

NILTON BUSSI

O ACORDO NA LIDE PENAL

Dissertação apresentada no  
Curso de Pós-Graduação em  
Direito, do Setor de  
Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do  
Paraná, como requisito  
parcial para a obtenção do  
grau de Mestre.

CURITIBA, Novembro de 1991.

O ACORDO NA LIDE PENAL

por

NILTON BUSSI

Dissertação aprovada como requisito parcial  
à obtenção do grau de Mestre, no Curso de  
Pós-Graduação em Direito, pela Comissão  
formada por:

Orientador \_\_\_\_\_

Prof. René Ariel Dotti

\_\_\_\_\_  
Prof. Sansão José Loureiro

\_\_\_\_\_  
Prof. Luiz Alberto Machado

CURITIBA

Para

Maria Ines,

Luize Cristine,

Cristiane

e

Aline Maria.

Minha mulher e minhas filhas,

ideais de minha vida.

A memória de meus pais Felix e Cantidia.

" As declarações de direitos " constituem o ponto de partida e a síntese das aspirações de segurança e felicidade da pessoa humana. São, também, o roteiro necessário para conduzir o jurista na elaboração dos novos textos de garantia e o instrumento para servir ao advogado, em sua obra de sustentá-los."

in-DOTTI, René Ariel, Reforma Penal Brasileira.Forense.Rio.1988.p.331.

## S U M A R I O

1	Introdução.....	01
	Sistemas Processuais: Inquisitório .....	02
	Acusatório.....	09
2	Competência Constitucional.....	10
	2.1 Fundamentação.....	27
3	A Garantia da Ampla Defesa.....	29
4	Acesso à Justiça.....	35
5	O Sistema Processual dos Juizados.....	39
	5.1 Da Garantia Constitucional do Devido Processo Legal....	53
6	Alguns Aspectos da Conciliação no Direito Comparado.....	57
	Direito Romano.....	58
	Direito Ibérico.....	62
	6.1 Aspectos do Sistema da " Common Law "	68
	6.1.1 Convergências e Divergências.....	85
	6.2 Aspectos do Sistema Italiano.....	88
	6.2.1 Código Antigo.....	91
	6.2.2 Código Atual.....	93
	6.2.3 Da Acusação.....	95
	6.2.4 Do Processo.....	98
	6.2.5 Da Defesa.....	99
	6.2.6 Procedimentos Especiais.....	100
7	Da Conciliação e Mediação.....	107
	7.1 Críticas à Fase Conciliatória.....	115
	7.2 Conclusão Parcial.....	118
8	Fase Preparatória da Iniciativa Processual Penal.....	121
9	O Problema da Transação.....	126
	9.1 Atuação do Ministério Público.....	126
	9.2 Notas Históricas a Respeito da Transação e do Juizado Especial de Primeiro Grau.....	130
	9.3 Conceito Jurídico de Transação.....	138
	9.4 Consequências.....	148

10	Dos Sujeitos Processuais.....	151
10.1	Conflito de Interesse e seu Tratamento Legal.....	160
10.2	Tratamento Desigual.....	162
10.3	Das Autoridades Policiais.....	163
10.4	Popularização de Soluções com os Juizados.....	166
10.5	A valorização dos Advogados.....	167
11	Adendo.....	173
11.1	Juizados Especiais no Congresso Nacional.....	173
11.2	Problemas Práticos.....	179
11.2.1	Da Arbitragem.....	179
11.2.2	Poderes do Juiz.....	181
11.3	Aspectos contra a Morosidade.....	187
11.4	Da Municipalização.....	191
12	Conclusões.....	193
13	Referências Bibliográficas.....	197

## R E S U M O

A tese versa sobre o acordo na lide penal, uma iniciativa pioneira norte-americana, que adquiriu foros de legitimidade processual e permite ao Ministério Público daquele país tornar mais ágil a solução dos casos criminais.

O sucesso do Juizado Especial de Pequenas Causas vem permitindo que parte ponderável da população brasileira possa resolver seus conflitos judiciais, de maneira rápida, econômica e reafirmadora dos ideais de justiça.

A adoção dos juizados especiais de pequenas causas criminais estabelecida no texto da Constituição Federal de 1988, vem possibilitar uma verdadeira revolução na repressão criminal, com as instâncias formais de punição se libertando de um procedimento anacrônico que só tem concorrido para desprestigiar a Justiça, como um todo, e desesperançar o cidadão comum de que o respeito à condição humana se faça presente, com a pronta repressão dos delitos de menor gravidade, impedindo-se, destarte, que os mesmos prossigam para eventos maiores e mais graves.

A adoção do sistema pelo novo Código de Processo Penal Italiano e a revolução que o mesmo representa em avanços processuais, de par com os avanços do Código Processual Penal de Portugal, fazem com que os juristas do mundo inteiro reflitam, suscitando debates e novas idéias em torno do processo penal, da segurança da punição e da certeza da repressão, na busca incessante de diretrizes para uma reforma e remodelação do Poder Judiciário que corresponda aos anseios de Justiça e Liberdade do povo brasileiro.

## O ACORDO NA LIDE PENAL

### 1 - Introdução. Sistemas Processuais: Inquisitório e Acusatório.

O processo penal é uma sequência, previamente ordenada, de fatos, atos e negócios jurídicos que desde a lei maior até a processual se estabelece com normas imperativas, umas técnicas, outras além das puramente ordenatórias, para a averiguação e elucidação do crime e sua autoria, convergindo todas finalmente para o julgamento da juridicidade e da própria culpabilidade.

Funciona assim o processo como uma garantia pessoal de que constitucionalmente lhe será assegurado um julgamento justo, correto, que atente para a própria razão de ser da vida humana. Por isso, a própria Constituição Federal, formada pelas normas básicas e estruturais, fixa as linhas mestras do procedimento, porque a forma é a própria solução legal para se obter um fim que busca, além da própria justiça, a paz social.

Processo é palavra recente que significa ir para a frente, desenvolver etapas, progressivamente, com respeito ao ser humano, às suas conquistas libertárias e ao reconhecimento do justo e do honesto.

No passado eram empregadas as palavras "iudicium", daí a frase, "res in iudicium deducta", a pretensão que se deduz em juízo, com o asseguramento de uma justiça, produto da evolução científica do direito a assegurar às partes

intervenientes um "modus procedendi" que será a própria garantia da certeza processual, cuja verdade, sempre buscada, haverá de ser encontrada, sem violências, sem atropelamentos, num movimento direcional em busca do poder jurídico das regras de convivência entre os homens como seres livres e soberanos.

Na sua lenta evolução, o processo penal, ao longo da própria história, pode ser classificado em três fases distintas, surgindo na ordem cronológica a forma inquisitória, cujo nome lembra a fase terrível da inquisição, com suas nefandas torturas e as conclusões muitas vezes apressadas, que imolaram pessoas e custaram vidas preciosas, nem sempre defendendo verdades ditas eternas, e depois a fase acusatória pura e a fase mista, que é a adotada por nós.

#### 1.1 - Sistema Processual Inquisitório.

O processo da fase inquisitória se caracteriza pela reunião das funções de acusar, defender e julgar, e por estarem formalmente atribuídas a uma mesma pessoa ou órgão.

O inquisidor deve proceder espontaneamente, e atento a este mister, ver o fato antijurídico, classificá-lo, descobrir o seu autor, o resultado legalmente proibido encontrado, suprir as necessidades da própria defesa, e finalmente encerrar o caso com um pronunciamento de julgador; o acusado passa a ser um objeto do processo, e não como seu sujeito, nada pode exigir, sua presença haverá de ser uma só, aquela de confessar o crime, já que a confissão assume

importância capital nesse sistema. Mesmo na fase do processo inquisitório tivemos ocasiões em que o inquisidor procurava se esmerar, porque esse processo era sigiloso; em segredo, a pessoa se defendia, nos interrogatórios, sem saber ao certo o porquê da acusação e o motivo da investigação.

Como se colhe em Carpzövio: "Iudex supplere debet defensionis rei ex officio", escolhiam as testemunhas ao bel prazer do inquisidor, as provas eram valorizadas segundo seu particular entendimento, e mesmo assim, às vezes se conseguia fazer justiça, o que ocorria menos frequentemente, quando a investigação se tornava trabalhosa, às vezes difícil, até mesmo pela falta de colaboração do próprio acusado.

Vigorava aí a hipótese com que o inquisidor trabalhava, e como todo método de investigação, ocorria que durante a fase de esclarecimento do crime já se fazia um julgamento com base em prognósticos, que buscavam apenas a sua confirmação ao longo do trabalho, com constantes irritações do inquisidor pelas dificuldades que ele encontrava na condução do processo.

Como ensina Helio Bastos Tornaghi (Instituições de Processo Penal,, Vol. IV, Forense, Rio, 1959): "No processo inquisitório, este (a prova) é seu escopo único."

Apesar de seu draconianismo, o sistema inquisitório obedecia, através de formas estabelecidas, fixadas

previamente, havendo pois um roteiro, flexível, mas observado, no sumário da culpa.

Assim, através da forma, é que a verdade procurada se revelava, podendo-se dizer que "forma dat esse rei" (a forma dá o ser à coisa) tomando-se o significado da palavra forma como o contorno, exterior da coisa; mudando-se-a para o campo do direito, teremos a verdade buscada na sua apresentação, na conformação que dava nascimento a um juízo de condenação ou absolvição.

Para a aplicação da lei, havia que se respeitar a forma inquisitória de buscar a verdade, onde mesmo a tortura era tolerada, porque a alma em sofrimento não faltaria com a verdade.

Mas é evidente que após a autoridade policial haver tomado conhecimento da prática da infração penal, se faz necessário uma ação pronta e eficaz a fim de descobrir o autor ou autores da infração como ainda para a colheita e apuração dos elementos probatórios que demonstrem que essa prática criminosa efetivamente ocorreu.

Assim surge o princípio clássico do "devido processo legal", i.e., o processo legalmente estabelecido, com antecedência para a descoberta do autor do crime e os meios de evidenciarem essa autoria, tudo conforme o figurino legal.

Esse devido processo legal pode se revestir, como vimos, do sistema inquisitório, e posteriormente do acusatório.

Evidentemente o estágio democrático é que influencia a fixação de um desses princípios, ou de seus elementos integradores numa determinada comunidade jurídica, porque os princípios constitucionais informam diretamente aqueles princípios processuais penais.

A liberdade está em jogo, e ela depende diretamente do que a Constituição assegura aos seus subordinados, para fazer valer os direitos de cidadania e da própria evolução da constitucionalidade.

Bem por isso anota com sua conhecida acuidade o douto José Frederico Marques (Estudos de Dto. Proc. Penal.pág. 22):

"No procedimento inquisitório, não existe relação jurídico-processual, podendo haver, quando muito, uma relação que traduza a submissão do indivíduo ao Estado, com a ampliação dos poderes de sujeição do poder estatal. No sistema inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe e o réu se transforma em mero objeto da instrução criminal, enquanto o processo perde o seu caráter de função da justiça".

Essa magistral colocação encerra um concerto de grandes verdades, a prepotência estatal coagindo o cidadão que se vê, às vezes por azares da sorte, injustamente acusado; o que deveria ser o sujeito do processo em seu mero objeto; a desigualdade na procura da verdade processual.

Mas este sistema processual ainda resiste em alguns diplomas processuais, e, mais recentemente entre nós, conseguiu-se manter como na fase preliminar investigatória, na qual se baseia a formação do "inquêrito policial", todo ele, moldado nesse sistema, do que dá bem notícia a regra contida no art. 14 do vigente Código de Processo Penal, assim redigido:

O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

A regra é clara, ao deixar ao inteiro livre arbítrio da própria autoridade policial que preside o inquérito, o realizar ou não a diligência, ainda que esta seja feita por advogado devidamente constituído, no interesse da pesquisa da verdade real, e a ela não aderir, mesmo sem fundamentação, o presidente do inquérito policial.

É o sistema inquisitorial puro, recolhido num diploma legal, ainda que restrito à fase da investigação preliminar; que pode assumir importância significativa, quando sabemos que algumas diligências realizadas nessa fase, só podem

ter oportunidade nessa mesma fase, quer pela possibilidade de se apagarem os sinais identificadores, quer pelas próprias condições de alguns crimes, ou vestígios importantes, como a reconstituição e o auto de levantamento de locais.

Esse artigo 14 é, ainda hoje, objeto de sérias discussões, face ao texto da Constitucional Federal de 1988, que ampliou os limites constitucionais da defesa, ou dos próprios interesses do ofendido.

Valemo-nos ainda do Professor José Frederico Marques para enumerar o que chama de as principais características do sistema inquisitório que, para os mestres, são os seguintes:

a) concentração das funções processuais no órgão judiciário, de forma a tornar este o acusador principal e também juiz da própria acusação; b) restrição dos direitos da defesa, com encargo ao juiz de suprir a atividade do réu, conforme o princípio de Carpsovio, de que "judex supplere debet defensiones rei ex officio"; c) supressão do contraditório; d) instrução judicial inquisitiva com atribuição ao juiz do dever de "reunir" por sua própria atividade, o material do litígio; e) impulso processual "ex officio".

Como se vê da transcrição do mestre paulista, esse sistema inquisitorial é unilateral, oferece poucas

garantias de eficiência do ideal de justiça pela falta, e principalmente, da imparcialidade, porque incompatíveis psicologicamente as funções de elucidação, esclarecimento e julgamento da ação delituosa.

Daí a sua superação pelo chamado sistema acusatório que adveio com as constituições democráticas, que o adotaram, embora tenham, em alguns casos, mantido o sistema chamado misto, i.e., o método inquisitorial para a fase preliminar de investigação e o acusatório para a fase posterior da instrução criminal, como vigente entre nós.

Essa superação não é de todo pacífica. Autores há, entre eles o clássico Helio B. Tornaghi, que apontam a convivência entre ambos, inquisitório e acusatório ao tempo da antiga Roma, na época de Dioclesiano, em que se usava de preferência o sistema inquisitório quando não havia um acusador particular; porque os "quaesitores" e nas províncias os "irenarchae" só tomavam a iniciativa quando não havia o acusador particular, daí a iniciativa de ordem pública.

Salienta-se ainda que no século XII a igreja católica adotou o processo inquisitório na repressão das infrações penais praticadas pelos que denominou de "hereges", conforme autorização de Inocêncio III no Concílio de Latrão, em 1215, conforme ensina H. Bastos Tornaghi (Curso de Processo Penal, vol. 1 pág. 15) mais o excesso a que levou pelo uso do

segredo da acusação; o emprego da tortura e finalmente a concentração de poderes na mão do inquisidor, acabaram por descaracterizar o sistema, traduzindo-se numa forma de terror e pavor que inibia as pessoas e retirava a segurança dos julgamentos.

## 1.2 - Sistema Processual Acusatório.

As declarações universais de direitos, de que o homem acusado da prática de crime tem o direito de ser julgado publicamente por um tribunal imparcial, tal qual vem apregoado pelos povos civilizados feriu de morte esse sistema, e a partir daí o sistema acusatório conseguiu sobrepujá-lo, começando a fase de seu atual predomínio.

O douto José Frederico Marques, assim, caracteriza o sistema acusatório, dando como seus conceitos basilares os seguintes:

"a) separação entre os órgãos da acusação, defesa e julgamento; b) liberdade de defesa e igualdade de posição das partes; c) a regra do contraditório; d) livre apresentação das provas pelas partes; e) regra do impulso processual autônomo, ou ativação inicial da causa pelos interessados". (Estudos de Dto. Proc. Penal pág. 23)

Como se constata de um processo de partes, que passa a ser o devido processo legal, "the due process of law", a evolução científica do processo como garantia

das partes assume posição de relevo, pois há, ao menos em teoria, uma igualdade absoluta entre o Estado e o indivíduo acusado na prática de uma infração penal, pelo menos na parte da ação, servindo o sistema inquisitório para trazer elementos para que o órgão do Estado-administração, que é o Ministério Público, possa desenvolver o início do processo que se dá com a acusação, i.e., o oferecimento da peça inaugural da relação processual que necessariamente se estabelecerá.

