pois se as deixarem juntas, possivelmente se terá um atrito com resultado mais devastador que antes), sem ouvir testemunhas. E as partes normalmente não são conduzidas, mas apenas relacionadas no boletim de ocorrência, colhendo-se os compromissos, com a liberação rápida, pois outro caso certamente esta à espera. Tal comportamento terá resultados na sensação de impunidade e no encaminhamento das partes, como parece elementar e sintomático.

No início dos trabalhos de elaboração dos termos circunstanciados, eles eram feitos mesmo sem a presença das duas partes, o que deixava um claro que muitas das vezes não era possível reparar posteriormente, como o fato de se lavrar o termo somente com a vítima, estando ausente o autor e depois ele, o autor, não ser localizado para ser compromissado ou vice-versa, em caso de lesão corporal sem se saber de forma definitiva a gravidade da lesão corporal sofrida pela vítima. Doutra parte, existe orientação superior para que se verifique a veracidade dos dados identificadores fornecidos pelos envolvidos, principalmente do autor, mas nem sempre os autores portam documentos básicos e assim acabam por fornecer a identificação que melhor lhes interessar e, considerando que nos finais de semana ou em determinadas localidades, o acesso a dados informatizados não sempre é possível, muitas vezes se fica em uma situação desconfortável.

Há que se discordar de Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO¹⁹¹ quando apontou que uma das coisas boas da lei nº9099/95 foi ter retirado das mãos da polícia o poder de seletividade, embora seja uma posição respeitável.

Na prática, muitas vezes uma boa conversa na frente do Delegado, em um trabalho social, como sempre fizeram os melhores policiais do país em toda a sua

¹⁹¹ AZEVEDO, **Informalização...**, p.35.

história, resolveria muito mais do que obrigar as partes a comparecerem no juizado, a pagarem as prestações pecuniárias, pois normalmente se trata de pessoas pobres que lutam com dificuldades para sobreviver, passam às vezes privação de alimentos (veja o caso de um cidadão da zona rural que lutava com dificuldades, andava até descalço e que foi flagrado com um pássaro em uma gaiola e teve que pagar um salário mínimo no Juizado), isso acabando por acirrar os conflitos ou piorar a vida dessa gente tão sofrida. E preciso enfim ter sensibilidade para pensar nessa gente quando se faz ou se discute uma lei de tal calibre.

No Juizado até aconselham, mas só depois de salvaguardar alguma pena pecuniária, quando o mal já está feito.

No início da lei nos idos de 1996, ao menos no Estado de Minas Gerais, os termos eram feitos das mais diversas maneiras. De início, sem anexos, o boletim de ocorrência junto ao termo ao juizado, fazia-se apenas um resumo e pronto; de outras vezes, ainda era pior: “conforme relato no BOPM”, encaminhando-se o boletim.

Na verdade, o termo deve ser bem elaborado pelo Delegado e, além disso, bem claro para ajudar na sua compreensão.

Não é demais lembrar que, com a entrada em vigor da lei nº9.099/95, as ocorrências policiais de crime tidos hoje como de menor potencial ofensivo que davam entradas nas Delegacias e/ou aguardavam portaria para a realização do Inquérito Policial, normalmente resultavam em arquivamento. Vivia-se um tempo coerente com o discurso da descriminalização dos delitos bagatelares e a polícia ajudava, se fosse o caso, fato que poderia não ser apurado.

Uma constatação, segundo Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO¹⁹², é que a seletividade do sistema, antes exercida pela polícia, agora é colocada nas mãos da

¹⁹² AZEVEDO, **Informalização...**, p.163.

vítima/denunciante. Basta que este se dirija até uma Delegacia e comunique a ocorrência de um delito de menor potencial ofensivo para que essa comunicação dê origem a um termo circunstanciado, e tal termo desaguara no Juizado. Deu-se, assim, marcha-ré, foi-se contra a história. Fez-se reviver as infrações bagatelares, e isso tem, por evidente, um fundo ideológico*.

Por outro lado, é bom lembrar quanto ao poder dado à vítima de acionar o mecanismo de disparo do Juizado, que, não havendo qualquer tipo de investigação é bem possível que por vingança, ou qualquer outro motivo, uma pessoa vá até uma autoridade Policial, diga que está sendo ameaçada ou foi vítima de vias de fato, (cuja prova pericial não vá afirmar ou negar tal acusação) e este autor será intimado e terá contra si um termo circunstanciado. E quando for ao Juizado será bombardeado para aceitar a transação, para não pagar o “risco” do processo, como tem sido a praxe.

Quanto a preservação do devido processo legal pela investigação Édson Luís BALDAN¹⁹³ nos lembra que no caso da Lei nº9.099/95, para as quais sequer existe a possibilidade de investigação, o caso é mais grave pois “criou-se verdadeiro absurdo, que pode ser resumido à seguinte frase “vítima será a parte que primeiro dirigir-se à autoridade policial”.

Veja-se uma outra hipótese: o caso de um som alto, que deveria ser traduzido como uma perturbação, e velhos vizinhos acabam no Juizado. Aquele que foi considerado autor terá de pagar certos valores como prestação pecuniária, e ao final além de não resolver a questão pode acirrar mais ainda a desavença entre eles, gerando

* Tal fato já apontado por (COUTINHO, **Manifesto contra...**, passim).

¹⁹³ BALDAN, É. L. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou direito de defender-se provando). **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n.137, abr. 2004. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br> Acesso em 11 jul. 2006. p.1

no futuro inclusive um ataque físico, ao passo que a autoridade policial poderia ter feito um trabalho de conscientização e teria resolvido a questão na própria Delegacia.

Na verdade, vê-se que para aqueles policiais que não trabalham com muito afinco e para algumas autoridades policiais, tal procedimento foi uma contribuição, pois, se depois de lavrado o termo, o autor matar a vítima, na esquina na Delegacia, o Delegado poderá dizer à imprensa sem problemas: “cumpri a lei”! O termo circunstanciado foi lavrado e as partes encaminhadas ao Juizado. Obediência cega à letra da lei.

Tal crítica foi feita por Fauzi Hassan CHOUKR¹⁹⁴, quando a lei aparentemente não deixava vácuos temporais entre o momento do cometimento da infração e a realização da audiência preliminar, pois além dos questionamentos do ponto de vista dogmático, não tem qualquer emprego prático, porém pode haver imperfeições técnicas na realização do termo, bem como a realização imediata da audiência enseja uma opressão estatal sobre as partes.

Fauzi Hassan CHOUKR¹⁹⁵ também reconhece que existe um “choque” com as disposições da lei no aspecto terminológico, na medida em que a lei nº9.099/95 não fala em “autuado”, nem “ofendido”, mas sim em “autor do fato” e “vítima”, insinuando que a insistência na terminologia “autor do fato” indica que ela não continha nenhuma carga valorativa quando à feição penal da conduta praticada, o qual está absolutamente certo, o que não exclui o juízo técnico de valor do delegado, tudo a fim de verificar se houve ilícito penal e de ser feito o termo circunstanciado.

¹⁹⁴ CHOURK; AMBOS, **A reforma...**, p.25.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p.29.

4.4 Do encaminhamento das partes

A lei determinada o imediato encaminhamento ao juizado do autor do fato e da vítima, conforme o art.69 da lei nº9.099/95.

Em primeiro lugar, deve-se observar que a vítima só poderá ser encaminhada se estiver em condições de se locomover. Caso contrário, deverá ser agendada com a secretaria do Juizado, data adequada que permita o comparecimento dela.

Também quando a lei entrou em vigor, diversos procedimentos foram adotados em comarcas, algumas vizinhas, já que a lei reza o encaminhamento imediato das partes ao juizado para as providências de praxe. Em suma, uma lei, nesta parte inexecutável, “para inglês ver”, o que lhe ajudou a retirar o crédito.

Como se viu, excetuando-se as capitais e outros grandes centros, o encaminhamento não é feito imediatamente.

Então, em algumas comarcas, já que o juiz local tinha entendimento que a polícia militar poderia fazer o termo circunstanciado e que as partes “deveriam” ser encaminhadas de pronto, para cumprimento integral do dispositivo legal, algumas autoridades judiciárias determinaram que a polícia militar encaminhasse as partes, independente de horários e dias da semana, até a residência do juiz, e este mesmo, sem a presença de defensores do órgão do ministério público, iria tomar a decisão mais sensata. Tudo inconstitucional como é óbvio. De qualquer forma na maioria das vezes, após acordar o magistrado de madrugada, sua decisão “mais sensata” era determinar que o cidadão fosse encarcerado “provisoriamente” até o dia raiar. Eis uma prova de que o sistema se manteve inquisitório.

Por sorte tal insensatez não demorou a passar! E tudo voltou ao normal tendo a polícia que resolver tudo, conforme outros indiciados.

O encaminhamento do termo é a expressa previsão legal, exigindo a remessa imediata do expediente à autoridade competente, com as informações existentes.

O dispositivo reforça a idéia de que a autoridade policial deve se abster de qualquer investigação; se, todavia, dispuser de informações úteis, colhidas no momento do fato ou durante a lavratura do termo, é evidente que as encaminhará, juntamente com o expediente¹⁹⁶.

A lei nº9.099/95* prevê que, caso não exista a possibilidade imediata de realização de audiência preliminar, será designada data próxima, de que as partes sairão intimadas.

Existe a crítica, que, se presumir que não será possível a realização da audiência preliminar, não seria de bom alvitre que se encaminhasse as partes para o juizado.

O que é natural, retira-se da lei, é que se tenha uma agenda estipulada entre as Delegacias e os Juizados, e que as partes, após a lavratura do termo e depois de assumirem o termo de comparecimento, sejam informadas quanto ao agendamento (data/hora/local), referentes à audiência preliminar.

A lei ainda determina que a autoridade policial ira apenas requisitar os exames periciais necessários, não precisando aguardar o resultado, os quais serão encaminhados depois para o Juizado, até porque a primeira audiência deve ocorrer no prazo mínimo de 04 a 06 meses.

A lei foi criada visando à rápida resolução da questão, por isso o encaminhamento imediato e a realização da audiência, mas se sabe que, na verdade, a

¹⁹⁶ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.98-99.

* Art 70 da lei. 9.09/95. Comparecendo o autor do fato e a vítima e não sendo possível a realização da audiência, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

primeira audiência só é marcada em muitos lugares com prazos que ultrapassam os centos e vinte dias do fato, e, dependendo do caso, beiram a prescrição.

Existem teoricamente benefícios imediatos para o autor do fato, pois este não será autuado em flagrante, nem precisará pagar fiança para se livrar da prisão.

Em termos práticos, é necessário que a autoridade policial ou o servidor (escrivão ou quem quer que seja) tenha sensibilidade, boa vontade, educação, preparo e outras qualidades para poder explicar às partes onde e quando devem comparecer ao Juizado para a audiência preliminar. É uma questão de civilidade; mas em verdade, é muito mais prazeroso tratar bem as pessoas, com educação (pois a resposta a ser assim) do que fazer delas o depósito das próprias mazelas e amarguras.

Diversas são as situações que atrapalham o bom andamento do Juizado, no que tange ao encaminhamento das partes e, talvez o mais comum, sejam as partes estarem embriagadas ou mesmo drogadas e, quando explicado onde e quando seria o comparecimento e entregue cópia do termo de compromisso, o autor quando não o destrói (rasgando ou jogando-o fora) aparece na Delegacia no dia marcado ao invés de ir ao juizado especial, e assim não comparecendo na audiência preliminar, faz gerar as conseqüências previstas na audiência na legislação em vigor.

Tal constatação recomenda que a situação seja descrita no termo circunstanciado, de modo a se poder fazer entender o sucesso e, quem sabe, levar à compreensão da ausência, quiçá com nova notificação, tendo no escopo de se manter a paz social, no caso propício a sua falta por uma incompreensão determinada pelo embriaguez ou outro motivo (sem capacidade talvez, de entender ou querer), ignorância, mas sobretudo, insensibilidade para entender o grau de civilidade do povo brasileiro, o que decerto modo é triste, mas é verdadeiro.

4.5 Da sensação de impunidade

Para Gianluigi PONTI¹⁹⁷ “Não obstante o bom cristão cotidianamente evoque na reza a remissão dos próprios débitos, unida à promessa de fazer o mesmo com seus devedores, trata-se de um ato que talvez possa ser qualquer coisa, menos religioso, mas antes de tudo de suma injustiça, o não pagar o devido: e esta é a maior razão quando a dívida é pelo pagamento de conflitos de quem, sendo vítima de um crime, já sofreu um mal grave”.

Afrânio Silva JARDIM¹⁹⁸ manifesta, que a aplicação de uma determinada sanção penal não está voltada para a satisfação retributiva da vítima, pois a pena não tem a função de reparar o dano. A redefinição do espaço da vítima não deve ser confundido com a retomada do caráter privado do processo penal, apesar de haver confusão com as recentes reformas penais, que introduziram penas criminais em benefício direto a vítima, como exemplo a prestação pecuniária, alertada por Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO¹⁹⁹.

Sabe-se que, devido ao perfil da criminalidade brasileira, muitas vítimas e testemunhas, após colaborarem com a justiça, sofrem, anonimamente ou não, todo tipo de coação e represálias, o que certamente afugenta os futuros colaboradores e mais afugenta aqueles que estavam na justiça em busca de um direito seu, e que optarão pela inércia.

O risco é grande, pois o Estado jamais poderá garantir o cidadão comum, quanto mais o ameaçado.

¹⁹⁷ PONTI, G. A vítima: uma dívida a ser paga. In: ZOMER, A. P. (Org.). **Ensaio Criminológicos**. São Paulo: IBCCrim, 2002. p.82.

¹⁹⁸ JARDIM, **Direito processual...**, p.115.

¹⁹⁹ PRADO, **Elementos para...**, p.170.

A segurança da vítima é e deve ser motivo de preocupação de legisladores e autoridades encarregadas da persecução e da instrução criminal.

Com ficaria, então a sensação de impunidade quando se fala em juizado especial criminal?

No plano jurídico, a edição da lei veio atender aos anseios de expressiva parte da doutrina nacional, ávida por uma manifestação legislativa que rompesse com a política de “endurecimento” reinante, embora a lei tenha vindo para ajudar na cultura da lei e da ordem.

Por falar em “endurecimento” da legislação penal/processual, Cláudio do Prado AMARAL²⁰⁰ mostra que o Estado, ao assumir posturas criminalizadoras mais duras, quer seja alargando o espaço territorial, quer seja aplicando penas mais duras, nada mais faz que tentar compensar seus reiterados erros na política socioeconômica, dando resposta simbólica ao crescimento da criminalidade para o qual ele mesmo contribuiu.

Sobre esse “endurecimento” Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO²⁰¹ enfatiza: “tem-se indagado, com seriedade, no seio do Movimento Antiterror, as reais causas- para além dos interesses politiqueiros que saltam aos olhos- da insistência na construção de uma legislação de pânico para o Brasil, denegando-se a Constituição da República”.

Mas em relação à lei nº9.099/95 o legislador optou por “despenalizar”, ao invés de descriminalizar, ou não verdade conseguiu ressuscitar ilícitos que já estavam reconheça-se-quase “mortos”.

Não por acaso um dos principais objetivos da adoção dos Juizados Especiais Criminais acabou não alcançando o resultado esperado, que seria, a diminuição, de

²⁰⁰ AMARAL, op. cit., p.232-233.

²⁰¹ COUTINHO, J. N. de M.; CARVALHO, E. R. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n.131, out., 2003. Edição especial.

forma substancial, da carga de processos nas varas criminais comuns, algo que vinha animando os críticos, mais atentos à realidade desde o início.

A possibilidade de ver realmente resolvido seu problema por um órgão estatal estimulou a população carente a apresentá-lo, revertendo a tendência natural da omissão.

Desde modo, a demanda reprimida desde sempre explodiu no Poder Judiciário pela via dos juizados, mas apesar disso apenas parte ínfima da população leva os seus problemas à justiça, pois considera “uma perda de tempo, pois as autoridades não fazem nada mesmo”, diz se com frequência quase em massa. Acabam ficando na cifra negra.

A promessa de solução dos problemas advindos dos crimes de menor potencial ofensivo pelos mecanismos do Juizado não teve o resultado esperado, como foi previsto por muita gente, pois, antes de tudo, os maiores interessados não foram ouvidos.

A falta de estrutura, o mal atendimento, o desvirtuamento das audiências e dos procedimentos, a falta do mínimo de investigação, em que o autor pode passar a ser vítima ou vice-versa, a falta de atendimento satisfatório por parte dos defensores, a falta de preparo da polícia em tratar tal tipo de casos, o despreparo de magistrados e dos órgãos do Ministério Público, entre outros, resultam em uma quase total ignorância ao devido trâmite e suas conseqüências.

Uma das coisas que mais chamam a atenção é a busca incessante de números (produção, como se a justiça fosse uma fábrica), ou seja, a necessidade de se obter dados estatísticos, para servir talvez de argumento e assim mostrar como a lei é benéfica para todos. Isso, na verdade é resultado do pensamento neoliberal, onde tudo é munido pela eficiência, conforme conceito mercantilista.

Tal fato se reproduz no esquecimento da composição civil, pois a transação é mais célere, evitando trabalho.

Uma das maiores cobranças da população é que a justiça demora demais para julgar um caso, ou seja, entre o acontecimento do fato e a resposta jurisdicional, se houver uma demora acentuada, a sociedade ou, de forma mais específica a vítima, não vendo o resultado do julgamento realizado do autor, tem a sensação de que nada aconteceu e que a certeza da impunidade mais uma vez triunfou. Por evidente a justiça criminal não se muda por um tempo linear e nem é feita em função da moral popular, mas ambos os fatores não podem e não devem ser desconsiderados.

O que acontecia antes de vigorar a lei nº9.099/95 é que, quando casos tidos hoje como crimes de menor potencial ofensivo não eram arquivados, a demora da tramitação do processo, aliada à pequena pena em abstrato prevista, acabavam por levar à extinção da punibilidade, em geral pelo instrumento da prescrição, justo porque os processos ocupavam a “vala comum” do foro criminal e tendiam a demorar o mesmo tempo dos processos decorrentes de crimes de grande gravidade.

Um dos grandes objetivos da lei, assim, seria só justificar para a sociedade que também se faz justiça com eficiência, mesmo se tratando de um “pequeno delito”, em que julga e pune rapidamente os referidos autores e, assim demonstra para a vítima que o anseio dela ao apelar para a justiça foi atendido.

Apesar de haver relatos esporádicos e dispersos de lugares onde a lei é efetivamente cumprida e que os Juizados funcionam, funcionando os Juizados de plantão, inclusive com Delegacias adidas, a grande maioria nos leva à conclusão que a lei é inútil ou de muito pouco valor.

O que faz reforçar a cifra negra é que a grande maioria da população sabe que, se for buscar auxílio nos órgãos policiais ou judiciais, o resultado será o mesmo: aquele que ameaçou, depois de passar pelo juizado, continuará a realizar as ameaças e o marido

que agrediu a esposa e não foi constatada a lesão corporal de natureza grave, teoricamente voltara, ao mesmo convívio*.

A lei não só acelerou a tutela jurisdicional, desafogando (em tese) as varas criminais comuns, mas também banalizou a justiça, em relação à punibilidade em determinados casos.

Para alguns autores que tratam da violência doméstica, a legislação editada para abreviar a solução dos crimes de menor potencial ofensivo e a grande maioria dos crimes cometidos no interior doméstico ou é lesão leve, ou ameaças, eles introduzem no direito brasileiro a transação entre o órgão de acusação e o autor do fato e condiciona as ações penais que anteriormente eram incondicionadas à representação do ofendido.

Tal fato contribuiu para agravar a questão, reforçada pela exibição de programas de televisão onde se passa para a público que nada adianta ir até um Delegacia “dar queixa”, pois o autor continuará em liberdade e, quando for ao juizado, basta pagar uma pequena quantia e não será preso.

Parece uma fábula, mas já se ouviu nos juzizados, após a definição do valor pecuniário para a transação penal: “se eu soubesse que seria tão barato, eu já teria ‘batido’ em fulano antes!”.

Mais uma vez apareceu a seletividade do direito penal pois, quem pode pagar, paga e fica livre; aquele que não pode pagar, mesmo sem dever, deve “dar um jeito”, pois senão correrá o “risco do processo”*.

Além disto, quando é aplicada alguma pena alternativa de prestação de serviços à comunidade, (e sabemos que na maioria das vezes, tal execução não é fiscalizada), o

* Com exceção feita ao afastamento previsto em lei que será tratado no tópico relativo ao desvirtuamento da lei.

* Tal fato também será tratado no item desvirtuamento.

autor da transação a executar da forma que melhor lhe aprouver, razão por que a vítima quando toma conhecimento de tal fato, sente-se desamparada.

Na verdade, acaba-se resolvendo no juizado o processo e não o caso penal. A vítima que deveria encontrar maior satisfação e respaldo neste sistema, sai geralmente frustrada de um delegacia ou do juizado, com a forma trivial e banal do tratamento dado ao seu caso, parecendo um “balcão de negócios”.

É comum a vítima perguntar à autoridade policial: “mas ele não vai ficar preso? Como vou voltar para minha casa? Moramos juntos ou ele é meu vizinho de porta? Ele está me ameaçando... vocês vão esperar ele me matar para depois fazer alguma coisa?” São perguntas por demais ouvidas pelos delegados durante um plantão policial e são sintomas muito claro que o sistema está equivocando e sempre esteve merecendo ser superado.

Para a vítima, a justiça lhe foi negada quando procurou o Estado, e seu agressor ainda pode aparentar ser um “bom cidadão”, pois entrega cestas básicas e com seu ato faz um bem, aparentando, aos olhos de todos como um benfeitor. Daí que há quem pense, depois e sem maiores informações, contra algumas vítimas, numa subversão de valores inadmissível.

Para alguns doutrinadores, o Estado acabou por oficializar a “surra doméstica”, pois a partir da mudança da ação penal, a possibilidade de haver a representação criminal ajudou a reduzir o mínimo de casos noticiados, mas o problema sério não é propriamente esse, mas aquele referente ao resultado do processo. Afinal, quem quer noticiar, noticia (a representação pode-se fazer por termo); o resultado é que se tem mostrado desastroso.

A falta de estrutura, a começar pela polícia, é evidente, pois, se ao Judiciário parece ser a lei tão eficaz, não se pode falar o mesmo diante do nível policial.

Infelizmente, tem-se um lado cultural em que a população, ao menos a maioria, só entende a repressão policial. Para eles só tem sentido de punição se o cidadão ficar preso, senão nada aconteceu e a impunidade impera. Isso não é correto por evidente, mas não pode ser desprezado, seja por conta do aprimoramento da cultura, seja em função das (novas) previsões legislativas.

Disso tudo deriva uma aversão do povo contra os órgãos policiais, pois para ele, parentes foi a “polícia quem soltou”; ou se dirá que “a polícia não fez nada”, pois a população em geral não aceita o procedimento trazido pela lei nº9.099/95, e isso traz aos desavisados um descrédito da atividade policial.

As penas alternativas, aplicadas em razão dos juizados, também traz uma incompreensão por parte da população, reforçando o pensamento da grande maioria da população do que, quem comete crime, deveria ser encarcerado.

Assim é imperioso que haja a confiança do cidadão na justiça e que ela seja acessível a ele, solucionado com rapidez os casos que lhe são submetidos, pois do contrário poderia o descrédito trazer conseqüências graves, como a tentativa de se fazer justiça com as “próprias mãos”.

Ressalta Ana Sofia Schmith de OLIVEIRA²⁰² que a lei nº9.099/95, deixando de lado as questões mais freqüentes, tem aspectos positivos, pois evita o processo em muitas hipóteses em que realmente não seria necessário. Mas ao mesmo tempo, inúmeros casos que antes não chegavam aos tribunais, agora preenchem as pautas de audiência.

Em relação à satisfação da vítima, nos casos que a lei exige a representação, fica ela surpresa pois, depois de manifestar seu desejo de prosseguir com o feito, este é

²⁰² OLIVEIRA, A. S. S. de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: RT, 1999. p.160 e ss.

encerrado com a transação penal ou arquivamento. Como se disse, é um problema cultural e deve ser sanado pelos meios próprios, só não pode ser ignorado.

Em relação às agressões domésticas, para Roberto Kant de LIMA²⁰³, “apesar de inúmeras transformações legais e transformações sociais, estes valores longe estão de sua extinção e continuam a informar comportamentos sociais e interpretações jurisprudenciais.

Informa ainda Roberto Kant de LIMA²⁰⁴ que “em uma pesquisa feita de âmbito nacional das Delegacias, a maior pergunta e crítica aos Juizados é saber de que forma a mediação poderá interromper a violência e como poderá reparar a vítima?”

Em relação à resolução dos conflitos que necessariamente surgem dentro de uma sociedade, sustenta Alexandre WUNDERLICH²⁰⁵ que existe a necessidade de uma reivindicação transdisciplinar para a sua resolução. E acrescenta que a construção de um visão de tal porte no direito penal é de cunho lógico, haja vista que o direito não está divorciado das demais ciências, principalmente no que tange à participação da vítima no processo.

O direito penal deve apenas ter o caráter formal e residual no controle social, pois o basilar fica com a família, a escola, a igreja, o sindicato, bem como com as ciências correlatas, como o auxílio psicológico e psiquiátrico aos autores e vítimas, etc. Aí está a resposta para as questões envolvendo os conflitos domésticos que acabam por terminar em um Juizado e, portanto, há de se pensar em algo prévio para uma solução jurídica, que se não presta para tal fim primário, basilar, ou pelo menos, dista muito.

²⁰³ LIMA, R. K. de. **Juizados especiais criminais: sistema judicial e sociedade no Brasil**. Niterói: Intertexto, 2203. p.72.

²⁰⁴ Ibid., p.73.

²⁰⁵ WUNDERLICH, A. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da lei n.º9.099/95. In: _____. **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p.18-19.

A sensação de impunidade e de insatisfação da vítima, principalmente no desfecho final das audiências do juizado, (pois, na verdade, o autor do fato não vai nem dirigir a palavra à vítima nem tentar explicar o que ocorreu, se ocorreu algo, diga-se de passagem, pois já se chegou a ouvir em audiência no juizado que “não estamos aqui discutindo se o fato ocorreu ou não ocorreu”), é lastimável.

Essa situação, (volta-se a dizer), gera a idéia de que foi apenas um “bom negócio” e nada mais. Permanece o fato de que realmente não adianta procurar a justiça e que da próxima vez “resolveremos no nosso jeito”, dirão os adeptos das formas mais violentas. A sensação de injustiça também é gerada para o autor do fato, pois foi “obrigado” a pagar (ou melhor doar a uma entidade), não raro, sem ter cometido qualquer ato. Peça-se portanto, dos dois lados, o que é um absurdo inominável.

Como afirma Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO²⁰⁶, “a idéia de uma justiça restaurativa aplica-se à prática de resolução de conflitos baseadas em valores que enfatizam a importância de encontrar soluções para um mais ativo envolvimento das partes no processo, a fim de decidirem a melhor forma de abordar as conseqüências do delito, bem como as suas repercussões futuras, indicando as práticas transdisciplinares, programas de intervenção junto às vítimas e autores”.

Tudo é muito bonito, como retórica, mas sucumbe nos labirintos terríveis da realidade do cotidiano. Basta freqüentar os tribunais para isso constatar como queria Francesco CARNELUTTI²⁰⁷.

²⁰⁶ AZEVEDO, R. G. de. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos juizados especiais criminais. In: WUNDERLICH, A. **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. p.137.

²⁰⁷ CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal**. Tradução de: José Antônio Cardinalli. São Paulo: Editora Conan. 1995. Na obra Carnelutti mostra o drama da justiça penal, falando do juiz, do ministério público, do advogado e do acusado. Demonstra como a realidade nos tribunais pode ser cruel: “À solenidade, para não dizer à majestade, dos homens em toga se contrapõe o homem na jaula”. (CARNELUTTI, F. *As misérias do processo penal*. Tradução de: José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995. p.21.)

Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO²⁰⁸ “o dia-a-dia do fórum ensina o quanto um processo penal faz o réu sofrer. É necessário não esquecer esse detalhe”.

²⁰⁸ COUTINHO, **A lide e...**, p.148.

5 A TRANSAÇÃO PENAL COMO PRINCIPAL PROBLEMA

5.1 Conceito e características

É certo que o homem é um ser eminentemente social. Ao perceber o que o cerca, o homem compreende que todos gravitam ligados a comunidades, quer sejam familiares, de ensino de trabalho, de lazer ou outras²⁰⁹.

Para manutenção dessas comunidades, deve-se considerar a função ordenadora do direito, coordenando os interesses que se manifestam na vida social e solucionando os conflitos e os casos penais que certamente surgirão.

Esta atividade de coordenação se verificará através do controle social, que é efetivado também pelo poder jurisdicional do Estado²¹⁰.

Remonta a transação penal à iniciativa das antigas civilizações de composição de litígios em períodos em que o Estado ainda não existia. A ausência do poder estatal refletia-se também na ausência de normatização. Contudo, esculpido pelo direito natural, haveria estas civilizações de encontrarem meios de soluções das controvérsias instauradas²¹¹.

Com a fixação do Estado, enquanto regulador da ordem social, foi-se dilapidando sua finalidade de pacificador. Essa pacificação exercida por ele é adjetivada pela realização da justiça, congregando-se ao fim precípua de obtenção do bem comum, com a pacificação com justiça.

²⁰⁹ ALBERGARIA, J. S. **Noções de criminologia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1978. p.26.

²¹⁰ BENTHAN.; STUART-MILL, op. cit., passim.

²¹¹ PRADO, **Elementos para.....**, p.15.

O instrumento, através do qual o Estado exerce esta sua função, será o processo, que se insere dentro do contexto de sua atividade jurisdicional, que traduz o poder-dever do Estado de dizer o direito.