## 2 - COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal, no art 22, inc. I, estabelece que é da competência da União legislar sobre Direito Processual, porém excepciona essa regra geral ao estatuir no art. 24, inc. XI, a competência concorrente e residual da União, aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre "procedimento em matéria processual".

Já no art. 24, inciso X, a Constituição Federal de 1988 inova ao facultar a criação, funcionamento e o procedimento do "juizado do pequenas causas". Para uma visão do sistema é preciso resaltar que a Magna Carta, também no art. 98, inc. I, atribui à União, Estados, Distrito Federal e Territórios a competência, concorrente e residual, para criar os juizados especiais providos por juizes togados, ou togados e

leigos, para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante a elaboração de procedimentos processualmente concentrados, i.e., orais e sumaríssimos, permitindo finalmente, nas hipóteses expressamente previstas em textos de lei, a transação e, novamente inovando no sentido de maior celeridade, o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

Infere-se assim, a partir do próprio texto constitucional, que a Carta Magna criou mecanismos capazes e eficientes para se atacar profundamente pelo menos três dos maiores males que hoje afligem os teóricos da prestação jurisdicional mais rápida, e que são problemas universais, quais sejam: a demora, o difícil acesso das pessoas de menor renda e o custo dessa mesma prestação jurisdicional.

Com esse quadro constitucional o constituinte brasileiro deu efetivas condições de verdadeiro aprimoramento do "modus procedendi" de se trazer enfim o Poder Judiciário para mais perto do povo. E isso, evidentemente, só será possível com a criação, o estabelecimento do processo e o real funcionamento dos juizados especiais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. Vale dizer, é a transmutação para o campo real do sucesso em que se constituíram os juizados especiais de pequenas causas, na área cível, e que tanto vem contribuindo para a prestação jurisdicional onde ela foi colocada em prática.

Ainda no aspecto meramente do Direito Constitucional é preciso fazer um ligeiro retrospecto histórico a respeito desse importante tema, cujo debate tem sido intenso ao longo do tempo.

A nossa primeira Constitucional de 1891, feita sob direta inspiração do grande Ruy Barbosa e que tinha por espelho a Carta dos E.E.U.U., estipulava, fiel ao seu modelo, a competência exclusiva em seu art. 34, no inciso 25, competir privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre Direito Civil, Comercial e Criminal, e ainda, Direito Processual da Justiça Federal.

Por esse dispositivo somado ao que dispunha o art. 65, n. 2, fixava-se a competência residual para legislar sobre as demais matérias não reservadas pela Corte Constitucional de 1891, dando aos Estados a atribuição, só no âmbito de seus respectivos territórios, sobre o Direito Processual quer Civil quer Criminal.

É preciso destacar que esta prática, embora ainda hoje vigente nos Estados Unidos, foi duramente combatida pelo grande Ruy Barbosa, que defendia reforma constitucional para modificar o texto a fim de que vigorasse o princípio de uma legislação processual única, a exemplo do que se fizera com o direito material.

Sua argumentação surpreende, como se lê nos seus comentários à Constituição Federal Brasileira, (coletânea de Homero Pires, vol. II pág. 403, São Paulo 1933).

A nossa Carta de 1891 buscava, além da dualidade da justiça: a Federal e a Estadual, um caminho para moldar seguindo os princípios do regime federativo que então se adotou, embora a tradição das províncias não se assemelhasse ao sistema norte-americano. (aprofundar esse tema in Moacyr Lobo da Costa-in RP 55/118. Breve Notícia Histórica do Dto. Processual Civil Brasileiro e a sua literatura-São Paulo, 1970, n. 18 pág. 63).

Em razão desses textos constitucionais, Campos Sales, Min. da Justiça e político militante, defendeu a descentralização da legislação processual para que um país com as dimensões continentais como o Brasil, com regiões em diferentes estágios evolutivos, pudesse ter códigos processuais que atendessem às peculiaridades locais.

Surgiram em função desse posicionamento vários códigos estaduais, valendo destacar-se o Estado de São Paulo que teve seus Códigos de Processo Civil e Comercial estabelecidos pela lei 2.421 de 14/01/30, mas não teve um Código de Processo Penal.

Ficou famoso por representar uma compilação atualizada de processo civil o famoso Regulamento 737 de 1850 - adaptado com leis locais; Estados que não legislavam adotavam o Código de Processo Criminal do Império de 1832, da mesma forma adaptado por leis locais. O Estado do Paraná teve seu Código de Processo Penal e de Processo Civil, tido como um dos melhores de sua época. (ver. Walter P. Acosta - O Processo Penal, Ed. Borsoi, 1985).

Esse panorama processual perdurou até que com a Carta Constitucional de 1934, já consequência da era Vargas, foi abolida a competência para legislar sobre o direito processual.

Diante daquela ordem constitucional o centralismo legislativo culminou com a morte dos Códigos Estaduais e surge então o Código de Processo Civil de 1939, que vai resistir até 1973 com a chamada Reforma Buzaid, e que já sofreu nova modernização em 1989; todavia, apesar disso, vários capítulos, expressamente ressalvados, do código de 1939, sobrevivem conforme dispõe o art. 1.218 do atual Código de Processo Civil.

Já o Código de Processo Penal de 1941, produto do trabalho da comissão composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Roberto Lira, Florêncio de Abreu, Cândido Mendes de Almeida e com Exposição de Motivos do Min. Francisco Campos, com várias alterações, permanece em vigor, resistindo a todas as mudanças constitucionais.

Nas Constituições de 1937, e também na democrática de 1946, o quadro de competência constitucional permanece o mesmo, ressaltando-se a eliminação da Justiça Federal de primeira instância, esta que voltou a existir com a Carta Constitucional de 1969, (ver em Milton L. Pereira in Justiça Federal, Saraiva, São Paulo, 1970), embora seja tida como uma consequência da Revolução de 1964 que a queria como defensora da

União, a verdade é que a mesma foi ampliada, e de forma bem democrática, com a atual Constitucional Federal de 1988, inclusive com o desmembramento do Supremo Tribunal Federal que ficou com a guarda da Constituição, restando com o Superior Tribunal de Justiça a competência infra-constitucional, e, em consequência, extinguindo o Tribunal Federal de Recursos, que tão relevantes serviços prestou.

Mas um sadio movimento de juizes gaúchos agrupados em sua associação de classe, a AJURIS, começou a promover a conciliação e o acordo nos chamados juizados de pequenas causas, para atingir e atender as demandas cíveis de escasso valor.

Essa iniciativa pioneira foi acolhida com entusiasmo pelo então presidente do Tribunal de Justiça do Paraná Des. Alceu Conceição Machado que, a despeito da falta de legislação, começou a convocar juizes paranaenses e a instituir os juizados nas diversas Comarcas do Estado, tornando-os o conhecido como um instrumento hábil, prático e eficiente de prestação jurisdicional.

A difusão desses juizados e sua crescente valorização propiciaram o surgimento de legislação pertinente e adequada, como se vê da Lei 7.244 de 07/11/84 (dispõe sobre a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas).

O fato de a Constituição Republicana de 1891 ter permitido interpretação que possibilitasse a criação de Códigos Estaduais, e face o modelo adotado pela Constituição de 1988, não teremos um retorno puro e simples ao modelo inicial, porque essa possibilidade é restrita.

Ressaltamos, de início, que a União reservou para si a competência concorrente para legislar sobre direito processual, e por esse caminho apenas permite, como competência concorrente, que se legisle estadualmente sobre "procedimento" nessa matéria, fazendo, destarte, ganhar importância fundamental a distinção que a doutrina e a jurisprudência estão construindo entre processo e procedimento.

Mas o que é que se deve entender por procedimento? O douto José Frederico Marques, um dos pioneiros a conceituar o termo, tanto que nos seus abalizados estudos sobre processo civil e penal já chamaria a atenção sobre a confusão que os antigos faziam entre as palavras processo e procedimento e, com base em autores italianos, notadamente Carnelutti (Instituzioni), já apontava a necessidade de diferenciação.

A distinção aparece clara com Carnelutti, que explicava o processo como

" A soma dos atos que se realizam para a composição da lide ".

E, por outro lado, referia-se a procedimento como sendo

" A ordem ou a sucessão da realização desses atos."

Muitos autores antigos vêem no procedimento o equivalente da expressão " rito processual ", pois no processo vários ritos seriam encontrados.

A matéria, de forma nebulosa, não evolui muito na Teoria Geral do Processo, mas como anota Sandulli ( Il Procedimento Administrativo, Milão, 1964, que fala em procedimentos administrativos, legislativos e jurisdicionais.

Vincenzo Manzini, no " Tratado di Diritto Processuale Penale Italiano", cap. I, vol. IV, apresenta-nos aprofundado estudo sobre esse tema, com a mais requintada teoria a respeito.

Ensina Pontes de Miranda, em seus notáveis "Comentários ao Cod. Proc. Civil", de 1939, Tomo I, pág. 173, Forense, Rio, 2a. ed. 1958:

#### "SISTEMÁTICA DO LIVRO I, TOMO I,

1. Processo (I) Processo, de procedere (pro- ere (p  
zdo), ir dali para frente é fato em seguimento, em que não há referência necessária a fim, porque há processos, químicos e biológicos, em que o fim não aparece. Pode haver apenas alcance ou objetivo. No sentido jurídico, nele há série de

ações humanas, que entre si se prendem, para se atingir determinado fim, que é a prestação jurisdicional, administrativa ou legislativa, pelo Estado, ou mais largamente por entidade jurídica. Lis, iudicium, iurgium, eram os termos usados no direito romano: lis é luta (lucta, luita, luta); iudicium é dicção do direito (iudex diz o ius); iurgium é disputa jurídica (iurgo é ius-igo). A função do Estado, através do Pretor, era até a litiscontestatio (procedimento in iure). Somente depois surge a figura do iudex (procedimento apud iudicem). Percebe-se a transição entre a justiça de mão própria e a justiça estatal, que só veio depois: era o iudicium privatum, forma mista, intercalar, dependente da vontade das partes, manifestada perante autoridade estatal. No procedimento in iure punha-se em fórmula a controvérsia. A incoação que fôra só pelas partes passou a ser pelo magistrado".

Esgota assim nosso grande jurisconsulto, o tema da origem e evolução do termo processo, desde a sua fase romana antiga, correspondente a fase das "legis actiones", da qual voltaremos a falar.

Essa distinção entre processo e procedimento, enseja uma visão científica e prática da matéria, que é nitidamente de ordem processual, e seu estudo é conveniente, mormente agora que a letra da Constituição Federal empregou o étimo procedimento, daí porque oportuna, nos limites deste trabalho, essa distinção.

O clássico João Monteiro distinguia, já ao seu tempo, duas acepções para o vocábulo processo,:

"Processo é o conjunto de atos solenes pelos quais certas pessoas, legitimamente autorizadas, observando certas formas preestabelecidas, aplicam a lei aos casos ocorrentes".

Em sentido estrito ou formal, ensinava:

"processo é o modo prático do exercício do direito de ação". (cfe. aut. cit. Teoria Geral do Processo Civil, Ed. Borsoi, 6a., ed. Rio, 1956, t.I, p.10-11).

A concepção serve apenas como um marco histórico para uma análise frente a teoria geral do direito processual, já que ao aludir a "certas pessoas" não faz referências ao ente estatal, que detém o monopólio da administração da justiça.

Na mesma sequência, ainda com notável sabor histórico podemos transcrever o ensinamento do grande Moacyr Amaral Santos, em suas apreciadas: "Primeiras Linhas do Direito Processual Civil", quando dizia:

Donde também poder conceituar-se processo como complexo de atos coordenados, tendentes à atuação da vontade da lei às lides ocorrentes, por meio dos órgãos judiciais.

Quanto ao procedimento, dizia o mestre Moacyr A. Santos:

Procedimento é, pois, a forma por que se movem os atos no processo". ob. cit. 2o. vol., p. 68.

Simplificando pode-se dizer que a idéia de processo é a de algo que caminha para adiante, evolui, na busca de uma conclusão final; enfim, um caminhar para frente, numa determinada direção.

No procedimento, de onde poderemos destacar o sufixo latino "mentum" e como ensinava João Mendes de Almeida Junior:

"em sua derivação etimológica, exprime os atos no modo de fazê-lo e na forma em que são feitos".

Por oportuno é de se transcrever o posicionamento adotado no importante livro "Teoria Geral do Processo", dos consagrados Antonio C. de Araújo Cintra, Ada P. Grinover e Cândido R. Dinamarco, quando dizem:

"Etimologicamente, processo significa "marcha avante", "caminhada" (do latim pro caedere = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocam nesse olano. Contudo, desde 1898, com a obra de Bulow (Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a

prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo então, pode ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos". (Ob. cit. Ed. RT, S. Paulo, 1974, p. 241).

Evidencia-se que o processo tem uma índole dirigida a um fim, há um caminho finalístico, teleológico do processo; daí porque aplaudir-se a conclusão dos AA. acima citados quando afirmam:

" Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.

Vale dizer que o processo é o instrumento através do qual a jurisdição (jurisdictio = dizer o direito) se concretiza, na sua realização.

Essa colocação dos professores paulistas de larga produção intelectual tem, de certa forma, a dimensão que o grande mestre italiano que lecionou em São Paulo, Enrico Tulio Liebman, apregoava sobre o processo, valendo transcrever:

"L' attività con cui si svolge in concreto la funzione giurisdizionale si chiama processo. Detta funzione non se compie anche si svolgono nel tempo e che tendono alla

formazione di un atto finale. Da ciò l'idea di un procedere verso una meta e il nome dato all'insieme di atti posti in essere nell'esercizio della funzione"(aut.cit. Manuale di Diritto Processuale Civile, Giuffrè Editore, terza ed., Milano, 1973, v. I, p. 27).

Nítida pois é a compreensão da índole teleológica, o caminho finalístico do processo. Mais adiante, o insigne Mestre ao definir o "procedimento" o faz com destaque para a unidade formal dos atos que vem a compor o processo, lecionando:

"L'inseme degli atti, nella loro successione e unità formale, prende il nome tecnico di procedimento". (aut.ob. e loc. cits.)

Em linha de síntese pode-se concluir, pois, que o processo significa a atividade que é desenvolvida para se tornar concreta a função jurisdicional do Estado, enquanto que o procedimento conteria no conjunto dos atos processuais, na sua contínua sucessão e aspectos formais.

As partes adentram ao processo, cada uma delas por fazer valer a prestação jurisdicional do Estado em seu favor, porquanto todos pugnam dentro de um Estado de Direito que assegure a primazia do julgamento justo segundo o "the due process of law".

Particularmente, no campo penal, que nos interessa profundamente, vale transcrever a lição específica do consagrado Hélio Bastos Tornaghi, em sua recente obra.

"O processo penal é uma sequência ordenada de fatos, atos e negócios jurídicos que a lei impõe (normas imperativas) ou dispõe (regras técnicas e normas puramente ordinárias) para a averiguação do crime e da autoria e para o julgamento da ilicitude e da culpabilidade. Proceder significa ir para a frente; mesmo etimologicamente, portanto, o processo é uma atividade, e um encaminhamento, em determinada direção.

Onde há um tumulto, movimento em várias direções e sentidos, não há processo. Processo, aliás, é termo recente. Os antigos usavam a palavra judicium. Na Idade Média surgiu a expressão processus iudicii. Finalmente consagrou-se o vocábulo processo". in- aut.cit. Curso de Processo Penal, Vol. I, 6a. ed., 1989, Ed. Saraiva.

É preciso destacar que essas são as palavras inaugurais com que o autor inicia seu apreciado Curso, já feito sob a vigência da atual C.F. de 1988, que tantas modificações trouxe ao âmbito do processo penal, no sentido de resguardar e tornar realmente efetivas as garantias constitucionais asseguradas ao cidadão.

E assim, com essa linguagem que lhe é própria, trazendo vocábulos que não são muito frequentes na ciência do processo penal, ele coloca com sutileza a ampla significação do vocábulo processo e dá além da idéia de seu conteúdo também a origem etimológica que ao longo do tempo o termo adquiriu.

Mas o consagrado autor, somente ao iniciar o estudo do livro II, "Dos procedimentos em espécie", recordando a noção básica e fundamental de processo é que nos diz o que entende por procedimento. Vejamos a boa lição:

"Processo e procedimento. Como foi dito na parte introdutória deste livro, a palavra processo designa uma atividade, um caminhar para a frente, enquanto que a maneira de exercê-la, de conduzir o processo, de dispor a sequência dos atos e a forma, o lugar, o tempo de cada um, enfim a ordem seguida é o procedimento". in-ob. aut. cit. vol.II, pág.189.

Essa noção, adicionada às demais transcritas neste tópico, permite a clara visão da distinção entre processo e procedimento e mostra o acerto técnico da expressão "procedimento" retirada da esfera de competência da União e deixada na Competência residual dos Estados para promoverem formas mais rápidas de procedimentos judiciais penais para punição dos delitos de menor potencial ofensivo.

Do exposto se conclui que, pensadamente ou não, o constituinte brasileiro ao redigir o art. 24, inciso XI da atual Constituição, pela qual a União e os Estados possuem competência concorrente para estabelecerem "procedimentos" em matéria de direito processual, foi rigorosamente correto e procedeu com atualizado espírito científico.

A norma Constitucional, entretanto, no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal permitiu a criação desses juizados de instrução, limitando-os para o que denominou de "infrações penais de menor potencial ofensivo" ficando uma reserva de território para o legislador federal vir estabelecer o que realmente sejam essas infrações em legislação complementar.

Ora, o Direito Penal, não há dúvida, como é da nossa tradição constitucional, fica restrito à competência da União, que é em nosso sistema o ente estatal, único com autoridade para defini-los, o que se fará com a chamada legislação complementar. Urge pois, deixar bem clara essa problemática que o sistema constitucional exigiu.

Na estrutura da atual Constituição Federal adotou-se a mesma atitude com relação aos chamados crimes hediondos, que já foram objeto de definição em legislação complementar, embora essa tenha sido objeto de crítica contundente.

Embora a questão da competência tenha sido analisada na forma constitucional em foco, o art. 24 da C.F. traduz na linguagem de José Afonso da Silva, norma de eficácia limitada ou reduzida, porque não pode produzir efeitos por si só, havendo virtual necessidade de texto que lhe complemente no tocante a definição de crime de menor poder ofensivo.

Tradicionalmente ficamos na dicotomia crime e contravenção, havendo países que adotaram a tripartição, crime,

delito e contravenção, como forma de disciplinar as infrações penais.

Entre nós, é imperioso destacar que alguns crimes adotam a forma culposa e, dentre eles, destacamos os de circulação de veículos automotores, que pela sua extraordinária presença na estatística criminal exigem dos Poderes Constituídos uma maneira global de enfrentá-los, com uma política criminal mais dinâmica e séria.

Os crimes culposos na atualidade necessitam de pronta e imediata resposta penal e civil; daí porque, pensamos na utilização desses novos juizados para que tal resposta seja dada ao conjunto da sociedade a quem afeta diretamente.

Assim, embora impressione a estatística criminal pela sua contundência, com um número excessivo de mortes e lesões, na verdade precisamos de atuação mais decisiva e enérgica no seu enfrentamento.

O consagrado José Frederico Marques já em 1960 anotava o problema da prestação jurisdicional, explicando em memorável artigo inserto em seu livro Estudos de Direito Processual Penal que o simples e constante aumento das Varas Criminais não vinha resolvendo satisfatoriamente o grave problema pelo iterativo aumento da criminalidade.

Como o aumento das Varas, simplesmente, não vinha resolvendo o assunto, alguns Estados, como o Paraná,

procuraram inovar, criando Varas especializadas nos delitos de circulação, que continuaram a apresentar resultados comprometedores e nada significativos, embora na verdade, tenham representado uma iniciativa criativa, mas, como as demais, tenham encontrado resistência nas superadas disposições do atual Código de Processo Penal, velho de guerra, que resiste ao progresso e a pelo menos dois anteprojetos sérios de modernização.

Por isso a diretriz orientadora fixada na atual C.F. merece ser meditada, e de seus termos pretendemos comentar alguns aspectos que nos parecem sumamente importantes. Vejamos, pois essas diretrizes.

## 2.1 - FUNDAMENTAÇÃO

Importante aspecto a ressaltar, contido no texto do artigo 98, da Constituição Federal, é que a norma constitucional estabelece em caráter de obrigatoriedade a criação de juizados especiais de pequenas causas e de menor potencial ofensivo, ao utilizar o étimo "criação", o que contrasta com o teor, por exemplo, da Lei 7.844/84 que traz apenas uma faculdade, isto é, os Estados e Distrito Federal e os Territórios poderiam estabelecê-los; agora não, o texto é imperativo, portanto obrigatório.

E se assim é, por força do comando que dimana

da norma constitucional, é preciso que o legislador infra-constitucional se aperceba dessa orientação para estabelecer também uma obrigatoriedade de se recorrer a esses juizados, e não ficar como uma opção da parte, utilizar-se da justiça comum ou dos juizados especiais, o que retiraria o caráter de eficácia e presteza que podem fornecer ao desafogo da questão judiciária.

Esse aspecto da competência absoluta, atenta ainda para vários preceitos constitucionais, notadamente aquele que diz respeito à igualdade de todos perante a lei, bem como o princípio do juiz natural, pois se cabe ao autor, e exclusivamente a ele, optar por juizado especial ou pela justiça comum, mesmo que a causa seja considerada de pequeno valor, é evidente que os preceitos constitucionais seriam desrespeitados.

Em conclusão, a imposição cogente do juizado deve atentar para os princípios da competência jurisdicional absoluta e por essa razão não poderão ficar ao arbítrio de uma das partes.

Fica, no entanto, patenteado que o rito processual deve ser o mesmo no território nacional e por isso as regras processuais deverão ser de competência do Congresso Nacional, portanto, lei federal.

### 3 - A GARANTIA DA AMPLA DEFESA.

Com o advento do sistema contraditório, ficaram de todo superadas as formas inquisitoriais de processo, embora ainda se tente, às vezes até com muita engenhosidade, fazer prevalecer certos de seus arcaicos princípios, a verdade é que o regime constitucional fez inscrever em parágrafo próprio esta importante garantia de liberdade porque repousa no secular princípio da amplitude de defesa com os recursos essenciais ao seu pleno desenvolvimento.

A Constituição Federal de 1988, a exemplo do que fazia a Carta de 1946, traz essa garantia de direito individual no artigo 5o. inciso LV, com maior amplitude, pois que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Na verdade, e é importante que se diga, ao descer à minúcia do contraditório nos processos judiciais, não apresentou novidade; porém ao precisar que também o contraditório ocorreria nos processos administrativos, recolheu da jurisprudência nacional o princípio que já era observado de que não se poderia impor sanções administrativas aos funcionários públicos sem que estes exercitassem o direito de se defender.

Assim, contraditório e amplitude de defesa,

são institutos marcantes na estrutura dos direitos e garantias individuais que se asseguram pela via da Magna Carta, tornando-se exigência expressa e formal, sendo a contrariedade da essência de qualquer procedimento.

O contraditório se revela por uma série inequívoca de princípios que podemos enumerar com apoio em José Frederico Marques.

Evidentemente, também incidem como garantias fundamentais a darem complementariedade ao princípio do contraditório o chamado princípio do devido processo legal (the due process of law) que exprime o direito à elaboração regular e correta dos termos legais (princípio da legalidade estrita) bem como a razoabilidade nas decisões (Súmula n. 400 do S.T.F.) porquanto o processo penal nada mais é do que a aplicação concreta dos princípios constitucionais no ordenamento da pugna judicial.

A Carta Constitucional de 1988 trouxe princípios que exercem notável complementariedade aos acima enumerados como básicos do sistema contraditório, notadamente o art. 5o., inciso LVI, quanto à licitude das provas, vedando as provas obtidas por meios desonestos que desautorizam procedimentos, já desviados de inquisitorialismo e arbitrariedade, numa reprovação clara de que os fins não mais justificam ou podem justificar os meios; teremos disputas marcadas éticamente.

Reforçando ainda mais o contraditório adicionou a Constituição o direito e garantia individual no art. 93, inciso IX a exigência de fundamentação dos despachos e decisões, eliminando mácula perversa, que a Suprema Corte institucionalizou no "ancient regimen" com a reprovada prática dos julgamentos das outrora ditas "questões de relevância", sem sorteio de Relator, sem proclamação de pautas e sem ementas de julgamento, para que se pudesse organizar o que era relevante, já que relevante era o que parecia ser importante para o Julgador e desgraçadamente sô ele o Ministro-Julgador, unjido pelos Deuses, tinha o dom inato de distinguir onde os simples juristas mortais, não tinham o privilégio que àqueles cabia, por temor da própria divindade, devendo alegar, mesmo que às vezes os mesmos argumentos empregados num caso, digamos análogo a outro, não pudesse servir de paradigma para comparação e confronto.

A fundamentação assim permite ver da lisura do procedimento adotado e da convicção parcial, ao menos para a realização ou não desta ou daquela exigência do processo.

A exigência da defesa técnica, ao lado da defesa pessoal, configuram o quadro da exigência dos recursos essenciais à amplitude de defesa.

Evidentemente a defesa técnica haverá de ficar a cargo de profissionais de Direito, e quando a parte for economicamente fraca será assistida pelo Estado através dos Defensores Públicos que terão essa e sô essa tarefa, o que

precisa ficar bem claro na legislação complementar, necessária e imprescindível para dar corpo ao texto constitucional; e a defesa pessoal com o direito a estar presente, ouvir e presenciar a formação da culpa, para dar os esclarecimentos que porventura na hora e no local da inquirição, ou outra qualquer colheita de prova, dela possa necessitar o Defensor Técnico; tudo para a perfeição de se atingir o ideal de justiça nas decisões, livres, soberanas e fundamentadas.

Resume-se, assim, que a igualdade entre as partes ficará assegurada, quer pela acusação que será proferida por um profissional habilitado, técnica e taticamente preparado para o mister, o que permitirá que acusações infundadas ou levianas não mais sejam propostas; a defesa, igualmente técnica, por profissional público ou particular, que manterão equilibrados os pratos da balança judicial; aperfeiçoando-se o debate contraditório entre o direito de punir estatal e o direito de liberdade individual para que o "status libertatis" seja realmente assegurado no processo penal.

Formuladas tecnicamente, acusação e defesa à essa acusação teremos um juiz imparcial do litígio, garantindo a plenitude do processo e a justiça da decisão final.

Evidentemente os atos de comunicação processual como a citação, a intimação e a notificação, permitirão que o contraditório fique bem nítido, tendo as partes conhecimento do que se faz no procedimento penal; e a igualdade

das partes segue a igualdade de oportunidade no procedimento, tudo de modo transparente e público, para não haver possibilidades de menosprezo à qualquer das regras constitucionais que incidem nos procedimentos, tutelando-se a liberdade de modo efetivo e real.

A determinação de que o Ministério Público é o senhor da ação penal, o "dominus litis" recoloca o processo em pedestal de garantia, retirando-se das autoridade policiais as chamadas "atividades anômolas", já que podiam baixar portarias acusatórias como iniciais de procedimentos, vez que contrariava o processo de partes, mas era incrivelmente tolerado pelas Cortes Judiciais que não o repudiavam, embora ferisse de morte o princípio do "ne procedat iudex ex officio" ou da nítida separação das partes no processo penal.

Somos de parecer que a "ação penal pública subsidiária", embora de estatística remota, serve apenas como fecho do sistema processual a fazer com que o Ministério Público tenha efetiva fiscalização pela parte ofendida, que assim pode, somente na inércia daquele, fazer com que se mova a tela judiciária no sentido da "persecutio criminis" assegurando-se o princípio da inderrogabilidade do direito penal, que revela que todos os crimes terão a certeza do julgamento e eventual punição.

Com esses predicados constitucionais o princípio da "verdade real" sem dogmas fictícios assume e orienta

o processo penal para uma nova postura, que somente será buscada, caso as partes não tenham chegado a um princípio de composição amigável, que evitaria todo o desenrolar do procedimento, poupando custos ao Estado e ônus desagradáveis às partes que terão que arrolar testemunhas e diligenciar para que as mesmas sejam ouvidas, com o custo adicional da máquina judiciária e a eternização dos pleitos pela utilização dos recursos colocados à disposição dos litigantes processuais.

Para a imposição de qualquer penalidade, haverão de ser esgotadas as questões que envolvem ainda os pressupostos que embasam a relação processual penal.

São eles denominados de pressupostos processuais, mas se desdobram em "pressupostos de existência" e "pressupostos de validade" do processo; sabido que a falta de "pressupostos processuais" há de acarretar a inexistência ou invalidade da própria relação processual.

Em suas preciosas "Instituições de Processo Penal", Vol.I., Hélio Bastos Tornaghi é bem claro ao explicar:

"Uma coisa é, pois, o processo, atividade das partes, do juiz e de terceiros (testemunhas, peritos, escrivães, etc.) que estão em relação um com os outros; outra coisa é a ação, direito de pedir ao Estado que, por seu órgão específico, o juiz faça justiça; finalmente, outra coisa ainda é o direito desconhecido ou lesado cuja afirmação

ou reparação se pede ao juiz. A relação processual está regulada nas leis de processo; a substantiva (ou que outro nome se lhe dê) nas leis substantivas "(Código Civil, Comercial, Penal, etc.). E a ação? Em que lei deve ser regulada? Assim como se distinguem processo, ação e mérito, também deve distinguir-se os requisitos, para que exista e o processo seja válido (presupostos processuais), para que se exerça a ação (condições de ação - fins de non recevoir do Direito Francês) e para que o pedido seja satisfeito (razões)". pág. 51/52.

#### 4 - DO ACESSO À JUSTIÇA

Na composição e funcionamento dos Juizados Especiais não se tem em mira a busca da participação popular na administração da Justiça, porque o nosso intuito é, na verdade, facilitar o acesso dos particulares à Justiça, e não na administração dessa Justiça.

O organismo continua com seu potencial técnico, não é de trazer o leigo, os não-togados a julgarem, e isso precisa ficar bem claro em nosso trabalho, porque, com a técnica, conseguiremos o objetivo mais visado que é justamente a possibilidade de que todos tenham acesso à decisão de seus pleitos, que a probabilidade da conciliação, como ditada pela norma constitucional tenha sua "práxis" real e efetivamente

observada e que o procedimento seja escoreito, prático, objetivo, tornando possível que as controvérsias sejam solucionadas com a maior brevidade e comodidade possível; mesmo porque, com a solução inicial das pequenas demandas, aliviaremos a chamada justiça comum da pletora de processos que assim poderá a eles se dedicar com maior tempo, e também evitaremos que grandes questões se formem pela sua gradativa eliminação inicial.

Com efeito a potencialidade de pequenas controvérsias assumirem aspectos mais graves e profundos é naturalmente evitada pela própria celeridade desses juizados, que assim cortariam o mal pela raiz, contribuindo e muito pela paz social.

Por isso é preciso repetir, não se busca um julgamento exclusivo dito popular, "secundum conscientiam" como fazem os jurados no Tribunal do Júri, mas um julgamento sério, idôneo e responsável, que assegure o acesso à distribuição da Justiça, com as garantias constitucionais inerentes a um sistema de julgamentos válidos e eficazes, sem apelos populistas ou de banalização da sacralização da justiça.

Inobstante essa argumentação, na verdade, se busca, sem prejuízo da técnica e da segurança jurídica, aumentar a credibilidade do Poder Judiciário, aproximando o povo desse Poder, diminuindo os seus custos de administração e tornando até mesmo possível uma eventual crítica de seu próprio desempenho, com uma linguagem mais acessível ao comum dos homens.

Essa aproximação e credibilidade mais se fortificam na medida em que os julgamentos representarão, sem dúvida alguma, a pronta resposta penal à essas infracções que pela sua repercussão, por certo hão de influir na prevenção geral e especial que os institutos penais acarretam com a certeza da punição.