Juntamente com a medida despenalizadora da composição civil, a lei nº9.099/95 provocou uma verdadeira reviravolta no sistema processual ao permitir a discussão da reparação do dano no processo perante o Juizado Especial, fazendo com que a vítima deixe de ser um mero expectador dele para nele interagir como sujeito de direito de ver reparado o dano, destinando-se um etapa do procedimento para este fim, segundo o entendimento de Luís Gustavo Grandinetti de CARVALHO²¹².

Contudo, continua Luis Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO²¹³ “a composição civil só pode ocorrer se for consensual. Não pode haver imposição de composição civil. Não obtida a composição civil, a audiência preliminar prossegue normalmente. Se a ação for de iniciativa privada, cabe ao querelante oferecer a queixa-crime oralmente. Tratando-se de ação de iniciativa pública condicionada à representação, cabe ao ofendido formular a representação, se já não o tiver feito, para que torne possível a denuncia por parte do ministério público”.²¹⁴

Caso haja, a composição civil será homologada pelo juiz, equivalendo a uma renúncia do direito de representação, e caso não haja a representação; de imediato o ofendido pode oferecê-la oportunamente, desde que dentro do prazo legal.

Para José Laurindo de SOUZA NETTO²¹⁵ “o instituto da transação penal, que apresenta evidentes conotações de novidade e de ruptura com a cultura jurídica tradicional, foi expressamente previsto pela CF/88, no art. 98, inc.I”.

²¹² CARVALHO, L. G. G. C. de. **Lei dos juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003. p.106.

²¹³ Ibid., p.109.

²¹⁴ ANDREGUI, op. cit., p.38.

²¹⁵ SOUZA NETTO, op. cit., p.135.

Para Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²¹⁶, (que de forma magistral a debateu em sua tese a introdução dela no direito processual penal brasileiro), a transação penal é instituto em torno da qual gira a aplicação direta de sanção penal, com especial destaque para as possibilidades abertas do sistema para a imposição negociada de pena de prisão, tornando questionável inclusive a idéia de justiça consensual.

Reforça ainda, Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²¹⁷, depois de criticar a “importação” de soluções, que é impossível a adoção de um sistema consensual, para qualquer tipo de crime (envolvendo a negociação em torno da prisão), pois os elementos fundamentais para a concretização desses acordos não podem ser garantidos: a autonomia pessoal dos sujeitos normalmente visados pelo sistema penal e a condição de equilíbrio que se exige em qualquer pacto²¹⁸. Aponta, ainda o mesmo autor, que a transação penal, como é realizada carece de coerência e racionalidade, favorecendo apenas a tão falada “eficiência”.

A grande revolução e parte da esperança foi colocada justamente neste instituto, o qual teria produzindo um redimensionamento de alguns princípios penais e processuais penais, objetivando a efetividade máxima, com o mínimo emprego do processo e categoricamente se transformou na maior indagação quanto à legitimidade e legalidade dentro do novo sistema²¹⁹.

O que se destaca nesse sistema, sem qualquer margem de dúvida, enfatiza Mauricio Antônio Ribeiro Lopes, é o conflito entre vantagens que são claras e riscos que são brutais*. Se de um lado existem muitas vantagens, por outro o devido processo

²¹⁶ PRADO, **Elementos para...**, passim.

²¹⁷ Id.

²¹⁸ Id.

²¹⁹ ANDREUCCI, R. A. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.25.

* Esta seria a maior arma para os operadores durante as audiências, para obrigar o autor a aceitar ou a composição ou pior aceitar a transação penal.

legal*, o princípio da inocência, dentre outros é abandonado, abalando conceitos arraigados e institutos sempre tomados como intocáveis, segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO²²⁰.

A transação penal é a questão mais contraditória da lei dos Juizados Especiais Criminais, e foi eleita como modelo já acabado deste programa de política criminal, recepcionado pelo nosso ordenamento sem reservas e sem grandes discussões, sem amadurecimento de idéias, com uma pressa incrível, conforme bem observou Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO²²¹ em seu manifesto contra os juizados; e tal sabedoria também temos da advertência de Cezar Roberto BITENCOURT²²² afirmou que tal introdução na legislação brasileira, traria riscos, seriam gerados a partir da “ousada superação das fronteiras da prudência e do pioneirismo”.

Para Humberto Dalla Bernardina PINHO²²³, a transação penal é tida como “instituto verdadeiramente revolucionário”, preconizando uma nova mentalidade, adaptada ao inovador espaço de consenso.

A nova lei estaria contribuindo para uma moderna visão dos ilícitos, um empreendimento avançado, revolucionando, trazendo várias expressões de linguagem como “revolução”, “notável avanço”, evolução”, dentre outras. Enfim, uma verdadeira euforia à justiça criminal.

Para Maurício Antônio Ribeiro LOPES²²⁴, a transação funciona mais ou menos como um prêmio-incentivo, pois acaba por premiar o argüido que tenha

* O qual não deve se abandonado nunca segundo Manuel Andrade da Costa. (ANDRADE, M. da C. **Consenso e oportunidade, jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal.** Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p.29.)

²²⁰ COUTINHO, **Manifesto contra...**, p.4.

²²¹ Ibid., p.348.

²²² BITENCOURT, C. R. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão.** Porto Alegre: LED, 1997. p.15.

²²³ PINHO, H. D. B.. **A introdução do instituto da transação penal no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998. p.14.

responsabilidade por conduta de vida anterior irreparável e que na prática do crime em que venha merecer a transação tenha se comportado com culpabilidade normal.

Salienta, ainda, Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²²⁵, que a tendência do espaço revolucionário de consenso abriu terreno a iniciativas cuja adequação à Constituição é, “no mínimo, duvidosa” pois a partir do seu art.98 o legislador ordinário operou com a dose de liberdade de que efetivamente dispõe, ao cumprir no nível de lei ordinária a imposição constitucional em matéria penal, embora tal liberdade seja questionável.

Para obtenção de efetividade à prestação jurisdicional, consagrou-se a busca de uma fórmula diferenciada de procedimento, extinguindo o cumprimento de solenidades processuais através da compressão procedimental e uma cognição sumária.

Na sistemática nacional, definida pela lei nº9.099/95, a proposta de transação, ao contrário da moderna legislação italiana^{*}, de caráter bifronte, apenas o Ministério Público acha-se legitimado a fazê-la, primeiramente ao argüido e, se aceita, a levá-la ao juiz para homologação²²⁶.

Optou a lei por não deferir prerrogativa idêntica à defesa, talvez por receio de ferir o art.129 da Constituição da República que reserva a iniciativa da ação penal ao Ministério Público.

Mesmo com o advento da lei nº9.099/95 continua a vigorar no ordenamento jurídico penal brasileiro, de acordo com as normas do código de processo penal, o

²²⁴ LOPES, **Comentários à lei...**, p.343.

²²⁵ PRADO, **Elementos para...**, p.9.

* O sistema penal italiano conta com o acordo entre o Ministério Público e o acusado no denominado instituto do *patteggiamento*. A proposta de acordo poderá ser feita pelo Ministério Público, ou pelo acusado, ao juiz, até a abertura dos debates. Consiste a proposta na aplicação das sanções substitutivas aos casos previstos, ou de pena aplicável para o crime quando essa, tomando-se em consideração as circunstâncias e diminuída até um terço, não supere dois anos de reclusão ou detenção, só ou conjuntamente com a pena pecuniária. (NOGUEIRA, op.cit., p.84-93.)

²²⁶ CARNEIRO, H. J. de A. A transação penal na lei 9099/95: análise sobre sua natureza e constitucionalidade. **Boletim Informativo dos Juizados Especiais**, Belo Horizonte, n.46, p.9, ago.2001.

princípio da obrigatoriedade absoluta. Mesmo quando o fato era de pequena importância, tratando-se de ação penal pública, o Ministério Público não tinha outra alternativa senão oferecer denúncia (artigos 24 c/c 28 do código de processo penal).

Observa Márcio Franklin NOGUEIRA²²⁷ que a transação penal somente é cabível quando não seja o caso de arquivamento*, ou seja, restando caracterizada a ausência de tipicidade aparente do fato, ou qualquer outra condição da ação que enseje a não apresentação de denúncia, deve o termo circunstanciado ser arquivado.

Tais assertivas são corroboradas por José Laurindo de SOUZA NETTO²²⁸ que indica: “o promotor somente pode propor o acordo depois de formar convicção da viabilidade da propositura da ação penal”. Tal entendimento ainda é reforçado por Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²²⁹ que adverte: “é preciso ficar sempre alerta para a possibilidade de ocorrer abuso no direito de provocar a atividade policial e jurisdicional por parte de supostas e contumazes vítimas. Se isso acontecer, devem o juiz e o promotor se absterem de usar o aparelho estatal, apreciando, logo, a existência das condições da ação e se for o caso, promover o arquivamento do feito”.

O espaço da transação penal é mais limitado do que o espaço oferecido pelo *plea bargaining* americano, pois o Ministério Público não tem a total disponibilidade da ação penal. Sua proposta de acordo deve se limitar a uma pena alternativa ou multa, não podendo abranger a pena privativa de liberdade. O acordo é *nolo contendere*, todavia.

²²⁷ NOGUEIRA, op. cit., p.160.

* Isso nunca acontece, sendo um dos desvirtuamentos da lei na prática, bem como a palavra pena na aplicação da transação e o que acontece com o seu descumprimento. Estes e outros desvirtuamentos serão tratados no último capítulo desse estudo.

²²⁸ SOUZA NETTO, op. cit., p.74.

²²⁹ PRADO, **Elementos para...**, p.141.

Com efeito, Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²³⁰ aponta que é possível separar em três grupos mais gerais, os principais argumentos que estão na base da saudação eufórica com a qual foi recebida a transação penal em nosso ordenamento.

“O primeiro grupo é de natureza penal e está identificado com o tipo de sanção ou de reação institucional aos delitos; no segundo, predomina a preocupação com a adequação técnica dos procedimentos penais às exigências atuais, e por fim, serão encontrados argumentos de índole de política criminal, ligados à opção ou conveniência de controle de determinada forma de circunstância, encarada aí como política de governo.”

Acrescenta Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²³¹, ainda, que apesar de ser invocado o sistema garantista de Luigi Ferrajoli, teria sido omitido o fato do citado autor, até onde consta, ser visceralmente contrário às soluções penais consensuais e “garantismo, assim, é este visto com o viés de sustentação, proteção, tutela das posições do indivíduo, bem como com uma matriz epistemológica sobre as condições de produção da verdade e com isso, fica fácil descobrir que a transação está bem à margem desta fronteira.”

É necessário frisar que a mera enunciação do princípio da reserva legal não é suficiente para garantir as pessoas contra o emprego abusivo, arbitrário e descontrolado do direito penal, como parece elementar.

Quando se potencializa um modelo de solução de casos penais e este modelo é colocado a funcionar, é inevitável que as pessoas e os grupos com afinidades saiam

²³⁰ PRADO, **Elementos para...**, p.12.

²³¹ *Ibid.*, p.142.

rastreando a lei, em busca do elemento de identificação padrão: a quem a lei visa beneficiar? É a indagação de Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²³².

Tal resposta esta diretamente relacionada com a “importação” desse modelo de justiça consensual, com as diferenças do povo brasileiro, com a globalização e outros fatores, além da necessidade de uma resposta ao acúmulo de processos na justiça ordinária e crescimento da criminalidade; enfim estabelecem-se combinações engenhosas e a sensação de que todos “sairiam” ganhando com a nova lei, pelo menos assim o é na prática.

É importante salientar que, com a possibilidade da transação penal, alguns aspectos passaram a ter vital importância, como a recuperação do papel da vítima, (dependendo da ação penal do crime) reconhecendo-se o novo papel do autor do fato, que acaba por deliberar o que é melhor para si²³³.

Para Maria Lúcia KARAN²³⁴, realmente o que ocorre nos juizados e principalmente em relação a transação penal é a concretização antecipada do poder de punir do estado.

Afrânio Silva JARDIM²³⁵ sustenta que, ao formular a proposta de acordo, está o Ministério Público exercendo a ação penal, porque deverá, ainda que de maneira informal e oral, apresentar uma imputação ao autor do fato e solicitar a aplicação de uma pena, mesmo que esta fique na dependência da concordância do réu. Assim, para o autor, existe ação penal, jurisdição e processo, enquanto para muitos o que ocorre na verdade é uma pena sem processo.

²³² PRADO, **Elementos para...**, p.95.

²³³ DINAMARCO, C. R. **Os juizados especiais e os fantasmas que o assombram**: caderno de doutrina. São Paulo:AMAGIS; 1999. p.56.

²³⁴ KARAN, **Juizados especiais...**, p.27.

²³⁵ JARDIM, **Ação penal...**, p.100.

Argumenta Afrânio da Silva JARDIM²³⁶ que a lei não deu ao Ministério Público a discricionariedade de arquivar o termo circunstanciado quando ali estão presentes todos os requisitos para a propositura da ação penal, e não se pode arquivar por motivos de política criminal, sendo que tal arquivamento continua sendo regido pelo código de processo penal.

Cabe indagar se o promotor também segue a risca quando no juizado se percebe que não existe a mínima confiabilidade para possível e futura ação penal, pois lhe falta o mínimo das condições para propor a ação penal, no que tange a analisar o arquivamento do feito antes de propor a transação penal, transformando o juizado em um verdadeiro “mercado persa”, ou seja, é melhor parar do que correr o “risco” do processo.

Enfoca José Laurindo de SOUZA NETTO²³⁷ que a intenção do legislador, considerando as razões de política criminal, é a de que os autores de crimes de menor potencial ofensivo não sofram a instauração o processo penal condenatório.

Assim, no entender de Márcio Nogueira²³⁸, quando é formulada a proposta e aceita pelo autor do fato criminoso, incumbe ao juiz homologá-la através de sentença, e com isso estará efetivado o processo.

O próprio legislador não quis utilizar a expressão “transação penal”, e sim utilizou no artigo “proposta de aplicação de pena restritiva de direitos ou multa”.

Vale salientar que em seu Manifesto, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO²³⁹ lembra que “a lei, para dar cumprimento ao preceito do art.98, I, da CR, veio à luz com uma pressa incabível, desnecessária. Isto, por evidente, consagra nomes

²³⁶ JARDIM, *Ação penal...*, . p.102.

²³⁷ SOUZA NETTO, op. cit., p.135.

²³⁸ Ibid., p.162.

²³⁹ Ibid., p.348.

(será que consagra mesmo?) porque deles se fala (às vezes não muito bem), mas põe de joelhos estruturas inteiras em razão de que a falta de base teórica é sintoma de falta de discussão, como parece elementar, e os resultados são desalentadores, para não dizer desastrosos”.

5.2 Proposta e aceitação

Segundo a lição de Márcio Franklin NOGUEIRA²⁴⁰, cabe transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo e nas contravenções, de acordo com os parâmetros das leis nº9.099/95 e 10.259/01, sem exceção aos delitos cuja lei preveja procedimento especial. Embora no início tenha pairado entre os doutrinadores, acabou por perder força (apesar de não pacificado em alguns tribunais como, por exemplo, o do Estado de Minas Gerais, onde das cinco turmas julgadoras, três já se pronunciaram quanto à competência do juizado para julgar o delito do art.16 da lei nº6368/76, porte de substância entorpecente, que possui pena máxima de até dois anos, mas que possui procedimento especial pela lei nº10.409/02, embora até o momento duas turmas sejam contra a competência do juizado e uma a favor).

Percebe-se que pela redação* que cabe a transação penal, nos crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada, à representação, (desde que exteriorizada esta), mas se omite em relação aos crimes de ação de iniciativa privada.

²⁴⁰ NOGUEIRA, op. cit., p.166.

* Art. 74 da lei. 9.099/95 : a composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz, mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. (BRASIL. Lei n.º9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juzados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. **Código penal e constituição federal**. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.)

Questiona, porém, Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²⁴¹, quando analisou os elementos (para uma crítica) da transação penal, se houve na verdade uma simples omissão do legislador ou se houve uma vedação consciente.

Para o mesmo autor, teoricamente, como a vítima está figurando como substituto processual do Estado, como tal não teria mesmo poder de transacionar. Mas completa que pelo princípio geral de interpretação, quem pode mais pode menos! Se a vítima pode estar em juízo, poderia transacionar tal pretensão.

Em que pese respeitável a posição de Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²⁴², o autor na queixa, não é um mero substituto processual do Estado, por vários motivos, mas, principalmente, porque, no processo penal, o substituído não pode retomar seu lugar nunca e, portanto, o querelante não substitui ninguém. Dado a titularidade a ele conferida constitucionalmente, assim como o pólo ativo no processo, vê-se regido, a partir do princípio dispositivo e, portanto, não só pode dispor da ação como, também, é primário, do conteúdo do processo, inclusive para evitar a aplicação de pena ou levar a extinção da punibilidade. Assim retira-se do próprio sistema da lei a possibilidade de transação, razão por que se não se quer fazer tanta confusão sobre a matéria.

E tal autorização possui fundamento no próprio sistema penal consensual adotado. Ainda que se tratasse de regra de direito material, a analogia seria possível *in bonam partem*. Se, em processos iniciados exclusivamente por queixa, é possível reconciliação entre as partes, pelo perdão do ofendido, por exemplo, nada obsta que se admita a transação penal. Admitir transação penal em queixa constitui mera reafirmação do princípio da disponibilidade, vigente quanto às ações penais de iniciativa privadas.

²⁴¹ PRADO, *Elementos para...*, p.149.

²⁴² PRADO, *Juizados criminais...*, p.138.

É evidente que a transação penal realizada entre as partes deverá ser homologada (eis a decisão: regra processual) pelo juiz, ao qual cabe aferir sua legalidade.

Mas, para alguns doutrinadores, como é o caso de Ada Pellegrini GRINOVER²⁴³, trata-se de uma visão mais tradicional do papel da vítima no processo penal, podendo-se afirmar que ela não tem interesse na pena e, caso frustrada, a reparação dos danos, somente teria duas opções: oferecer oralmente a queixa crime ou renunciar.

A transação feita nos casos comuns, no âmbito dos Juizados, tem posições mais tranquilas.

Inicialmente, deve-se reforçar o que já foi afluído, ou seja, que o Ministério Público deverá obrigatoriamente verificar se não é o caso de arquivamento. Quanto a isso, Ada Pellegrini GRINOVER²⁴⁴ informa que a lei didaticamente deixou claro quanto à obrigatoriedade de se verificar preliminarmente se não é o caso de arquivamento, em respeito ao artigo 28, do código de processo penal, e não sendo de nenhuma forma alternativo ao pedido de arquivamento o oferecimento da proposta da transação penal, o que ocorrera após um juízo prévio ao oferecimento da denúncia.

A própria lei declara quando o autor do fato não faz jus à proposta de transação, estipuladas no §2º do art.76, da lei nº9.099/95, *in verbis*:

Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

- I- Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- II- Ter sido o autor beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, nos termos deste artigo;

²⁴³ GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: RT, 200. p.122.

²⁴⁴ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.77.

III- Não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Dos três requisitos impeditivos, (condições específicas da ação) os dois primeiros são de prova fácil e sem muita indagação, pois para o primeiro requisito basta a confirmação da “sentença passada em julgado”, por crime (e não contravenção).

Quando ao segundo requisito, basta a verificação, no âmbito dos juizados, apesar de o Brasil ser um país de extensões continentais e o sistema criminal ainda não está de todo interligado, razão por que às vezes é necessário que o órgão acusador peça para que se junte certidões de outros estados da federação comprovando tais fatos. Há que se provar o fato, dentro da lógica e do possível, usando os meios para tanto, por exemplo, com comprovação, proveniente dos locais onde residiam os autores dos fatos.

O grande desafio se restringe ao terceiro requisito, por ter um cunho subjetivo por parte do Ministério Público, pois a finalidade é verificar a necessidade e a suficiência da medida que nada mais indicam do que sua adequação ao caso concreto, para não estimular a impunidade, e ser suficiente no sentido de bastante²⁴⁵.

Tal preocupação com a possibilidade discricionária do Ministério Público em alegar o terceiro requisito de cunho subjetivo para não oferecer a proposta, já foi uma preocupação de Maurício Ribeiro LOPES²⁴⁶, pois para ele “tenho pra mim que a formulação de proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade não está ao talante exclusivo do promotor de justiça, como se fosse soberano da discricionariedade”.

Reconhece ainda o mesmo autor que, em matéria de atos que importem no reconhecimento de direito à liberdade, num Estado de Direito Material, há de se entender como eleição em nível de direito subjetivo o que adquire, na lei, caráter

²⁴⁵ TOURINHO FILHO, F. da C. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.58.

²⁴⁶ LOPES, **Comentários à lei...**, p.345.

facultativo. È isto que ajuda a concluir que se assim não se entender se estará diante de inconstitucionalidade flagrante porque os conceitos não se confundem.

Caso isso aconteça, caberia ao juiz, como já dito, oferecer a proposta, cabendo, se for o caso, no que tange os requisitos da proposta, estarem presentes, e o órgão acusador não querer ofertá-lo, impetrar um *habeas corpus*, para sanar o constrangimento.

A audiência deveria ser realizada no momento em que são apresentados o autor do fato e a vítima, mas no Brasil como se previa, em geral não ocorre, o que ajuda no descontrole do tempo.

Caso não sendo possível a realização da audiência preliminar quando da apresentação dos envolvidos, será designada data próxima, saindo ambos cientes, conforme determina o art.70 da lei nº9.099/95*.

Na data designada para a audiência preliminar, estando presentes os operadores jurídicos (juiz, órgão acusador, defensor)*, bem o como autor do fato possível, o responsável civil e a vítima, o juiz tentará obter a conciliação civil e criminal, além de apontar a possibilidade da transação.

Superada a fase de conciliação e, em se tratando de crime de ação pública, o órgão acusador avaliará se existem elementos para propor a ação penal, e se não for caso de arquivamento, deverá propor a transação penal.

Caso não haja os impedimentos precitados, havendo a proposta e sendo aceita, juiz a homologará por sentença, nos exatos termos do mencionado artigo²⁴⁷. Em suma, o juiz decide.

* Art 70 da Lei 9.099/95. “Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização da audiência, será designada data próxima, da qual ambos sairão citados”. (BRASIL. Lei n.º9099...)

* Como fator desvirtuador, a ausência de tais operadores nas audiências, será tratado oportunamente.

²⁴⁷ PAZZAGLINI FILHO, M. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1999. p.69.

Assim, segundo Roberto Kant de LIMA²⁴⁸, tudo será feito em audiência por causa do princípio da oralidade, garantindo a mediação do juiz e a publicidade. Por outro lado, sempre fiscalizará se a aceitação do imputado está sendo feita com total liberdade e consciência.

Quanto a aceitação por parte do autor Édson Luís BALDAN²⁴⁹ nos lembra que no processo deveria haver paridade de armas entre os sujeitos parciais, o que não ocorre no juizado e mais muitas das vezes ocorre uma atuação arbitrária, onde os agentes “assim alongados da legalidade, conspurcam a garantia constitucional do devido processo legal, violam direitos fundamentais dos cidadãos”.

O mesmo Édson Luís BALDAN²⁵⁰ quando trata do jogo que envolve a delação no seqüestro nos mostra que os cidadãos “persuadidos pelos agentes oficiais da investigação e da acusação voluntariamente (mas nem sempre espontaneamente) prescindem de seus direitos individuais”, aparentando muito com o que em muitos casos ocorre em uma audiência no juizado onde o autor acaba por aceitar a transação, sem ter a noção exata das vantagens ou desvantagens dessa decisão.

Mas surge a indagação: e quando é o juiz quem “força” a aceitação da transação? A quem cabe fiscalizar?

É o juiz que esclarece sobre a aceitação da proposta, e o ministério público não pode fazer nenhuma barganha fora da audiência. É aqui que se vê claramente que o sistema segue inquisitivo.

²⁴⁸ LIMA, op. cit., p.136.

²⁴⁹ BALDAN, **A preservação...**, p.1.

²⁵⁰ BALDAN, É. L. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n.159, fev. 2006. p.4.

Surge uma questão muito debatida quanto à natureza jurídica dessa decisão, e em razão da posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de ser desconstituída ou desconsiderada, caso o condenado não cumpra sua parte no acordo*.

Caso o autor não aceite a proposta, deve o ministério público, oferecer a denúncia oralmente, e então ai para Roberto Kant de LIMA²⁵¹, estaria consagrado o princípio do devido processo legal, porque se configurou aqui o princípio da obrigatoriedade da persecução penal, pois agora o órgão do Ministério Público deve oferecer a denúncia²⁵².

Na prática não é assim, e quanto ao devido processo legal, porque depois de oferecida a denúncia oral, o que na maioria das vezes não ocorre (porque na audiência o órgão do Ministério Público às vezes nem sabe o que está acontecendo e pergunta baixinho ao defensor público ou ao juiz “que caso é esse mesmo?”) é que o acusador terá que provar o que está alegando, mas antes, quando ofereceu a proposta, o autor deveria aceitar para “seu próprio bem”.

Para Luis Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO²⁵³ cabe discutir a possibilidade de a transação ser oferecida sem estarem presentes os requisitos. Neste caso, estaria o juiz obrigado a impedir a conclusão do acordo, uma vez que não poderia sentenciar uma transação ilegal.

Para o mesmo autor, a natureza da sentença denegatória da homologação é terminativa, pois o acordo entre as partes é verdadeira pretensão submetida a juízo. Não há exame de mérito, pois o juiz somente analisa a presença dos requisitos da transação penal. Faz-se um acordo sobre o mérito e é ele que é ou não homologado pelo juiz.

* As conseqüências do inadimplemento da transação será objeto de estudo no último capítulo.

²⁵¹ LIMA, op. cit., p.136.

²⁵² DOTTI, R. A. Conceitos e distorções da lei 9099/95. Temas de direito e processo penal. In: PITOMBO, A. S. A. de M. (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.54.

²⁵³ CARVALHO, **Lei dos juizados...**, p.144.

Por falar no papel do juiz, narra Márcio Franklin NOGUEIRA²⁵⁴ que sua atuação é de suma importância, pois nesse novo modelo de justiça consensual não deve prejudicar e sim trabalhar como conciliador, procurando o consenso entre as partes*. É uma empreitada, em verdade, quase impossível, porque no modo de pensar da civilização ocidental se tende a decidir antes, pela aparência, o que torna muito difícil sua missão.

Uma vez formulada a proposta, para que seja levada ao conhecimento do Juiz para homologação e aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, é importante que a aceitação seja feita pelo autor do fato com seu defensor técnico, o qual deverá dar suporte técnico para explicar ao seu cliente o que será mais benéfico para ele, ou seja, se a aceitação da proposta ou espera o devido processo penal a fim de que se defenda da possível acusação²⁵⁵.

E se houver um conflito de vontades entre o defensor e o autor do fato?

Para Maurício Ribeiro LOPES²⁵⁶, a recusa de um deles deverá ser interpretada como óbice à aplicação imediata de pena, seguindo o procedimento sumaríssimo nos termos do art.77* e ss., pois acredita que não é cabível aqui o juízo análogo ao que se faz nos casos de intimação de sentença condenatória em que, havendo conflito, prevalece a vontade daquele que assina o termo de recurso, porque há dúvidas sobre o que possa ser mais vantajoso diante de cada caso concreto, visto que a proposta pode

²⁵⁴ CARVALHO, **Lei dos juizados...**, p.172.

* O papel dos envolvidos em todo o procedimento do juizado será analisado em item próprio no último capítulo.

²⁵⁵ JESUS, D. E. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.25.

²⁵⁶ LOPES, **Comentários à lei...**, p.348.

* Art 77 da lei 9.099/95: 'Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta lei, o ministério público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.' (BRASIL, Lei n.º9.099...)

não ser a solução mais favorável, ou o argüido se considera inocente e prefere se ver processado.

Cabe lembrar que o autor do fato pode destituir seu advogado e no caso de defesa dativa, o conflito se resolve pela não aceitação da proposta.

A manifestação de vontade do autor do fato, pelo que narra Ada Pellegrini GRINOVER²⁵⁷ é personalíssima, voluntária, absoluta, formal, vinculante e tecnicamente assistida; e o autor do fato deve decidir de acordo com a sua inocência, considerando os prós e contras e se houver conflito deve prevalecer a vontade dele (afinal de contas é do seu bolso que sairá o dinheiro para a prestação pecuniária ou será dele a mão de obra nos finais de semana cumprindo a transação aceita e não do seu defensor).

A grande indagação referente à iniciativa da proposta está relacionada com a redação do artigo que trata da transação penal pois, nele, consta que o Ministério Público “poderá” oferecer a proposta, surgindo a indagação se se está diante de um ato discricionário do Ministério Público ou um dever do órgão acusador.

E ainda, no silêncio do acusador, poderá o autor do fato ou seu defensor fazer a proposição da aplicação imediata de uma pena não privada de liberdade?

Para Márcio Franklin NOGUEIRA²⁵⁸ existe uma corrente que afirma que o Ministério Público tem discricionariedade para oferecer ou não a proposta. Mas, pergunta-se mesmo que não pese contra o autor do fato nenhum dos impedimentos elencados pela lei?

²⁵⁷ LOPES, *Comentários à lei...*, p.131.

²⁵⁸ NOGUEIRA, *op. cit.*, p.179.

Haveria segundo o mesmo autor, o descumprimento do princípio da isonomia, além de conferir ao órgão acusador o princípio da oportunidade, contrariando o princípio da obrigatoriedade mitigada no novo sistema penal.

Para os adeptos da corrente que dizem que o Ministério Público tem a faculdade de propor ou não a proposta, rejeita-se a possibilidade da substituição da proposta do órgão acusador, pelo juiz, pois advogam que assim o juiz estaria infringindo o lugar dele *dominus litis* pertencente ao Ministério Público²⁵⁹.