O Desembargador do TJ-SP e Membro Titular do Conselho Supervisor do Sistema dos Juizados Especiais de Pequenas Causas do Estado de São Paulo, em artigo publicado na Revista de Processo, n. 59, pág. 101, resume assim os objetivos buscados pelo constituinte: a) possibilidade de acesso direto da pessoa à Justiça; b) procedimentos ágeis com a instrução correndo toda perante o juiz; c) prestação jurisdicional rápida assegurada, possibilitando recursos às partes.

Alerta-se que em se tratando de causa de menor potencial ofensivo, ou seja, de menor complexidade, dessas do dia a dia, que podem ser julgadas com maior rapidez, evidentemente, não se poderão pretender os mesmos equívocos lamentáveis do inquérito policial, peça que se tornou sinônimo de velharia processual, que se procura abolir. As informações policiais, é preciso que se diga, são imprescindíveis, pois não está o trabalho a lutar contra a polícia ou os policiais, antes e pelo contrário, nosso intuito é o de tornar ágil o seu desempenho e que eles também sintam o resultado do seu esforço de maneira imediata.

Por isso, importa a celeridade nas primeiras informações, a fim de que se possa vislumbrar de relance todo o quadro institucional da infração que, por ser menos complexa, possa ensejar um julgamento rápido que atinja o ideal de justiça e segurança das partes envolvidas.

Fica clara a intenção deste trabalho que é a de assegurar presteza, eficiência, sem prejuízo da certeza jurídica que deve adornar todo e qualquer julgamento, daí porque a exigência da presença dos profissionais técnicos de Direito Penal, como soem ser os juizes, promotores e advogados, sem se desperdiçar o trabalho das autoridades policiais.

De tudo o que se disse, ressalta que economia de tempo, implica por sua vez na economia de gastos, quer para o Estado quer para o próprio particular, ensejando honorários mais modestos, mas que pela sua multiplicidade podem justificar a existência de profissionais atuando com vigor nessa área.

Mas o importante que se diga é que com essa instituição estaremos dando passo firme e certo na direção do asseguramento das principais garantias e direitos constitucionais assegurados no art. 5o. da C.F., pois que, o indivíduo comum do povo passará a ser mais exigente com os seus direitos, com a sua cidadania, e passará a contar com um mecanismo efetivo de defesa e materialização dos próprios direitos garantidos que terão um instrumento de concretude a torná-los uma realidade efetiva, e a aproximar os homens no sentido de sua maior igualdade.

## 5 - O SISTEMA PROCESSUAL DOS JUIZADOS

Na estrutura dos procedimentos, deveremos atentar para o aspecto importante do Juizado, que contará na sua composição com a figura do Juiz presidente, do Promotor, representante do Ministério Público, e do Advogado, este que será o Defensor Público ou Advogado particular, conforme as posses da pessoa acusada, de exigência do art. 133 da C.F.

Conforme recomendações expressas do sistema acusatório, já aludidas, mister se faz diferenciar as funções próprias dos demais intervenientes, com destaque para as funções policiais que deverão ficar bem delimitadas e extremadas dos demais intervenientes do sistema, ficando ainda constituída a equipe auxiliar-administrativa, que procederá às rotinas do Juizado.

### Fundamentação

A polícia judiciária caberá, desde logo, o atendimento da ocorrência, tanto no caso de flagrante, tanto no de queixa normal, com a instrução mínima do procedimento, com cuidado na realização das provas indiciárias inasfastáveis, como levantamento de locais, remoção de objetos e vítimas, realização de diligências determinadas pelo Juiz, ou requisitadas pelo Promotor, e sendo que as do Advogado estarão sujeitas ao deferimento judicial, e outras que se impuseram no curso da investigação em tempo mínimo; restando a instrução, preparo e

juizamento pelo juizado normal.

A procura tanto quanto possível é a eliminação do inquérito policial, peça que se transformou em impecilho para a rápida administração da justiça, mas até para um exame superficial do fato é necessário que um mínimo de prova seja levado para a audiência, a juízo e valoração do Ministério Público para propor a acusação.

Outra característica peculiar inerente aos juzizados, quer civis quer criminais, é que o procedimento e toda a atividade a ser desenvolvida no âmbito de sua exclusiva competência deverá ostentar os critérios objetivos de oralidade, simplicidade, informalidade, buscando a economia e a celeridade, primeiro na conciliação, depois na efetiva entrega jurisdicional.

Evidentemente a oralidade implica redução de documentação, porquanto haverá mais espaços para o diálogo e debate da causa ou mesmo maior tempo para a conciliação das partes que é o objetivo primeiro do juizado. A rapidez decorre da ausência de atos formais como a citação que pode ser feita pelo correio em geral, ou outro meio que assegure certeza do seu cumprimento, com a dispensa dos atos de oficiais de justiça que tem ensejado diversas vezes, na prática, verdadeiros abusos, quando não graves desonestidades no cumprimento de seus misteres.

A simplicidade do procedimento tornará a Justiça desburocratizada e não mais se poderão criar dificuldades para amealhar facilidades, porque os atos simples não podem

ensejar qualquer tipo de dificuldade, mesmo porque a ausência de complexidade da causa de menor potencial ofensivo, indica claramente os caminhos a serem seguidos.

As regras de experiência comum ou mesmo as de ordem técnica deverão assegurar a inteira liberdade de condução do processo, quer na fase preliminar de conciliação, quer durante a instrução, sempre havendo a prioridade para o juízo conciliatório.

Quando se diz que a causa é de pequeno valor, refere-se evidentemente, ao seu alcance em dinheiro, porque, segundo os clássicos os princípios de justiça, quando colocados em discussão, a respeito de um fato materialmente identificado, a rigor não podem ter preço.

Por isso se constitui em verdadeiros problemas de administração da justiça, do acesso aos órgãos encarregados da prestação jurisdicional, mesmo nas instâncias informais de solução das divergências.

Com a crescente pobreza da parte mais humilde da população, o que se vê é a dificuldade cada vez maior que afasta milhares de pessoas do acesso à justiça, quer por se tornar cara, devido aos problemas das taxas, custas, e honorários de advogado, quer pela perda de tempo e o quanto isso custa a quem tem de buscar o apoio legal.

Não se pode querer que os escritórios de advocacia se transformem em estabelecimento de prestação da caridade pública, e lamentavelmente os órgãos públicos encarregados dessa prestação, quase sempre deixam muito a desejar, com raríssimas exceções a serem apontadas.

Mesmo para aqueles que se dedicam com amor à advocacia, não se pode pretender que o ônus público da prestação jurisdicional penda sobre os mesmos, embora causando muito desconforto por não poder atender em princípio a uma causa que lhe parece justa, mas que não trará nem pão nem glória ao escritório jurídico.

E nesses casos, mesmo que advenha a prestação feita pelos profissionais abnegados, como se proceder para uma fixação justa de seus honorários profissionais?

Muitas vezes a verba comum, mesmo que alcance o percentual de 20% (vinte por cento) representaria na verdade, remuneração ínfima, inadequada ao prestígio e ao trabalho desenvolvido incansavelmente pelo advogado que assim só se veria desestimulado de prosseguir no atendimento de outras demandas desse nível.

Note-se que há um princípio cardeal inscrito dentre os direitos e garantias constitucionais, que diz respeito ao próprio ideal de justiça, aquele do art. 5o., inciso XXXV que

estabelece:

" - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito."

Diante de tão claro preceito, é de se ver, que há um direito constitucional a assegurar ao particular o acesso aos Tribunais que no entretanto, pela desigualdade econômica da maior parte da população é negado ao comum do povo, pela falta de condições de fortuna material

Esse dilema da prestação jurisdicional tem que ser enfrentado de maneira clara e conclusiva, a fim de que não se torne a letra da lei, palavra ao vento, ou letra morta.

E o Poder judiciário, um dos três classicamente concebidos poderes do Estado, ainda hoje é um marco de progresso e de afirmação da própria soberania dos povos.

Bem por isso, afirma Pinto Ferreira em sua recente obra Curso de Direito Constitucional, 5a. ed. 1991, Ed. Saraiva, S.P. pág. 472:

" O poder Judiciário é um dos três poderes clássicos, previstos pela doutrina. Foi consagrado em seguida às grandes transformações dos séculos derradeiros como um Poder independente e autônomo. Pedro Lessa em sua obra DO PODER JUDICIÁRIO assim o entende: "O Poder Judiciário é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares"".

Mostra o grande constitucionalista pátrio a linha mestra de um dos poderes do Estado antigo ou moderno que vem se afirmando ainda mais com sua estruturação em moldes nacionais, pois, como se infere da análise do texto constitucional, o Poder Judiciário é o único genuinamente nacional, com seu órgão máximo o Supremo Tribunal Federal, encarregado da sua maior finalidade que é a de guardar o texto e os princípios da Constituição Federal.

No curso de sua história tivemos autores que nele nada mais vislumbraram do que um simples ramo do Poder Executivo e o autor Pinto Ferreira na obra supra citada, indica que Duguit, Ducroq, Garsonnet e Barthèley, dentre outros, viam essa posição; todavia, tivemos posições diametralmente opostas defendidas, por exemplo, no famoso livro de Lambert, intitulado: "O governo dos juizes e a luta contra a legislação social nos Estados Unidos de 1925", que mereceu a veemente crítica de Roger Pinto com outro livro denominado: "Os juizes que não governam!" havendo evidente exegero de ambas as partes; mesmo no campo filosófico se encontram tendências nesse sentido, como o realismo norte-americano que só considera direito aquilo que tenha sido julgado pelos Tribunais.

Exageros à parte, a posição constitucional do Judiciário em nosso ordenamento constitucional é o mais acertado e adequado ao momento histórico pelo qual passamos, pois é apenas um dos três poderes do Estado, autônomo e independente, porém que

deve atuar em harmonia com os demais.

Não há assim superposição, nem inferioridade. Basta apenas a possível igualdade.

A tripartição dos poderes, segundo informa Georges Burdeaux foi:

"la règle d'or de la démocratie gouvernée. Après avoir servi à ruiner l'absolutisme monarchique, elle fut utilisée pour contenir la souveraineté populaire." (aut. cit. Traité de Science Politique, vol. V, 1953, pág. 702.)

E José Frederico Marques explica com profundidade:

"O Judiciário é um dos poderes da soberania nacional: a) porque a jurisdição (sua atividade fundamental e específica) é função distinta daquela de legislar ou de administrar; b) porque é assegurada a necessária independência em face dos outros poderes do Estado." in - A Reforma do Poder Judiciário, Vol. I, pág.4, Ed. Saraiva, 1979.

E mais adiante, J. Frederico Marques acentua:

"No tocante ao Poder Judiciário, a função que lhe cabe especificamente e que por isso, o distingue dos demais poderes estatais é a Jurisdição".

E acrescenta, com autoridade:

"Jurisdição, por seu turno, é a função que o Estado exerce para resolver e compor litígios, mediante aplicação

do Direito objetivo, dando a cada um o que é seu". (aut. ob.cits. pág. 5)

Basicamente cabe na função jurisdicional (juris dictio = poder de dizer o direito; juris prudentia = prudência do magistrado no aplicar o direito) as conhecidas e proclamadas atividades de: processar, julgar e executar os seus julgados; nisto se constitui a primazia do Poder Judiciário, como poder legítimo oriundo da própria Constituição Federal.

Essas funções exercidas de modo soberano pelo Poder Judiciário se inscrevem na órbita da lei que está subordinada aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, e a esse vínculo está preso o próprio Judiciário; porque não é errado dizer-se que os juízes são independentes, porém, só estão subordinados à lei.

As leis, sob o ponto de vista da hierarquia, estão por sua vez jungidas ao princípio constitucional, donde, a lei ser presumidamente constitucional, porque se assim não for, i.é., se tida como inconstitucional, "ipso facto", afasta a subordinação.

Curiosamente os países que adotam o sistema anglo-saxão, a vinculação dos juízes se dá, inclusive em face das próprias decisões que fazem a jurisprudência.

Bem por isso vigora entre eles o chamado "stare decisis" que é vinculante, isto é os "cases" formam um

encadeamento lógico e estruturado a que o juiz está obrigado a seguir.

John Marby Mathew, explica com acerto:

"In accordance with the principle of "stare decisis, the Court usually follows its previous decisions in later cases involving substantially similar circumstances". - aut. cit. in The American Constitutional System, 1940, pág. 193.

Essa posição permite uma credibilidade maior ao Poder Judiciário, porque afasta a possibilidade de julgamentos contraditórios quando os fatos aparentemente mantêm alguma similitude.

Entre nós a vinculação existente se aplica apenas aos princípios contidos nos incidentes de uniformização de jurisprudência, que são um passo importante dado a partir da existência das Súmulas da Jurisprudência denominante no Supremo Tribunal Federal, uma criação das mais lúcidas de um dos mais prestigiosos Ministros daquela alta Corte de Justiça que foi o Ministro Vitor Nunes Leal.

Decorre dos princípios constitucionais de garantia do cidadão, aquele do art. 5o. da atual Constituição Federal, XXXV, que não permite que seja excluído da apreciação pelo Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão do direito.

Os autores de maior nomeada costumam colocar como desdobramento desse precioso item três situações; a primeira

seria o princípio do juiz natural; a segunda a independência do juiz ao julgar, vinculado apenas à Lei e à sua própria consciência e finalmente como corolário o "the due process of law", ou seja, o devido processo legal.

Enfeixa assim o Poder Judiciário a tutela dos interesses individuais e a partir da atual Carta, também os direitos coletivos, pois que estruturou os direitos e garantias individuais acrescido também dos sociais e coletivos.

No aspecto histórico, o princípio do Juiz Natural, pode-se dizer, surgiu na Carta Constitucional da França de 1814, onde se dizia: "Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels."

Já a Carta de 1820, o princípio foi melhor ordenado na regra do art. 53, repetindo-se esses dizeres, porém, aclarados no art. 54:

"Il ne pourra, en conséquence, être créés commissions et des tribunaux extraordinaires à quelque titre et sous quelque dénomination que se puisse être".

Esse texto importantíssimo foi reproduzido parcialmente na Constituição da Holanda, art.10, passou-se também para a Itália, quando vigorava o Estatuto albertino, que a expressava nos seguintes termos:

"Nessuno può essere distolto dai suoi giudici naturali. Non potranno perciò essere creati tribunali e

comissioni straordinarie".

A mesma linha é seguida no Direito Constitucional da Espanha, que usa a expressão juiz competente, e no Direito alemão emprega-se a expressão juiz legal.

No Brasil o princípio foi consagrado amplamente e o grande Castro Nunes (Teoria e Prática do Poder Judiciário, 1943., pág. 81), explica que na Constituição do Império, no art. 72, parágrafo 23, na Constituição de 1891, e do art. 113, n. 25 da Constituição de 1934, tem origem na que dispunha a Constituição Monárquica no art. 179, n. 17. Aliás, o art. 179, n. 11 da Constituição do Império tem a mesma redação do art. 153, parágrafo 27 da Carta de 1969.

Em sentido estrito o princípio do "juiz natural" é uma garantia inseparável do sistema da ampla legalidade.

Esse princípio, do "juiz natural", exclui por si só a existência de justiças extraordinárias ou excepcionais, que atentam contra o princípio central que ora estudamos, como forma de não permitir que por vias oblíquas se atinja o ideal de Justiça.

Em artigo inserto na Revista Forense, 173, pág. 109, intitulado " Bancos, liquidação extrajudicial - Competência do Poder Judiciário", o grande administrativista Min. Seabra Fagundes, afirmava que compete ao Poder Judiciário reclamar maior relevância para o monopólio da função jurisdicional, taxando de:

"intoleráveis as vias oblíquas de que se queira valer o Congresso para subtrair certas controvérsias à análise e dirimção judicial;"

Pelo que aduzia:

"onde se pode identificar um expediente para impedir, ou adiar indefinidamente, a formulação da pretensão jurídica perante a justiça, aí haverá, não apenas um atentado ao espírito do regime senão a violação frontal do preceito..."