Assinala Afrânio Silva JARDIM²⁶⁰ o juiz não pode oferecer a transação, pois estaria violando o sistema acusatório, e provocando sua própria jurisdição, atrapalhando a imparcialidade que deveria haver, bem como afirma que não é possível acontecer as duas coisas ao mesmo tempo com tal instituto, ou seja, o que é uma faculdade do órgão acusador, não poderia ser um dever.

Para José Laurindo de SOUZA NETTO²⁶¹, o dever de efetuar a proposta é vinculado e está presente quando existem todos os requisitos legais e “não há dever não fiscalizável”.

Assinala, ainda, que é evidente que a vontade do legislador ao introduzir a regra no novo sistema judicial foi sem dúvida impedir a instauração do processo penal condenatório e para José Laurindo de SOUZA NETTO²⁶² o juiz poderá conceder a transação sem o pedido expresso do órgão do Ministério Público.

Não pensa assim Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²⁶³, quando analisa os elementos da transação penal, pois afirma que juizes não executam políticas de

²⁵⁹ MIRABETE, J. F. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 2002. p.34. Da mesma forma: MORAES, A. de. **Juizados especiais criminais: aspectos práticos da lei 9099/95**. São Paulo: Atlas, 2003, p.28.; MOREIRA, W. P. M. **Juizados especiais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.58.

²⁶⁰ JARDIM, A. S. **Direito processual...**, p.281-282.

²⁶¹ SOUZA NETTO, op. cit., p.145.

²⁶² SOUZA NETTO, op. cit., p.146.

²⁶³ PRADO, **Elemento para...**, p.158.

segurança pública e se apega em Claus ROXIM²⁶⁴, sustenta o axioma: onde não há acusador, não há juiz.

Assinala Ada Pellegrini GRINOVER²⁶⁵ que a de aceitação da proposta pelo imputado, funciona como uma técnica de defesa, bem como afirma que o próprio autor, juntamente com seu advogado, pode apresentar uma proposta de transação, não só pelo do princípio constitucional da isonomia, mas pelo princípio do próprio juizado no que tange à informalidade.

Se, porém, for considerado que se trata de um direito subjetivo do autor do fato, o Ministério Público está obrigado a oferecer a proposta, cumprido os requisitos naturalmente.

Compartilha-se desta corrente sem qualquer constrangimento, pois para o órgão acusador se manifestar contra a proposta deve estar motivado, e tal motivação deve estar normatizada na legislação vigente, pelo simples fato que se deve respeitar o princípio da isonomia processual, o qual tem por finalidade garantir a igualdade da situação jurídica para todos os efeitos, inclusive para a concessão de benefícios.

Acatando o entendimento de que transação penal é um direito subjetivo do envolvido, a décima quarta conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da lei nº9.099/95 decidiu que o juiz poderá oferecer a transação penal no caso apontado.

Quanto a esse entendimento, realça Ada Pellegrini GRINOVER²⁶⁶ que se “tal decisão faz tabula rasa do princípio da aplicação processual da pena e violenta a autonomia da vontade do acusador”.

²⁶⁴ ROXIN, C. **Derecho procesal penal** Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p.160.

²⁶⁵ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.39.

²⁶⁶ *Ibid.*, p.125.

Ademais paira a preocupação com a desigualdade de tratamento por motivos de oportunidade e um suposto anseio de justiça absoluta, incompatível com “caprichos” de acusador²⁶⁷.

Cezar Roberto BITENCOURT²⁶⁸ admite que se trata de um direito subjetivo, mas não aceita nem a proposta feita pelo juiz, nem o encaminhamento sugerido por Ada Pellegrini, e declara, com o mesmo entendimento de Maurício Ribeiro LOPES²⁶⁹, que a única solução seria impetrar um *habeas corpus*.

Ao realizar a proposta da transação deve o Ministério Público se limitar a oferecer a possibilidade de uma pena alternativa ou o pagamento de multa*, seguindo os princípios constitucionais.

Quanto à aceitação da proposta, esta deverá ser expressa pelo autor do fato, com o auxílio técnico de seu defensor, como já exposto anteriormente, e o princípio da inocência cede à manifestação livre, consciente e inequívoca do autor do fato, transigindo e aceitando a pena alternativa proposta pelo Ministério Público²⁷⁰.

Quanto ao controle jurisdicional, sabe-se que o magistrado antes de homologar o acordo feito na transação verificará o preenchimento de todos os requisitos legais. E caso não homologue, deverá designar a segunda audiência, como prevê o artigo 77, da lei nº9.099/95.

Questiona-se no acordo bilateral, acordo de partes, poderá o juiz interferir ou modificar para mais ou para menos, o que foi compactuado.

²⁶⁷ ROMEIRO, J. A. **Da ação penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.94.

²⁶⁸ BITENCOURT, op. cit., p.55.

²⁶⁹ LOPES, **Comentários à lei...**, p.607.

* As penas aplicadas, bem como suas conversões e ao não cumprimento serão tratados em item próprio no último capítulo.

²⁷⁰ REALE JUNIOR, M. **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.84.

Acredita-se que não, pelo simples fato de ter sido aceito pelo autor, embora que o acusador deva indicar o tipo de pena e não o quantum e caso não haja tipicidade, também não deverá homologar o acordo ou alterá-lo caso seja gravoso demais para o autor do fato²⁷¹.

Por derradeiro, restam dúvidas quanto á natureza da sentença, reinando completa divergência.

Não seria uma sentença absolutória, pois carrega uma sanção imposta.

Para muitos não é condenatória, pois a aceitação da proposta não implica culpabilidade*, e não carrega consigo os outros efeitos de uma sentença condenatória típica.

Para Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO²⁷², a decisão é de cunho definitivo, pois põe fim ao processo com julgamento do mérito, resolvendo uma pretensão punitiva estatal não resistida, e por isso não possui todas as características de sentença condenatória.

Por isso, parte da doutrina a considera como condenatória imprópria, pois somente mantém a pena imposta e, sendo assim, o recurso cabível seria o da apelação.

5.3 Funcionamento da máquina judiciária e a privação do devido processo legal

Faz-se necessário traçar algumas linhas sobre a constitucionalidade da transação penal, principalmente no que tange à verificação se no momento da proposta e da aceitação estariam ou não presentes os pressupostos do devido processo penal*.

²⁷¹ NOGUEIRA, op. cit., p.193.

* A culpabilidade será tratada no próximo item.

²⁷² PRADO, **Lei dos juizados...**, p.145.

* Cf. aponta: que o “processo, que tradicionalmente era visto como espaço de conflito para a ser equacionado como espaço de consenso”. (ANDRADE, op. cit., p.54)

Com a promulgação da lei nº9.099/95, grande foi a polêmica ocasionada sobre a constitucionalidade da transação penal.

Muitas críticas foram feitas, sob o argumento de que o instituto vai de encontro aos direitos básicos constitucionais e aos princípios informadores do processo penal, como a ampla defesa, o contraditório, o já citado devido processo legal e a presunção de inocência.

Segundo o magistrado Hebert José Almeida CARNEIRO²⁷³, Juiz-diretor do Juizado Especial Criminal e Civil de acidentes de Belo Horizonte, indicam os críticos três argumentos básicos pela inconstitucionalidade da transação penal, quais sejam:

- a) “A aplicação da pena sem processo e sem reconhecimento de culpa infringiria o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, podendo chegar-se à privação de liberdade, em virtude da possibilidade da conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade (art. 51 e parágrafos, do código penal e art. 182, da lei de execução penal);
- b) O instituto infringiria a presunção de inocência do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal;
- c) Ficaria desrespeitado o princípio da igualdade processual, decorrente do art. 5º, caput e inciso I, porquanto a transação penal só seria admissível se houvesse transação civil, com os que não pudessem ou não quisessem compor os danos ficariam excluídos do benefício do acordo penal.”

Muitos doutrinadores, dentre eles Afrânio Silva JARDIM, Ada Pellegrini GRINOVER, José Laurindo de SOUZA NETTO, Márcio Franklin NOGUEIRA e Maurício Antônio Ribeiro LOPES²⁷⁴, têm entendimento diverso e sustentam a constitucionalidade da transação penal, argumentando que esta, inclusive, tem previsão constitucional, a teor do artigo 98, inciso I, da Constituição da República vigente.

²⁷³ CARNEIRO, op. cit., p.3.

²⁷⁴ Obras respectivamente citadas como sendo: JARDIM, **Direito processual...**, p.24.; GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.37.; SOUZA NETTO, op. cit., p.139.; NOGUEIRA, op. cit., p.184.; LOPES, **Comentários à lei...**, p.349.

Clemerson Merlin CLÉVE²⁷⁵ assegura que “em uma sociedade que se encerra como plural não existem forças definitivamente vencidas e vencedoras. É da essência da democracia. Por isso, a própria Constituição não pode deixar de apresentar interesses antagônicos e conflitantes e a tarefa do operador jurídico há de ser interpretar e aplicar o direito consciente dessa ambigüidade e da presença dessas diferenças”.

Para os que defendem a transação como constitucional frisam que se trata de uma previsão ao princípio do devido processo legal, pois ambos se encontram no mesmo nível hierárquico e decorrente do poder constituinte derivado.

Assim, é preciso salientar que a mesma Constituição que consagra o princípio do devido processo legal é que introduziu em nosso sistema o instituto da transação penal.

Segundo Ada Pellegrini GRINOVER²⁷⁶, existe a previsão legal tanto do devido processo penal quanto da transação e que, quando o autor aceita a proposta, estaria utilizando de uma técnica de defesa, a qual pode se consubstanciar em diversas atividades defensivas como de aguardar a acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, visando à absolvição ou até mesmo aceitar a proposta de imediata aplicação da pena, para evitar o processo e o risco* de uma condenação, tudo em benefício do próprio exercício de defesa.

A Constituição da República, em seu artigo 98, I, na realidade, criou um novo processo legal, abrangendo muito mais do que até agora conhecemos deste princípio, segundo narra a autora em questão.

²⁷⁵ CLÉVE, C. M. **O direito e os direitos:** elementos para uma análise crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.198.

²⁷⁶ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.31.

* Faz-se necessário salientar que a palavra “RISCO” é a palavra mágica utilizada por quase todos para convencer os autores a aceitar a transação.

Assim também é o entendimento de Afrânio Silva JARDIM²⁷⁷:

A cláusula do devido processo penal, deve significar hoje muito mais do que significava em épocas passadas. Assim, a questão não pode mais restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação²⁷⁸. O devido processo penal não pode se resumir à consagração do princípio do juiz natural, à vedação de provas ilícitas, ou mesmo à impropriamente chamada presunção de inocência”.

Afirma ainda Afrânio Silva Jardim que tudo isso já foi conquistado e só precisa ser consolidado* e que o princípio ora denota um campo de incidência muito mais abrangente, campo mais fértil, e por isso afirma que na transação existe ação penal, jurisdição e processo²⁷⁹.

Assim, também é o entendimento de Márcio Franklin NOGUEIRA²⁸⁰ quando afirma que na sistemática trazida pela lei nº9099/95 há duas ações e dois processos.

A primeira hipótese é que, presentes os requisitos legais, o promotor oferece a proposta, e assim teríamos a ação para a transação.

Ter-se-ia, então o processo para a transação, em que o autor, aceitando a transação penal, levaria a uma sentença homologatória. Acrescenta ainda que “equivocam-se, desta forma, os críticos do sistema ao dizer que não há como justificar a imposição da pena consensuada se não existe ação penal, pressuposto do exercício da jurisdição no processo penal. Porque, repita-se, na transação penal há tanto ação como processo”.

José Laurindo de SOUZA NETTO²⁸¹, que também não enxerga violação ao princípio do devido processo penal, acredita que se deve ter uma visão revitalizadora do

²⁷⁷ JARDIM, **Direito processual...**, p.318.

²⁷⁸ FLACH, N. **Prisão processual e penal**: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.56.

* Será mesmo? Todos estes princípios já foram consolidados?

²⁷⁹ JARDIM, **Ação penal...**, p.100.

²⁸⁰ NOGUEIRA, op. cit., p.184.

próprio princípio, diante da enorme utilidade pública, defendendo ainda que o sistema protege a liberdade individual frente a possíveis arbítrios .

Para Julio Fabrini MIRABETE²⁸², a transação penal não pode ser considerada inconstitucional, ainda que fuja dos padrões clássicos do processo penal pela não realização prévia da instrução criminal com as garantias constitucionais, e argumenta que, se na audiência preliminar for obedecido o procedimento penal estabelecido, estará sendo obedecido o devido processo penal.

Conclui Julio Fabrini MIRABETE²⁸³ que “malgrado opiniões em contrário, os argumentos em favor da natureza inconstitucional do não reconhecimento da natureza de sanção penal à pena aplicada não convencem”.

Para Maurício Ribeiro LOPES²⁸⁴, a previsão constitucional cria um “novo processo legal”, mas ressalta, contudo, que não obstante a referida lei nº9.099/95 regulamentar a previsão constitucional disposta no art.98, I, haverão de ser observados os princípios instituídos na Carta Magna, quais sejam, da anterioridade da lei penal, competência do juízo, contraditório e ampla defesa, princípio da inocência e titularidade exclusiva da ação penal pública conferida ao Ministério Público.

Infere-se daí segundo Rogério Lauria TUCCI²⁸⁵ “que a ocorrência da imputação de inconstitucionalidade da transação penal está diretamente ligada àqueles que creditam ao instituto a aceitação da culpabilidade à transação penal e a natureza de pena às medidas avençadas. E pena imposta na transação (palavra pena trazida no artigo, gera controvérsias, pois como se tem pena sem processo?), seria fruto de um acordo entre as partes, e logo, não teria caráter de sanção”.

²⁸¹ SOUZA NETTO, op. cit., p.72-73.

²⁸² MIRABETE, **Juizados especiais...**, p.96.

²⁸³ Ibid., p.98.

²⁸⁴ LOPES, **Comentários à lei...**, p.600.

²⁸⁵ TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.54.

A discussão poderá advir, desta feita, do texto da lei que expressa “*o juiz aplicará pena.*(art.76, §4º da lei nº9.099/95) “*a imposição da sanção..*”(art.76, §6º, da mesma lei). Contudo, pode-se considerar referidas assertivas como equívocos do legislador, ao falar em ‘pena’ porque as medidas impostas se referem às penas previstas no código penal em seu artigo 43 ao falar de ‘sanção’, remontam ao convencionalismo existente até o advento da lei em questão, dos princípios da obrigatoriedade da ação penal e da anterioridade da lei penal.

Voltando às premissas apontadas pelo juiz Herbert José de Almeida CARNEIRO²⁸⁶, temos “esta lei tão proclamada, tão festejada, é, a meu juízo, manifestamente inconstitucional, nesta parte (...). A vontade de resolver o problema da justiça conduziu à adoção de uma lei inconstitucional. Como se o problema da justiça tivesse apenas e tão-somente na morosidade da prestação jurisdicional, e não da injustiça das decisões (...)” Para o citado juiz “consagra-se uma condenação sem provas, os autores não são ouvidos (...)”.

Para a maioria dos autores estudados, o devido processo legal se constitui da realização dos procedimentos estanques para a situação jurídico-material fática, adequando o processo às necessidades de definição e realização dos direitos lesados. Isto é, caberia ao juiz, enquanto personificação do poder jurisdicional do Estado, proceder de acordo com os limites traçados pelo ordenamento jurídico contemporâneo.

Tem-se, ainda, que as infrações de menor potencial ofensivo têm competência nos Juizados Especiais Criminais e estes apresentam procedimento especial

²⁸⁶ CARNEIRO, op. cit., p.26-31.

normatizado na lei nº9.099/95. Seguindo-se os procedimentos traçados pela referida lei, não há que se falar em transgressão ao “devido processo legal”*.

No que se refere à presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII), esta se encontra diametralmente ligada ao reconhecimento prévio de culpabilidade, partindo-se do pressuposto de que a aceitação da transação não imputa, não decorre culpabilidade ao autor do fato*.

Frisou José Laurindo de SOUZA NETTO²⁸⁷ que

Parte da doutrina considera a sentença como condenatória imprópria, pois não gera seus efeitos naturais, embora suficientes para gerar o de culpabilidade, parte considera ‘declaratória constitutiva’, diante da assunção da culpabilidade pela imputação pelo autor do fato, mas alerta que entretanto, esta corrente doutrinária parte do pressuposto equivocado da exigência de culpa para o instituto, restando afirmar categoricamente a inexistência de inconstitucionalidade, pois o acordo é anterior e não há reconhecimento de culpa.

A culpa é pressuposto necessário, absolutamente imprescindível, para a existência da condenação*.

Para Eugenio Raúl ZAFFARONI²⁸⁸ “após o abandono do conceito descritivo ou psicológico da culpabilidade e se passado a concebê-la normativamente, quase sempre se exigiram dela ponderações de cunho ético, por causa da seletividade do sistema criminal e o uso da pena como instrumento reprodutor da violência e legitimador de um exercício de poder mostram hoje claramente que as razões éticas, essência da reprovação mesma resulta deslegitimada”.

* Talvez a questão resida toda aí, seguir os procedimentos do juizado. Justo aí estaria o desrespeito ao devido processo legal.

* A este respeito discorreremos no final deste item.

²⁸⁷ SOUZA NETTO, op. cit., p.140-141.

* Não faz parte deste estudo tratar de forma mais aprofundada o tema culpabilidade, apenas trazendo noções básicas, quanto à aceitação da “pena imposta” pela transação penal em âmbito dos juizados especiais.

²⁸⁸ ZAFFARONI, op. cit., p.236.

Com a aceitação do acordo por parte do envolvido, não existe a necessidade de pena (apesar da lei taxativamente descrever “imposição de pena” como já exposto), não havendo que se falar na transação operada em juízo positivo de culpabilidade, sob o aspecto jurídico²⁸⁹ penal, no entender de José Laurindo.

Pode-se dizer que a culpabilidade é um dos elementos dos mais novos na concepção de crime²⁹⁰, porque a punição em épocas antigas se fazia independentemente de qualquer noção de responsabilidade subjetiva, sendo então de cunho objetivo; se ocorreu o fato e o resultado lesivo, o indivíduo causador deveria ser punido.

Trata o Direito Penal do crime, cuidando-se da tutela de bem jurídico de sua competência. Crime, segundo a dogmática jurídico-penal nacional se constitui de ação ou omissão típica, ilícita e culpável. Constitui ainda, o crime, o ato ilícito penal, elemento do conjunto de pressupostos da pena.

Ao explicar a não culpabilidade da transação penal perfilam-se juristas e doutrinadores a diversas teorias, das quais se destacam duas. Uma desconstituiu a pena privativa de liberdade decorrente da transação penal seu caráter de pena. A outra defende que a sentença que homologa a transação convencionalizada não tem caráter condenatório.

Neste segundo sentido, milita Ada Pellegrini GRINOVER²⁹¹ dispondo que a “pena não privativa de liberdade”, imposta pelo juiz, por consentimento dos partícipes, tem natureza jurídica de sanção penal. Esta sanção penal, sendo efetivada através de sentença, não poderá ser considerada condenatória, uma vez que não houve sequer acusação.

²⁸⁹ ZAFFARONI, op. cit., p.142.

²⁹⁰ SANTOS, J. C. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.63.; BARATTA, ob. cit., p.69.

²⁹¹ GRINOVER, **Juizados Especiais...**, p.134.

Ada Pellegrini GRINOVER²⁹² reforça sua tese ressaltando que “a aceitação pelo autuado, configura submissão voluntária à pena não privativa de liberdade, mas não indica reconhecimento da culpabilidade penal. Seguro indício disto é que a aplicação da sanção penal não gera reincidência”. Afirma, ainda que a não culpabilidade da transação penal poderá ser depreendida pelo fato de que o §4º do artigo 76 da lei nº9.099/95 proíbe o registro criminal, salvo para impedir nova transação penal no período de cinco anos.

Não é o pensamento de Maria Lúcia KARAN²⁹³ quanto ao quesito reincidência, pois a seu turno, acredita “que existe uma supervalorização do instituto da reincidência por causa da vedação do artigo 89, quando o autor não terá direito a suspensão se estiver sendo ‘processado por outro crime’, e afirma que nos efeitos da submissão antecipada do réu à pena ou a outras restrições à sua liberdade, decorrentes da suspensão condicional do processo, aparece esta sobrevalorização.”

Para os que defendem a ausência de culpabilidade na aceitação da transação visto reside no fato de que esta não gera efeitos civis. Para uma eventual lide civil, caberá ao interessado ingressar com a ação competente, conforme expresso na parte final do §4º do artigo 76 da lei nº9.099/95²⁹⁴.

Depreende-se das várias exposições que a grande discussão é desencadeada por ter o legislador denominado “pena” à restrição de direitos, decorrente da transação penal* talvez por equívoco do legislador estaria ele se referindo às penas do código penal como também já se expôs, e estas são decorrentes de um processo penal em sua plenitude.

²⁹² GRINOVER, **Juizados Especiais...**, p.136.

²⁹³ KARAN, **Juizados especiais...**, p.274-275.

²⁹⁴ TOURINHO NETO, F. da C. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. Rio de Janeiro: RT, 2002. p.78.

* Brilhantemente Geraldo Luiz Mascarenhas Prado discorda no item funcionalidade e eficiência. A transação penal desliza em direção a prisão (PRADO, **Elementos para...**, p.16.)

Por falar em pena ensina-nos Eugenio Raúl ZAFFARONI²⁹⁵ que ela é a perda de bens jurídicos imposta pelo Poder Judiciário, a quem comete ato ilícito penal, enquanto manifestação da coerção penal e leciona: “deve aspirar prover a segurança jurídica, pois seu objetivo deve ser a prevenção de futuras condutas delitivas”.

Sustenta ainda o professor argentino²⁹⁶ não encontra na transação penal uma correlação de forças; antes uma negociação, em posições desiguais, entre as partes, vulneráveis ao princípio da culpabilidade na medida em que se abstrai, na transação, o fato do agente ser ou não verdadeiramente responsável pela prática da infração, discutindo deste modo se a responsabilidade do ato era ou não do agente. Também para ele existem duas linhas de culpabilidade, a primeira de um “direito penal de culpabilidade”, que acredita na segurança jurídica e na pena retributiva; e uma outra de um “direito penal de periculosidade” que acredita na defesa social e na teoria reeducadora ou ressocializadora.

No entender de Luigi FERRAJOLI²⁹⁷ a culpabilidade não seria um pensamento, nem um aspecto interno da pessoa, como dizem as teorias subjetivas, mas um elemento do fato, uma condição “*sine qua non*” dele, fundada na estrutura lógica da proibição, que importa possibilidade material da realização e omissão da ação, imputadas a intenção do sujeito, mas do que razões éticas ou utilitaristas.

Na transação penal, para a maioria dos doutrinadores, o que ocorre não seria a imposição da perda de um bem jurídico, mas tão-somente um acordo entre o órgão ministerial e o autor do fato.

Acordo demanda disposição de vontade e assim não pode corresponder a coerção penal. A disposição da vontade do agente e de seu defensor poderão levá-los a

²⁹⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p.104.

²⁹⁶ Ibid., p.105.

²⁹⁷ FERRAJOLI, op. cit., p.356.

não aceitarem a proposta de transação penal, preferindo, ambos, o estabelecimento da relação processual. Há, pois, efetiva disponibilidade de vontade.

Conclui-se, ainda, não ser a transação penal de mesma natureza jurídica da pena.

Finalmente, encontra-se em nossos estudos o crítico mais ferrenho da transação penal e dotado de uma crítica consubstanciada, talvez por tecer comentários conscientes, balizados e muito bem balizados com a realidade dos fatos e do dia-a-dia com que se defronta na realidade dos Juizados Especiais²⁹⁸.

Lado a lado com Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO, também se encontra entrincheirada e se diria “muito bem armada” em apontar desvios graves do Juizado, Maria Lúcia KARAN²⁹⁹, quando trata da antecipação da punição imposta ao autor pelo Estado. “Ninguém gosta de negociar sua inocência”, enfatiza a autora.

Reforçam estas fileiras Alexandre Wunderlich, Salo de Carvalho, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Alexandre Morais da Rosa, dentre outros*.

Na opinião de Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, a transação apresenta uma das formas como o direito de ação condenatória se apresenta, mas no entanto, deveria haver um devido processo legal para recolher e dirigir essa ação penal.

Afirma ainda que a negociação direta entre o suspeito (entenda autor do fato) e o órgão acusador, visando a aplicação da pena, abrindo-se mão do processo em contraditório, sempre foi “inadmissível”, “juridicamente inválido” e politicamente reprovável, mas a “engolimos” por causa da “globalização”³⁰⁰.

²⁹⁸ PRADO, **Elementos para...**, passim.

²⁹⁹ KARAN, **Juizados especiais...**, p.96.

* Todos os citados autores possuem artigos referentes ao combate ao Juizado em termo de desvirtuamento ou desrespeito a princípios constitucionais, na obra *Novos Diálogos Sobre os Juizados Especiais*.

³⁰⁰ PRADO, **Elementos para...**, p.30.

Talvez a maior crítica feita por Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁰¹ em relação à falta de discussão anterior à adoção de tal sistema, a falta de argumentação no que tange à esfera cultural, seja uma acomodação cultural quando recepcionamos tal instituto, e a submissão a filtros técnicos de acordo com as teses peculiares do processo penal pátrio; crítica esta já retratada por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO*, em seu manifesto contra o juizado.

Ou seja, a transação penal tem suas peculiaridades e estas deveriam ter sido debatidas *ab initio* e de acordo com a legislação vigente em nosso país.

O pensamento principal seria não permitir que, por meio do direito processual penal, sejam perpetrados os abusos que também o direito constitucional tenta impedir³⁰².

O negócio jurídico deve se pautar por princípios éticos que reafirmem o processo como instrumento de defesa contra o abuso do poder, mas quando existe o convencimento forçado, (que muitas vezes, infelizmente, é o que ocorre nas audiências), vitimam-se pessoas de todas as classes, principalmente os menos favorecidos financeiramente.

Para Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁰³, tal prejuízo está presente no imaginário judicial, reforçado pela idéia de que se o sujeito pode transacionar e, portanto, estará confessando sua responsabilidade, pode ser então merecedor de punição*.

Principalmente para aquele que conhecesse a prática diária de muitos juizados existentes nos rincões deste país, saberá que, na verdade, acontece exatamente isso.

³⁰¹ PRADO, **Elementos para...**, p.30..

* Crítica também esta feita por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho em sua obra Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa “efetivação” constitucional).

³⁰² FERRAJOLI, op. cit., p.61.

³⁰³ PRADO, Geraldo. **Elementos para...**, p. 194

* Tal desvirtuamento será tratado com mais vagar nos desvios das audiências, no próximo capítulo.

Na verdade, revela-se uma tendência da transação penal em inverter a presunção jurídico-penal, admitindo-se um início de culpa para depois de farta prova em contrário se admitir a possibilidade de inocência; o suspeito é condenado sem que tenha possibilidade de defesa até que ele próprio, se sobreviver, prove sua inocência.

Alessandro BARATTA³⁰⁴ assegura que não há inocência ou ingenuidade do poder, quando seleciona bens jurídicos e com isso, o poder acaba por selecionar interesses e com eles aqueles que sofrerão a carga desses interesses, ou a incidência do direito penal (*labeling approach*), e o controle é realizado em nível pré-punitivo, com dispensa de aplicação de pena de prisão.

Fauzi Hassan CHOUKR³⁰⁵ adverte que os sistemas penais dedicados ao controle da criminalidade mais grave, como o crime organizado, e às infrações mais leves, como é o caso das de menor potencial ofensivo, comungam de um repertório de restrição de garantias.

Maria Lúcia KARAN³⁰⁶, da sua parte, “compara a transação penal com o instrumento da confissão, conseguida mediante tortura, pois um processo penal que elege a busca da verdade arrancada do indivíduo como seu supremo objetivo decerto faz lembrar das bruxas e hereges, ao tempo da inquisição”.

Contemporaneamente, tal inquisição é feita de uma forma mais “sutil”, aparentemente mais civilizada, desenvolvida às margens do ordenamento jurídico-penal, na repressão paralela, informal, mas à imagem e semelhança da antiga forma.

Indica Maria Lúcia KARAN³⁰⁷, ainda, que a introdução do procedimento abreviado, visando obter a definição antecipada do processo com a consentida

³⁰⁴ BARATTA, op. cit., p.165.

³⁰⁵ CHOUKR, **Processo penal...**, passim.

³⁰⁶ KARAN, **Juizados especiais...**, p.46.

³⁰⁷ Ibid., p.212.

submissão à pena reforça tal tendência moderna, mesmo não implicando admissão expressa de culpabilidade, mas somente a não resistência à pretensão punitiva, já é suficiente para caracterizar tal idéia.

Ressalta Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁰⁸, discutindo o devido processo penal quanto da transação penal, que na ótica do acusado é indiscutível que ele se sinta culpado, e que o *status* jurídico, baseado na não reincidência e ausência de efeitos no plano civil não é argumento suficiente para modificar a percepção de quem se vê obrigado a aceitar a transação para não correr os “riscos” de um devido processo legal.

Por fim, o ilustre magistrado carioca afirma categoricamente: “a doutrina hesita em reconhecer mas é preciso afirmar sob pena de deixar as palavras criarem a realidade, que não há devido processo legal na transação penal brasileira”.³⁰⁹

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado termina sua tese, apontado que “a recuperação do sentido original do devido processo legal e a universalização do exercício da defesa criminal, em todas as fases, são condições prévias a uma reordenação dessa subjetividade que seja capaz de fazer as pessoas se convencerem de que a lei brasileira, e sua justiça, não são de fato arbitrárias e discriminatórias.”

³⁰⁸ PRADO, *Elementos para...*, p.212.

³⁰⁹ *Ibid.*, p.217.