A propósito, durante o chamado período revolucionário, inúmeras foram as tentativas de esvaziar esse princípio importante, de tentar por meios ditos contenciosos, ou puramente administrativos, na vã tentativa de impedir que o monopólio da Justiça fosse pleno, do que é lamentável o célebre art.181 das Disposições Gerais e Transitórias da Carta de 1.969 que excluía da apreciação judicial os atos oriundos do Governo Revolucionário.

Novamente é preciso ressaltar, como faz José Frederico Marques, que o princípio do juiz natural, ou juiz legal ou ainda competente, apresenta na atualidade um duplo significado, com apoio em Gómez Orbaneja; no primeiro estabelece-se que o "juiz" é tão só o órgão do Estado, que está investido de jurisdição; afastando-se punições legislativas do tipo: "Bill of attainder" do antigo Direito Britânico; "bill of attainder" é um ato legislativo com que se inflinge pena sem processo judicial,

anotou o constitucionalista Rottschefer, e no segundo significado, o conceito impede a criação de tribunais especiais "ad hoc", ou excepcionais, para o julgamento de causas cíveis ou criminais. (in-aut. cit. A Reforma do Poder Judiciário, pag. 78.)

Por aí se vê o alcance e a importância da norma constitucional atual, ao prever a criação dos "juizados especiais", porque o Poder Judiciário, como um dos poderes de "imperium" do Estado, só pode ter na própria constituição a fonte de toda e qualquer justiça que se queira instituir no âmbito do território nacional.

Por isso o Poder Judiciário age com exclusividade, e a sua função jurisdicional é a única, em nosso sistema constitucional, que pode marcar a imutabilidade da coisa julgada, como um dos seus traços mais específicos e distintos, dada a natureza de sua atuação.

Finalmente, no Poder Judiciário pode haver juízos ou varas especializadas para atender os princípios de concentração, celeridade e economia processual, sem que isso possa parecer violação ao princípio do juiz natural; o que não se admite é a criação excepcional de juízos, como por exemplo, a miragem dos planos mirabólicos com que se tem brindado a nação com medidas de flagrante inconstitucionalidade, e diante da resistência oposta pelo Poder Judiciário, é preciso prevenir, com este alertamento, para que tribunais especiais, ainda que transitórios sejam criados através de tipos de procedimentos como

"emendões de salvação nacional" ou "planos econômicos" de nenhuma ou escassa juridicidade.

Corolário do que anotamos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme a proclamação feita pela Assembléia Geral das Nações Unidas, reunida em Paris em 10 de dezembro de 1.948, consagrou no seu art. 10:

"Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal".

Portanto é uma declaração universal, válida para os povos da civilização, o princípio do juiz natural, acrescido dos vocábulos : independente e imparcial, que são as marcas tradicionais da Magistratura, inclusive da brasileira, no seu afã de propiciar justiça aos cidadãos e ver triunfar os princípios maiores da ciência do Direito, qualquer que seja a filosofia jurídica a que nos filieemos.

Por isso os juizes, inclusive os que atuarem nos chamados juizados especiais de pequenas causas ou crimes de menor potencial ofensivo, devem estar revestidos dos chamados predicamentos da magistratura, ou sejam, as garantias da irredutibilidade de vencimentos, inamovibilidade e vitaliciedade, para que os jurisdicionados tenham a tranquilidade de que estarão

sendo julgados por juizes imparciais, independentes, e preparados para a função jurisdicional.

Esta independência não precisa vir escrita como se fez na constituição da Alemanha, ao tempo da República de Weimar, na qual se dizia : "os juizes são independentes e só estão subordinados à lei." (J.F. Marques, in-Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, Saraiva, 1952, pag. 125 ). Esse refrão já era repetido pelo grande orador romano que foi Cícero que proclama : "sejamos escravos da lei, para que possamos ser livres."

Nenhuma subordinação, nem hierárquica, nem administrativa poderá tolher o juiz natural na sua independência e na sua imparcialidade, devendo ser princípio corriqueiro que o próprio juiz deve defender a sua jurisdição, para não negar nem calar justiça a nenhum do povo.

#### 5.1 Da Garantia Constitucional do Devido Processo Legal (the due process of law. )

Breve noção histórica.

A importante concepção do processo como relação jurídica, a partir do século XIX com a ciência alemã e italiana, deu dignidade ao Direito Processual, constituindo-o em um ramo independente e autônomo na ciência do Direito.

Romperam-se as primitivas colocações em que o processo era mero figurante do Direito, um adinículo do Direito material, mais indicado para as fórmulas, para o "modus faciendi" dos estilos do fôro e a redação dos "acta iudicii", sem visão da sua "causa finalis", dando prioridade ao feiticismo das formas procedimentais.

Não passava, como era conhecido, de mera adjetivação ao direito substantivo e substancial.

Com os estudos de Chiovenda e Bullow, e a estratificação da ciência processual, escreveu com propriedade Calamandrei que o "scopo del processo" é o de "garantir o respeito à pessoa humana e a liberdade do cidadão, como se colhe em artigo publicado sob o título: Processo e Giustizia, in Revista di Diritto Processuale, 1950, p. 278.

E foram projetadas como normas importantes do Direito Público a partir do momento em que as constituições dos Estados passaram a consagrar em seu texto direitos e garantias processuais ao cidadão.

Curiosamente, essas garantias de Direito Processual tiveram precedência no Direito Penal, no tocante à liberdade e à integridade física e aos limites da pena privativa de liberdade e em alguns casos a proibição das penas infamantes ou humilhantes e a restrição de seu âmbito de aplicação à própria pessoa do acusado; só mais tarde passando ao ramo do

Direito Civil e ampliando-se dos direitos individuais para os direitos sociais.

Credita-se a João Mendes Júnior, entre nós, o mérito de ser o primeiro a cuidar de tão relevante tema.

Segundo anota José Frederico Marques, dizia o mestre paulista que o processo deve ser meio "para a segurança constitucional dos direitos", razão pela qual necessita vir plasmado na forma adequada, porque a não ser assim haverá: "ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos." (aut. cit. ob. Reforma do Poder Jud., pág. 99.)

A cláusula do devido processo legal deriva do Direito anglo-saxão, com a frase famosa "the due process of law", que é de vinculação estritamente constitucional.

Tem a cláusula validade primacial para todo o "iter processual", garantindo as regras já existentes para a avaliação das condutas que se inserem no "index poenal".

Assim o direito de defesa, a citação para o processo, a garantia do sistema contraditório, e o dever do juiz motivar fundamentadamente suas decisões, que ficam submetidas ao duplo grau de jurisdição, mesmo que, por colegiado de juizes de primeiro grau, atendem ao chamado principio do devido processo legal.

Neste aspecto, José Frederico Marques cita importante conclave nas jornadas latino-americanas de Direito Processual efetuadas em Montevidéu, no mês de maio de 1957, cuja conclusão aponta:

"La ley procesal concebida como reglamentación de los principios constitucionales del debido proceso, debe asegurar el libre acceso de los particulares a los tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces."

Mesmo com a dificuldade que se possa obter para consagrar uma interpretação do que sejam delitos de menor potencial ofensivo, que satisfaça o rigorismo da crítica judiciária, se há de entender que os "juizados especiais" deverão apresentar o sistema de garantias processuais que no caso de não ser vencedora a tese da transação, permitida ao acusado, a ampla defesa, a liberdade da prova, os atos livres de comunicação processual, ainda que de forma livre, e o respeito aos cânones processuais como derivação da própria norma constitucional.

Mesmo que se alegue excesso de trabalho, as disposições devem ser claras e possibilitar uma interpretação sistemática, conforme a linha mestra da Constituição, para que a busca do perfeccionismo se faça lenta e gradualmente com a contribuição fundamental do processo jurisprudencial; que assume fonte importante na criação das normas de estruturação desses tribunais locais.

O "actum trium personarum", que se realiza nos procedimentos orais e sumaríssimos, deverão atentar para a garantia processual do cidadão, do devido processo legal, coibindo-se abusos e práticas pouco ortodoxas que, a pretexto de celeridade, sejam impelidas a sacrificar o direito ao processo que as pessoas, mesmo as de menor renda, merecem face ao direito-poder que emana do texto da Magna Carta.

#### 6 - Alguns Aspectos da Conciliação no Direito Comparado.

Luiz Pereira de Melo em interessante artigo inserto na REVISTA DE PROCESSO, n. 04, págs. 143-146, acentua a importância do tema Conciliação e após aplaudir coerentemente a reintrodução do "thema" mercê da permissão constitucional de serem estabelecidos Juizados de Pequenas Causas na área cível e juizados especiais para os crimes de menor potencial ofensivo, alude a que os povos civilizados mantinham tão salutar instituto jurídico, mencionando o Cod. Processo Civil da Itália de 1940, que prescrevia no art. 185, que o princípio de iniciativa de conciliação assiste ao juiz que dirige o processo, estando assim redigido: "Tentativa de conciliação. Se a natureza da causa o consentir, o juiz instrutor, na primeira audiência, deve procurar conciliar as partes, ordenando, quando for o caso, seu comparecimento pessoal."

Sabe-se que o legislador italiano, estabelecia a possibilidade da "conciliação" ser renovada em qualquer parte da instrução, e que havendo a conciliação, esta constará da ata, para valer como título executivo.

#### Direito Romano.

No direito romano antigo, quando todo o ato de julgar, desde o conhecimento da ação, a colheita de provas e a decisão eram totalmente orais, o que demandava a imperiosa necessidade de se terem testemunhas para confirmar o que fora feito pelos que julgavam.

Curioso anotar que o processo romano civil atravessou dois grandes períodos, conforme os romanistas mais modernos : o "ordo iudiciorum privatorum" (que vem desde as origens até o século III da nossa era ) e o da "extraordinária cognitio" ( desde o século II até o final), sendo que uma característica comum dessa etapa, era a divisão do procedimento em duas fases : "in jure e in iudicio", a primeira tem lugar diante de um Magistrado que tem poderes inerentes à jurisdição (jurisdictio=poder de dizer o direito) e a segunda diante de um juiz privado (iudex unus) que é escolhido pelas partes, de comum acordo, a quem incumbia a faculdade de resolver a controvérsia, mesmo que não tivesse o "imperium" (que era a imposição da força) para fazer cumprir sua decisão; nessas fases o procedimento era exclusivamente oral.

Os inconvenientes de toda ordem provocados pela necessidade de testemunhas para comprovar o que se passava em juízo, o risco das testemunhas, às vezes, mesmo de boa fé, não terem entendido bem o que se passou na sua presença, levou a promulgação da famosa Lei AEBUTIA ( 130 a.J.C. ) a qual inicialmente autorizou o "praetor peregrinus" que julgava os litígios com os estrangeiros, ao uso de uma instrução escrita (fórmula), embora nos demais ficava-se no sistema das "legis actiones" que perduraram ainda por muito tempo, até que a "Lex Julia iudiciorum privatorum", provavelmente da época do Imperador Augusto, a suprimir definitivamente o sistema das antigas nações e consagrar o exclusivismo do procedimento formulário, que coincidiu com a chamada época de ouro do direito romano.

A "fórmula" constituiu uma instrução escrita, mediante a qual o magistrado designa o juiz e fixa os elementos que devem ser levados em conta por este ao ditar a sua sentença, aludindo ao direito invocado pelo autor, o objeto litigioso e as defesas que lhe foram opostas (contestatio, impugnatio, litisdenuntiatio, etc...), e assim se passam as etapas de julgamento como um verdadeiro programa processual (Chiovenda, Romanismo y germanismo en el proceso civil-in-Ensayos de derecho processal civil (trad. de Sentis Melendo), V.I,pág. 301-).

Convém lembrar que as "legis actiones" eram fórmulas orais solenes, compostos de gestos rituais simbólicos e de palavras próprias, que devem ser pronunciadas (ex. dabo, dabis)

e cumpridas em estrita submissão aos vocábulos empregados nos textos legais, e que, segundo anotações feita sobre GAIUS, eram cinco : sacramentum, iudicis postulatio, condictio, manus iniectio e pignoris capio".

As três primeiras correspondem à fase de conhecimento e concessão do direito reclamado e as duas últimas são formas de execução dessas decisões.

Firmou-se no direito romano antigo uma série de procedimentos que se tornaram em verdadeiras máximas processuais, pois ao autor exigia-se que : "actori incumbit probatio"; a parte adversa : reus in exceptione actor est"; ainda não cabem recursos das "sententia", e nos casos de nulidade cabia a "restitutio in integrum" e a execução se pedia ao Magistrado pela "actio iudicati".

Somente por obra do Imperador Diocleciano é que se afirma a "extraordinária cognitio" sistema que determinava que a demanda se resolvia por decisão de um Magistrado único, funcionário público, sendo a ação resumida no "libellus conventionis", respondida pelo "libellum contradictionis"; a "litis contestatio" assume publicidade e perde seu caráter contratual que até então mantinha, ocorre a incidência do impulso oficial, a prova se torna rigorosamente formalista, e nesta fase, há um enorme debilitamento e os princípios da oralidade praticamente desaparecem.

A sentença que contém a decisão do juiz se faz por escrito e é impugnada pela "appellatio" e pelos recursos extraordinários, que eram a "supplicatio" e a "restitutio in integrum."

Durante séculos imperou no direito romano, como se viu, a oralidade, em que às partes as vezes peroravam na defesa e seus direitos "in iudicio", época que marca o virtuosismo do grande tribuno que foi Cícero.

No processo germânico se faz, primitivamente, uma luta entre partes e tem lugar diante das assembléias populares, nas quais reside o poder jurisdicional, limitando-se a função do juiz a dirigir formalmente o debate e a proclamar o resultado, com uma sentença ditada pela comissão dos membros que devem ser peritos em direito, isso nos primeiros tempos, e depois de juizes permanentes e especiais (scabini) durante o denominado período franco-alemão que corresponde mais ou menos aos séculos V a XII de nossa era.

Posteriormente com a recepção do direito romano, desde o século XI, a notáveis influências da escola de Bolonha, as exigências do comércio internacional, e surgindo a influência cada vez maior da chamada jurisdição eclesiástica da Igreja Católica, que adotava um procedimento inquisitivo essencialmente modelado sobre o tipo romano, formando um tipo especial de processo chamado de "processo comum romano-canônico ou italo-canônico, e que permitiu a infiltração de princípios

germânicos nesse processo, havendo assim uma contra-ofensiva de postulados que convergiram para a formação de um processo comum, porque o processo germânico era de imposição pelas próprias comunidades municipais que tinham seus estatutos próprios e bem assim as constituições dos príncipes.

Chiovenda nos informa da predominância dos princípios recepcionados ao Direito Romano, mas a presença personalista de certos institutos processuais germânicos como a "querella nullitatis" que deu origem ao processo de cassação, a prova legal como vinculante da convicção judicial, e a divisão do processo em etapas e sua convalidação.

Essa interpenetração foi levando o processo a uma morosidade excessiva, protelando-se em demasia a solução das demandas, levando a necessidade de se instituir através da "Clementina Saepe continget" de 1.306, um tipo especial de processo no qual surgem os princípios da concentração e da oralidade e se ampliam pela vez primeira os poderes de direção do juiz, surgindo então os processos chamados de execução, para cumprir as decisões do juiz. E é a partir do chamado "Corpus iuris fridericianum" de 1.681, que se iniciou um movimento reformador tendente a simplificação do processo.

#### Direito Ibérico.

Também na Espanha, mercê do processo comum, recepcionado do direito romano, se produz a partir da Baixa Idade

Média um novo ordenamento, cujos princípios são recolhidos na terceira das "Sete partidas de Afonso", conhecido como "O Sábio", isso em 1.258; daí para frente já na Idade Moderna, o ordenamento processual se mantém estável, até o "Ordenamiento de Montalvo" de 1480; segue-se as "Ordenanzas de Madrid" de 1499, as "Leis de Toro" de 1505 e a fase da "Nueva Recopilación" de 1567 e da "Novissima Recopilación" de 1805.

Como anota o acatado Domingo Sávio Brandão Lima em artigo publicado na Revista de Processo, n. 4, pág. 59-105, no n. 4.2, fls. 80, essa evolução marcada pelo direito romano-canônico, também influenciou profundamente o direito português.

Embora extensa, pela precisão, vale apenas transcrever na íntegra:

"Desde as Ordenações Afonsinas, relata-nos Rezende Filho, que o "processo para as demandas de pequeno valor era, então, exclusivamente oral, devendo os escrivães tomar nota, em seus protocolos, das questões e das respectivas sentenças. Havia para os juizes a obrigação de tentar conciliar preliminarmente as partes". João Mendes de Almeida Júnior, depois de certificar " a existência de um processo simplesmente verbal , como outrora adotado nas causas excedentes de quatrocentos réis e na infração de policia municipal", esclarece-nos que "o juiz ouvia as partes verbalmente e suas provas, limitando-se o escrivão a fazer, em seu protocolo, um assento de como o juiz as

ouviu sobre aquele fato e condenou ou absolveu; e deste assento se extraia o mandado para execução (Ord. L.I., Tit. 65, parágrafo 7, 23 e 73). Não havia papéis a autuar. Não se formavam autos. De tudo fixava tão somente, o assento no protocolo. Esse processo, a princípio aplicado às pequenas demandas perante os juizes de paz, depois foi abusivamente transformado em um processo verbal por escrito".

O mesmo autor, nesta mesma pesquisa, anota que nas Ordenações Filipinas (L.III, tit. III, 1-3 e L.III tit. XLVIII, 1-4) se colhia um modelo interessante para as causas sumárias em que o autor não daria libelo por escrito, limitando-se a ditá-lo perante o Tabelião ou Escrivão, e o réu responderia verbalmente, concordando ou não, ou pedindo prova que o juiz lhe daria, abreviando o quanto possa o feito, obviando as delongas, em qualquer dia, mesmo nos feriados, e poderia sentenciar de pé ou sentado, havendo antes a missão de compor o litígio amigavelmente, promovendo a conciliação ou a reconciliação-obrigatórias, que são assim da essência de nossa tradição lusitana, e que agora, via juizados de pequenas causas ou os antigos delitos de polícia, voltam a reingressar plenamente na nossa estrutura judiciária.

Em nossa prática processual penal, também é de longa data a presença de procedimentos simples, do tipo sumários, como se vê em Galdino Siqueira, Curso de Processo Criminal, São Paulo-Centro Propag. Católica, 1910, págs. 354/596:

"Desde os primeiros tempos da monarquia portuguesa já uma lei de D. Afonso IV, de 12/03/1390, determinava que nos feitos de injúrias e nos furtos de pequena quantia julgasse os juizes das terras com os vereadores, onde houvesse vereadores, sem apelação nem agravo".

Esses crimes rotulados de alçada, passaram para as Ordenações posteriores e chegaram até nós, ficando na competência dos juizes de paz, e em havendo recurso para as Juntas de Paz.

Informa-se ainda que a Lei No. 261 de 08/12/1841, passou para os delegados e sub-delegados semelhantes atribuições, incluindo no Reg. 120, art. 3o., parágrafo 4o., na competência da policia judiciária a atribuição de julgar tais crimes, que por essa mesma razão passaram para história judiciária, com o nome de "crimes policiais".

Somente com o advento da Lei 2.033 de 20/09/1871, adverte o autor Sávio Brandão citando Romeu Pires de Campos Barros, as autoridades policiais tiveram as suas atividades restritas ao procedimento investigatório, procedendo quanto a eles, "ex officio".

Do conceito de conciliação. Conciliar (conciliatio, onis, de conciliare), é igual a: ajuntar, unir, misturar, fazer amigos, conciliar).

Originariamente, consoante refere Lorenzo Scamuzzi, denotava "a operação de pisoeiros, ou seja, lavadeiros, em submeter, espremer, constranger os tecidos, cilia; donde se diz em sentido translato, conciliare, esforçar-se para tornar alguém benévolo a si ou aos outros.

E por outro lado de informação comum que os antigos romanos nomeavam como "conciliatrix" aquelas senhoras que eram incumbidas de reunir os casais separados.

No aspecto mitológico, os romanos atribuíam a Concórdia era como a paz com que às vezes era confundida sendo filha de Júpiter e de Têmis, e os cidadãos a invocavam para a união dos cidadãos, das famílias, dos casais, ( marido e mulher desavinhos).

As estátuas da Deusa se apresentavam coroadas de grinalda, trazendo em uma das mãos cornucópias entrelaçadas e na outra um feixe de varas ou às vezes, uma romã, que era o símbolo da união.

Quando representava o fruto de uma negociação, dava-se-lhe o nome de "caduceu", como se colhe em Waldomiro Cascais (A conciliação e o novo Cod. Proc. Civil, art. publicado in - Ciclo de Palestras sobre o Novo Cod. de Proc. Civil, Fpolis-SC, OAB-SC., 1974, pág. 140).

Considerada pelo extraordinário processualista que foi Adolf Schonke, in Derecho Procesal Civil, Barcelona, Ed.

Bosch, 1950, pág. 13., n.I, como "uma função de profilaxia processual", teve também críticos mordazes, como anotou entre nós Paula Batista (Francisco de) in-Compêndio de Teoria e Prática, Lisboa, Liv. Clássica Edit., 1910, 7a. ed., pág. 73, para quem a conciliação "era apenas uma inutilidade dispendiosa", fato em que se apoiou Campos Salles no Governo Provisório, após proclamada a República, para através de Decreto No. 659 de 26/04/1890, revogar as leis que exigiam a conciliação dizendo: no seu artigo I que:

"É abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou prosseguirem as ações civis ou comerciais.....omissis."

Mesmo criticada acerbamente entre nós, ela permaneceu na Justiça do Trabalho e mesmo na legislação penal nunca desapareceu de todo, sendo entendida como meio de retratação nos crimes contra a honra, qualquer que seja o meio pelo qual foi a ofensa irrogada, sempre antes do recebimento da queixa (CPP art. 520 e 522) e agora retorna uma vez mais, como forma de desafogar os ritos processuais que não exijam maior formalidade, permitindo uma Justiça mais rápida.

## 6.1 - ASPECTOS DO SISTEMA DA "COMMON LAW".

1 - Costuma-se dizer que o sistema de Direito do Grupo anglo-saxão, ou anglo-americano, engloba o Reino Unido, a Austrália, e o Canadá, não se incluindo o Quebec, a Nova Zelândia e os Estados Unidos da América do Norte (EE.UU).

Diversamente dos países que fizeram uma grande recepção do Direito Romano, como ocorreu no direito continental europeu, aqui a influência é bem menor, e a lei não é, por conseguinte, a primeira e principal fonte do direito.

Vigora, nesses países, o sistema de Direito que também denominamos de "common law", onde através dos famosos "case law" e dos "precedent" se forma a regra de Direito, valendo-se destacar, como fazem os doutrinadores, que não é o legislador o principal autor do Direito e sim o "Magistrado" através da jurisprudência dos Tribunais, por ter a chamada força vinculante que deriva nos países que adotam o princípio do "stare decisis".

2 - Na pesquisa histórica que pode remontar até a Idade Média, faz-se necessário apontar apenas alguns grandes marcos da evolução judiciária da Inglaterra, como pátria-mãe, cujos eventos importantíssimos deram nascimento a características predominantes nesse sistema, como a Magna Carta de 1.215. Vale destacar uma das mais retumbantes limitações às prerrogativas do Rei com a famosa "Petition of Rights" de 1629 e, mais tarde, na chamada República de Cromwell, com o "Instrument of Government" e

seus 42 artigos promulgados por Cromwell, que referendavam o "Agreement of the People" de 1647, segundo anota Pinto Ferreira, in Direito Constitucional Moderno, vol. I, p.96, RT São Paulo, 5a. ed., 1971.

Contudo, os atos mais fulgurantes do constitucionalismo britânico foram, sem dúvida, o " Habeas Corpus Act " de 1679 e o " Bill of Rights ", ou Declaração dos Direitos de 13.02.1688, votadas pelas casas do Parlamento, onde se limitou definitivamente ao Rei a aplicação de leis, conforme artigo 2o., afora outros princípios.

Segundo o notável René David, no seu monumental estudo " Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo", (Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 1a. ed. Bras. São Paulo, 1986) na terceira parte, p.283, podemos reconhecer quatro períodos na história do Direito Inglês:

" O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia Tudors (1485), é o da formação da " common law ", no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 até 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da "common law", de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas " regras de equidade ". O quarto período, que começa em 1832 e continua até nossos

dias, é o período moderno, no qual a "common law" deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração", aut.ob.cit.pag.283-284.

Nesse primeiro período vigorava o chamado direito anglo-saxão, porque, ao contrário do costume da época, as leis não foram redigidas em latim, e sim em língua anglo-saxônica, e o seu uso, para caracterizar o direito inglês, não é considerado correto.

A formação da "common law" se dá no segundo período e esse direito, como o nome indica, seria aplicado a toda a comunidade britânica, superando o direito local ditado pelos próprios costumes e que normalmente era aplicado pelas "Hundred Courts" ou as chamadas "County Courts". Mas é com os chamados Tribunais Reais, que julgavam apenas as questões que envolvessem a paz do Reino, que se afirma o direito comum a todos, pela sua validade e ampliação da vontade real como justiceira.

Na evolução histórica da "common law" se destacam quatro pontos fundamentais: primeiro, o processo é mais importante que o direito material, daí a regra: "Remedies preced rights", isto é, em primeiro lugar o processo; em segundo lugar, firmaram conceitos jurídicos fundamentais e categorias; em terceiro lugar, rejeitaram a distinção entre direito público e direito privado; e, finalmente em quarto, esse conjunto serviu

para dificultar a recepção ao direito romano.

3 - Essa preferência pela forma, pelo processo, faz com que, ainda em 1856, todas as ações que foram levadas aos Tribunais fossem julgadas na presença do Júri, que assim ficou sendo a forma por excelência de julgamento da "common law".

Não se pode perder de vista a contribuição dos "Year Books", que informam sobre a formação do direito inglês de 1290 a 1536, que enaltece a prioridade da solução dos litígios que propriamente com o fato da Justiça em si considerada (cfr. em René David, ob.cit.pag.291).

Quando o sistema da "common law", ainda vigorante, apresentava alguma decadência face a sua iterativa repetição, surgiu um sistema rival chamado "Sistema da Equity", isto porque as partes insatisfeitas apelavam à Justiça direta do Rei, que podia conceder "mercê", ou atuar até mesmo por caridade, e procurava a solução mais equitativa, geralmente ditada pelo Chanceler, ou assessorado pelo seu Conselho. A partir de 1529 o Chanceler não é mais um confessor do Rei, nem mesmo um padre, mas é, invariavelmente, um jurista; assim, examinava as queixas e se baseava em princípios de direito canônico ou romano, que eram particularmente difundidos na Europa.

Esses princípios atenuam algumas regras que já se tornavam arcaicas no sistema da "common law", revitalizando o sistema anterior e propiciando maior satisfação ao sentimento de interesse social e de Justiça, mais ou menos na época da

Renascença. Os julgamentos da "common law", feitos por juizes profissionais dos Tribunais Reais, de onde se destacava Westminster, levou o Direito Inglês a se firmar definitivamente, com a observância de julgamentos públicos, com a prática do "Grand Jury" e a manutenção do "Petty Jury", que fizeram a "common law" resistir à "equity" que emanava do Chanceler do Rei.

3.1 - Os advogados estavam centralizados em uma forte corporação denominada "Inns of Court", e reuniam toda a prática judiciária existente e a transmitiam aos seus novos colegas, mantendo acesa suas tradições e, dessa corporação, eram tirados aqueles que viriam a ser os seus juizes, cujas escolhas tinham formas variadas. Note-se que somente em 1758 foi instituído em Oxford um curso de Direito Inglês e, em Cambridge, isso aconteceu somente em 1800.

4 - Nessa época, quando se deu o grande conflito para enquadrar o Rei, no célebre dilema do Parlamento contra o Rei, para se saber os limites da autoridade real, vingou pelos princípios e pela própria prática, a máxima de que "O Rei está sob a lei" e não acima da mesma, como um princípio cardinal que orientou todo o sistema político e jurídico da Inglaterra.

De se acrescentar, ainda, a linha mestra estabelecida pela Magna Carta de 1215, dando margem a um constitucionalismo inovador, com o fortalecimento do Poder Legislativo no sistema bi-cameral, e a divisão dos poderes, ficando o Poder Judiciário com funções nítidas, claras e

independentes.

Pode-se dizer, então, que a "common law" foi criada pela assimilação lenta e gradual, como convém ao espírito do conservadorismo inglês, estabelecendo os precedentes, através dos "case law", firmando as exceções com os "statutes", uma jurisprudência que constituía na verdade, uma lei não escrita, mas consuetudinariamente imposta e observada pela aceitação dos cidadãos.

Era o resultado da aplicação etimológica do vocábulo romano "jurisprudentia", "iuris + prudentia", prudência dos magistrados, na aplicação da lei aos casos concretos e sua base para novos e edificantes julgamentos, em que as bases estavam firmemente apoiadas na tradição, ditada pela repetição dos costumes. Saliente-se a função renovadora da jurisprudência, firmando, doravante, uma linha a ser indubitavelmente seguida.

Na Inglaterra o grande jurista é o Juiz, e não o doutrinador, e seu direito é formado por um tecnicismo que o leva a apresentar rígidas normas para o sistema de provas, porque, para um povo prático e objetivo como o inglês, de nada adianta ter razão se não se puder obter a justiça que se deseja. Em cada caso há uma "Legal Rule" a definir os rumos, sempre edificadas a partir do "case law" ou precedentes ditados pelas decisões dos Juizes, interpretando alguns veredictos, como ocorre, excepcionalmente, com os julgamentos pelo Júri, que vão se tornando cada vez mais raros.

Essas conclusões são oriundas do pensamento de Sir William Blackstone, autor consagrado de estudos sobre o sistema inglês ( aut.cit. Commentaries on the Laws of the England, 765-769), cuja obra atingiu oito edições nos Estados Unidos, e que se constituiu na pedra de sustentação do direito do povo norte-americano.

5 - Esse costume tradicional tem maior ressonância quando a força vinculante das decisões constituem, então, um conjunto harmônico respeitado por todos, e como o Direito Britânico, erigiu como nenhum outro o princípio romano do "stare decisis et quia non movere" que amalgamou a jurisprudência e os pilares do sistema anglo-saxão.

Assim, o "case law" é uma reunião de casos, julgados em bases e fundamentos semelhantes que formam uma estrutura jurisprudencial e, pela força vinculante, constroem o direito, e sua imposição é de efeito automático, ficando as exceções para os "statutes", que não ferem essas linhas básicas e fundamentais.

5.1 - A obrigação de recorrer às regras formalmente estabelecidas pelos juizes em seus julgamentos (stare decisis), manda respeitar os precedentes judiciais e permite a estruturação de um direito jurisprudencial. Esses precedentes judiciais (rule of precedent) mantêm a estabilidade e a certeza do sistema.

Essa simetria foi possível em grande parte devido ao conteúdo dos "Judicature Acts", que formaram uma

hierarquia no Poder Judiciário, que estranhamente não tem uma instituição como o nosso Ministério Público, algo impensável no tradicionalismo inglês. Há, porém, um ponto extremamente curioso, considerando-se o sistema da "common law" como de precedentes obrigatórios (aliás os únicos provêm da " Supreme Court of Judicature " e da Câmara dos Lordes) e seria uma afronta à dignidade dos Juizes ingleses pretender que eles motivassem suas decisões, que são dadas num sentido prático, enfim, " eles ordenam e não tem de se justificar ". Apenas os Tribunais Superiores, ao deduzirem seus raciocínios, fazem alguns comentários, "reasons", verdadeira " ratio essendi" da decisão e que se incorpora ao Direito Inglês.