6 O DESVIRTUAMENTO DA LEI

6.1 Dos princípios norteadores do juizado especial

A Constituição traçou um rol de princípios que devem ser obedecidos pela lei 9.099/95; que devem harmonizar-se obrigatoriamente. O artigo 98, I da Constituição da República, aos instituir os juizados especiais, acrescentou os princípios da oralidade e a celeridade (ao prever o procedimento sumaríssimo)³¹⁰.

O artigo 62 da lei nº9.099/95³¹¹ trouxe além dos princípios citados, o princípio da economia processual e informalidade.

Tais princípios devem ser aplicados, no juizado especial criminal com toda prudência e cometimento, por lidar com bens jurídicos diferentes dos bens jurídicos civis.

Daí justifica-se a análise, ainda que superficial de cada um dos “nortes” dessa nova realidade.

Inicialmente, verifica-se o princípio da oralidade, pois como os juizados formam criados com o pensamento de se resolver com justiça negocial ou consensual, as infrações consideradas de menor potencial ofensivo, é indispensável que seus procedimentos não dependam e somente de atos escritos, que demandam mais estrutura (o que é raro na maioria dos juizados).

Três são os princípios que decorrem da oralidade: identidade física do juiz, imediatidade e concentração da causa.

³¹⁰ CARVALHO, **Lei dos juizados...**, p.49 e s.

³¹¹ Art. 62 da lei 9.099/95. “O processo perante o juizado especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.” (BRASIL, Lei 9.099...)

Derivado de oral (que em sentido lato-sensu, é exprimir toda manifestação de pensamento que não se faz por escrito), a oralidade significa o procedimento verbal, ou seja, tudo o que se faz verbalmente. O que se faz de oralmente, converte-se em escrito, registrado, sendo assim a oralidade relativa.

Para Cândido Rangel DINAMARCO³¹² “a busca desse ideal, de um processo que dispõe os termos e os instrumentos reduzidos à forma escrita não é novidade”. O difícil é a conscientização do operador jurídico, de que se deve depender para atender à vontade da lei.

O processo oral, por inúmeros motivos acabou por ser substituído pela escrituração.

Adverte ainda Cândido Rangel DINAMARCO³¹³ que “há uma desconfiança natural da oralidade”. Quando há a substituição do procedimento oral, a juntada da defesa escrita ou produção escrita da sentença o operador não somente sacrifica o princípio da oralidade, como também o princípio da celeridade.

O princípio da oralidade, na audiência de instrução e julgamento, faz com que o autor do fato e a vítima se aproximem mais da solução do caso em discussão.

Assim, salienta Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO³¹⁴ que devem os juízes permitirem ativamente sua participação, especialmente na fase de conciliação.

A oralidade indica menor formalidade, inclusive para registro do ocorrido na audiência para o que foi respondido pelas testemunhas, o que impõe obrigatoriamente a identidade física do juiz.

³¹² DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.56.

³¹³ DINAMARCO, **Teoria geral...**, p.59.

³¹⁴ CARVALHO, **Lei dos juizados...**, p.52.

No princípio da oralidade há predominância do procedimento oral, agilizando a solução dos casos, pois as provas são colhidas diretamente pelo juiz e ele mantém contato direto com as partes, o que possibilita que a atividade jurisdicional se concentre numa só audiência, o juiz que instrui o processo é o mesmo que vai julgar.

Esse procedimento é mais célere e mais enxuto, desejo a todo instante almejado pelo legislador.

Para Cândido Rangel DINAMARCO³¹⁵ “a comunicação escrita sempre pareceu predominante face à oralidade no Direito Processual Brasileiro, apesar de haver uma valorização nos dias de hoje”. Não se trata apenas de conferir palavra falada sobre a escrita; mas sim aferir o contato imediato e pessoal entre os sujeitos do processo, procurando resolver o caso mais rapidamente.

Na esfera do processo penal, a oralidade também é reduzida, adotou-se só limitadamente a oralidade. A lei dos juizados estabeleceu novos critérios, para um processo que adotou a verdadeira oralidade, com o total dialogo entre as partes, testemunhas e juiz.

Para Afrânio Silva JARDIM³¹⁶ “A verdadeira sofreguidão de tudo reduzir-se a escrito, numa desmedida ânsia de segurança e culto á forma, tem sacrificado o processo penal moderno, eternizando o seu deslinde e transformando-o em instrumento de verdadeiro empecilho à aplicação do Direito”.

Para José Laurindo de SOUZA NETTO³¹⁷ “a oralidade ressurgiu como reação ao abuso da escrita no processo, que transformou num mecanismo lento, moroso e incompreensível”.

³¹⁵ DINAMARCO, *Teoria geral...*, p.69.

³¹⁶ JARDIM, *Direito processual*, p.31.

³¹⁷ SOUZA NETTO, *op. cit.*, p.110.

Basta verificar em âmbito dos juizados, a previsão da denúncia elaborado pelo Ministério público de forma oral, bem como a representação ou queixa crime.

Quanto ao princípio da informalidade, o qual está atrelado ao princípio da simplicidade, verifica-se que a lei 9.099/95 acolheu, de maneira explícita, a desformalização, assim entendida como uma tendência universal em prol da facilitação do efetivo acesso a justiça.

Nos juizados especiais, mais do que nunca, tem-se por meta a eliminação de atos desnecessários e a flexibilização formal de todos os necessários. É o pensamento de Cândido Rangel DINAMARCO³¹⁸, o qual lembra que; “Os juizados são filhos de um movimento desburocratizador que se instalou no país na década passada, com a idéia de que as complicações e formalismo processuais constituem inexplicáveis e ilegítimos entraves ao pronto e efetivo acesso à ordem jurídica justa”.

Este princípio está relacionado com a ausência de preocupação com a forma dos atos processuais. Cumpre ressaltar que a carência de formas não é total, por causa da observância do devido processo legal.

A regulamentação das formas dos atos processuais constitui, sem dúvida, uma garantia a todos os envolvidos em um caso penal.

Para Julio Fabrini MIRABETE³¹⁹ “Embora os atos processuais devam realizar-se conforme a lei, em obediência ao fundamental princípio do devido processo legal, deve-se combater o excessivo formalismo em que prevalece a prática de atos solenes e estéreis e sem sentido sobre o objetivo maior da realização da justiça, bem como o juiz não está isento de observar um mínimo de formalidades essenciais para a prática de determinados atos processuais.”

³¹⁸ DINAMARCO, **Os juizados...**, p.22.

³¹⁹ MIRABETE, **Juizados especiais...**, p.57.

Para César Roberto BITENCOURT³²⁰ a informalidade está patente em quase todas as fases dos procedimentos regulados pela lei nº9.099/95. Mas adverte “embora nos pareça excessivamente formal quanto à realização das audiências (preliminar e de instrução e julgamento), a recorribilidade das decisões (chegando ao extremo de permitir recurso de decisões meramente homologatórias, os excessivos prazos recursais, inclusive maiores dos que são previstos no Código de Processo Penal)”.

O princípio da informalidade regula todos os atos processuais no Juizado Especial Criminal, bem como a atuação da autoridade policial na fase investigatória³²¹.

Esta, em geral, não deve instaurar inquérito policial referente às infrações de menor potencial ofensivo, mas apenas lavrar o termo circunstanciado da ocorrência*.

Nas audiências, sendo a primeira chamada de preliminar ou audiência de conciliação, e a segunda de instrução e julgamento, embora tenha um rito a ser observado, também, é informal, pois se resumem a termo, de forma resumida, apenas os fatos, relevantes ocorridos durante as audiências. E só serão objeto de registro os atos havidos por essenciais, além de se prescindir do exame de corpo de delito, caso haja uma outra forma de comprovar a lesão, bem como a ausência de relatório na sentença.

Para Ada Pellegrini Grinover³²², “tudo deve ser impregnado de simplicidade e da informalidade, que é a marca principal do juizado. É assim que a audiência preliminar deverá acontecer: com os interessados, o Ministério Público e o Juiz reunidos, expondo as suas opiniões, a fim de que, se for o caso, evite-se a instauração do processo e possa a vítima ser reparada”.

³²⁰ BITENCOURT, C. R. **Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das leis** n.º9.099/95 e 10.259/2001. São Paulo:Saraiva, 2005. p.78.

³²¹ MORAES, **Juizado especial...**, p.20.

* Aliás, a lei afasta do juizado as causas complexas (art.77, §2º) e que exijam maior investigação. Por isso, não basta para que se fixe a sua competência a ocorrência de uma infração de menor potencial ofensivo, sendo necessário também que a causa não seja complexa.

³²² GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.70.

Para Maurício Antônio Ribeiro LOPES³²³, força é convir que os atos processuais devem realizar-se conforme a lei é a primeira garantia de observância do devido processo legal. Cabe a esta não só coordenar, como também exigir sua presença e regular-lhes a constituição intrínseca e extrínseca.

Enfim, informalidade, significa que dentro da lei, pode haver dispensa de algum requisito formal sempre que a ausência não prejudicar terceiro, nem o interesse público.

Um direito não pode ser negado em razão da inobservância de alguma formalidade instituído para garanti-lo dentro do interesse público ou das partes almejado tenha sido almejado.

É bom lembrar que a adoção do princípio da informalidade não autoriza desprezar a necessidade de garantia e ampla defesa; por isso deve adequar-se ao princípio do devido processo legal como exigência da segurança da parte.

Quanto ao terceiro princípio da economia processual, o qual recomenda que se obtenha o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo de atividade de atos processuais, o legislador, em relação aos juizados especiais se preocupou com as despesas que os jurisdicionados poderiam ter com pedidos, e assim isentou de taxas e custas processuais.

Ocorreu a inutilização das praxes e a concentração, num só momento, da apreensão, exame e solução da demanda.

Tal fato é observado sumariamente nos juizados em relação principalmente no numero de audiências, em que não houver a solução do caso na primeira audiência de conciliação, tal fato se dará na segunda de instrução e julgamento, que obrigatoriamente

³²³ LOPES, **Comentários à lei...**, p.302-303.

findara o procedimento, com oitiva das partes, defesa técnica, oitiva das testemunhas, debates e finalmente a sentença.

Sem falar que o pensamento é “produzir mais, com maior qualidade e a custo menor”.

Para Julio Fabrini MIRABETE³²⁴ “preconiza a escolha entre duas alternativas, menos onerosa às partes. Não significa isto que se suprima atos previstos no rito processual estabelecido na lei, mas possibilidade de se escolher a forma que causa menos encargos”.

Daí se extrai que atos desnecessários que colimam fim diverso ao da celeridade devam ser expurgados. Verifica-se que a maior parte dos envolvidos no juizado não tem condições de arcar com as despesas que ocorreriam em um processo ordinário.

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado, com relação aos bens que estão em discussão. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, é isso que recomenda o denominado princípio da economia processual, segundo Maurício Antônio Ribeiro LOPES³²⁵

O princípio da economia processual informa praticamente todos os critérios do juizado já analisados, estando presente, desde a fase preliminar até o encerramento da causa.

A validade dos atos processuais chamam a atenção em relação aos juizados, pois “sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados” condiciona a declaração de nulidade à ocorrência de prejuízo. Além da simplificação

³²⁴ MIRABETE, **Juizados especiais...**, p.29.

³²⁵ LOPES, **Comentários à lei...**, p.304.

das formas de comunicações dos atos processuais, dispensando quando possível, a necessidade de mandados e precatórios.

Para Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO³²⁶, “os princípios da oralidade, da informalidade e da economia processual deságuam todos no da celeridade, que é o objetivo verdadeiramente perseguido, enquanto os outros são coadjuvantes, instrumentos para seu atingimento. Com efeito, já era hora de a legislação exigir a celeridade da prestação jurisdicional. Depois de uma fase legislativa repleta de preciosismos, de tecnicismos, aportamos agora em uma fase mais objetiva, que exige efetividade. E a efetividade necessita da celeridade”.

A demora na prestação jurisdicional transformou-se em regra, quando deveria ser exceção.

Os dicionários nos ensinam que a palavra celeridade significa veloz, ligeiro, rápido.

Sendo assim, é imprescindível procurar um procedimento que dê uma resposta mais rápida ao cidadão/jurisdicionado. Quer nos processos civis, quer nos criminais a sociedade exige que o Judiciário se posicione o mais rápido possível sobre as questões postas para apreciação deste poder.

Para Cândido Rangel DINAMARCO³²⁷ “se o processo for efetivamente oral, simples e informal, já terá obtido celeridade. Pois a lentidão da justiça deriva, primordialmente, de adotar procedimentos escritos, complicados e excessivamente formalistas”.

³²⁶ CARVALHO, **Lei dos juizados...**, p.51.

³²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os juizados especiais e os fantasmas..** ob. cit. p. 35

Para permitir a celeridade, o legislador utilizou a ampliação dos horários da justiça, que poderá realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, nenhum ato será adiado e a aceitação poderá ser feita no próprio juizado.

Comentando o art.98, I da Constituição da República, Alexandre de MORAES³²⁸ ensina: “A criação dos Juizados Especiais Criminais no sistema penal brasileiro decorreu da necessidade de incorporação de instrumentos jurídicos modernos, com vistas na desburocratização e simplificação da justiça penal, propiciando solução rápida, mediante consenso das partes ou resposta célere, para as infrações penais de menor potencial ofensivo”.

O princípio da celeridade informa toda a apuração e a persecução das infrações penais de menor potencial ofensivo

A celeridade tem uma aspecto importante em relação a justiça criminal, pois quando menor o tempo de resolução dos casos, entre o fato e a decisão judicial, menor a sensação de impunidade.

Alexandre de MORAES³²⁹ adverte que os princípios mencionados ou específicos do juizado não excluem os princípios gerais fundamentais de ordem constitucional, que regem o processo penal, a saber: do estado de inocência; da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da publicidade, devendo o juiz cuidar, sempre, de compatibilizá-los, inclusive com a aplicação subsidiária das disposições do código de processo penal e por isso, apesar de empregar os princípios intensamente, não afastam as garantias processuais constitucionais das partes.

³²⁸ MORAES, A. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.37.

³²⁹ MORAES, **Juizado especial...**, p.29.

6.2 A descaracterização dos princípios norteadores

O desvirtuamento prático da lei deve ser visto em seus aspectos mais importantes. Assim, vislumbra-se que o art.62^{*}, da lei nº9.099/95, referente aos critérios orientadores genéricos e as finalidades principais dos Juizados Especiais.

Verifica-se, na prática, que muitos dos princípios são desconsiderados parcialmente ou mesmo integralmente durante o procedimento no juizado.

Tem especial relevância tais critérios e objetivos, que serviram para nortear o legislador, diante do quadro, pode-se dizer, ingênuo nas suas previsões, e sonhos. Constituem-se, ainda, em valiosos apoios para a aplicação de dispositivos duvidosos ou que possibilitem duas ou mais interpretações razoáveis³³⁰, mas não são uma falida imagem do que forma imaginados.

Veja-se que estes mesmos critérios constam da Lei nº7.244/84, sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas Cíveis, vindo a serem assentadas algumas orientações básicas, as quais servem para orientar o Juizado Especial Criminal, que com as adaptações necessárias à área criminal, poderiam assim ser formuladas:

- nos casos de silêncio da lei, devem ser buscadas soluções que atendam aos seus critérios e às suas formalidades principais;
- a aplicação subsidiária do CPP só é admissível quando não for possível solução com base nos critérios informadores;
- em face da celeridade, os processos dos juizados devem correr durante às férias forenses.

* Art. 62 da lei 9.099/95. “O processo perante o Juizado Especial orientar-se á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativas de liberdade.” (BRASIL, Lei 9.099...)

³³⁰ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.68.

Mister se faz traçarmos algumas linhas em direção aos princípios, como já bem frisou Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO³³¹: “é elementar o estudo dos princípios gerais do Direito Processual Penal porque é o que fornecerá a base para uma compreensão sistemática da matéria; e aí transcende a sua importância”. Acrescenta ainda que o termo é utilizado como motivo conceitual sobre o qual se funda a teoria geral do processo penal, podendo estar positivado ou não.

O novo paradigma processual busca a plena efetividade da prestação jurisdicional, para o que é necessário a sua eficácia em tempo hábil e da forma mais equânime que o direito permite.

Os princípios são a bússola que guia tudo em meio à variedade de caminhos oferecidos pela lei, constituindo-se no fundamento de validade para a prática de determinado ato.

Deve-se ressaltar segundo Mauricio Antonio Ribeiro LOPES³³², “a importância da efetiva aplicação dos princípios que orientam o Juizado Especial, de forma a atender aos fins colimados com a criação destes, facilitando o acesso das partes à prestação jurisdicional e a satisfação imediata dessa prestação, contribuindo ainda para o descongestionamento do juízo comum”.

Os princípios no sistema da lei nº9.099/95 têm entraves e desvirtuamentos.

Inicialmente o princípio da oralidade. Considerando que os Juizados foram criados para resolver as infrações de menor potencial ofensivo, são indispensáveis que os seus procedimentos não dependam estritamente de atos escritos que demandam mais tempo e maior estrutura, bem como a forma de comunicação entre o indivíduo e o judiciário.

³³¹ COUTINHO, **Introdução aos princípios...**, p.1.

³³² LOPES, **Comentários à lei...**, p.520.

Veja-se que apenas os atos processuais havidos por essenciais serão objetos de registro escrito (artigo 65, §3º, da lei nº9.099/95).

Para Mauricio Antonio Ribeiro LOPES³³³ três são os princípios que decorrem da oralidade: “identidade física do juiz, imediatidade e concentração, pois, pelo primeiro, a identidade física do juiz, preconiza-se que o mesmo magistrado instrutor do processo prolate a decisão final. O argumento que fundamenta tal afirmativa é que o juiz instrutor do processo teve contato direto com as partes e as provas, podendo, inclusive, determinar algumas de ofício. Desta maneira, as partes, não são apenas nomes nas capas dos processos e as provas não são apenas laudos de peritos e, ou depoimentos transcritos que não têm como informar sobre tom de voz ou expressão facial dos depoentes. Enfim, uma folha de papel não pode expressar os sentimentos colhidos durante a instrução criminal. Sob tal fato e importância do papel do juiz, basta verificar as divergências existentes na atualidade sobre a possibilidade do interrogatório “on line”, ou virtual”. Tal matéria, quanto ao Código de Processo Penal, recebe pacificamente a negativa dos tribunais.

Quanto à imediatidade, o juiz se mantém em contato com as partes e as provas, recebendo de maneira direta os elementos de convicção em que baseará sua decisão, sem precisar de intermediários.

Para Cândido Rangel DINAMARCO³³⁴, no entanto,

O ideal seria que o juiz da instrução sempre pudesse prolatar a sentença em audiência, mas, o acúmulo de processos esperando julgamento, e o grande número de audiências a serem realizadas diariamente e a carência de estrutura material e humana, cominada com a falta de magistrados, são alguns dos fatores que contribuem para a reativação do princípio da identidade física do juiz.

³³³ LOPES, **Comentários à lei...**, p.521.

³³⁴ DINAMARCO, **Os juizados especiais...**, p.54.

Já à concentração dos atos basta perceber o número de audiências, que são duas, a primeira de conciliação e a segunda de instrução e julgamento, homenageando também o princípio da celeridade.

Neste mesmo sentido militam as vozes de Ada Pellegrini GRINOVER³³⁵ e Maurício Antônio Ribeiro LOPES³³⁶. Acreditam ser a concentração dos atos processuais em uma audiência preliminar antes da instauração do processo, e uma audiência no procedimento sumaríssimo depois de instalado este, o fundamento da oralidade, ou menos acreditavam que seria porque o cotidiano tem mostrado exatamente o contrário.

A busca do ideal, de um processo que dispense os termos e os instrumentos à forma escrita é violada. O difícil é a conscientização sobre a nova lei do operador jurídico, o que depende exclusivamente dele, para atender a determinação legal. O processo oral, por praxes arraigadas, comodismo das partes e por outras coisas, foi substituído por uma exacerbada escrituração. Há uma desconfiança natural da oralidade. Entendeu-se que se não deve à oralidade juntada de defesa escrita, ou por produção escriturada de sentença, mas não é o que se passa. Assim agindo, o operador estará sacrificando não apenas o princípio da oralidade mas, também, concomitantemente, o princípio da celeridade e esvaziando os objetivos de uma lei que, bem aplicada, poderia reverter ou minimizar o descrédito de que a justiça brasileira se viu acometida, pelo menos como sonhavam seus idealizadores.

A informalidade e simplicidade deveriam ser obtidas através da simplicidade dos atos processuais, isto é, através de atos simples e céleres, sem olvidar a sua finalidade predisposta.

³³⁵ GRINOVER, **Juizados especiais...**, p.69.

³³⁶ LOPES, **Comentários à lei...**, p.520.

Para Fátima Nancy ANDRIGUI³³⁷ “se por um lado as normas procedimentais dão ao processo a segurança necessária para que as garantias da ordem jurídica não pereçam, por outro lado não podem estas normas tornar morosa ou até mesmo impedir a consecução do poder-dever do Estado de dizer através do processo”.

Para Maurício Ribeiro LOPES³³⁸, ao aliar os princípios da legalidade das formas ao da efetividade do processo, os legisladores adotam o princípio da instrumentalidade das formas. Através deste, se o princípio atingiu o fim que se visava, pouco importa que não tenha sido rigorosamente observada a forma prescrita em lei. Nomeia-se tal fato de “aproveitamento finalístico dos atos”³³⁹, pois não será pronunciado nenhuma nulidade se dele não decorrer nenhum prejuízo às partes. Conclui ainda o mesmo autor, que a simplicidade é tanto mais critério na condução do processo quanto maior for disponibilidade do direito que se procura resguardar.

O que deve ser combatido é o excessivo formalismo, que sacrifica o objetivo maior de realização da justiça dos menos favorecidos. Na prática, porém, foi assim. As formas foram relegadas e os mais prejudicados (todos foram) foram exatamente os menos favorecidos, porque, pressionados e iludidos tiveram seus direitos e garantias constitucionais renegados.

Por último, importante frisar que não é total esta carência de formas, visto que há a garantia de observância do devido processo legal, tudo porém dependendo do grau de consciência do magistrado que conduz o processo, assim como dos demais interesses presentes nele.

³³⁷ ANDRIGUI, op. cit., p.35.

³³⁸ LOPES, **Comentários à lei...**, p.514.

³³⁹ Art.65 da lei 9.099/95. “Os atos processuais são válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta lei.” (BRASIL, Lei 9.099...)

Lembra Cândido Rangel DINAMARCO³⁴⁰ que o juizado também deve se orientar pela singeleza, com redução de qualquer dificuldade ritual entre a prática da ilicitude e a consequência jurídica adequada, além de informar magistralmente que “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”. Tal orientação pode até ter sentido para o processo civil dos juizados, mas se mostrou um desastre quando a questão diz respeito aos juizados criminais.

Com efeito, o princípio da simplicidade está ligado ao princípio da informalidade, pois um dos objetivos da instalação dos Juizados Especiais foi trazer as pessoas mais simples para bem mais perto da justiça; nem que seja a dialogal ou consensual. Mereciam eles, cidadãos brasileiros, algo melhor, porque não basta a dita proximidade se a cidadania não é respeitada por inteiro.

É fato que existe certo receio de ir à justiça por parte dessas pessoas, pois, sem condições de contratar um advogado, não podem arcar com custas processuais, não possuem um vocabulário rebuscado e nem vestimentas adequadas para participar de uma audiência onde de um lado deveria estar o réu devidamente representado por seu constituído, de terno e gravata, do outro, estaria um juiz vestindo uma roupa estranha para o autor, chamada toga, e por último ele, que mal fez o antigo primário na escola, calçando uma sandália de dedo, por não ter sapatos. Parece e pode até ser extremismo a cena proposta, mas não deixa de ser uma realidade³⁴¹. O procedimento há de ser simples no Juizado porque simples também serão as pessoas que precisarão deles, mas inadmissível é a violação dos direitos e garantias constitucionais, o que tem sido constante.

³⁴⁰ DINAMARCO, **Os juizados especiais...**, p.258.

³⁴¹ AZEVEDO, *Informalização...*, passim.

Hoje, os juízes que atuam nos Juizados Especiais, por não terem sido muita das vezes preparados para lidar com tal simplicidade, acabam esquecendo da sua finalidade e função social, adotando a mesma formalidade imperadora da Justiça comum.

Somente um modelo novo de juiz saberá respeitar a vontade dos participantes do processo e, mais do que isso, suscitar neles um espontâneo e efetivo atuar para que a lei produza em plenitude os efeitos para os quais foi preordenada. Como ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO³⁴² “o que se pretende é preservação da idéia do juiz como órgão neutro e imparcial, que por não ter interesse direto no caso, tutelaria a igualdade das partes no processo. Com isto, estar-se-ia buscando a manutenção do seu escopo último: a pacificação dos conflitos de interesses e a justiça”. Tal pretensão, hoje, faz-se farsa.

Os derradeiros princípios utilizados nos Juizados são a celeridade e a economia processual.

Quanto à celeridade, se o processo for efetivamente oral, simples e informal, já se terá obtido celeridade. Tudo indica que a lentidão da justiça deriva primordialmente, de adotar procedimentos escritos, complicados e excessivamente formalistas.

Todos conhecem o ditado que “justiça tardia é injustiça; e as pessoas não podem permanecer, indefinidamente, na angustiante espera de que o Estado possa fazer a prestação jurisdicional devida ao seu bel-prazer, como fazia, faz e permanece fazendo. A insuficiência na solução de tais questões, levaram ao legislador a optar pela celeridade, tratando dos Juizados, pois o fator proibitivo ou preventivo na justiça penal conta muito. Como ideal dever-se-ia abreviar o lapso temporal entre o cometimento do delito, o processo e a resposta judiciária a tal questão, e se for o caso a punição, mas tudo sem comprometer os direitos e garantias constitucionais.

³⁴² COUTINHO, **O papel...**, p.44.

O distanciamento dos dois extremos acaba por acirrar a sensação de impunidade, geradora da reinteração das condutas criminosas, estimulando os criminosos e produzindo desalento para os atentos à ordem jurídica, ou má aplicação das regras dos juizados, também.

Neste contexto de globalização, de rapidez em tudo, também se faz necessário uma resposta rápida estatal; alerta-se que se está falando de uma resposta rápida, porém com os princípios constitucionais garantidos, máxime com devido processo penal, e não com a antecipação do poder de punir do Estado como vem acontecendo³⁴³.

Para melhor atender os interessados, houve uma ampliação dos horários de funcionamento da justiça, que poderá realizar audiências no período noturno, em qualquer dia da semana (art.64* da lei nº9.099/95), e a solicitação de atos em outras comarcas por qualquer meio hábil de comunicação, a redução dos atos escritos, a dispensa do inquérito policial, a concentração de todos os atos em uma única audiência e a impossibilidade de adiamento de qualquer ato (art.80* da lei nº9.099/95).

Confere-se, ainda, às partes, um máximo de resultado em contrapartida a um menor esforço processual, sem que se sacrifique os fins de justiça do processo. Pelo menos era o que se pretendia.

Estatui a Lei nº9.099/95 a instauração de um procedimento em que, em uma única audiência, poderá ocorrer a apresentação de proposta de transação, denúncia, defesa prévia, recebimento de denúncia, oitiva de testemunhas, interrogatório do

³⁴³ KARAN, **Juizados especiais...**, p.35.

* Art. 64: "Os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária." (BRASIL, Lei 9.099...)

* Art. 80: "Nenhum ato será adiado, determinando o juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer." (BRASIL, Lei 9.099...)

acusado, debates orais, culminando com a sentença (art.81^{*},caput). Busca-se uma redução do número de procedimentos, através da aglutinação.

Alia-se a isto um melhor aproveitamento dos procedimentos que perdurarem. Deveria se obter um melhor resultado através de atos compactados, isto, é com economia processual. A economia processual, resultaria na celeridade, através do procedimento sumaríssimo. Infelizmente na prática, tais resultados não são animadores, existindo um atropelo de atos. Na verdade, dá entender que alguém “sonhou” com algo que não ocorreu.

Ressalte-se também que deve ser observada a proporcionalidade entre os meios utilizados e o fim que se objetiva.

A economia processual, além da racionalização dos procedimentos, deveria estar também equacionada com uma reengenharia dos serviços públicos em âmbito geral, produzindo mais e com custo menor e com qualidade, senão de nada adiantaria o esforço. Na prática, todavia, o discurso se mostrou outro, o que aí, sim, fortaleceu foi a sensação de impunidade.

Todavia, tal serviço de ordem prática não ocorreu ocasionado um atraso de até dois anos em alguns casos para realização de audiências.

Apesar da boa vontade, não se caminha bem, pois a lei dos Juizados vem sofrendo uma brusca descaracterização no que diz respeito aos seus pontos norteadores, que têm como base a celeridade e a democratização do acesso a justiça.

O cenário é trágico. Verifica-se um abatimento generalizado dos seus operadores. Chega-se a ouvir de juízes que “eu conheço a lei, mas não tenho como

* Art. 81: “Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.” (BRASIL, Lei 9.099...)

aplicar, assim decido *contra legem*, pois senão restaria a sensação de impunidade; os do ministério público, apesar da boa vontade, não conhecem a lei, pois pensam que estão atuando na justiça comum e a turma recursal, esta também não conhece a lei”. Isso é a realidade e todos os que freqüentam os juizados sabem que é assim.

Como operador jurídico, fica-se assustado. Como estudante, somente reforça-se o que se suspeitava, mas como cidadão, fica-se aterrorizado e amendrontado, pensando naqueles que tiverem a má sorte de serem incluídos neste mundo jurídico e estão em maus lençóis, como se diz na gíria.

É uma revolução que não deu certo, da qual todos são cúmplices, por um ou outro motivo. Um notável avanço que retrocedeu, uma desburocratização que cada vez mais se burocratiza. A lei nº9.099/95, ressalvadas as exceções absolutamente isoladas, não foi e não está sendo aplicada.

Conciliações impostas às partes; propostas de transação penal quando não há condições para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime; propostas de transação penal sem qualquer individualização ou respeito à realidade sócio-econômica do autor do fato; audiências preliminares realizadas sem presença de vítima, defensor, órgão acusador a até mesmo sem juiz e assim por diante, formam um elenco grande, muito grande a ponto de dar vergonha. Fracassos e desvirtuamentos estes muito bem retratados por Alexandre WUNDERLICH³⁴⁴.

Mas não é só. Há um senso comum que reproduz o imaginário social e o que se percebe é um sentimento de revolta tanto para quem procura os Juizados Criminais, como para quem procura os Juizados Cíveis, mas muito, muito pior naquele.

³⁴⁴ WUNDERLICH, A. A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da lei nº 9.099/95). In: CARVALHO, S. de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p.35-52.

As místicas se proliferaram, todos já ouviram falar de alguém que foi ao juizado e depois de pagar algo como prestação pecuniária, ou uma cesta básica, por ter agredido alguém por exemplo, falando com a “boca cheia”: “se eu soubesse que era tão barato, já tinha batido antes”. Eis o resumo patético do quadro.

Se o sistema judicial em seu todo é mesmo um sistema injusto, repressivo, estigmatizante e seletivo, não haveria outro caminho senão lei nº9.099/95. Com ela isso poderia ser minimizado, como queriam ser autores, mas não foi.

Os princípios e as finalidades maiores dos Juizados foram irremediavelmente desvirtuados, com o lastimável comprometimento da sua própria razão de ser. Os que os criaram e os que não entenderam as idéias básicas dos Juizados procuraram fazer deles uma solução para a crise da justiça e, com isto, não somente estão matando tal instituto, como também agravando mais ainda a crise que há muito e afeta a justiça.

Além disto, transparece a preocupação do legislador com a reiterada utilização das expressões “desde logo”, “imediate ou imediatamente”, encontradas nos artigos da lei. Essa constante só pode ter um sentido: dotar o Juizado Especial de uma presteza hoje inexistente na justiça convencional e para isso se faz necessário o dotar de forma orçamentária, pois a insuficiência de dinheiro público também desestrutura todo o esquema pensado, mas para isso precisa vontade dos governantes, os quais, diga-se de passagem, nunca tiveram, porque trata de uma lei federal para seu atuada, principalmente, pelas justiças estaduais, tudo sem qualquer sintonia entre o Judiciário e o Executivo. Quem paga mesmo, é o cidadão, que mora nos municípios.

Assim, após expor rápidos comentários sobre os princípios norteadores, passa-se a apontar apenas alguns desvios práticos em relação ao que acontece no dia a dia em um juizado*.

Antes de tudo cabe aferir o princípio da oralidade, talvez o mais respeitado dos princípios inerentes à lei, como uma exceção grave, a que se refere disposto no art.77 da Lei nº9.099/95, *in verbis*: “Na ação penal de iniciativa pública, quando não houve aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipóteses prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis”.

Ou seja, se não for consolidada a transação penal, pela ausência do autor, nos casos que o autor não faça jus à transação, sendo ação penal do Ministério Público, não há outra saída ao Ministério Público, pois a possibilidade de arquivamento já teria que ter sido apreciada, só caberia neste momento o oferecimento da denúncia oral.

Acontece que, como será exposto oportunamente*, muitas vezes, realmente, o termo circunstanciado de ocorrência não possui o mínimo necessário para que o acusador público tenha sua opinião sobre o delito e acaba por opinar no sentido que o procedimento retorne à Delegacia para novas diligências: Ora se não existem elementos para denunciar, haveria elementos para realizar a transação penal? Será que não poderia ter elementos para arquivar diretamente o termo? Sem contar a ausência costumeira do órgão acusador na audiência e quando isso não ocorre a denúncia normalmente nunca é feita oralmente e sim apresentada dias depois por escrito. Ou seja, “a oralidade continua sendo escrita”.

* Os comentários são resultados de observações realizadas durante várias semanas em âmbito do Juizado de Pouso Alegre/MG. Out/nov/2005, assistindo audiências criminais.

* As muitas situações de desvios que ocorrem durante as audiências serão tratadas no próximo item deste capítulo.

Quanto à informalidade, é uma questão que muitos dos operadores jurídicos não estão acostumados a trabalhar, sendo uma das reclamações dos próprios magistrados, pois referem que muitas vezes para entender a decisão tomada, pelo tribunal precisam recorrer a vocabulários jurídicos, tendo em vista as escritas rebuscadas*. Talvez a questão seja de âmbito nacional, enraizada em toda a justiça, existindo inclusive uma campanha nacional para deixar a “escrita” judicial mais acessível a todos, e menos complexa.

Durante muito tempo se deu ao formalismo (desvirtuado em burocracia) uma importância que na verdade não tem. Sempre isso se fez sob o argumento de que ele é quem garante a tão falada segurança jurídica. Todavia, a experiência ensina que tal zelo pela burocracia processual não garantiu a plena efetividade da prestação jurisdicional, ao contrário, resulta muitas vezes em demora e emperramento dos processos.

A formalidade é imprescindível ao processo porque seus atos só nela ganham consistência e, assim controle. Quando ganha o pré-citado desvirtuamento, tornando-se burocracia, perde sua principal razão de ser, e põe em risco a democracia processual.

Já que o pensamento do Juizado seria o de levar o cidadão comum para mais perto da justiça, precisa ser de uma justiça em que o cidadão leigo, entendesse, os termos utilizados muitas vezes em audiências, o que não ocorre, deixando os envolvidos totalmente perdidos. A informalidade, assim dá lugar a uma excessiva formalidade, sendo que não se está falando de desconsiderar as autoridades presentes, mas, sim, de usar expressões acessíveis a todos para que o linguajar seja entendido, e principalmente diminua o impacto do autoritarismo de alguns, que acabam por descompassar a

* René Ariel Dotti salienta que: “nos processos judiciais há termos que devem ser mantidos pela precisão da linguagem utilizada, mas há a necessidade de uma linguagem que, sem perder a qualidade técnica da boa informação, possa ser compreendida pelos cidadãos em geral”. (DOTTI, R. A. Manual do jurisdiquês. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 02,09,16 abr.2006. Caderno Direito e Justiça.)

igualdade das partes, principalmente no que tange à transação penal, em termo de acusação /defesa.

A simplicidade, com dispensa do inquérito policial, torna-se inócua, pois os autos ou retornam para novas diligências (mesmo desrespeitando-se o artigo 77, da Lei nº9.099/95 que trata do encaminhamento somente nos casos em que o caso for complexo, ou se as circunstâncias não permitirem a formulação da denúncia), ou, na dúvida, tem-se como é melhor encaminhar para a Delegacia e as requisições de novas diligências as vezes são tal complicadas,(para não dizer absurdas), que ficaria mais fácil ser instaurado um inquérito policial e apurar por ele. Trata-se de um verdadeiro “jogo de empurra”*.

O procedimento há de ser simples porque simples, em geral, também serão as pessoas que precisarão dele. Ademais, precisa ele ser dominado bem por todos, sob pena de se fomentar o referido “jogo de empurra”.

Não há como falar em celeridade, rapidez, para um procedimento que tramite durante três longos anos! Os prazos para marcação de audiências variam de 04 a 06 meses, isso em termos de Minas Gerais, pois na verdade em muitos locais, por falta de apoio dos tribunais e pelo número crescente de casos, que se multiplicam em progressão geométrica; também pela carência dos operadores em labutar de acordo com os fundamentos da Lei, sobrecarregando os trabalhos, compromete-se a marcação das audiências e, pior, joga-se por terra a celeridade processual.

O contrário também deve ser analisado, pois se chega ao absurdo de que em um período onde o Juizado estava congestionado na comarca de Pouso Alegre-MG, o

* Há de se lembrar de um encaminhamento envolvendo o “corpo de um gato”, onde a proprietária insistia que o animal havia sido envenenado pelo vizinho e quando da audiência preliminar, envolvendo o suposto crime de “crueldade contra animais”, a vítima levou o “corpo” do gato congelado e acabaram por encaminhar o animal congelado para a Delegacia, determinou-se que o mesmo fosse levado para análise ao IML central de Belo Horizonte, para determinar se o gato foi ou não envenenado!

Magistrado chegou a marcar audiências com intervalo de sete (isto mesmo!) minutos de uma para outra. A pauta de audiências funcionava mais ou menos assim: 13:h, primeira audiência 13h:07, segunda audiência, e assim por diante. Chegar à conclusão de que sete minutos são suficientes para se decidir se o cidadão deve ou não ser processado, ou se deve abrir mão de um direito, chega a ser ridículo. Mas é a vida e seus tempos, que ditam a realidade e não a boa vontade (quando há) e o imaginário de um legislador sonhador, que fez seu sonho virar pesadelo para o cidadão.

Por derradeiro em termos de economia processual, principalmente na concentração de audiências, tem-se conhecimento de casos, em que o juiz marca novas audiências para tentar trazer as partes, “inventando” as audiências previstas para o feito. Um desses casos rendeu inclusive um *habeas corpus* * no tribunal de Minas, pois o juiz chegou a marcar três audiências para tentar convencer a vítima a aceitar a transação em um caso em que o filho dela foi pego, dirigindo sem habilitação e queriam porque queriam que ela aceitasse a transação por ter permitido que o filho dirigisse seu veículo sem possuir habilitação. Tal constrangimento foi corrigido pelo remédio adequado.

* Veja-se um exemplo ocorrido em Pouso Alegre-MG, para reforçar a idéia ora apresentada: consta que um cidadão não habilitado havia pego o veículo da mãe sem sua autorização e foi preso pela polícia, e ao ser elaborado o termo circunstanciado na Delegacia, a genitora foi colocada também como co-autora no art. 310 da Lei 9.503.97, Código de Trânsito Brasileiro, por permitir ou entregar a direção de veículo automotor à pessoa não habilitada.

Na audiência preliminar a mãe não aceitou a acusação, dizendo que não havia cometido crime algum, pois seu filho era maior de idade e que ele pegou o veículo sem sua autorização e este deveria responder pelas conseqüências, porém sozinho e em contra partida não aceitaria a proposta de transação.

Para encurtar a versão, mesmo sendo intimada a comparecer a mais duas audiências preliminares (contrariando frontalmente a lei que somente prevê uma audiência) e ainda ameaçada de ser “processada” pelo promotor e de ser presa pelo magistrado, a suposta autora se manteve impassível: “então me prendam”, respondia.

Para se salvar do constrangimento e da ilegalidade que sofria impetrou um *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais e só assim cessaram as ilegalidades.

Além destes breves relatos quanto ao possível desvirtuamento dos princípios nos Juizados, far-se-á rápidos comentários sobre a composição civil consistente na busca prioritária da composição dos danos, em audiência preliminar, valorizando a vítima, outrora figura sem importância na instrução do processo penal.

Tem, ela, possibilidade de ser indenizada, se efetivada, provocando a extinção da punibilidade anterior à denúncia, nas ações penais públicas condicionais à representação, e à queixa nas ações privadas.

Nota-se que o ressarcimento das vítimas muitas vezes também prejudica sobremaneira o suposto autor do fato; acaba por ser injusta, quando o prejuízo não é comprovado de forma inequívoca; a composição também acaba por ser forçada, e o autor muitas vezes acaba por ser “extorquido”*.

Por fim, quanto à não imposição de pena privativa de liberdade, nos dizeres de Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁴⁵, a transação penal desliza em direção à pena privativa de liberdade, mas se tratará delas e sua conversão no momento apropriado*.

6.3 Das penas aplicadas: sua conversão e constitucionalidade

A transação penal* é instituto previsto no art.76, da Lei nº9.099/95, objetivava a otimização do Poder Judiciário, notadamente assoberbado pelo excesso de demandas existentes.

* Só para ilustrar, assiste-se uma audiência em que a vítima alegava que teria sofrido lesão corporal por parte de uma mulher e que ficou sem “lavar carros” durante uma semana (na verdade fora vítima de uns tapas e chutes), e queria compor no valor de R\$700,00 reais o suposto prejuízo. Na verdade a vítima era um cidadão que aparentemente tem como labuta principal “ mexer” com o patrimônio alheio e nunca trabalhava.

³⁴⁵ PRADO, *Elementos para...*, p.16.

* Tal questão será abordada no item 5.3 deste capítulo.

* Item já analisado anteriormente no capítulo 4.

Conjecturava-se esta otimização através da maximização da resolução de demandas concomitantes à sua qualidade, ou seja, efetiva pacificação social. Deveria residir aí a principal pretensão dos juizados especiais, ou seja, agilizar o andamento do contencioso, viabilizando seu termo sem deixar, de lado os princípios que balizam o direito, principalmente, cumprindo o que foi almejado como uma das finalidades da lei, se possível, a não aplicação de penas privativas de liberdade.

Com o advento das Leis n^{os}9.099/95 e 10.259/01, tem-se o tratamento, através de um dito “procedimento sumaríssimo, de fatos de menor monta, quais sejam, dos crimes de menor potencial ofensivo. São crimes de menor potencial aqueles que a lei fixa pena base máxima não superior a dois anos e multa, tomando-se em conta a lei n^o10.259/01”.

Não obstante o “pequeno potencial ofensivo”, ressalte-se que este potencial continua a existir, e com ele, o delito, ao qual cabe uma sanção, (na proporção de seu ilícito), a qual é aplicada. (quando é, naturalmente).

Aqui volta-se a falar um pouco mais sobre a transação e suas conseqüências jurídicas pois, quando oferecida pelo órgão acusador, se for aceita pelo autor do fato e homologada pelo juiz, faz a sentença não impugnada coisa julgada, sendo então o procedimento arquivado, após o cumprimento devido.

A questão crucial, então, encontra-se relacionada aos artigos da execução, respectivamente artigos 84, 85 e 86, *in verbis*:

Art.84: Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando nos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

Art.85: Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direito, nos termos previstos em lei”.

Art.86: A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Para José Laurindo de SOUZA NETTO³⁴⁶, quando se analisa a possibilidade de aplicação imediata da pena, como forma de exclusão do procedimento no estado em que se encontra, sem que para tanto seja instaurado o devido processo legal, não há que se ponderar quanto ao desrespeito a princípios constitucionais.

A grande indagação se faz em relação ao autor que aceitou a transação penal, comprometendo-se a cumprir o que foi pactuado* (de prestação de serviços a uma entidade, por exemplo) não cumprir levanta as indagações:

O que deverá acontecer com ele?

Qual o procedimento cabível?

Pode-se converter a pena restritiva de direitos em uma pena privativa de liberdade?

Mas, afinal, não se estaria caminhando para a aplicação de pena privativa de liberdade na transação penal, como já salientou anteriormente Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁴⁷; e pior, sem processo? Não se estaria a conversão diante de um ato inconstitucional?

Veja-se a aplicação destas penas em sede de transação.

Embora o artigo 85, da Lei nº9.099/95 diga que se o pagamento não for feito, haveria a conversão para a pena de prisão, é certo que tal conversão não mais é possível em razão da Lei nº9.268 de 19 de abril de 1996, e que deu nova redação ao art.51, do código penal: “transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada

³⁴⁶ SOUZA NETTO, op. cit., p.135.

* A pena restritiva de direitos que normalmente são aplicadas no âmbito dos juizados consiste em interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, ou, como tem sido mais usual, através de prestação de serviços à comunidade. Esta poderá consistir em ajuda a hospitais, asilos, orfanatos, ou doação de cestas básicas, ou ainda, na prestação pecuniária á entidades carentes.

³⁴⁷ PRADO, **Elementos para...**, p.27.

dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas de prescrição”. A multa, portanto, por força desta nova redação, passou a ser considerada dívida de valor, impossibilitando sua conversão em pena privativa de liberdade, com revogação expressa dos §§1º e 2º do artigo 51 do Código Penal e do artigo 182, da Lei de execuções penais, lei nº7.210/84.

Com tal alteração, cabe a Fazenda Pública executar a dívida proveniente do não pagamento da multa pelo autor do fato, promovendo a ação fiscal*.

Ao impossibilitar a conversão de pena de multa em privativa de liberdade, não houve previsão análoga no que se refere à pena restritiva de direitos. Continua em vigência o artigo 181, da lei nº7.210/84 – Lei de Execuções Penais, que prevê a possibilidade de conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, consoante artigo 45, do Código penal*.

Quando da entrada em vigor da Lei dos Juizados houve a aceitação incontroversa de referida conversão, que mais tarde e sabiamente começou a ser questionada, pois se não houve condenação ao autor do fato, não se discutiu culpabilidade. E assim, como poderia sofrer uma pena privativa de liberdade sem devido processo legal? E a própria Constituição, em seu art.5º, LIV, determina que “ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal”.

* Art. 51 do Código Penal Brasileiro, com redação determinada pela lei nº 9.268/96: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.” (BRASIL, Lei n.º9.268, de 1º de Abril de 1996. Revoga o art.182 da lei n.º7.210/84. Código Penal e Constituição Federal. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.)

* O artigo 45, para possibilitar a referida conversão, remete ao §4º do artigo precedente, *in verbis*: “a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzidos o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão.”

Não se pode aceitar como sendo situações sinônimas, quando o agente deve cumprir a pena restritiva de direitos, oriunda de uma condenação, como sendo igualitária aquela oriunda de uma transação!

Na primeira, houve o devido processo e ao final ensejou uma condenação, (salvo a discussão sobre constitucionalidade). Não há nenhum impeditivo em converter a pena. Mas na segunda hipótese ele aceitou a transação para “fugir do risco” do processo, processo no qual poderia ser absolvido!

Discordando destas opiniões, deve-se colocar um primeiro aspecto, (que é princípio orientador do Juizado), ou seja, a busca da aplicação de pena não privativa de liberdade, devendo-se perseguir, sempre que possível, a conciliação ou a transação³⁴⁸.

Outro aspecto a ser analisado é a possibilidade de ser imposta pena privativa de liberdade, vez que esta pressupõe um édito condenatório que advém de um devido processo legal, como já exposto e nele devem ser observados os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Eles aparecem, ou deveriam aparecer, no processo que leva à transação penal, mas se deturpa tanto o instituto ou acaba por se desnatura-lo completamente.

Os que defendem a conversão apontam que neste sistema consensual a aceitação da proposta, com imposição da pena de multa ou restritiva de direitos desde logo, não implica declaração de culpa. Em consequência, o estado de inocência persiste, continua o autor do fato a ser considerado inocente, mesmo após a homologação da transação penal pelo juiz.

³⁴⁸ MIRABETE, J. F. **Execução penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.56.; PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: RT, 2003. p.54.

A hipótese é absurda porque não só há pena como muitas conseqüências, embora haja, o benefício de não perder a primariedade e de não gerar efeitos civis, o que é da essência do instituto.

Como assinala Jose Laurindo de SOUZA NETTO³⁴⁹, ao admitir o legislador constituinte a transação no processo penal, em nenhum momento significou o consentimento de aplicação de pena sem processo e sem culpa; e tal criação não significou a derrogação de princípios constitucionais.

Afirma Cezar Roberto BITENCOURT³⁵⁰ que “o princípio da presunção de inocência, por ser presunção cede à manifestação livre, consciente e inequívoca do autor do fato, devidamente assistido por seu defensor constituído, que assume a responsabilidade pela imputação, transigindo e aceitando a imposição de sanção alternativa proposta pelo Ministério Público. Por outro lado, não se pode ignorar que a transação penal realiza-se se sob o império do devido processo legal, com as garantias fundamentais asseguradas, e, ademais, amparada em imperativo constitucional.”

Teoricamente, uma das características da transação penal é que sua aceitação é voluntária ao agente. Este deveria ter sua vontade respeitada acima de tudo*, não sendo, de forma alguma, obrigado a transigir. Ele é esclarecido sobre as vantagens, desvantagens e funcionamento deste instituto, sendo de seu pleno o consentimento e que está abrindo mão de determinados direitos, como por exemplo, a possibilidade de ser absolvido.

Outra característica do instituto da transação é que ela deve ser tecnicamente assistida*, ou seja, não violando o princípio da ampla defesa e nem do contraditório .O

³⁴⁹ SOUZA NETTO, op. cit., p.141.

³⁵⁰ BITENCOURT, **Juizados especiais...**, p.98.

* Vimos no item anterior que na pratica não é bem assim que acontece nas audiências.

* Notou-se também nos desvios de audiências que tal fato não é absoluto.

autor deveria ser assistido e informado pelo advogado de defesa, o que torna ainda mais clara a oportunidade do agente de optar ou não pela transação e, de conhecimento dos efeitos que serão gerados, só a ele cabe a escolha ou não de se defender no processo.

Inobstante tais fundamentos, deve-se salientar que a legalidade discutida será da pena, e não da sua execução. A pena não é oriunda de um processo executivo, mas deve, necessariamente, decorrer de um “devido processo de conhecimento”, redundando em sentença condenatória.

Como ensina Eugenio Raúl ZAFFARONI³⁵¹, antes do oferecimento da denúncia, não estamos diante do processo penal condenatório, porque com a transação não há reprovabilidade ético-jurídico. Como visto, há ação na proposta de transação e, assim, dá-se uma interpretação conforme a Constituição da República. O problema foi seu desvirtuamento, como indicado.

Mas o próprio Jose Laurindo de SOUZA NETTO³⁵² explicita que antes de mais nada a lei provocou uma mitigação na incidência do Direito Penal. Determinados direitos, bens e interesses não precisam estar sob a proteção para serem efetivamente tutelados, no que tem razão. Acrescenta ainda que com a aceitação do acordo por parte do envolvido, não existe a necessidade da pena, não havendo que se falar na transação operada em juízo de culpabilidade, sob o aspecto jurídico penal.

Diante de todas as controvérsias surgidas desde a entrada em vigor da Lei, e em conseqüências as conversões, foi-se forjando novo entendimento sobre referida questão.

³⁵¹ ZAFFARONI, op. cit., p.263.

³⁵² SOUZA NETTO, op. cit., p.143.

A prática procedimental referente aos crimes de menor potencial ofensivo levou a discussão doutrinária às decisões jurisprudenciais. Estas, contudo, ainda não se encontram inteiramente convergentes.

Para muitos tribunais, caso o autor não cumpra o estabelecido, o procedimento deveria retornar a fase da denúncia e prosseguido a partir daí.

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo de forma a não consentir na conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, em nenhuma circunstância. Fundamenta sua posição sob o argumento de que a conversão se daria sem o devido processo legal e ampla defesa, sendo, portanto, inconstitucional*.

Contra se posiciona Luiz Flávio GOMES³⁵³, entendendo que orientação da Suprema Corte não encontra amparo legal: inexistente regra permitindo essa providência; e o acordo criou um caminho desconhecido do legislador.

Considera ainda “absolutamente abominável a decisão judicial que impõe prisão nos juizados; são duas entidades inconciliáveis. Os juizados nasceram justamente para evitar tal fato, e por isso adotou posição despenalizadora”.

Segundo Maria Lucia KARAN³⁵⁴ “o efeito negativo da coisa julgada, que deriva da imutabilidade do comando emergente da sentença homologatória da transação, disciplinada na lei, impede a renovação da demanda, obstando novo julgamento e, com isso, o órgão acusador não poderá propor a denúncia”. Acrescenta que dada a inafastável observância do princípio da incongruência do pedido com a sentença e desta com a execução, a conversão da pena restritiva decerto estaria a caracterizar um excesso de execução.

* RE 268.320, Rel. Octavio Gallotti, HC 79.572, Rel. Marco Aurélio; STF, HC 80.802-6. Ellen Gracie, DJU de 18.05.2001, p. 434.

³⁵³ GOMES, L. F. et al. Juizados especiais criminais: comentários à lei n.º9.099/95. 3.ed. São Paulo: RT, 1999. p.36.

³⁵⁴ KARAN, **Juizados especiais...**, p.104.

Aponta que, como solução, neste caso, já que inexistente a aplicação de tais mecanismos, o descumprimento nada poderá acarretar. A lacuna da lei há de levar a esta imperativa conclusão. Opina, porém, pela criação de mecanismos legais para o futuro.

Marcio Franklin NOGUEIRA³⁵⁵ verifica que não há possibilidade de obrigar, de forma coercitiva, o autor a cumprir a pena restritiva imposta. Como obrigá-lo a se submeter a assistir palestras ou a entregar cestas básicas? Trata-se de penas restritivas de direitos sem qualquer força coativa.

Entende-se ainda, pela lição de José Laurindo de SOUZA NETTO³⁵⁶, que a sentença é de natureza interlocutória mista, com força de definitiva, a exemplo daquela que estabelece as condições de cumprimento do sursis, e sendo assim, enquanto não cumprida a pena consentida pelo autor não pode ocorrer a extinção da punibilidade. E tal extinção só poderia ser declarada pelo magistrado após o cumprimento.

Assim, a principal interrogação da tese de Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁵⁷ é: “por que obedecer ao juiz e cumprir uma pena imposta por meio de acordo, sem lastro em provas produzidas em contraditório? Em outras palavras, o que leva à legitimidade da existência de acatamento de uma sentença criminal? Por que o poder do juiz criminal, não eleito, está legitimado, e, a princípio, não pode ser validamente contrariado?”.

Alerta ainda Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁵⁸ que a certeza do juiz a propósito do fato e da responsabilidade jurídica de seu autor, ao fim da instrução probatória e motivada exclusivamente com base nas provas, seria o único fundamento válido para legitimar o exercício do poder punitivo pelos juízes. Argumenta que, na

³⁵⁵ NOGUEIRA, op.cit., p.198-199.

³⁵⁶ SOUZA NETTO, op. cit., p.183.

³⁵⁷ PRADO, **Elementos para...**, p.60.

³⁵⁸ Ibid., p.63.

realidade, a transação penal criou uma situação, no mínimo, estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo, mas por conta da culpabilidade do agente. Assim, sem a constatação processual da culpabilidade, a rigor não caberia impor penas* .

Toda esta discussão pode ser levada por outro viés, considerando a premissa da possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, frente ao descumprimento da transação, o procedimento criminal segue com vistas ao órgão acusador, que, certamente, oferecerá parecer no sentido da conversão. Seguindo conclusos os autos ao juiz este caso concorde deverá quantificar esta conversão* .

O descumprimento de qualquer dos requisitos previstos no artigo 59, (e dentre eles a “culpabilidade”), enseja a nulidade da sentença. E como falar em pena sem culpabilidade, já que todos irradiam manifestações que tal circunstância não é observada?

Poder-se-ia argumentar, na quantificação da pena, de forma proporcional ao descumprimento da transação penal havida. Contudo, o ordenamento penal pátrio está vinculado no princípio de que a pena corresponde a uma sanção e um ato ilícito, sendo que todos conhecem que não há crime sem lei anterior que o define, nem pena, sem prévia cominação legal.

* É o pensamento quando a culpabilidade de Nilo Batista Juarez e Cirino dos Santos em: BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p104.; SANTOS, J. C. dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 200. p.209.

* De acordo com o sistema adotado de aplicação de pena previsto no Código Penal, artigos 68 e 59.

O “descumprimento da transação penal” não está previsto como tipo penal e conseqüentemente, não há previsão de pena. Admitindo a pena se contrariará o preceituado princípio da legalidade, como parece elementar.

Com isso, a punição iria se referir ao descumprimento, e não à prática do ato ilícito. Assim, consubstanciar-se-ia a pena-castigo, que é banida do ordenamento penal pátrio³⁵⁹.

Estar-se-ia reforçando a vingança do Estado em face do indivíduo, por não ter cumprido a pena imposta na transação.

Deve-se, também, observar o lado da sensação de impunidade, pois se imagina um indivíduo que pratica um ilícito de menor potencial ofensivo, “beneficiado” pela transação penal e não cumprir o acordo firmado. Em nada acontecendo por falta de previsão legal e carência de regra procedimental que permita ao Judiciário efetivar, logo, este cidadão terá a crença na impunidade, deleitando-se ao ilícito e fazendo de si, exemplo pejorativo à sociedade. Claro que pode não ser assim e, portanto, trata-se de uma opção, que se deve fazer pelo princípio constitucional: sem lei, não se pode punir, o que não afasta se pensar na hipótese da *lege ferenda*.

Por fim, a possibilidade de deixar o juiz para homologar, após o cumprimento do avençado, também não procede, tendo em vista que a execução pressupõe um título e ele somente virá com a sentença homologatória, como parece elementar.

Para Aberto Silva Franco, prefaciando a obra de Maria Lúcia KARAN³⁶⁰, não se questiona a introdução do instituto da transação em nosso ordenamento e sim o perfil com que foi legalmente estruturada sem as necessárias amarras com as garantias processuais; e, de sua parte, entende que aderir a uma proposta de transação, em

³⁵⁹ MESSUTI, A. **O tempo como pena**. São Paulo: RT, 2003. p.59.

³⁶⁰ KARAN, **Juizados especiais...**, p.19.

situação de total desigualdade, constitui verdadeira aberração, não sendo conciliáveis as garantias próprias do devido processo legal com a aplicação antecipada da pena.

Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO³⁶¹ ensina que sanção penal, em nosso ordenamento, só pode ser aplicada através da jurisdição e através do devido processo legal, e “explicações outras são desnecessárias”, além de somente poder ser executada a partir de uma decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição de um fato pretérito aferindo a culpabilidade.

Conclue-se que não havendo previsão legal para a conversão, resta ao legislador providenciar instrumentos legais para reparar tal omissão.

Mas o que se não pode conceber em um Estado Democrático de Direito é a imposição de pena privativa de liberdade sem o devido processo legal.

6.4. Das audiências e desvios

Ao analisar o Juizado Especial da teoria à prática, principalmente em relação à participação de todos os envolvidos no procedimento, do momento da “prisão”, da elaboração do termo circunstanciado, e principalmente dos desvios das audiências, chega-se aos pontos cruciais que merecem hoje a devida análise, passada que foi a aventura da lei nº9.099/95.