Essa incorporação é que permite, por interpretação extensiva, saber se o precedente pode ou não ser aplicado ao caso " sub examinen", através da conhecida técnica das " distinções ", ou seja, a habilidade de perceber as possibilidades e limites do seu emprego. No Direito Inglês, pode-se dizer, como faz René David, citando Holmes, " A vida do direito não foi orientada pela lógica, foi escrita pela experiência ". (René David, ob.cit. p.354).

Dizer-se, finalmente, que o Direito é razão, fica bem adequado ao espírito tradicionalista do povo inglês.

6 - No caso dos Estados Unidos da América do Norte, as regras vieram da Inglaterra, mas sofreram o impacto natural da nova terra, com seus problemas locais inerentes ao

desbravamento e colonização.

Aqui nos EUA, a força do princípio da total liberdade democrática cresceu e expandiu uma força atuante no sistema judiciário representado pelos Promotores Públicos, informando a pesquisa histórica que foi o Estado de Connecticut a primeira Colônia a editar uma lei sobre as perseguições criminais, aparecendo o "Public Prosecutor", função que mais tarde daria surgimento ao "District Attorney", que agruparia os Promotores, ficando um sistema estadual ao lado do sistema federal, este comandado pelo "Attorney General", que foi o núcleo do Ministério da Justiça (Department of Justice).

Não há, por assim dizer, uma instituição una, indivisível, com comando centralizado, como sói ser o Ministério Público Brasileiro. Os "District Attorney" ou Procuradores de Estado, não pertencem na verdade a nenhum Ministério Público, inclusive devido à prática constante naquele país de serem eleitos em mais de quarenta Estados, havendo predomínio desse sistema, apesar de conhecidas críticas que a ele fazem os que não querem ver o Procurador envolvido em questões nitidamente políticas.

Essa atuação dos "Publics Prosecutors" ou dos "Districts Attorney" no campo estadual e do próprio Ministério da Justiça, reconhecem vários autores, enfraqueceu o crescimento do Poder Judiciário, no tocante à justiça criminal. Com efeito, os Promotores, eleitos pelo povo, não se sentem vinculados a nenhuma outra explicação, senão a si próprios, e atuam conforme

sua íntima convicção, pois que estão autorizados a agir pela força da votação que receberam.

Essa autonomia de ação encontra sério e fundamentado suporte na existência do chamado "tacita plea bargaining" ou, resumidamente, "plea bargaining", que reconheceríamos como direito de barganha, no qual o Promotor (district attorney) e o advogado do acusado discutem os termos e as vantagens que podem advir ao réu, se este aceitar sua culpabilidade, e, em troca, pode o Promotor recomendá-lo à clemência, ou imputar-lhe um crime menos grave perante a Corte, ou, se várias as acusações, omitir uma ou algumas delas.

Em alguns Estados essa prática tem lugar após o encerramento das diligências preliminares e antes da acusação formal (denúncia), pois o Promotor exhibe as provas que amealhou e convida o acusado ou seu advogado a negociar uma declaração de culpabilidade. O Juiz é ordinariamente excluído dessa fase processual que se realiza, diretamente, entre as partes nominadas. Uma vez em acordo, o Juiz nada mais tem a fazer, a não ser assegurar-se que a tese foi voluntária, que o acusado compreende as implicações, vale dizer, as consequências do acordo e, não havendo imoralidade ou outra gravidade, deve homologar o texto, conforme foi acertado entre as partes litigantes.

O sistema do "Plea Bargaining" curiosamente leva o Juiz a abdicar do seu direito-dever de comandar o processo judiciário, pois é o Promotor quem avalia as provas conseguidas

que justificam a inculpação, o próprio grau de censurabilidade e, ainda, os princípios que vão estabelecer a pena a ser imposta.

Vários juristas, no mundo todo, consideram que o sistema do "Plea Bargaining", pelo qual se resolvem inúmeros casos nos EUA - cerca de nove entre dez, conforme Boland et Alt "The Persecution of Felony Arrest", 1979 (in Bureau of Justice Statistics, Washington D.C., 1983) - como um procedimento inconstitucional. E o dizem porque o "Plea Guilty", quando o acusado se declara desde logo culpado, entra em conflito com as tradicionais garantias constitucionais conferidas a todos os indivíduos implicados em processo criminal, devido o caráter público fundamental do processo penal acusatório e as conhecidas garantias do "devido processo legal", e o forte princípio de que "nullum crimen, nulla poena, sine iudicio", pois aqui falta o processo em todo o seu esplendor. E, note-se que o "Plea Bargaining" é aplicado a todos os crimes, mesmo os mais graves como o "felony" (crimes cometidos com crueldade)". Contrariamente, esse sistema não tem na Inglaterra e nos demais países que adotam o sistema anglo-saxão, a importância que obtiveram nos EUA, e a crítica é a mais virulenta possível, beirando a uma prática assemelhada à ilegalidade.

7 - Nos Estados Unidos a "Plea Bargaining" procura desde logo obter do acusado um "Plea of Guilty", que leva diretamente o Juiz a homologar o acordo e aplicar a pena, porque o objetivo do Promotor, muitas vezes, está em abreviar o

processo, em obter um rápido encerramento do caso ou, ainda, com ele conseguir, por exemplo, informações mais valiosas a respeito de outro ou outros crimes e criminosos.

O exemplo mais famoso nos EUA, com repercussão no Brasil, é a luta contra a "Máfia" italiana, com o acusado Tomaso Buschetta, que através de um acordo com a Promotoria, obteve proteção legal e vive anônimo sob a proteção policial.

Já na Inglaterra, no famoso "Caso Coe" (1969), 53 - Cr App. R.667 -, Lord Parker reconheceu a eficácia das negociações, mas acrescentou que a busca da celeridade não pode e não deve fazer com que se perca de vista a imperiosa necessidade de uma justiça mais justa e adequada ao caso concreto.

Vê-se, pois, que o sistema, embora difundido, sofre sempre os percalços de sua velocidade, mas nos dias atuais é essa uma das metas que se busca com o aperfeiçoamento dos sistemas processuais. Se não fosse essa prática, constante e tradicional, o sistema judicial norte-americano certamente entraria em colapso como os demais em todo o mundo.

8 - Um outro aspecto importante, que pouco convém mencionar, é o problema do custo da administração da Justiça. Como se sabe, em cerca de 25 (vinte e cinco) Estados americanos, o que para nós equivaleria a uma investigação, ampla como o inquérito policial, lá reclama a plena autorização do Grand Jury (Grande Júri), um organismo composto de 16 a 22 cidadãos, homens e mulheres, que ganham em média 30 dólares por dia de

sessão, ligados a um Tribunal e que tem poderes consideráveis, onde toda a investigação é formalmente apresentada para que decidam se deve ou não prosseguir essa. As verbas que tal sistema de julgamento consome são realmente significativas; e após ele é que se pode chegar a um processo judiciário formal de condenação, em respeito ao estado de dignidade do acusado.

Nessa forma de julgamento os jurados deliberam livremente entre si, mantendo diálogos produtivos a respeito da solução que irão apresentar ao Magistrado. Na verdade, o Grande Júri é praticamente inexistente no meio rural, onde os próprios acusados renunciam a esse direito e, somente nos grandes centros, devido às concentrações populares, tem tido respeito, e a tendência que se nota é da gradativa extinção, muito embora sejam típicas instituições anglo-saxônicas de julgamento, remontando sua organização e funcionamento na "Assizes" de Clarendon, cerca de 1.166, e ainda segundo pesquisas históricas, teria alguma aproximação com a Grécia antiga nos julgamentos populares.

9 - O único fundamento palpável entre os cidadãos norte-americanos que justifica ainda a existência do " Grande Juri " é que essas pessoas pensam que o exame por eles procedido impede que as pessoas sejam perseguidas por Promotores ou pela própria Polícia, e impede que estes se tornem tiranos ou relapsos, havendo essa desconfiança, face a possibilidade de excesso de autoridade e a ausência de defesa por parte dos acusados inocentes.

Os estudiosos do "Grand Jury" anotam também que houve iniciativas para eliminar os custos dos mesmos, substituindo-os pelo sistema que denominaram de "One man Grande Juri" como ocorreu no Estado de Michigan, mas a iniciativa não deu certo, pelo enorme poder que esse "juiz" passou a ter e que se contrapõe a toda uma tradição americana de fracionamento do poder, uma espécie de limitação de poder pelo poder. Bem por isso na organização anglo-saxônica, em vários casos, ainda persiste uma espécie de perseguição privada, com advogados contratados para desvendarem crimes e reclamarem a condenação perante o judiciário, mas essa prática vem sendo eliminada.

Ela se repetiu, entretanto, no célebre caso Richard Nixon, onde o ex-Presidente dos EUA foi acusado por um Promotor especial, e o caso redundou no famoso "Impeachment" do ex-Presidente. Note-se que o princípio do "Plea Bargaining" foi usado, nessa mesma gestão, pouco tempo antes com o famoso caso Spiro Agnew, no qual Agnew, que fora eleito vice-presidente na chapa de Nixon, teve que fazer um acordo com Procurador Geral (General Attorney), Eliot Richardson, porque, ao fim de uma longa investigação, o Departamento de Justiça apresentou ao Grande Júri de 22 membros reunidos em Baltimore, acusação de ter recebido propinas de empreiteiras, quando ainda era governador do Estado de Maryland. Diante de provas "irrefutáveis", segundo o sub-Procurador Henry Petersen, lhe foi oferecido um "Plea Bargaining" vantajoso; em resumo, não haveria punição, apenas e tão-somente Spiro Agnew renunciaria à Vice-Presidência dos EUA (

Revista VEJA, ed.de 03/10/73, p.44). E foi o que realmente aconteceu: O Vice-Presidente dos EUA, mediante acordo, renunciou, para cumprir uma das condições básicas do acordo.

10 - Outro caso célebre, com repercussões no Brasil e no Paraná, foi o de Antonio (Antony) Gebauer, venezuelano, naturalizado americano, ex-vice-presidente do Morgan Guaranty Trust Company, à época o quinto maior Banco dos EUA, um dos trinta acusados que na sala 110 do Tribunal Federal de Manhattan, em Nova York, perante o juiz Robert Sweet, apresentou uma petição formulada por seu advogado Stanley Arkin, uma confissão pela qual se declarava culpado de quatro delitos: desvio de depósitos, falsificação de extratos e de livros bancários e, finalmente, do imposto de renda.

Esses crimes foram cuidadosamente pesquisados pelo famoso Promotor de Justiça Rudolf Giuliani, que antes havia combatido os chefes da "máfia nova-iorquina". Por um "Plea Guilty", Antony Gebauer se declarou culpado e leu para o Juiz uma confissão completa e cabal, negociando com a Promotoria, que o livrou da acusação de crimes mais graves, renunciou ao direito constitucional de se apresentar ao Grande Júri, portanto, evitou um julgamento público; pagou uma fianca de dois milhões de dólares e ficaria exposto a uma condenação de cinco anos, com possibilidade de cumpri-la em penitenciária particular, tudo porque colaborou com a Promotoria, dando informações ultra-valiosas sobre delitos cometidos por terceiros. Antony Gebauer foi negociador da dívida externa brasileira, durante uma das

gestões do então ministro Delfim Neto e, embora tenha desviado dinheiro também dos brasileiros, o fato não foi além de reportagens na Revista VEJA, ed. de 15.10.86, p.142/143, e anteriormente na edição de 28.05.86, p.84 a 89.

11 - Ainda dois casos merecem especial referência, e sua inclusão neste trabalho mostra a inequívoca vantagem que o sistema do "Plea Bargaining" representa, se ousarmos comparar o marasmo com que processos famosos tramitaram entre nós.

Contratado por uma das mais poderosas corretoras de valores junto à Bolsa de Valores de Nova York, Ivan Boeski foi preso numa investigação realizada sobre Wall Street, face as transações milionárias que efetuava e que despertaram o interesse do FBI (Federal Bureau of Investigation) dos EUA, pela sua ilegalidade. As profundas, sérias e contínuas investigações sobre as empresas que vinham atuando no mercado financeiro dos EUA envolveu o financista Ivan Boeski, o qual trabalhava para inúmeros clientes poderosos. Em troca de uma sentença mais curta, através do "Plea Bargaining" com a Promotoria de Nova York, e após ter confessado a prática criminosa que desenvolvia e quais eram seus cúmplices, Boeski foi condenado a uma pena de treze anos, a ser cumprida em uma penitenciária particular, i.ê., onde tem um conforto razoável e paga suas próprias despesas.

12 - Ivan Boeski delatou várias pessoas, entre elas o conhecido financista Michael Milken, que foi acusado de ter trabalhado com um irmão e mais outro sócio, infringindo cerca de

noventa e oito vezes as leis que disciplinam o mercado financeiro dos EUA, no maior crime da história da Bolsa de Valores norte-americana. Por esses crimes ficaria incurso nas sanções penais que lhe redundariam 520 anos de cadeia, além de multa de 24 milhões de dólares, se fosse condenado em julgamento público. Somente em 1987 Michael Milken ganhou, criminosamente, 550 milhões de dólares; negociou na Bolsa de Valores de Nova York um volume sensacional que alcança a significativa cifra de 175 bilhões de dólares por ano, cerca de uma vez e meia a dívida externa brasileira e tornou-se, por isso, um dos grandes executivos da "Drexel Burnham Lambert", uma das maiores corretoras de valores dos EUA e do mundo.

Seu crime foi usar, durante anos, informações privilegiadas - que deveria mantê-las em segredo - porque era um "inside information", e negociou nesta posição irregular inúmeras vezes. Negociou as famosas "junk bonds", conhecidas como "ações bichadas", ou "podres", manipulando os índices de mercado, fazendo-as subirem artificialmente, e desmembrando em novos lotes, também por ele manipulados, inclusive, comprando e vendendo ações entre seus próprios clientes, o que é vedado pela legislação bursátil norte-americana. Em consequência desse procedimento escuso, a Drexel Burnham Lambert fez um acordo com a Promotoria de Nova York, pelo qual, num "Plea Bargain", pagou multa de 650 milhões de dólares, para apenas não se ver citada criminalmente, e deixou abertas suas portas para investigação criminal, fornecendo todos os elementos que levaram

a incriminar fortemente a Michael Milken, conforme informa a Revista VEJA de 05.04.89, p. 106/107.

Esses relatos mostram, na verdade, um procedimento que apresenta resultados palpáveis, corretos e com evidente vantagem para o sistema de repressão penal, com custos contidos que asseguram a segurança da população.

Discorrendo sobre o tema Justiça, o jurista filósofo Eduardo Garcia Máynes, em seus abalizados "Ensayos Filosófico-Jurídicos", (1934-1979, 2a. ed. Ed.Universidad Nac.Aut.México, México, 1984, p.49): "Según dicho autor (Gustavo Radbruch), el derecho tiene un fin próximo y un fin remoto. Este consiste en la realizacion del valor justicia; aquél estriba en el aseguramiento de la paz y el orden".

O sistema anglo-saxão consegue, a um só tempo, preencher o núcleo das exigências reclamadas por Gustavo Radbruch, isto é, assegurar a paz e a ordem social, tendo em vista os princípios de Justiça.

#### 6.1.1 - CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

Algumas diferenças entre o sistema da "common law" e o mesmo sistema na América do Norte.

Certos Estados chegaram a estabelecer Códigos de processo civil e criminal, além de um código criminal, como resultado do movimento intitulado "David Dudley Field"; os clássicos franceses Pothier e Domat foram traduzidos para o

inglês, todavia, a Declaração dos Direitos do Cidadão e a Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 17.09.1787, faziam o reconhecimento da legislação escrita, que assim ganhava espaço.

Consta que J.Bentham, em 1811, oferecia seus serviços para que o Presidente Madison dotasse os Estados Unidos de um Código. Todavia, preponderou o sistema da "common law" porém, com algumas circunstâncias novas, devido ao desbravamento e ao progresso. Mesmo assim, o paralelismo é notado nos dois países, o Direito deixou de ser mero instrumento para resolver litígios e aos olhos de todos se mostra um meio adequado para criar um novo tipo de sociedade; surge um "poder administrativo" antes desconhecido, face aos negócios do governo, estuda-se o Direito Constitucional.