Tais ponderações são frutos além dos ensaios doutrinários, também da observação realizadas durante semanas assistindo às audiências no Juizado especial de Pouso Alegre/MG.

Inicialmente, verifica-se que, para a polícia militar, as inovações trazidas pela lei, nem de tudo foram benéficas, considerando que em algumas vezes o mesmo autor é

³⁶¹ COUTINHO, A *lide e...*, p.134-136.

o personagem do mesmo delito, na mesma noite, e acabada sendo conduzido mais de uma vez e sabedor que não ficará preso, torna-se reincidente de tais fatos, trazendo ao policial a sensação de que sua função de trazer a segurança pública até a população não está sendo cumprida.

Para a vítima, pior ainda: fica nitidamente a sensação de impunidade, pois o cidadão que, minutos atrás, estava com uma faca dizendo que iria “tirar“ sua vida, está de volta ainda dizendo “tá vendo, não adianta chamar a polícia porque eu não vou ser preso mesmo”. E quando esta vítima vai atrás de uma orientação jurídica quanto ao crime de ameaça, por exemplo, e recebe a informação quanto ao procedimento, acaba por responder “então eu tenho que esperar o autor me matar primeiro para depois vocês tomarem alguma atitude?”.

Para Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO³⁶² o Juizado especial é o juizado da vítima, pois retirou da polícia a seletividade do sistema, colocando nas mãos da vítima/denunciante o poder de movimentar a máquina estatal.

Há em tal assertiva, um grande erro, pois a polícia também cumpre um papel social, dado que, em alguns casos, se nota claramente que se trata de revanchismo, de vingança e, como o papel aceita tudo, o fato de alguém ir até uma Delegacia e narrar um suposto fato somente serve para criar, (ou engrossar) números estatísticos, e, infelizmente para muitos o que interessa é “passar” para os superiores o quanto tal unidade policial está produzindo, quantos casos foram “julgados” pelo Juizado no ano, etc... Tudo sem a mínima preocupação com as garantias constitucionais de todos, sem exceção.

Os servidores que trabalham em uma Delegacia de Polícia nem sempre estão preparados para a devida orientação, ou às vezes também perdem o incentivo de tanto

³⁶² AZEVEDO, **Informalização...**, p.163.

ver a mesma pessoa, pelo mesmo motivo, em suas dependências, banalizando-se todo o procedimento, feito na maioria das vezes como já exposto anteriormente, ou seja por servidores municipais ou sem a presença da autoridade policial.

Em termos de estruturação dos Juizados, nota-se a presença de dezenas de estagiários, verdadeiras massas de manobra, pois estão muitos deles ali somente para furar a capa onde será autuado o procedimento, pois não são orientados constantemente quanto aos afazeres, o porquê estão fazendo aquilo. Verifica-se, por outro lado centenas de outros espalhados em cima de mesas, nos balcões. Em suma, falta uma ampla estrutura física e de pessoal. Assim, nenhuma estrutura processual nova, em qualquer lugar do mundo, pode dar certo, e não seria no Brasil que a regra se faria exceção.

Voltando à vítima, nota-se que há um protagonismo dela em termos de juizado, em comparação com o processo penal tradicional, em que o Estado é considerado o titular exclusivo do direito de punir, embora de que para muitos delitos exista a compreensão dos limites de uma solução “penal”, que muitas das vezes não resolve o problema da vítima, e muito menos altera a conduta do autor³⁶³.

Verifica-se segundo o próprio Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO³⁶⁴ a preocupação em relação à dificuldade do acordo civil, assim como a insatisfação da vítima com a transação penal, quando ela não recebe a reparação dos danos e o autor do fato é punido com uma multa ou com a prestação de pena restritiva ou cestas básicas.

Aí esta algo que deveria ser entendido pelos operados do direito nos juizados e, mais, ser esclarecido à população, o que nunca foi feito, a fim de que se conscientizasse da nova (hoje já velha!) estrutura, mormente com a incongruência que sempre foi a pena de prisão em casos com os que são julgados.

³⁶³ OLIVEIRA, op. cit., p.69.

³⁶⁴ Ibid. p.166.

O que se verifica nas audiências é que muitas vezes o interesse da vítima, principalmente nos delitos de ameaça e lesões leves, faz com que o autor do fato demonstre arrependimento e se comprometa, perante o juiz, a não repetir o ato. Mesmo porque em geral tem-se consciência da pequena pena prevista para tais casos. Nestas hipóteses, o que falta é o devido preparo dos operadores do direito.

Tem-se um problema sério quando se depara com o comportamento malicioso da vítima, em que houve uma comunicação de ocorrência falsa e o autor do suposto fato fica a mercê de uma transação. Claro, se o sistema está mesmo desvirtuado, acaba-se por transformar o autor da infração em vítima dele, o sistema.

Isso é observado como falha do sistema, pois pode servir para interesses escusos, como de fato tem ocorrido em tantos casos.

Há de se discordar de Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO³⁶⁵ quando aponta que, caso isso ocorra, a nova sistemática permite que o próprio acusado apresente a sua versão dos fatos, abrindo um espaço para o diálogo entre as partes, que muitas vezes resulta no “compromisso de respeito mútuo”, encerrando o conflito de forma satisfatória para ambos, pois das inúmeras audiências que se presenciou quando o autor estava estupefato pela acusação que lhe fora feita e tentava explicar-se na audiência preliminar, era ele imediatamente interrompido: “agora não é hora de se provar nada e não estamos aqui para discutir se o fato ocorreu ou não”!

Trata-se de um absurdo: a injustiça como realidade da justiça! É possível, assim, dizer, que o “sonho acabou”.

Aproveitando os dizeres de Maurício Alves DUARTE³⁶⁶ “data vênica não creio que alguém convencido de sua inocência, aceite, em processo contraditório, ampla

³⁶⁵ AZEVEDO, **Informalização...**, p.166.

³⁶⁶ DUARTE, M. A. A execução das penas restritivas de direitos descumpridas no regime da Lei 9099/95 e outras questões controvertidas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, out. 1997, v.744, passim.

defesa e prova, a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade somente para livrar-se do processo pagando pelo que não cometeu ou participou.” Isso, que é uma normalidade hoje, soa como ingenuidade, mas se sabia, há muito do sistema similar do *plea bargaining* americano, desvirtuado, como se sabe, exatamente por conta dessa falha, com a diferença que lá não é *nolo contendere* como aqui.

Para Alexandre WUNDERLICH³⁶⁷, o sistema penal se apresenta injusto, repressivo, estigmatizante e seletivo, não se podendo olvidar que a partir do momento em que o Estado avoca o direito de punir, é estabelecido um avanço no sentido do distanciamento da vítima no conflito em que ela estava inserida.

Sem dúvida alguma, a Lei nº9.099/95 representou uma tentativa de introdução da questão vitimológica no direito penal brasileiro. Não que as leis não a reconhecessem. A vítima, em verdade, sempre foi objeto de alguma referência legal, apesar de pouca atenção das produções doutrinárias. Mas a lei nº9.099/95 é efetivamente o diploma legal que refletiu, no ordenamento penal/processual penal brasileiro, o movimento vitimológico internacional de uma maneira mais evidente. O problema é que não se efetivou como era esperado, pelos infundáveis vícios da lei, produzida de forma apressada.

Vale salientar que a palavra da vítima foi hipervalorizada (não a um conjunto probatório), pois se é ciente de que com sua narrativa colocará o autor do fato à frente do juiz. Muitas vezes, todavia, este instrumento é utilizado de forma abusiva e com intuito vingativo, sem que se tenha muito para fazer contra tal situação caótica e injusta.

O que chama a atenção dos doutrinadores é a negociação entre o órgão acusador e o suposto autor do fato, pois ela entre as partes, estaria consubstanciada, no modelo contratual abreviado o que visa obter a definição antecipada do processo com a

³⁶⁷ WUNDERLICH, A vítima..., p.20.

consentida submissão do autor à pena, mas na realidade, afasta-se das premissas que, teoricamente, haveriam de orientar um tal modelo.

A precitada negociação, já alertada por Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁶⁸, direta entre suspeito e Ministério Público, visando à aplicação imediata da pena em âmbito dos juizados, abrindo-se mão do processo contraditório, sempre foi “inadmissível”, “juridicamente inválida” e politicamente reprovável.

Basta ver a falha em face da presença do defensor, o que deveria orientar tecnicamente seu cliente com o fito de o ajudar a escolher o melhor caminho e principalmente, trilhar o caminho da justiça.

Acontece que quando presentes, a presença é apenas de corpo, pois costumam levar outros “processos” para serem estudados durante as audiências (a não ser naquelas audiências que têm como duração 07 minutos) e são os primeiros a “forçar” o autor aceitar a transação “senão” utilizam o velho chavão: “você pode ir preso!” Com advogados assim, mumificados e banalizando o *munus públic*, o autor (ou réu) não precisa de inimigo. Fazem parte, porém, do desvirtuamento do sistema.

O descaso dos Defensores também é evidenciado na prática, talvez devido à escassez de recursos e de pessoal.

A enunciada negociação longe está de se inspirar, como seria a essência de qualquer modelo contratual, na autonomia e na igualdade entre as partes.

Para Maria Lúcia KARAN³⁶⁹, quanto à transação penal, “trata-se de uma negociata 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

³⁶⁸ PRADO, *Elementos para...*, p.30.

³⁶⁹ KARAN, *Juizados especiais...*, p.39.

uma pena mais severa, do risco de um cálculo errado do estrépito que se anuncia advir do processo regularmente desenvolvido até o julgamento”.

Maria Lúcia KARAN³⁷⁰ traz ainda o que “vendedor” da sanção, o (MP), pode determinar o “preço” de modo decisivo, fixando os cânones da pena. Ao réu “comprador” resta pouca margem de manobra para se subtrair a um pacote pré-fabricado que quase sempre se apresenta na base do “pegar ou largar”. Mas a desigualdade não se manifesta apenas na posição de inferioridade do réu perante o órgão acusador, no momento da negociação. Na verdade, a suposta negociação, resume-se à ação de persuadir aquele réu, inferiorizado diante do órgão acusador, a renunciar a seu direito de exercitar plenamente as garantias advindas da cláusula fundamental do devido processo legal que na verdade foi “vendida” como mais vantajosa.

Basta lembrar da área de contato feito, por Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁷¹ entre a transação e a tortura.

Maria Lúcia KARAN³⁷² assegura que “trata-se de uma negociação cujo escopo é fazer com que uma das partes tenha sempre assegurada sua satisfação, nada tendo a perder, enquanto a outra, além de negociar sobre pressão”, nada terá a ganhar.

Ou seja, o Ministério Público, sem maior esforço (dispensado que estará do ônus de provar a veracidade da acusação formulada), obtém a satisfação da acusação por ele deduzida, com a imediata imposição de pena.

Quanto à atuação dos órgãos do Ministério Público, o que se nota na prática é realmente o acima retratado: querem resolver a questão o mais rápido possível e se utilizam do seu poderio técnico-jurídico para intimidar o suposto autor do fato. Na atual conjuntura, conseguem, o que é pior.

³⁷⁰ KARAN, **Juizados especiais...**, p.40.

³⁷¹ PRADO, **Elementos para...**, p.193.

³⁷² KARAN, **Juizados especiais...**, p.40.

Assim, o réu se submete àquela enganosa negociação e aceitando a proposta oferecida, ao abandonar a resistência á punição, dispensam o MP do ônus de provar a prática da infração penal, e sofrem uma perda pois recebem uma pena. Pena que, se não negociasse, afinal, poderia não sofrer, já que o desenvolvimento regular do processo poderia lhe ser favorável, em grande escala.

Sobre isso assegura Roberto Kant de LIMA³⁷³ que os promotores de justiça tampouco se mostram entusiasmados com o Juizado, fato demonstrado quando da distribuição de tarefas entre os membros do Ministério Público em que o Juizado não é uma prioridade e acaba o promotor como mero homologador das transações realizadas pelo conciliador. Trata-se de um plano mais elevado: é o desvio do desvio. O desastre ao quadrado, porque o Ministério Público, constitucionalmente, sequer acaba tendo a função de preservar a cidadania.

Informa ainda Roberto Kant de LIMA³⁷⁴, “que se não encontram presentes muitas vezes nas audiências o promotor e o juiz, sendo elas presididas por um conciliador que, muitas vezes, é ainda um estudante de direito ou um advogado recém-formado, (quando não leigo em matéria jurídica) que apresenta ao suposto autor do fato uma proposta de transação penal, preparada anteriormente pelo MP”.

Também é observado por Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO³⁷⁵ que em 78% dos casos a vítima aparece sem advogado e, quanto ao acusado, 50% também comparecem sem defensor. Mesmo assim os juízes realizam as audiências. Ainda que mesmo sem defensor há o oferecimento e a aceitação do autor, ou, se for o caso, a audiência é adiada, contrariando e desvirtuando totalmente a lei.

³⁷³ LIMA, op. cit., p.36.

³⁷⁴ Ibid., p.38.

³⁷⁵ AZEVEDO, **Informalização...**, p.25.

E mesmo quando acompanhados por advogados particulares, vítima e acusado se deparam muitas vezes com o despreparo dos profissionais para dar uma orientação de acordo com a nova sistemática processual. Aí é que se vê que são infundáveis os conflitos e confusões desnecessárias. Isto poderia se eliminado se, de fato, cada um cumprisse o seu papel e se soubesse o necessário sobre o sistema.

Quanto à ausência dos promotores nas audiências, é fato, porque, em geral, a consideram “pouco importantes”.

Chega-se a ouvir do magistrado que os promotores que atuam no Juizado “não conheciam a lei e atuavam como se estivessem na justiça comum” e de um órgão do Ministério Público ouve-se “aqui no Juizado você vai desaprender”, reforçando a idéia que eles dão pouca importância à instituição.

O papel dos juízes nos juizados é muito importante e também deve ser analisado, pois sua postura tanto pode reforçar a tendência burocratizante da justiça, com a omissão na prática de determinada disposição legal, levando ao arquivamento do processo, como pode ampliar o espaço de participação das partes e suprir as deficiências estruturais do Poder Judiciário³⁷⁶.

Ora no juizado o juiz deve, ao menos, abandonar sua postura rígida, sem abandonar a legalidade e o respeito aos princípios constitucionais e se transformar antes de tudo em um conciliador, um aconselhador, pois irá trabalhar com um outro tipo de conflitualidade social, passando a ter uma função muito mais ativa.

Quanto à impunidade, alguns juízes, segundo Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO³⁷⁷, consideram que o juizado acaba por estimular, principalmente no que

³⁷⁶ AZEVEDO, *Informalização...*, p.175.

³⁷⁷ AZEVEDO, *Informalização...*, p.176.

tange as agressões envolvendo marido e mulher, pois não há representação, muitas das vezes por medo.

Por isso os dizeres de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO³⁷⁸: “os operadores do direito sabem da sua importância mas, não raro, não têm preciso o seu sentido, o que dificulta sobre maneira o manejo”.

Apona Cândido Rangel DINAMARCO³⁷⁹ que a figura do juiz como um órgão imparcial e neutro deve ser preservada e que, por não ter interesse direto, no caso, tutelaria a igualdade das partes no processo. Com isto, salienta que estaria buscando a manutenção do seu escopo último: a pacificação social.

Infelizmente, na prática não é isso que se nota nas audiências dos juizados, pois, quando estão presentes os juízes, eles fazem de tudo para que o autor do fato aceite a proposta do Ministério Público para a transação, havendo na verdade uma “forçaço de barra”, no sentido que a aceite sob pena de “correr o risco do processo”.

Isso é, nos dizeres de Aury LOPES JR.³⁸⁰, “transformar o processo penal em uma negociata, no sentido mais depreciativo”. E vai além apontando que tal negociação faz com que o pacto no processo seja um perverso intercâmbio que transforma a acusação em um instrumento de pressão, e tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio”. Além do mais, ninguém gosta de negociar sua inocência.

Roberto Kant de LIMA³⁸¹ diz que criaram um juiz ocioso no Juizado, pois dá no máximo duas sentenças de mérito por mês (condenatória ou absolutória), isso em um dos Juizados mais movimentados do Rio de Janeiro. Algo, como parece sintomático, está errado, muito errado.

³⁷⁸ COUTINHO, **Introdução aos princípios...**, p.03.

³⁷⁹ DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.220.

³⁸⁰ LOPES JR., A. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialógica**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. , p.120-121.

³⁸¹ LIMA, op. cit., p.111.

O mesmo Robert Kant de LIMA³⁸² adverte: “se os juízes não adotarem uma postura avançada, assumindo compromissos sociais, acabarão por usarem os juizados, como infelizmente alguns têm feito, como local para aposentadoria, ou para escrever livros; e aí terá efetivamente um retrocesso em relação aos objetivos da lei”.

Para finalizar sobre os juízes, assevera Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO³⁸³, quando trata do papel do novo juiz, que é preciso fazer uma releitura do seu papel, e que o juiz é sujeito de direitos e está também subordinado aos interesses dos cidadãos enquanto partes, possuindo direitos e deveres.

É preciso deixar claro que, nas inúmeras audiências assistidas não se deixou de notar o tratamento respeitoso e educado dos juízes e promotores com as partes envolvidas. O que se está narrando é o desvirtuamento das audiências.

Quanto às audiências e seus desvios, Alexandre WUNDERLICH³⁸⁴ assegura o que já se alertou, ou seja, floresce o dilema contemporâneo no âmbito do sistema que deveria ser acusatório de processo penal constitucional: efetividade versus garantia, pois a preocupação está nos números a serem apresentados nas corregedorias, sem a preocupação com a qualidade e respeito a princípios basilares. Esclarece, que essa tentativa de abreviar procedimentos e impor penas sem processo parece panacéia, como se isto fosse uma verdadeira justiça penal consensual.

E com muito propriedade WUNDERLICH,³⁸⁵ diz que a lei nº9.099/99 não criou um novo sistema, pois só devia existir um: o rígido sistema de garantias constitucionais.

³⁸² LIMA, op. cit., p.36.

³⁸³ Ibid., p.14.

³⁸⁴ WUNDERLICH, **A vítima...**, p.48.

³⁸⁵ Ibid., p.50.

Quanto às imposições das corregedorias visando resultados basta verificar as palavras de Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO³⁸⁶ tratando do tema “Conciliar ou punir? Dilemas do controle na época contemporânea”, revela que “a dinâmica de funcionamento da justiça, com uma demanda enorme de processos e estrutura insuficiente, e assim como a pressão exercida por parte das corregedorias de justiça* para que os juízes tenham alta produtividade, aferida pelo número de processo concluídos, o que acaba levando à adoção de rotinas muitas vezes às margens das previsões legais.”

Argumenta, ainda, Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO³⁸⁷ que resgatar a idéia original de uma participação da vítima não é de nenhum modo desconsiderar os direitos do acusado ou submetê-lo a uma nova forma de vingança privada.

Mais uma vez efetividade versus garantia, lembrando Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO³⁸⁸, esquecem-se muitos de que efetividade não é eficiência.

Em relação aos operados jurídicos nas audiências, Aury LOPES JR.³⁸⁹ traz que são múltiplas as críticas à artificial construção jurídica da imparcialidade do promotor no processo penal, informando que a superioridade dele, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, e o quadro é agravado com a indisposição dos juízes de levarem o processo até o fim, querendo que “aquilo” acabe o mais rápido possível* .

³⁸⁶ AZEVEDO, R. G. de. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.72.

* Tal fato também é percebido por âmbito das polícias.

³⁸⁷ Ibid., p.74.

³⁸⁸ COUTINHO, **Efetividade do...**, p.143.

³⁸⁹ LOPES JR. J. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.122-123.

* Isso foi verificado como uma constante nas audiências.

Salienta Salo de CARVALHO³⁹⁰ que o processo penal é revestido de uma instrumentalidade garantista, direcionada à defesa do imputado/réu/autor contra os poderes desregulados, e não da vítima.

A doutrina ainda traz algumas deformações das audiências e da própria lei. Veja-se o que apresenta Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁹¹ quanto á previsão do afastamento do lar, do agressor em caso de violência doméstica, como medida de cautela.

Aponta Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁹² que se fere á estrutura das providências cautelares de limitação das liberdades públicas no terreno do processo penal, e que tal sistema está em descompasso com o sistema processual penal ordinariamente adotado no país.

Até onde é válida tal medida, cuja única base de dados são as informações superficiais que constam do termo circunstanciado?

Qual a definição de violência doméstica? Isso é importante?

Será que o marido que bebeu um pouco com os amigos e acaba por agredir a esposa pode ser considerado autor de uma violência doméstica?

Qual o prazo de duração de tal medida?

Não... ele deve ser reincidente? Mas quantas vezes?

Muitas vezes, tal fato impedia a Autoridade policial realizar o flagrante, antes da lei nº9.099/95, em caso de lesão corporal.

Explica-se: em muitos casos o autor é a única fonte de renda da família e, caso seja preso, e vítima insistentemente pede ou exige a sua autuação, e sendo este impedido

³⁹⁰ CARVALHO, S. de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.131.

³⁹¹ PRADO, **Elementos para...**, p.24.

³⁹² Ibid., p.25.

de trabalhar no dia seguinte e conseqüentemente colocar comida na mesa. Com isso a própria vítima seria a primeira a pedir para que o autor fosse colocado em liberdade e vinha o paradoxo.

Isso pode vir a acontecer em termos de juizados e, por isso, não se concorda com os que pensam que foi bom retirar o “poder discricionário da polícia”. Apesar do ato ser sempre vinculado a polícia acabava por manipular para ser ou não praticado.

Antes de se elencar o que ocorre no dia-a-dia de um Juizado em relação aos desvirtuamentos da audiência, há de se reportar a um exemplo real trazido por Alexandre Morais da ROSA³⁹³, que sumariamente retrata o *reality show* que se apresenta em âmbito das audiências: “Em nome da eficiência, uma audiência de 10 minutos. Violência no lar: lesões corporais leves do marido na mulher. Chegam as duas partes pobres, sem defensores, claro, cada qual expõe em dois minutos suas posições. O juiz (leigo no sentido que se quiser) do alto de sua cadeira de juiz diz: indago às partes sobre a possibilidade de uma composição amigável. Os envolvidos nada entendem, porque não é para entender mesmo. Resultado, ficam em silêncio. O condutor do ato vira-se para o digitador, sob o olhar curioso dos envolvidos, e dita: Proposta a conciliação, restou inexitosa. Após, vira-se para o mulher e novamente se manifesta: a vítima deseja representar criminalmente contra o autor? Novo silêncio. Ele perdendo um pouco a paciência pergunta: A senhora quer processá-lo? Então recebe a resposta: Eu quero meus direitos, eu quero meus direitos. Imediatamente dita: A vítima representou criminalmente o autor do fato. Na seqüência surge a proposta de transação penal de uma cesta básica, novamente formulada ao autor do fato: o Ministério Público formulou proposta de transação penal consistente no pagamento de uma cesta básica, no valor

³⁹³ ROSA, A. M. Rumo à praia dos juizados especiais criminais sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.71.

correspondente a um salário-mínimo, a ser recolhida em favor do Lar dos Desesperados. Novo Silêncio. Então, para acabar de vez o ato, já que a pauta é grande, diz diretamente: paga um salário-mínimo e se livra do processo. No que o autor do fato responde sem pestanejar: Se eu pagar não sou processado, fechado. E assim, a audiência termina após serem assinados os termos, com um cínico final: Podem ir, está resolvido (!?)”.

Todas as observações que serão levadas ao trabalho, como já se disse, são frutos de semanas acompanhando o dia-a-dia das audiências no juizado da comarca de Pouso Alegre/MG e portanto, servem tão só como amostra, por conta das particularidades de cada local, de cada juizado, mas isto não retira a importância capital no que tange à coleta de dados, ao menos do ponto de vista estratégico.

Inicialmente, desnecessário se faz reproduzir o que já foi exposto, quanto ao desvio dos princípios, principalmente o da oralidade, ligado à denúncia oral, o que na prática nunca foi feito.

A pressa pela simplicidade, levada aos extremos como nas audiências marcada de sete em sete minutos, acabou por quase transformar a vítima em autor (se é que não transformou), pois assim que sentou o magistrado já descarregou seus dizeres tentando fazer com que ele, reconhecesse seu erro (seu crime!), tendo para aceitar a futura transação; o que foi impedido pela interferência da vítima ora tratada como autor: “espere aí, o senhor está confundindo!”. Ufa, escapou de uma transação por questão de segundos!

Bastante questionável é o que acontece em relação à condução coercitiva dos envolvidos no procedimento em apuração, tendo em vista que, às vezes, até a vítima é conduzida e mesmo sendo o autor, do fato, pode acontecer que a vítima não faça a representação e, aí, como ficaria o constrangimento?

Existem notícias que a subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de uma comarca próxima impetrou *habeas corpus* preventivo, para impedir o juiz do Juizado de conduzir os envolvidos, o que ele fazia sem nenhum escrúpulo.

Interessante notar que quando existem acusadores (no caso promotores) nas audiências (e tal trabalho é rotativo, ou melhor em cooperação), é normal verificar o magistrado “ensinando” a lei para o órgão do Ministério Público, como se ele não soubesse ou não tivesse o dever de conhecer a lei. A ajuda é salutar, sem dúvida, mas uma vez se vez o equilíbrio do sistema (gestão da prova e tudo o mais nas mãos do juiz), como também o despreparo geral (salvo exceções) dos operadores do direito que trabalham no juizado.

Talvez a expressão mais ouvida pelos autores sem dúvida é “todo processo traz em seu bojo um risco”, tudo isso para o convencer que a melhor solução para o caso é aceitar a proposta feita pelo promotor ou pelo juiz, ou pelo conciliador (bem, tanto faz), por quem esteja presente na audiência, pois é necessário acabar logo para “julgar” outro caso!

Mesmo quando a vítima não deseja compor civilmente e pretende seguir em frente com a representação, todos se unem para convencê-la a compor com o autor.

Os valores impostos para a transação seguem de acordo com a cabeça dos promotores, sem nenhum bom senso. Veja-se dois exemplos:

O primeiro caso, era de lesão corporal culposa (atropelamento), a vítima queria novecentos reais (R\$900,00) como indenização pelos danos sofridos, o autor não concordou pois não tinha como pagar (nem o autor nem os advogados, pensando somente nos honorários, por certo).

Então foi dada a palavra à vítima e esta representou contra o autor, restando ao promotor oferecer a proposta de transação. Pasmem: solicitou um mil e quinhentos reais (R\$1.500,00), como pagamento a uma instituição.

Ora veja, se a vítima não teve condições de receber R\$900,00, para ficar livre da possível representação, como iria o autor pagar R\$1.500,00 reais?

Para finalizar, logicamente que não foi aceito; e a audiência acabou pois a denúncia também não foi feita.

Em um segundo caso, verificou-se que uma mulher teria causado lesões corporais em seu filho de quatro anos de idade e contra si pesava um termo circunstanciado de ocorrência. Ausente o promotor, foi nomeado, como curador da criança, o defensor público, o qual emitiu parecer para que houvesse um acompanhamento do Conselho Tutelar em relação à convivência da criança com a mãe. Considerando a ausência do promotor, o magistrado ofereceu como transação o pagamento de R\$ 600,00 a serem pagos uma instituição de caridade.

A autora estava desacompanhada de defensor e rejeitou a proposta dizendo que “era mãe solteira, não recebia pensão do pai da criança e lutava com dificuldades para sua subsistência, juntamente com a vítima”. A audiência preliminar foi suspensa até que o Conselho Tutelar emitisse parecer quanto ao caso.

Também foi verificado, em outra audiência, o comportamento exemplar de um órgão do Ministério Público, onde a composição civil estaria sendo utilizada como um tipo de “extorção”. Veja-se o caso:

Uma mulher acusava o ex-marido de lhe ter dado um tapa no rosto dentro de um quarto de hotel. Sem testemunhas e sem materialidade. Na audiência preliminar, considerando que o autor já havia sido beneficiado nos últimos cinco anos pela transação penal, estaria impedido de transacionar. Restava, então, a possibilidade da

composição civil com a vítima impedindo a futura representação e a conseqüente denúncia, pouco restava a fazer.

A suposta vítima percorreu mais de mil e trezentos quilômetros, vindo de Brasília a Pouso Alegre, somente para participar da audiência preliminar. Dada a palavra à suposta vítima, ela pediu dez mil reais para ser indenizada pelo tapa no rosto que supostamente levara.

O autor logicamente não aceitou; houve a representação da suposta vítima e, dada a palavra ao promotor, este sabiamente optou pelo não oferecimento da denúncia e sim pelo arquivamento do feito, o que foi homologado.

Para a nossa surpresa, o órgão acusador verificou que não havia o mínimo necessário para que fosse feita a denúncia, ou seja, verificou dessa vez a possibilidade de arquivamento do feito, contrariando o que normalmente acontece.

Além de não haver parâmetros definidos para o oferecimento das propostas de transação, como já visto, alguns promotores são “bonzinhos” e fazem uma proposta básica, compatível com a condição financeira dos envolvidos. Outras vezes “pedem” muito e não diminuem o valor por nada, ou quando é a prestação de serviço à comunidade, logo após o oferecimento da transação vem a “ameaça”, “ou é a prestação ou prisão!”.

Verifica-se também que o defensor que deveria estar ao lado do autor, oferecendo a defesa técnica, limita-se a dizer ao seu cliente “você decide”.

Notou-se também que em casos de ameaças, cuja ação penal é condicionada e o autor não compareceu, havendo apenas o comparecimento da vítima, o feito gira em torno de um arquivamento provisório e a vítima nem é questionada se deseja ou não representar.

Assiste-se uma audiência de lesões recíprocas, da qual que estava faltando 02 dias para completar do fato, **um ano!**

Verifica-se também que para aqueles autores que têm condições financeiras, o juiz não precisou falar na audiência; pois foi interrompido pelo advogado particular do autor: “Excelência, nos aceitamos a transação seja qual for!”.

Para finalizar, nos dizeres de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO³⁹⁴ em seu Manifesto contra os juizados especiais criminais: “as maiores vítimas continuam sendo os menos favorecidos, justo aqueles que poderiam ter sido mais de perto alcançados pela descriminalização e despenalização de serem réus em um processo penal”.

Parte-se agora, para análise do último ponto e com certeza o mais importante do trabalho.

6.5 Juizado especial: reengenharia jurídica ou retrocesso?

Depois de tudo que foi dito, faz-se necessário uma amarração pois, passada, uma década da vigência da Lei nº9.099/05, inúmeras controvérsias ainda existem, principalmente em relação aos entraves referentes ao perfeito funcionamento dos Juizados Especiais Criminais, assim como há disparidade em sua aplicação, na medida em que cada juízo adaptou o procedimento e orientação seguindo às necessidades locais ou, pior, de acordo com o que os magistrados “acham” que é correto.

A maior indagação que se faz é se o Juizado Especial Criminal é uma nova ordem, uma reengenharia jurídica ou, na verdade, está-se diante de um retrocesso, principalmente se continuar atuando como atua? Este é o cerne da questão!

³⁹⁴ COUTINHO, **Manifesto contra...**, p.352.

Devemos questionar, como o fez bem Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO³⁹⁵, a forma como é conduzida a justiça penal consensual neste país, pois a importação dessa forma de solução de problemas não leva em conta as grandes diferenças existentes. Afinal foi recebido sem reservas e se tornou depositário de expectativas de transformação de um obsoleto, seletivo e estigmatizante sistema de justiça criminal.

A falta de debate nacional, de amadurecimento da idéia para ver se a lei era necessária (e não servir como um arremedo ou uma farsa), é uma crítica feita por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO³⁹⁶ em seu manifesto contra os juizados especiais criminais.

As expressões utilizadas para se referir a nova ordem, como “revolução”, “notável avanço”, “evolução”, “novo horizonte”, “modernismo”, “pioneirismo”, “espaço de consenso”, “reengenharia jurídica”, será que refletem a realidade nacional em termos de Juizados Especiais Criminais?

Mas o que levou a essa “importação” de soluções para o nosso sistema judicial?

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, presidente da Escola de Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, fazendo apresentação das obras de Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO e Luís Gustavo G. C. de CARVALHO³⁹⁷, “o século XX foi o século dos novos direitos, tendo em vista profundas transformações no âmbito social e econômico, e que por sua vez exigiram transformações também na ordem jurídica, pois as normas existentes ficaram ultrapassadas e em descompasso com a realidade”. Enfatiza ainda: “É até possível que os grandes codificadores tenham imaginado que estavam elaborando obras definitivas, senão eternas pelo menos duráveis, mas o tempo

³⁹⁵ PRADO, *Elementos para...*, p.XV.

³⁹⁶ COUTINHO, *Manifesto contra...*, p.347.

³⁹⁷ PRADO, *Elementos para...*, p.; CARVALHO, *Juizados especiais...*, p.XI.

revelou o contrário. O certo é que os códigos envelheceram e aos poucos cederam espaço aos novos direitos”.

Basta verificar os sete pecados capitais do direito penal da era da globalização apontados por Luiz Flávio GOMES e Alice BIANCHINI³⁹⁸, que seriam: “1) hipertrofia irracional; 2) instrumentalização; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal; 5) descodificação; 6) flexibilização das garantias penais, processuais e executivas; e 7) explosão carcerária.”

Fácil perceber tal afirmação quando analisamos que o instituto da prisão, convertida na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, foi visto como um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente, mas tal otimismo caiu por terra ao verificar que a pena de prisão é verdadeiramente o maior fracasso da justiça criminal³⁹⁹.

Assim, uma lei que trouxesse a possibilidade de se introduzir a restauração da importância da vítima no processo, bem como o ressarcimento do dano que sofreu e ao fim ainda não aplicar uma pena privativa de liberdade, trazendo o privado para mais perto das decisões, seria como um sonho. O legislador, porém, não tem o direito de ser ingênuo, fazendo “experiências”, quando em seu bojo estão direitos como a dignidade da pessoa humana.

Essa “privatização” do direito penal já acontece em determinado contexto, seja pela adoção de princípios processualísticos civis, pelo equivocado uso do princípio da oportunidade ou pelo incremento da “segurança privada”⁴⁰⁰.

³⁹⁸ GOMES; BIANCHINI, op. cit., p.160-161.

³⁹⁹ HERKENHOFF, J. B. **Crime**: tratamento sem prisão. Petrópolis: Vozes, 1987. passim.; PASSET, op. cit., p.56.

⁴⁰⁰ BECK, F. R. Perspectivas de controle do crime organizado na sociedade contemporânea: da crise do modelo liberal às tendências de antecipação da punibilidade e a flexibilização das garantias do acusado. In: _____. **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. p.261-281.

Toda essa novidade vem acompanhada da perda de garantias e, como adverte Eugenio Raúl ZAFFARONI⁴⁰¹, o conflito que tem lugar entre as garantias e as suas oposições com o pretendido pragmatismo pós-moderno é, no fundo e na superfície, uma discussão sobre modelos de Estado e as alternativas passam desde modelos repressores até democráticos.

A edição da Lei nº9.099/95 parecia, à primeira vista, transitar na contramarcha da tendência criminalizadora. A doutrina de forma quase unânime bateu palmas à nova lei.

Somente coisas boas seriam adviriam do novo ordenamento: ressocialização com menos sofrimento, participação da vítima, o reparo patrimonial do prejuízo, etc... Será que se não teria algum custo a pagar? Indaga e já responde Eugenio Raúl ZAFFARONI⁴⁰², deixando claro que “não seria necessário nenhum esforço argumentativo especial para deixar claro que a fórmula transacional, pelo menos nos termos com o que estaria acontecendo na prática, representa evidente agravo às garantias formais e materiais próprias do Estado Democrático de Direito e expressa a tendência político-criminal em voga no sentido da desformalização do processo penal.”

Vantagens eventuais detectáveis não compensam a quebra de garantias conquistadas a preço de tantas lutas.

Basta verificar J. J. Gomes CANOTILHO⁴⁰³ quando aduz “as normas constitucionais que reconhecem direitos econômicos, sociais e culturais de caráter

⁴⁰¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p.20.

⁴⁰² Ibid., p.12.

⁴⁰³ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.131.

positivo tem pelo menos um a função de garantia de satisfação adquirida por esses direitos”, implicando num direito onde o Estado se abstenha de tentar contra ele*.

Quanto à legalidade e legitimidade deste discurso, o doutrinador Argentino, em *Busca da Penas Perdidas*⁴⁰⁴, mostra que “o discurso jurídico-penal não é um produto de má-fé nem de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas”.

Em suma, força-se na linguagem um discurso ambivalente que serve a qualquer senhor, mas que pode ajudar a desenvolver a democracia e manter os privilégios das classes dominantes.

Em se tratando de justiça consensual, verifica-se que os mais prejudicados são os menos favorecidos, desprotegidos frente a não existência de uma relação de equilíbrio no que tange à proposta e aceitação da transação penal, principal “novidade” trazida pela lei nº9.099/95.

Não é demais lembrar que tal ordenamento privilegiou uma pseudo despenalização, ao invés da necessária descriminalização, o que deveria ter ocorrido*, pois hoje muitas são as condutas que já não recebem reprovação social de peso, mas infelizmente sua descriminalização é impedida por pressões externas, oriundas de

* No mesmo sentido Lênio Luiz Streck, Luiz Roberto Barroso, quando tratam da “cláusula de vedação do retrocesso”, sendo concebida na Europa, mais precisamente na Alemanha e em Portugal, como decorrência Estado Democrático de Direito e sua função de garantidor das conquistas atingidas em termos de direitos fundamentais. (STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica em crise**. Rio de Janeiro: LED, 2004. p.55.; BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.158.

⁴⁰⁴ ZAFFARONI, op. cit., p.14.

* Como já exposto por COUTINHO, **Manifesto contra...**, passim.

grupos políticos ou religiosos⁴⁰⁵. Na maioria das vezes tudo gira em torno do fato de que estão lá tipificadas as condutas e não há vontade (ou consciência?) política.

Para Cláudio do Prado AMARAL⁴⁰⁶ há também a problemática consistente em saber sobre a necessidade ou não de uma revisão axiológica dos bens protegidos pelas normas penais, diante do advento de uma nova Constituição e conclui que a produção legislativa está desatrelada do devido processo garantidor da observância dos princípios penais.

Aqui o caso é sério e fundamental. Afinal, diz respeito á evolução semântica e, assim, mexe diretamente com a cidadania e a complexa questão de sua inarredável proteção. Se houver tal consciência, ensina o direito, aprende-se a estagnar o país. Não se pode, porém, usar qualquer valor para os bens, mas sim aqueles que estão de acordo com a matiz constitucional. Isso não se fez bem na lei nº9.099/95 em face de açodamento e da visão estrábica (para seu complacente) de seus passos, que acabou no que deu e segue dando.

Essa “revolução” de forma tão eufórica, (comemorada por muitos), foi sabiamente analisada por Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO em sua tese⁴⁰⁷ quanto ao seu emprego estratégico de expressões do senso comum jurídico para estimular atitudes de interpretações e aplicação da lei e das conseqüências concretas dessa estimulação.

Mas aponta que apesar de fomentada a idéia que o caminho natural do processo penal (na hipótese) é o consenso, e a receptividade constitucional se operou, ainda restaram dúvidas cabais, principalmente se tal tendência não estaria afligindo outros corolários constitucionais. Nos dizeres de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ PASCHOAL, J. C. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003. p.69.

⁴⁰⁶ AMARAL, op. cit., p.159.

⁴⁰⁷ PRADO, **Elementos para...**, p.9.

⁴⁰⁸ COUTINHO, **Manifesto contra...**, passim.

“Põe de joelhos estruturas inteiras em razão de que a falta de base teórica é sintoma da falta de discussão, como parece elementar; e os resultados são desalentadores, para não dizer desastrosos”.

Traz Geraldo Luiz Mascarenhas PRADO⁴⁰⁹ em seu estudo a separação em três grupos mais gerais os principais argumentos que estão na base da saudação eufórica do novo ordenamento.

No que concerne à perspectiva penal, destacam-se as seguintes glorificações:

- a) a opção por penas e medidas alternativas;
- b) a utilidade de uma resposta estatal às infrações de menor potencial ofensivo, sob pena de erosão da norma jurídica;

No que se refere ao processo e ao procedimento penal, foram salientadas as seguintes virtudes:

- a) implicando qualidade do processo: Acata-se a disfunção do sistema tradicional;
- b) a celeridade proporcionada por procedimentos dotados de um grau menor de formalidades em comparação com a morosidade no sistema tradicional;
- c) a facilitação do acesso à justiça.

No que tange à política criminal, os tópicos mais visados foram:

- a) a necessidade de diminuição da população carcerária;
- b) a tutela efetiva dos interesses da vítima;
- c) libera-se o sistema do peso dos casos “ menor gravidade”, permitindo que a energia repressiva seja dirigida de maneira eficaz aos caos mais graves.

Todas as causas apontadas, como motivos de euforismo, desfazem-se como se fossem nuvens passageiras: basta verificar a prática forense e os resultados encontrados!

⁴⁰⁹ PRADO, **Elementos para...**, p.12-14.

A opção por medidas alternativas em nenhum momento esvaziou as prisões, pois o número de encarcerados permaneceu o mesmo, se é que não aumentou. A reabilitação do autor do fato muitas vezes não é sentida, até porque é constante para não dizer qual o número de insatisfações havidas.

Basta verificar o que conta Roberto Kant de LIMA⁴¹⁰

A transação penal e a utilização das penas alternativas também tem gerado muitas dúvidas quanto à sua eficácia. O pagamento de cestas básicas ou a doação de mercadorias a instituições de caridade tem sido as formas mais usadas de pena alternativa. Tal prática acabou provocando comentários maldosos entre os inimigos do Juizado especial: ‘agora, um tapa na cara, custa um salário mínimo, pago em forma de cobertor e agasalho’.

Para que vive no Brasil e conhece seu povo e sua cultura, é difícil imaginar que pudesse não ser assim, em face do que se constata no dia-a-dia. O perigo aqui, como se disse, é abalar o registro simbólico, a referência de toda a sociedade, algo muito sério.

Quanto à resposta estatal, é inócua a muitos lícitos que deveriam ser discriminalizados, e não apenas pseudo despenalizados.

A qualidade do processo deve ser levada em termos de interrogação: pois, que processo? Não há processo, muito menos qualidade quando um acusado é “forçado a abrir mão de seu maior direito”, como parece primário.

A celeridade, de sua parte, é vista, mesmo nas audiências que duram ou têm que durar apenas sete minutos, como visto nos pontos anteriores; ou o contrário: um ano para se decidir sobre um crime de menor potencial ofensivo. Ora, viu-se que com inaceitável frequência os princípios ensejadores do juizado nem sequer são respeitados.

Quanto à facilitação da justiça, não é diferente: uma justiça que nem sempre tem juízes, promotores e defensores em suas audiências, (para não falar das

⁴¹⁰ LIMA, **Juizados especiais...**, p.41.

necessidades materiais), acaba por se fazer á margem da lei, conforme o “bom senso” do detentor imediato do poder. O que facilita mesmo é a injustiça.

A tutela do interesse da vítima já foi exposto, com a insatisfação da transação e o não cumprimento das medidas impostas. Quase se conseguiu provar antigas teses de que a vítima não deva mesmo participar das preocupações do processo penal, e assim dele, restando-lhe a amargura da dor (com todos os seus efeitos dentre os quais o risco da vingança, e eventual reparação na esfera civil. Aqui com certeza, regrediu-se).

Para liberar todo o sistema acusatório a fim de perseguir os “delitos maias graves”, primeiramente deve haver vontade estatal e comprometimento”, o que não vislumbramos .

Vimos que não é difícil ao menos escurecer com as tintas da realidade essa pretensa nuvem de otimismo exacerbado, de que a criação dos Juizados iria resolver todas as questões de nossa tão mal tratada justiça criminal.

Com efeito, ressalta Eugenio Raúl ZAFFARONI⁴¹¹, que “a maximização de resultados com o menor esforço passou a ser um dos objetivos do processo penal brasileiro não é buscar os melhores resultados com o menor custo. É necessário decifrar os termos da equação; melhores resultados e menor custo”, (sem o custo apontado acima por Zaffaroni); bem como se deve lembrar do que diz Luigi FERRAJOLI⁴¹² a mera enunciação do princípio da reserva legal não é suficiente para garantir as pessoas contra o emprego arbitrário do direito penal e conseqüentemente de seus operadores.

Mas para Ada Pellegrini GRINOVER⁴¹³, diz que “em sua aparente simplicidade a lei representa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro, pois não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos mas

⁴¹¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p.52.

⁴¹² FERRAJOLI, op. cit., passim.

⁴¹³ GRINOVER, **Juizados especiais...**, passim.

criou um novo modelo, seu próprio, modelo de justiça penal consensual, que não encontra paralelo no direito alienígena, pois a transação existente na lei não se aproxima do *guilty plea* (*declarar-se culpado*), nem da *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e acusado)”.Enfoca que foi uma revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal e a preocupação não deveria se restringir apenas à decisão formalista da questão e sim à busca da solução para o conflito.

Nada disto parece diferente de um sonho: como é primário e se vê na prática, nada se alterou, e muito menos se quebrou o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Afinal, presentes as condições da ação, o órgão do Ministério Público deve acusar, com a diferença, que, agora pode levar (também pelo exercício da ação) o juiz a aplicar penas em face da transação, o que desdiz por completo a possibilidade de se falar em quebra dos princípios. Por outro lado, segue de pé e firme que o processo penal se sustenta sem conflito algum, seja ele qual for, ou seja, o conceito de lide, em qualquer de suas formas é imprestável para o processo penal como mostra Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁴¹⁴. Por sinal, a transação é um belo exemplo (normalmente pela prática que aqui se vai relatando), de que se pode e no caso de condenar seu conflito, ou seja, mesmo que ele existisse, veja-se, seria sanado pelo acordo, pela composição, pela transação, o que leva muitos a questionar a própria natureza condenatória da sentença que “homologa” o dito acordo. Enfim, que se trata de pena e resultado de um processo, não há dúvida, porque senão seria ilegal e inconstitucional. O acordo, porém, em verdade não elimina o caso penal, como é primário, mas prova que não há, como fundamento teórico abviamente, conflito algum, o qual pode existir de fato) como a aparente lide penal que engana aos incautos), mas não tem relevância jurídica suficiente

⁴¹⁴ COUTINHO, A lide e..., passim.

para ser o marco teórico da matéria. O estado da arte, no processo penal, não permite ilusão do gênero.

Adverte Ada Pellegrini GRINOVER⁴¹⁵ que os operadores (todos sem exceção) deveriam estar preparados para esse novo paradigma de justiça criminal, não só para a correta aplicação da lei, como também para um novo papel: o de propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a inspiração dos novos princípios. Ousa-se porém, falar que eles não ouviram esta advertência da respeitada autora! Basta olhar os entendimentos de Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, Márcio Franklim Nogueira Maria Lúcia Karan, Luiz Flávio Gomes, Alexandre Morais da Rosa, dentre outros, todos pertencentes à Magistratura Nacional e preocupados com o caminho desvirtuado tomado pelos Juizados e, para não se falar em bairrismos, pois são de Estados diferentes. Por sinal, isto mostra como a magistratura é dividida e tem gente para nos dar esperanças!

René Ariel DOTTI⁴¹⁶ observou: “Raramente um diploma legal abordando matérias de direito e de processo penal teve ressonância tão favorável como a Lei 9.009/95”. Para um texto de 1977 é até compreensivo a posição do autor, embora aí os sérios problemas já tivessem aparecido dando sintomas de que a lei era um pesadelo, daqueles de só se quer acordar o mais rápido possível.

Da mesma forma, magistrado paranaense José Laurindo de SOUZA NETTO⁴¹⁷, então juiz diretor dos Juizados Especiais da Comarca de Curitiba *, afirma que os Juizados devem ser analisados à luz do princípio do devido processo legal, no

⁴¹⁵ GRINOVER. **Juizados especiais...**, passim.

⁴¹⁶ DOTTI, **Conceitos e...**, p.33.

⁴¹⁷ SOUZA NETTO, op. cit., p.72.

* Elogiado e tido como honrosa exceção, juntamente com o Juizado de São José dos Pinhais. (COUTINHO, **Manifesto contra...**, p.351.)

seu sentido substancial. Como produto e produtor das transformações sociais e como remédio ao descompasso que existe entre a lei e a realidade social, no que tem razão.

Argumenta, ainda, José Laurindo de SOUZA NETTO⁴¹⁸ que em termos de devido processo legal, ele se substancia no próprio Juizado, transmudando-se num princípio garantidor da realização da justiça, “tornando-se uma ferramenta jurídica necessária para dar vida à Constituição e franquear ao povo as garantias fundamentais”.

É preciso lembrar, por outro lado, a advertência feita por Alexandre WUNDERLICH⁴¹⁹, quando tratou do fracasso da lei nº9.099/95: “não existem dois sistemas: o sistema é único possível, o rígido sistema de garantias constitucionais”. Em suma, não se pode usar a Constituição da República para abdicar naquilo que nela é a expressão da sua razão de ser, ou seja, a proteção do cidadão, tomado na sua dimensão mais ampla.

Da mesma forma que pode haver esta “transmutação” para melhor, para salvaguardar os interesses dos envolvidos, tanto da vítima como do suposto autor, pode-se vislumbrar então que se poderia ter alterações para afastar suas garantias também?

A resposta negativa parece evidente, por tudo o que representa a Constituição Federal.

Jose Laurindo de SOUZA NETTO⁴²⁰ ainda afirma que “os que defendem a lei, sustentam que ela se apresenta como a solução concreta para superar os aspectos gerais de disfunção que estão na base da profunda crise de credibilidade da justiça, sendo um “divisor de águas”.

Infelizmente, este “divisor de águas” realmente na prática e da forma que está sendo efetivado, pode ter ocorrido, mas da seguinte forma: para a vítima, de registro

⁴¹⁸ SOUZA NETTO, op. cit., p.35.

⁴¹⁹ WUNDERLICH, **A vítima...**, p.233.

⁴²⁰ SOUZA NETTO, op. cit., p.14.

fica a sensação de impunidade, pois há o lugar comum de que “nada vai acontecer ao autor”; para o autor, se pesar contra si um termo circunstanciado, muitas vezes vai perder o salário do mês, “aceitando a proposta”, para não correr o “risco, que todo processo traz em seu bojo”. Assim, quem perde é a justiça diante do desmantelamento da função simbólica do Direito Penal, o que é inaceitável.

Assim houve uma transmutação das garantias, mas para melhor?

Mas uma vez a resposta negativa se impõe.

Há de se voltar à indagação feita pelo próprio José Laurindo de SOUZA NETTO⁴²¹: “se tão insignificante é o fato criminoso que sequer precisa do processo, será necessário dotar de relevância penal essa conduta”?

Com razão Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁴²² e tantos outros, quando falam que o certo seria descriminalizar o quanto possível (principalmente as infrações bagatelares) e o que sobrasse, aí, sim, ser incluído na lei. E não o que houve, ou seja uma ressurreição de um mundo de infrações praticamente esquecidas ou que iriam mudar de ramo e que acabaram por criar milhares de cargos públicos ou, na verdade, um cabide de empregos, com a conta sendo paga pelo Estado, ou melhor, pelo povo, o que é inaceitável porque desnecessário, ou seja, usa-se mal o dinheiro público, que poderia ser empregado em melhor causa. Daí a conclusão do próprio Jacinto Nelson⁴²³, ou seja transformar os juizados criminais em juizados civis, o que até prova em contrário, são úteis, preservando os empregos dos servidores.

Maria Lúcia KARAN⁴²⁴ faz duras críticas à antecipação do direito de punir do Estado, além de advertir que sobre o fato de que a aplicação antecipada da pena não

⁴²¹ SOUZA NETTO, op. cit., p.17.

⁴²² COUTINHO, **Manifesto contra...**, p.5.

⁴²³ Ibid., p.6.

⁴²⁴ KARAN, **Juizados especiais...**, p.39.

privativa de liberdade não gerar reincidência, (única recompensa para a aceitação de tal pena), com o sacrifício dos direitos à defesa e à proclamação da não-culpabilidade se está longe de representar algum avanço e, muito pelo contrário reforça-se o instituto da reincidência.

Acrescenta ainda Maria Lúcia KARAN⁴²⁵ que o discurso que acena com penas alternativas não deve trazer ilusões pois “o que se obtém é a ampliação do poder de punir do Estado, a subsistência da idéia de crimes e de penas, a proeminência do excludente estilo punitivo e a legitimação de um sistema, que, como o sistema penal, reproduz as situações problemáticas e os conflitos que, enganosamente, anuncia poder resolver”.

Traz ainda Maria Lúcia KARAN⁴²⁶ ao nosso conhecimento uma prática usual: nos casos de denúncia, o magistrado tem a obrigação de verificar se todos os pressupostos legais estão contidos nesta, e não apenas após o recebimento mediante simples “carimbos,” de forma mecânica, sugestivos de leitura superficial ou nenhuma, e que funcionam no juizado, não raro, como forma de represália pela não aceitação da proposta de transação.

Outro aspecto importante trazido à luz por Roberto Kant de LIMA⁴²⁷, que não compactua com tal “revolução”, é o fato do grande índice de desistências das vítimas, que chega em muitos Juizados a mais de 50% dos casos. Pois! Sendo alta a desistência tem-se o sinal de que o sistema não tem atuado efetivamente sobre o “conflito”, devolvendo-o às partes para que não o resolvam; e o que é pior, dando mostras que o Estado não está capacitado para solucionar o “conflito”. As vítimas, após as audiências, não só desistiram de processá-los, como também ficaram convencidas que o Juizado

⁴²⁵ KARAN, **Juizados especiais...**, p.40.

⁴²⁶ Ibid., p.56.

⁴²⁷ LIMA, op. cit., p.40.

não traz solução para a situação “conflituosa” que as levou à instância encarregada de administrar tais fatos.

Eis, assim, onde se fere de morte o registro simbólico, que funda o sujeito, por conta dos valores advindos da cultura e dentre os mais imponentes, sem dúvida está a justiça, que precisa, como precisa do ar. Eis, a crença imprescindível da qual fala Jacinto Nelson.

Afirma categoricamente Maria Stela de AMORIM et al⁴²⁸ que, se, por um lado, os Juizados judicializam “conflitos” que antes detinham acesso limitado aos tribunais, por outro contribuem para a desjudicialização do direito, uma vez que a garantia protetiva ao devido processo legal não é assegurada plenamente ao acusado.

Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO⁴²⁹ não aponta para uma nova mentalidade de persecução criminal, pois indica uma polícia despreparada e autoritária, uma falta ou omissão dos promotores, ausência de defensor público, salas de audiências com falta de estrutura, com o juiz exorbitando a autoridade que detém, forçando os encerramentos dos processos, com critérios exclusivamente baseados em produtividade. Isso por evidente, não cabe na unanimidade, mas o retrato quase completo da realidade e desalentador.

Conclui Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO⁴³⁰ que a máquina judiciária, diante de suas deficiências e de uma cultura arraigada, estabelece uma relação com as normas legais que é sempre flexível e contraditória, dependendo de uma opção do funcionário, do policial, do promotor, do juiz, em obedecer ou não á lei, tendo como único referencial sua própria consciência. Mas salienta a importância referente à possibilidade da desformalização ser um caminho para o estabelecimento do diálogo,

⁴²⁸ AMORIM, op. cit., p.226.

⁴²⁹ AZEVEDO, **Informalização...**, p188.

⁴³⁰ Id.

contribuindo para reverter a tendência do uso da violência, para a resolução dos “conflitos”.

Buscou-se, no juizado, o máximo de resultado, o efficientismo tanto buscado na atualidade, às vezes acima do valor de justiça. Eficiência, como usado hoje, é um conceito neoliberal, inclusive colocado na Constituição da República pelos neoliberais (art.37, “caput”), que, serve para mostrar exatamente aquilo para o que ele se presta, ou seja, ajudar na exclusão social, ideologicamente mantida para assegurar os privilégios dos incluídos. Assim, tem sido de injustiças, passados os anos de juizados, como se constata diuturnamente, transformando um sonho em pesadelo, um oásis em miragens. Os juizados, hoje, servem muito bem para se mostrar como, no Brasil, não se deve fazer uma reforma da legislação mormente na área criminal.

Dessa forma, a simples ameaça do processo passou a ser a principal “moeda de troca” para convencer a pessoa suspeita da prática do fato delitivo a assumir uma pena, ainda que não institucional, sem que haja o mecanismo inerente ao devido processo legal garantido pela CR/88.

De forma muito lúcida Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁴³¹ adverte que não é admissível sinonimizar efetividade com eficiência e que se não trata de alienação quanto ao novo e sim quanto aos possíveis malefícios trazidos por ele: “é andar de mãos e de braços dados com o discurso dominante”.

Por isso afirma que se não pode embarcar diretamente e sem preocupações, sem cautelas, em um discurso reformista, de caminhos fáceis, ao menos aparentemente, se diz respeito “à destruição da democracia e auxílio da exclusão social”.

⁴³¹ COUTINHO, *Efetividade do...*, passim.

Por outro lado, quanto ao juizado especial criminal, para Aury LOPES JR.⁴³², se grande parte acredita que se trata de uma inovação revolucionária (ou perigoso retrocesso?), a criatura virou-se contra o criador, mostrando sua verdadeira cara, mostrando que a situação da justiça consensual é preocupante e o futuro pode ser desastroso. Critica ainda que a sociedade está acostumada com a velocidade e não quer esperar pelo processo, e assim, ele deve ser rápido e eficiente, como quer o mercado e deseja a sociedade alienadamente.

Os momentos vividos no juizado não são momentos em que há verdadeiramente processo penal, mas sim procedimentos administrativos (inquisitivos) que são, em essência, autoritários e tendentes a lesionar direitos.

Abdicar do processo penal em prol do direito administrativo seria abdicar do único momento do controle formal em que as garantias são respeitadas, ou deveriam ser.

O juizado, assim, gerou expectativas e frustrações, pois sua aplicação prática é o grande dilema, dado que ainda não se absorveu a mudança de paradigma que o ordenamento teria trazido. Mas há algo pior: porque inevitável que não vai absorver porque as distorções estão de tal forma arraigadas que se podem considerar produtos culturais.

O tratamento deixa muito a desejar, pois existe um desvirtuamento no modo de seu funcionamento e isso gera a insatisfação de quem necessita. A audiência preliminar não desempenha seu papel de ser um espaço democrático de diálogos, em princípio, por culpa da necessidade da produção de estatísticas.

⁴³² LOPES JR., op. cit., p.99.

Nos dizeres de Renato Flávio MARCÃO⁴³³, a preocupação é mais profunda, pois os operadores do Direito vêm adotando posturas que quase procuram apenas “contornar” as verdadeiras intenções, colocando em risco ferir os princípios constitucionais.

Para um dos maiores críticos do atual sistema adotado pelos Juizados Especiais Criminais, Alexandre WUNDERLICH⁴³⁴ existe um sentimento de angústia dos que identificam gritantes violações ao sistema de garantias individuais solidificados na CR/88.

Para Alexandre WUNDERLICH⁴³⁵, nos diálogos sobre a matéria, o cenário trazido pelo Juizado é de horror; vislumbra um euforismo apagado, uma revolução que não deu certo, um notável avanço que se notabilizou retrocesso, um modernismo que é antigo e uma desburocratização que cada vez mais se burocratiza. Traz à luz, que conciliações são impostas às partes, propostas de transação quando não há justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime e outros desvios já antes mencionados.

O diagnóstico da justiça penal consensual não é bom, seja qual for o ângulo de sua análise, e a tentativa de a introduzir no Brasil foi um fracasso.

Se o sistema penal em sua inteireza tem seus malefícios, como ser seletivo, injusto, estigmatizante e repressivo, não haveria outro caminho para os juizados. Salvo se viesse acompanhado de uma verdadeira reforma no sistema processual (que não veio) e se mexesse na base epistêmica. Ele o juizado também faz os seus reféns.

⁴³³ MARCÃO, R. F. **Lei de execução penal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001. passim.

⁴³⁴ WUNDERLICH, A **vítima...**, passim

⁴³⁵ *Ibid.*, p.34.

Alexandre WUNDERLICH⁴³⁶, unindo a teoria prática, traçou dez razões para diagnosticar que os juizados não andam bem.

São estes os argumentos apresentados:

- 1) O excessivo número de conflitos e a burocratização judicial.
- 2) O processo de seletividade exercido pela vítima e seu “poder denunciante”; a facilidade do registro do termo circunstanciado e a obrigatoriedade do encaminhamento.
- 3) O despreparo dos juízes na mediação dos conflitos
- 4) A ausência da vítima em audiência: criação do instituto da desistência tácita em ação penal pública.
- 5) Conciliação infrutífera nos casos de violência contra a mulher e ausência de assistência estatal no pós-conflito.
- 6) O descumprimento dos termos legais da audiência preliminar.
- 7) Realização de audiências sem os operadores jurídicos.
- 8) Dificuldade para o arquivamento, imposição de aceitação da transação penal e ausência de critério razoável para o oferecimento da proposta.
- 9) A transação penal com imposição de pena e o seu descumprimento: pena sem processo.
- 10) Transação penal: ausência de devido processo legal, violação ao princípio da presunção de inocência e privatização da justiça.”

Todos os pontos apresentados por Alexandre WUNDERLICH foram aqui trabalhados, principalmente a preocupação em discutir, (já que não houve discussão adequada antes da promulgação da lei), a problemática se a lei foi ou não um grande avanço à justiça brasileira.

No caso da lei nº9.099/95, mas uma vez se evitou (como em tantos outros casos) um debate nacional, para ver se ela era ou não necessária.

Os resultados, para Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁴³⁷, são desanimadores e repulsivos, ruins, muito ruins, sendo preciso denunciar a estrutura toda e se for o caso acabar com ela, para recomeçar do ponto em que se perdeu. Sugere ele que os juizados especiais criminais fossem transformados em juizados cíveis, resolvendo-se o problema de todos, inclusive da questão referente ao registro simbólico e o direito penal.

⁴³⁶ Ibid., p.35.

⁴³⁷ COUTINHO, **Manifesto contra...**, passim.

Por fim diagnostica que com “a lei 9.099/95, deu-se um belo exemplo daquilo que não deve ser a efetivação constitucional, pois, no caso, embora se tivesse em fazela, não se concretizou. A nação não merece algo do gênero.”

Assinala Alexandre Morais da ROSA⁴³⁸, utilizando-se do pensamento de Ferrajoli, que o juizado viola de forma flagrante os princípios da lesividade, necessidade e materialidade e, na verdade, seus canais são utilizados ideologicamente para reforçar a tolerância zero, no que está lotado razão*.

Enfatiza, ainda, Alexandre Morais da ROSA⁴³⁹ que, em nome da “constitucionalização” (às avessas e rasteira) do processo penal, o sistema de garantias preconizado pela própria Constituição foi desconsiderado. “Enfim, a sanção mais perto da população excluída de forma mais eficiente. Ai reside a verdadeira eficiência dos Juizados Especiais Criminais”. Ainda faz uma crítica aos “enunciados”, seguidos de forma ingênua por outros desavisados, pois adverte que normalmente são produzidos sem a existência de discussões teóricas e práticas sérias.

Quanto à inexistência do devido processo penal nos juizados, Gerado Luiz Mascarenhas PRADO⁴⁴⁰, utilizando das sábias palavras de Francesco Carnelluti, assevera que o processo penal é a gata borralheira do sistema criminal como um todo, ficando a impressão que o processo deve ser empurrado para a periferia, e só poderia funcionar quando não puder prejudicar a eficiência do aparato de repressão.

O trilhar pelo caminho rumo ao retrocesso, na aceitação dos procedimentos dos juizados como são atualmente desvencilhados, somente faz reforçar as conclusões de

⁴³⁸ ROSA, op. cit., p.58.

* Fato este já explanado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, na sua obra Manifesto contra os Juizados especiais criminais (uma leitura de certa “efetivação” constitucional).

⁴³⁹ ROSA, op. .cit., p.60.

⁴⁴⁰ PRADO, op. cit., p.875.

Márcio Franklin NOGUEIRA⁴⁴¹, em que afirma que na verdade a pena não privativa de liberdade não resulta diretamente da decisão do juiz e sim na aceitação da parte, mas, e se não cumprir sua “vontade” aí o juiz pode converter em prisão? Não seria isso um retrocesso? Se acredita que a resposta é sim.

Talvez esteja com a razão Eugenio Raul ZAFFARONI⁴⁴², quando entende que os “sistemas” são preparados para não funcionar: “absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio da legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que estruturalmente, estão preparados para violar a todos.”

Com toda essa base de discussões teóricas se tem percebido, na prática o visível problema no dia-a-dia forense, ou seja, grande resistência por parte dos operadores do direito em relação à nova ordem estabelecida pelos Juizados Especiais. Da mesma forma, controvérsias são criadas e críticas são direcionadas com frequência e com razão, contra o sistema criado, hoje visível mais, mais como invenção do que como invenção, o qual depõe como criatura contra os seus criadores.

Há que se considerar que como qualquer novo, está sujeito a crítica, dentre elas, as posições negativas como as que afirmam que a lei nº9.099/95 é uma aberração jurídica, dado que seu cumprimento fere a honorabilidade do cidadão, fere a sua cidadania e o Estado nega a sua prestação jurisdicional com o esdrúxulo pretexto de desafogar as prateleiras lotadas de autos de processos nas varas comuns.

Muitos operadores jurídicos, dentre juízes, promotores, advogados, defensores, autoridades policiais, incrédulos e temerosos, consideram os Juizados como justiça de segunda categoria ou, ainda, justiça de causas insignificantes, tendo como duplo

⁴⁴¹ NOGUEIRA, op. cit., p.207.

⁴⁴² ZAFFARONI, op. cit., p.235.

fundamento: o temor de perda da clientela para os advogados, e a preocupação com a qualidade da jurisdição devido à ausência de defesa técnica e adequada às partes, além da sensação de impunidade para autor e vítima.

A resistência em aceitar as inovações introduzidas pela nova ordem constitucional, privilegiando as disposições infraconstitucionais^{*}, em vez de as adequar ao novo perfil, que reflete os anseios sociais em termo de justiça, acaba por interferir na credibilidade e na confiança dos Juizados.

Conforma-se assim, com os padrões legais, vigentes, insistindo em abordar uma concepção ultrapassada e falida do antigo sistema. Isso, sem dúvida, é ajudar no sepultamento prematuro da possibilidade de mudança sem que se possa tentar resgatar o verdadeiro espírito do modelo.

Verificou-se, também, que ao contrário da expectativa inicial, não ocorreu o desafogo das varas da justiça comuns. O que se observou, de fato, foi o inchaço dos Juizados imediatamente após a sua criação, atingidos por um número de atos que anteriormente não chegavam à barra dos tribunais, quiçá porque sendo bagatelares, não deveriam mesmo chegar.

Como a seletividade foi retirada da função policial, todos os casos aparentemente “típicos” são transformados em termos circunstanciados e, conseqüentemente, a produção da audiência preliminar, mesmo quando há falsa comunicação de crime, acaba por acionar o mecanismo da justiça consensual.

Ou seja, o Juizado também passou a ser teatro de vingança privada, mas quanto maior o número de ações melhor! Muitos pensam assim!

^{*} Tal crítica também é feita por Jacinto Coutinho na obra citada, quando diz “ a matéria referente aos Juizados Especiais Criminais é um dos maiores exemplos de como a efetivação infracosntitucional (desejada por todos que dela não desistem como dirigente-compromissória) pode ser um arremedo ou uma farsa, se conduzida de maneira inadequada” (COUTINHO, Manifesto contra..., p.347)

Apesar do grande número de casos que chegam aos Juizados, segundo Roberto Kant de Lima*, no tocante ao desfecho do processo 33,2% são resolvidos através de composição civil; 22,9% através de transação penal, e nada menos de 39,3% pela desistência. Apenas 4,6% dos processos são encerrados através de audiências de instrução e julgamento.

Isso só reforça o pensamento daqueles que defendem a descriminalização da maioria desses fatos considerados como crimes de menor potencial ofensivo, bem como daqueles que afirmam que o juizado ressuscitou infrações que estavam prontas para seguir novo rumo.

No Juizado Especial de Pouso Alegre/MG, das 202 audiências realizadas no mês de outubro de 2005, dos 202 casos resultaram em 13 audiências de instrução e julgamento, com 03 condenações ao final*.

Daí nasce uma pergunta que não quer calar?

Se houve, 10 absolvições, o que teria acontecido com os “autores do fato” se tivessem deixado de lado o sagrado direito de se defender?

A resposta é fácil: teriam aceitado a transação penal e todos seriam apenados (e felizes para sempre?).

A justiça grátis, e a promessa de rapidez e simplicidade seduziram grande número de litigantes de pequenas causas na área criminal, servindo como uma mola propulsora para uma até dissimulada demanda reprimida pelos aborrecimentos do rigor jurídico.

Veja-se o exemplo da perturbação do sossego alheio (um cão do vizinho que late muito) que poderia ser resolvido no âmbito da conversa ou mesmo na Delegacia,

* Juizados Especiais criminais sistema judicial e sociedade no Brasil, IN OBR. CET. P. 40

* Dados colhidos conforme movimento forense e operosidade do juizado da Comarca de Pouso Alegre-MG em outubro de 2005.

quando o Delegado pudesse alertar o dono do animal que ele poderia, no futuro, ser responsabilizado pelo ato da perturbação, hoje transforma-se obrigatoriamente em uma audiência preliminar. Tudo em nome da eficiência. Do que se trata, porém, tal eficiência, em um caso assim? Por evidente de gasto inútil do dinheiro público.

Outra dificuldade, com o qual defrontam-se os juizados criminais, é a carência de meios materiais e humanos, quiçá exclusivo dos juizados cíveis.

Criados com o intuito de substituir o antigo juizado de pequenas causas, os Juizados Especiais aproveitaram a organização, composição, equipamentos e recursos materiais e humanos do tribunal ao qual substituíram.

O que se verifica, depois de 10 anos, é que as instalações físicas são inadequadas; o pessoal de apoio precário, constituído na maioria por estudantes que têm somente muito boa vontade mas sem conhecimento porque os funcionários e empregados muitas vezes também não os tem para repassar; boa parte do pessoal cedido por outros órgãos como prefeituras e, inclusive, o mais grave, falta de juízes, promotores e defensores públicos. Enfim, falta tudo! E quando isso acontece, alguém paga o preço da falta gerada a partir das irresponsabilidades de sonhadores de todas as matizes.

Na voz de Fernando Costa TOURINHO FILHO⁴⁴³ “criar os juizados sem investir em meios materiais é literalmente brincar com o titular do poder, o povo, lançando promessas e criando expectativas irrealizáveis”.

Não se pode pensar que os Juizados, devido à sua informalidade, não prescindam de organização e administração, para acabar com a morosidade ainda persistente. Basta notar a marcação de audiências para seis meses ou audiências preliminares realizada faltando 48 horas para o crime completar um ano!

⁴⁴³ Artigo publicado em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> Acesso em 20 nov. 2005.

Tem-se ainda, o conflito de competência, pois em termos da Comarca de Pouso Alegre, ainda existem controvérsias se determinados delitos são de competência do Juizado ou da Justiça Comum como é o caso do porte de substância entorpecente (art.16, da Lei nº6.368/76), além da própria execução das sanções impostas, que ainda são feitas no âmbito do Juizado e não na vara de Execuções penais, como prevê a lei.

Muitos entendem que a utopia possível de se experimentar novos modelos de resolução de conflitos também na esfera penal foi válida em relação ao Juizado, e pode se converter em uma experiência bastante significativa e válida, mas que deve ser superada em seus próprios, erros, desvios, equívocos, falhas e lacunas.

Em 10 anos se construiu uma cultura no erro, e dela não mais se escapa, inclusive porque é mais cômodo.

A indagação, todavia persiste: a lei nº9.099/95 foi uma reengenharia jurídica ou um retrocesso?

Não se tem dúvida em indicar como um retrocesso, principalmente da forma que se apresenta em muitos juizados, violentando os princípios constitucionais, auxiliado pela falta de interesse político e da mesmice dos operadores jurídicos, verdadeiros preguiçosos que muitas vezes até têm boa a intenção, mas isso é muito pouco, mormente se atrelado ao velho ditado “na teoria é um coisa na prática...”. Os juizados não andam bem!

Se se indagasse para definir o que seria o Juizado especial na prática, caberia socorro no que diz Rodrigo Ghiringhelli de AZEVEDO⁴⁴⁴: naquilo que seja a definição mais acertada do que seja a lei; “A justiça criminal não funciona. Não porque seja lenta ou em sua opção preferencial pelos pobres, seletiva. Mesmo quando rápida e mais

⁴⁴⁴ AZEVEDO, *Informalização...*, p.116.

abrangente ela não produz justiça, porque sua medida é o mal que oferece àqueles que praticaram o mal”.

Nada melhor que o pensamento de Lenio Luiz STRECK⁴⁴⁵ para as considerações finais, ou seja “que o operador do direito não pode se comportar como o sujeito que está à beira do Vesúvio prestes a entrar em erupção. As lavas cobrirão de forma inexorável a tudo e a todos, e, ao invés de construir barreiras para evitar que as lavas cubram sua casa e a cidade, o jurista fica tranqüilo tratando de arrumar um quadro de Van Gogh na parede... e mais nas palavras do mexicano Eráclio Zepeda “quando as águas da enchente derrubam as casas e o rio transborda arrasando tudo, quer dizer que há muitos dias começou a chover na serra, ainda que não nos déssemos conta!”

As chuvas estão caindo e é necessário prestar atenção aos acontecimentos; os excluídos já não agüentam mais viver educação, sem saúde, sem comida, sem expectativas e em termos de juizados, sem justiça.

⁴⁴⁵ STRECK, *Crise (s)...*, p.15

7 CONCLUSÃO

1- A lei dos juizados criou novos delitos e ressuscitou antigos, quase todos de perigo abstrato.

2- O certo seria descriminalizar o quanto possível e o que sobrasse, aí sim, seria incluído na lei e não a ressurreição de infrações praticamente esquecidas ou que iriam mudar de ramo.

3- Sempre foi e continua sendo grande a carência de meios materiais e humanos de modo que a implantação dos juizados não solucionou e nem atingiu os objetivos a que se destinavam.

4- O cenário atual dos juizados especiais é bastante triste, a ineficácia e a descaracterização da lei são visíveis, a falta de estrutura humana e material, crescimento da demanda, legislação inadequada, tornaram a lei que tinha tudo para servir de exemplo para o sistema ineficaz, descaracterizada da essência de tal instituto.

5- Verificou-se que ao contrário da expectativa inicial não ocorreu o desafogo das varas da justiça comum, o que se observou de fato foi o inchaço dos juizados imediatamente após a sua criação atingidos por um número de atos que anteriormente não chegavam a barra dos tribunais.

6- Os critérios utilizados como norteadores do juizado constituem-se em valiosos apoios para aplicação de dispositivos duvidosos ou que possibilitem duas ou mais interpretações razoáveis.

7- Critérios utilizados nos juizados especiais de pequenas causas cíveis deveriam ser adaptados a área criminal, como nos casos de silêncio da lei, devem ser buscadas soluções que atendam a seus critérios e as suas formalidades principais e a

aplicação subsidiária do CPP só é admissível quando não for possível solução com base nos critérios informadores.

8- Outro aspecto a ser analisado é a possibilidade de ser imposta pena privativa de liberdade vez que esta pressupõe um edito condenatório que advém de um processo legal e que no processo devem ser observados os preceitos constitucionais de ampla defesa e do contraditório. Eles aparecem ou deveriam no processo que leva a transação, mas se deturpam tanto o instituto que acabam por se desnaturar completamente.

9- Ao admitir o legislador constituinte a transação no processo penal, em nenhum momento significou o consentimento a aplicação de pena sem processo e sem culpa, e tal criação também não derogou preceitos constitucionais.

10- Considerando que o instituto da transação penal é o principal problema do juizado, esta deve ser tecnicamente assistida por defensor, deixando clara a oportunidade do agente a optar ou não pela transação e de conhecimento dos efeitos que serão gerados, só a ele cabe a escolha ou não de se defender no processo.

11- A criação dos juzizados especiais, considerado por muitos como um “divisor de águas”, que na prática e na forma que está sendo efetivado, pode ter ocorrido, mas da seguinte forma: para a vítima fica a sensação de impunidade e para o autor antes “perder” o salário do mês, aceitando a proposta de transação do que correr o “risco” do processo. Assim, quem perde é a justiça e a sociedade que se vê em efetivo risco diante do desmantelamento da função simbólica do direito penal.

12- A simples ameaça do processo passou a ser a principal “moeda de troca”, para convencer o autor a aceitar a transação penal.

13- Os momentos vividos no juizado não são momentos em que há verdadeiramente processo penal, mas sim procedimentos administrativos (inquisitivos), que são em essência autoritários e tendentes a lesionar direitos.

14- O diagnóstico não é bom, seja qual for o ângulo de sua análise e a tentativa de introduzi-la no Brasil foi um fracasso.

15- A justiça grátis, a promessa de rapidez e simplicidade seduziram grande número de litigantes, servindo como uma mola propulsora para uma até dissimulada reprimida pelos aborrecimentos do rigor jurídico.

16- Da forma que é conduzido atualmente o sistema adotado no juizado, impera a desordem, sendo que o eficientismo na busca de uma célere, eficiente e suposta tutela penal só veio a desconsiderar o conceito garantista de longos anos.

17- Na verdade, em resposta aos anseios sociais e em atendimento ao mandamento constitucional o legislador implantou um procedimento criminal diferenciado em nosso ordenamento jurídico: se foi um retrocesso ou uma revolução não vem ao caso agora, mas que nem os operadores jurídicos e a sociedade estavam preparados para tal mudança isso não estavam.

18- Os juizados especiais criminais assim geraram expectativas e frustrações, pois sua aplicação prática é um grande dilema dado que ainda não se observou a mudança de paradigma que o ordenamento teria trazido e o que é pior, as distorções já se encontram arraigadas, podendo ser consideradas produtos culturais.

19- As chuvas estão caindo e é necessário prestar atenção aos acontecimentos, os excluídos já não agüentam mais sem educação, sem saúde, sem comida, sem expectativas e em termos de juizados, sem justiça. Não se pode matar a esperança, pois o preço a pagar é muito caro, como sempre mostrou a história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, J. S. **Noções de criminologia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1978.
- AMARAL, C. do P. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: EBcCrim, 2003.
- AMBOS, K. As reformas processuais penais na América Latina. In: CHOUKR, F. H; AMBOS, K. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.
- AMORIM, M. S. de. et al (Org.). **Juizados especiais criminais sistema judicial e sociedade no Brasil**. Ensaio interdisciplinares. Niterói: Intertexto, 2003.
- ANDRADE, M. da C. **Consenso e oportunidade, jornadas de direito de processo penal: o novo código de processo penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- ANDREUCCI, R. A. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ANDRIGHI, F. N. **Juizados especiais criminais: comentários à lei federal n. 9.009/95**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- AZEVEDO, R. G. de. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos juizados especiais criminais. In: WUNDERLICH, A. **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- _____. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.
- _____. **Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais**. São Paulo: IBcCrim, 2000.
- BACILA, C. R. **Polícia versus direitos humanos: diligências policiais de urgência e direitos humanos: o paradigma da legalidade**. Curitiba: JM. 2002.
- BALDAN, E. L. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n.137, abr. 2004.

_____. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n.159, fev. 2006.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BASTOS, C. R. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2000.

BECK, F. R. Perspectivas de controle do crime organizado na sociedade contemporânea; da crise do modelo liberal às tendências de antecipação da punibilidade e a flexibilização das garantias do acusado. In: _____. **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

BENTHAN, J.; STUART-MILL, J. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: LED, 1997.

_____. **Juizados especiais criminais federais**: análise comparativa das leis n.º9.099/95 e 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOSCHI, J. A. P. Princípios informativos da ação penal. In. WUNDERLICH, A. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BURGOS, M. B.; AMORIM, M. S. de.; LIMA, R. K. de. (Org.). **Juizados especiais criminais: sistema judicial e sociedade no Brail, ensaios interdisciplinares**. Niterói: Intertexo, 2003

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Lei nº4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. **Código penal e constituição federal**. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a constituição dos Juizados Especiais Cíveis Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em 03 mar. 2006.

BRASIL. Lei nº9.099, de 26 de setembro de 1995. dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. **Código penal e constituição federal**. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei n.º9.268, de 1º de abril de 1996. Revoga o art.182 da lei n.º7.210/84. **Código Penal e Constituição Federal**. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARNEIRO, H. J. de A. A transação penal na lei 9.099/95: análise sobre sua natureza e constitucionalidade. **Boletim Informativo dos Juizados Especiais**, Belo Horizonte, n. 46, p. 9, ago. 2001.

CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal**. Tradução de: José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, L. G. G. C. de. **Lei dos juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003.

CARVALHO, S. de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, A.; CARVALHO, S. de (Org.). **Novos diálogos sobre juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.

_____. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista. Prática abolicionista. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

_____. de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro Lúmen júris, 2003.

CERNICCHIARO, L. V. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: algumas observações. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo:RT, v.13, jan/mar 1996.

CERVINI, R. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: RT, 2002.

CHIES, L. A. B. Por uma utopia do possível! Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos juizados especiais criminais. In: WUNDERLICH, A.; CARVALHO, S. de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

CHOUKR, F. H. **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Ága Júris, 2000.

_____. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

_____; AMBOS, K. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.

_____. (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p. 281.

CLÉVE, C. M. **O direito e os direitos: elementos para uma análise crítica da crítica do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COUTINHO, J. N. de. M. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema à reformas processuais. In: WUNDERLICH, A.; GRINOVER, A. P. et al (Org.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2002.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3/4, jan./dez. 1999.

_____. Manifesto contra os juizados especiais criminas (uma leitura de certa “efetivação” constitucional). In: WUNDERLICH, A.; CARVALHO, S. de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.

_____. O papel do novo juiz no processo penal: crítica à teoria do direito processual penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 31, p. 06-45, 2002.

_____. Princípios do processo penal. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba: Imprensa Oficial, 1987.

_____. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2002.

_____; CARVALHO, E. R. Teoria das janelas quebradas. E se a pedra vem de dentro? **Boletim IBCrim**, São Paulo, n. 131, out., 2003. Edição especial.

CUNHA, M. da C. F. da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Ed. Católica Portuguesa, 1995.

DIAS, J. F. Direito processual penal. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Os juizados especiais e os fantasmas que o assombram**: caderno de doutrina. São Paulo: AMAGIS, 1999.

_____. **Teoria geral do processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIP, R. **Direito penal**: linguagem e crise. Campinas: Milenium, 2001.

DOTTI, R. A. **Bases e alternativa para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998.

_____. Conceitos e distorções da lei 9.099/95. Temas de direito e processo penal: In: PITOMBO, A. S. A de M. (Org.). **Juizados especiais criminais: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Manual do jurisdiquês (I), (II) e (III). **O Estado de Paraná**, Curitiba, 02 abr. 2006. Caderno Direito e Justiça.

_____. _____. **O Estado de Paraná**, Curitiba, 09 abr. 2006. Caderno Direito e Justiça.

_____. _____. **O Estado de Paraná**, Curitiba, 15 abr. 2006. Caderno Direito e Justiça.

_____. Processo penal executório. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.563, p.309-322.

_____. Problemas atuais da execução penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.563, p.279-298.

_____. Proposta para uma nova consolidação das leis penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo; ano 7, n. 28, p. 152, out./dez. 1999.

_____. S.O.S. Juizado especial criminal (I), (II) e (III). **O Estado de Paraná**, Curitiba, 21 maio 2006. Caderno Direito e Justiça.

DUARTE, M. A. A execução das penas restritivas de direitos descumpridas no regime da lei 9.099/95 e outras questões controvertidas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.744, p.755, 2003.

D'URSO, L. F. B. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

EYMERICH, N. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERNANDES, A. S. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. GOMES FILHO, A. M.; GOMES, L. F. **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Juizados especiais de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FLACH, N. **Prisão processual e penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES L. F. et al. **Juizados especiais criminais: comentários à lei n.º9.099/95**. 3.ed, São Paulo: RT, 1999.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, L. F. **Suspensão condicional do processo: o novo modelo de justiça criminal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Da transação penal e da suspensão condicional do processo**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, nº 692/387, 1996.

_____. **Tendências político-criminais quanto á criminalidade de bagatela**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo : Revista dos Tribunais , 1992.

GRINOVER, A. P. et al. **Juizados especiais criminais: comentários à lei n. 9.099/95**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: RT, 2000.

HAYEK, F. A. V. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. São Paulo: Visão, 1985.

HERKENHOFF, J. B. **Crime: tratamento sem prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

JARDIM, A. S. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JESUS, D. E. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

KARAN, M. L. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004.

LIMA, R. K. **Juizados especiais criminais**: sistema judicial e sociedade no Brasil. Niterói: Intertexto, 2003.

LOPES, M. A. R., Figueira Júnior, J. D. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**, 1996.

LOPES JR., A. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

MARCÃO, R. F. **Lei de execução penal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAGGIORE, G. **Derecho penal**. Tradução de: José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971.

MELLO, C. de. (Min.) STF-pleno-Inq. Nº 1055/Am. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, abr. de 1996. Seção 1, p. 174/2.

MESSUTI, A. **O tempo como pena**. São Paulo: RT, 2003.

MIRABETE, J. F. **Execução penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas 2002.

_____. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**: preliminares e Estado e os sistemas constitucionais. Coimbra: Ed. Coimbra, 1990. Tomo I.

MORAES, A. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Juizados especiais criminais**: aspectos práticos da lei 9.099/95. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, B. B. **Conceito de autoridade**: Artigos de polícia e direito. São Paulo: Ibrasa, 1995.

MOREIRA, W. P. M. **Juizados especiais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

NOGUEIRA, M. F. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, A. S. S. de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: RT, 1999.

PASSET, E. **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade primitiva. São Paulo: IBcCrim, 1997.

PASCHOAL, J. C. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.

PASTANA, D. R. **Cultura no medo, reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo, IBcCrim, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, M. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1999.

PINHO, H. D. B. **A introdução do instituto da transação penal no direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

PONTI, G. A vítima: uma dívida a ser paga. In: ZOMER, A. P. (Org.). **Ensaaios criminológicos**. São Paulo: IBcCrim, 2002.

PRADO, G. L. M. Justiça penal consensual. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2002.

_____. **Elementos para uma análise crítica da transação penal.** Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003.

_____. Movimento antiterror. **Boletim IBCrim**, São Paulo, ano 11, out. 2003. Edição especial.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição.** São Paulo: RT, 2003.

_____. M. do; CARVALHO, L. G. G. C. de. **Juizados especiais criminais:** comentários e anotações. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

QUIRINO, A. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado.** São Paulo: Atlas, 1999.

ROSA, A. M. Rumo à praia dos juizados especiais criminais sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, A. **Diálogos sobre a justiça dialogal:** teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

REALE JUNIOR, M. **Juizados especiais criminais:** interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROBALDO, J. C. O. Juizado especial criminal: experiência que deu certo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.12, p.118-123.

RODRIGUES, A. M. **Novo olhar sobre a questão penitenciária.** São Paulo: RT, 2002.

ROMEIRO, J. A. **Da ação penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ROXIN, C. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SANTOS, J. C. **A moderna teoria do fato punível.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 200.

_____. **Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SCHIMITH, L. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: RT, 2000.

SICA, L. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, J. G. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. São Paulo: LED, 1994.

SILVA, L. G. da. **O controle externo da atividade policial**. Curitiba: Artes & Textos, 1995.

SILVA JUNIOR, E. M. da. Juizados especiais Lei 9.099/95: descumprimento da pena imediata no estado democrático de direito brasileiro. **Boletim do IBCrim**, n.64, p.3-4.

_____. Descumprimento da transação penal. **Boletim do IBCrim**, n.91, p.7.

SIRVINSKAS, L. P. Conseqüências do descumprimentos da transação penal (solução jurídica ou prática). **Boletim do IBCrim**, n.62, p.13 e 13 e **Revista da Associação Paulista do Ministério Público**, p.25-27, ago.1997.

SOUZA, A. de L. **Juizados especiais criminais**. Leme: LED, 1998.

SOUZA NETTO, J. L. **Processo penal, modificações da lei dos juizados especiais criminais**. Curitiba: Juruá, 2004.

STRECK, L. L. Crise (s) pragmáticas (s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n, 28, p. 108-115, out./dez. 1999.

_____. **Hermenêutica jurídica em crise**. Rio de Janeiro: LED, 2004.

TOLEDO, F. de A. **Os princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. Rio de Janeiro: RT, 2002.

_____. **Processo penal e direitos humanos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

WUNDERLICH, A. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para rediscussão. In: GRINOVER, A. P. et (Org.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2002.

_____. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da lei nº 9.099/95. In: _____; CARVALHO, S. de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____, PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.