As diferenças também são acentuadas geograficamente, em vista de ser a Inglaterra uma ilha e os Estados Unidos um continente; lá vige uma Monarquia e seu regime político é o parlamentarismo; nos EUA, há uma República, um Estado Federal; o regime político é presidencialista, a população tem variada composição étnica e o famoso "American way of life" é completamente diverso do inglês e o próprio idioma toma nítidos aspectos diferenciais.

Apesar disso, as categorias jurídicas conhecidas e praticadas na "common law", como as "equity, torts, bailment, trusts", são comuns e, quando não houver um precedente judiciário, mesmo que haja lei a respeito, o jurista americano

por certo dirá: " There is no law on the point " (Não há direito sobre a questão).

A nítida diferenciação entre o Estado federal e os demais que compõem a federação gera o problema de se saber de quem é a competência legislativa, e os julgados sobre isso deverão levar na devida conta a própria autonomia residual que se confere aos entes estaduais. Como será desenvolvido em item próprio, o Ministério Público se avoluma e toma espaços amplos que outrora pertenciam à Magistratura.

Também na classe dos advogados importantes modificações são notadas, enquanto na Inglaterra, os "barristers" atuam com preferência nos Tribunais Reais de Westmister, e os "solicitors" preparam os seus trabalhos ou atuam nos chamados Tribunais menores; aqui a formação é completamente diferente.

Há um conceito genérico de jurista (legal profession) que envolve os advogados, empregados das empresas jurídicas, professores de direito e juizes, ficando advogados e juizes supervisionados pelo Supremo Tribunal do Estado onde atuam. Cada Estado da União pode estabelecer as condições para que o " lawyer" possa exercer a "legal profession", atuando num ou em vários deles.

O " lawyer", mediante inscrição estadual, pode, após pagar pequena taxa, se alistar perante a Suprema Corte. Em geral, a rotina é o advogado haver prestado um exame

organizado e controlado pelo Tribunal Estadual e, após a prática de pelo menos cinco anos, poder ser admitido a trabalhar, também em outro Estado.

Na sua formação feita nos Cursos de Direito nas Universidades, o estudante terá um curso essencialmente prático, desde o exame de "case method" básicos e essenciais, alguns "modified case method", notadamente que envolvam tributos e, nos centros mais modernos, o "clinical method", que se assemelha à nossa prática em Escritórios de Assistência Judiciária, mantido pelas Universidades brasileiras.

Após a formação universitária e o exame de ordem perante o Tribunal Estadual, são incluídos na "American Bar Association", equivalente americano da nossa Ordem dos Advogados, e ali atuam profissionalmente, individualmente ou em firmas organizadas.

## 6.2 - ASPECTOS DO SISTEMA ITALIANO

### PREÂMBULO

O atual posicionamento da legislação processual penal ocorrido na Itália revoluciona a técnica processual penal e seus efeitos ainda não se fizeram sentir em termos de influência. Como se sabe, o sistema italiano vem em linha direta do direito romano e o seu modo de proceder fincava raízes que lhe permitiam diferenciar, profundamente, do sistema anglo-saxão, sendo então conhecidos esses sistemas por suas

profundas antinomias.

O modelo anglo-saxão, evidentemente mais prático e objetivo, vinha apresentando algumas vantagens que não eram adotadas pelo sistema vigente na Itália e, deste para aquele, havia algumas vantagens que puderam ser compatibilizadas, resultando um sistema misto, que une e aproxima as vantagens existentes e com a virtual eliminação das formas que se opunham, ganhando relevo e importância que não foi de todo detectada pela gama de estudiosos.

Assim, resulta em plena modernidade e avanço o sistema que foi adotado na Itália e que já vem obtendo sucesso entre os mais renomados processualistas, sendo considerado um ponto alto da gestão do Ministro da Justiça, Giuliano Vassali, que é por todos respeitado como um grande jurista.

Embora tenhamos herdado o processo penal português, na verdade conseguimos transplantar com algum êxito certos institutos anglo-saxônicos, como por exemplo o "Habeas corpus", que entre nós floresceu ainda mais com a chamada doutrina " Ruy Barbosa", em que o "writ" era empregado como instituto destinado a combater a violência em qualquer uma de suas formas, até que repartiu esse poder de conter o abuso e a violação de direitos com o " mandado de segurança".

Fontes históricas indicam que o "habeas corpus" foi introduzido pelo Código de Processo Criminal de 1832,

ainda no Império e, portanto, já enraizado em nossas mais caras tradições jurídicas, seguindo-se outro instituto britânico, porém, com características mais nitidamente francesas na sua organização, como o "Júri", o que aconteceu com o Decreto Lei 167 de 1938.

Mas é certamente a influência do chamado Código Rocco que personaliza nosso Código de Processo Penal, que ainda resiste estratificado na Itália de Mussolini, cujo regime ditatorial era por nós assemelhado e não ficara apenas na área penal essa influência como mais forte se revelaria em toda a estratificação processual, material e até de organização judiciária, como se deu no Direito do Trabalho.

Marcante na formação do novo Código de Processo Penal em vigor na Itália, foi sem dúvida a atuação de sua prestigiadíssima Corte Constitucional, que defendeu as prescrições contidas na Carta Constitucional, formando jurisprudência e comparando os institutos que permitiram vencer formas de crime organizados como o terrorismo, este tristemente celebrizado pela atuação intelectual e criminosa organização das " Brigadas Vermelhas " que, a pretexto de mudanças no âmbito político-ideológico, acentuava sua agressão deliberada ao Estado e às Instituições, que a Itália venceu, não sem grande derramamento de sangue, mas sem que o Estado tivesse que introduzir a pena de morte, combatendo-o eficazmente com a pena de prisão perpétua ( o ergástulo ).

Nesse atual Código de Processo Penal a ação penal é pública, com a adoção plena do sistema processual acusatório, em que as partes participam ativamente da colheita de provas e da formação da culpa, com inteira liberdade de atuar, mas sem que quebre a regra da autoridade que deve ser prestigiada pelo Poder Judiciário, e amplamente equilibrados os poderes das partes.

Esse equilíbrio do contraditório foi conseguido com a virtual eliminação do poder que detinha o Ministério Público, verdadeira magistratura de pé, que realizava a sua pesquisa peculiar com diligências particulares ( a chamada " indagini preliminare " ), sendo que a prova só é válida se discutida no âmbito do processo acusatório, com inteira e total fiscalização da parte contrária.

#### 6.2.1 - CÓDIGO ANTIGO

A eliminação do Juizado de Instrução foi recebida com total desagrado pela Magistratura daquele País, pois a forma de julgar era consagrada pela comunidade italiana como eficiente e fazia parte integrante das mais prestigiadas tradições daquele sistema.

Com um respeito integral à liberdade do acusado, curiosamente o Código Processual manteve o chamado "fermo" (conforme art.384 - CPPI), que se traduz na possibilidade concreta do Ministério Público dispor da liberdade do acusado-

detido, mas que adota uma provisoriedade em face de algumas exigências importantíssimas de ocasião, que são estabelecidas legalmente.

Face à exposição que ora fazemos, torna-se importante destacar, desde logo, que a carreira do Ministério Público e da Magistratura é una na Itália, e assim podem ser encontrados os Magistrados do Ministério Público, a Magistratura de pé, e a Magistratura como a encontramos no Brasil, que constitui a segunda etapa da mesma carreira. As investigações realizadas pela polícia judiciária, que tem seus oficiais de polícia, é dirigida pelo Procurador Geral junto à Corte de Apelação e ainda pelo Procurador da República. E aí, no chamado juízo de instrução, que é feito pela Polícia Judiciária, e atos praticados pelo Magistrado, ou seja, pretor, Procurador da República, Procurador Geral junto à Corte de Apelação, o que se qualificava como sendo a investigação ou instrução preliminar, conforme artigos 231 a 234.

Ficava-se com dois tipos de investigação preliminar e, para se chegar à imputação de um fato a alguém, eram, assim, previstos dois ritos: um, a "instrução formal" e, outro, a "instrução sumária".

A "instrução formal" era dirigida por um Juiz que recolhia imparcialmente as provas e depois decidia se o imputado deveria ou não enfrentar um julgamento num processo devidamente formal, sendo que à defesa competia apenas acompanhar a produção de provas, através de advogado.

Na chamada "instrução sumária", seu dirigente era o Ministério Público, que tinha o poder de comandar a polícia judiciária, a qual investigava a forma e as provas, como se fosse um juiz, e depois, na fase dos debates, se servia das provas que ele mesmo colhera.

Nesses dois tipos de ritos, a instrução formal era regra geral, enquanto a instrução sumária era prevista para os casos de "flagrante delito" ou o crime fosse praticado por pessoa presa, detida ou, ainda, internada para cumprimento de medida de segurança, até que fosse possível instaurar um processo dito diretíssimo (art.398), isso devido a menor complexidade do trabalho.

#### 6.2.2 - C Ó D I G O     A T U A L

Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal da Itália, foi adotado o sistema do "Plea Bargaining" norte-americano, de ampla e total aceitação do sistema anglo-saxão, com a recente Reforma Vassali, comandada que foi pelo excelente Ministro da Justiça Giuliano Vassali, Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Roma.

A Comissão redatora era formada pelos Professores de Processo Penal, Giandomenico Pisapia, como Presidente, e Mário Pisani, de Milão, além de Vitorio Grevi, de

Pavia, que, quebrando uma antiga tradição, adotaram o que chamaram de acordo entre acusação e defesa, " Il patteggiamento", que deve preceder aos debates e mesmo à produção de prova, tudo com o propósito claro e indiscutível de apressar as soluções judiciais e tornar mais eficaz e presente a repressão penal. O fato é amplamente assinalado com entusiasmo, em todo o mundo, pela aproximação dos dois sistemas e, como o fato mais sensacional da Reforma Vassali, pelo rompimento com o passado e modernidade que vem ensejando a sua adoção, embora ocorram protestos inconformados por parte da Magistratura sentada.

Vê-se que um acordo entre a acusação e a defesa põe fim ao processo, torna mais rápida a prestação jurisdicional, a brevidade se fará também sentir na pauta de audiência e julgamentos, pois sem a necessidade da instrução probatória, em grande número de causas, já que o acusado se declara culpado (guilty) e mediante compensações acordadas pelas partes, a transação pode e deve ser homologada pelo Magistrado, encerrando-se o caso, que vai assim seguir o processo executório.

Há ainda uma série de mudanças substanciais na Reforma Vassali, como o chamado interrogatório direto ou cruzado, com o acusado e as testemunhas, fato que dá maior realidade e conteúdo à prova colhida em audiência. Todavia, é o " patteggiamento " ou "negoziazioni" a maior mudança, embora se possa reconhecer na figura característica de um instituto que havia na Itália, de aplicação muito limitada, que permitia a

substituição penal, sob certas condições, importando em renúncia ao processo pelo acusado.

Inicia a Península Itálica, assim, um procedimento jurídico premial, visando um passo a mais na negociação, envolvendo maior mitigação no princípio constitucional italiano da obrigatoriedade da ação penal, já que há um princípio constitucional de não se apenar sem imposição de processo contraditório. Todavia, há margem, na própria Constituição, para a introdução dessa experiência que certamente vai reforçar a tutela penal e tornar concreta a maior celeridade da justiça

### 6.2.3 - D A A C U S A Ç A O

O Ministério Público ficou com o poder de decretar a custódia preventiva de natureza cautelar, chamada de "fermo di indiziato", previsto no Título VI, artigo 384 do CPPI, porque a fase pré-processual é nitidamente um debate de partes, onde o Juiz atua supletivamente, como por exemplo, na audiência do "fermo do indiziato" que deve, em quarenta e oito horas, ter sido requerida pela acusação ou pela defesa, pois na forma do artigo 390 do Código atual, esse é o prazo para que o Juiz decida nessa audiência de convalidação se a detenção persiste ou não. (art.391, n.6).

Vale a pena destacar que o Ministério Público dirige a Polícia Judiciária, como inequivocamente está

estabelecido no artigo 327 do atual CPPI, "verbis":

" Il Pubblico ministero dirige e dispone direttamente della polizia giudiziaria".

Essa colocação do atual Código Processual coloca um novo rumo na condução das atividades da polícia judiciária, notadamente na busca dos elementos que permitirão a instauração, ou não, de futura ação penal. Comparando nosso sistema, mesmo com a fiscalização externa da atividade policial prevista na Constituição Brasileira, vê-se que o texto italiano é direto na sua afirmação.

A solução adotada pelo processo penal italiano é vista até como uma das formas de melhor adaptar o aparelho repressivo ao combate da criminalidade porque, ao final, a prova colhida nessa fase é toda ela dirigida diretamente à "opinio delicti" do Ministério Público.

Confiando a instrução preliminar ao Ministério Público, aboliu-se por completo o chamado Juizado de Instrução, isso também graças ao constante ensinamento do combativo titular da cadeira de Processo Penal da Universidade de Roma, Franco Cordero, um jusfilósofo, que sempre pregou um processo penal democrático, de partes, e assegurando que os ranços inquisitoriais do Processo Penal revogado nada tinham de democráticos, como exige a Constituição Italiana. Mas curiosamente permitiu a chamada prisão para averiguações, tal

como a mantemos "de fato" em nosso sistema, embora com o advento, entre nós, da "prisão temporária", estabelecida pela Lei 7960, de 21.12.89, que a permite pelo prazo de 05 dias, prorrogáveis por mais cinco, perfazendo, no total, dez dias, em determinados crimes graves e, ainda, quando indispensáveis para a conclusão das investigações no inquérito policial. A decisão fica por conta do Juiz.

No atual CPPI, em casos de extrema urgência, a Polícia Judiciária pode prender, mas comunicando imediatamente ao Ministério Público, conforme o número 1 do artigo 386, que fixa os deveres da polícia nestes casos. O interesse imediato é resguardar, desde logo, a legalidade da prisão e o direito de liberdade do acusado, com prevalência de atuação sobreposta, Polícia Judiciária, Ministério Público e convalidação por ato do Juiz, que atua supletivamente. Pode ser que, de imediato, se reconheça que a pessoa presa não é aquela que deveria ser; nessa oportunidade, valendo-se do artigo 389 do Código de Processo Penal, o Ministério Público, desde logo, deve emitir um circunstanciado decreto, colocando essa pessoa acusada imediatamente em liberdade.

As funções do Ministério Público, no novo Código Processual Penal Italiano, foram sintetizadas pela dupla de Promotores paulistas, Bentivoglio e Buono ( A Reforma Processual Penal Italiana - Reflexos no Brasil, RT, SP 1991, pag. 48), nos seguintes aspectos:

" As funções do Ministério Público são exercitadas:

- a) nas investigações preliminares, nos procedimentos de primeiro grau (primeira instância) da Procuradoria da República junto ao Tribunal " onde não houver Ministério Público (onde não há pretor);
- b) nos juízos de "impugnação dos Magistrados" da Procuradoria Geral junto à Corte de Apelação, ou junto à Corte de Cassação ".

Evidentemente que, numa apreciação final, o Ministério Público saiu fortalecido com a reforma processual penal. Todavia, passado tão pouco tempo, as notícias sobre a eficiência do novo Código ainda são desconhecidas.

#### 6.2.4 - D O P R O C E S S O

O Processo foi modificado, podendo ser notadas duas fases muito importantes, uma pré-processual, que fica a cargo do Ministério Público ou do Juiz em determinados casos; quando se reclama o chamado " incidente probatório" para a produção de provas, mesmo antes de existir o processo, mas que, pela força de que essas provas se revestirão, de serem verdadeiramente contraditórias, merecem a participação da Defesa e da Magistratura.

Normalmente se mantêm os chamados processos especiais, que visam acelerar o encerramento das ações, quer pelo requerimento de acusação e defesa, ao término da "indagini preliminare", quer porque o acusado foi preso em flagrante delito ou confessou o crime, detalhadamente, e com isso se passa à fase da fixação da pena, sempre com vantagens e concessões ao acusado. O que diferencia as duas fases, entre a chamada pré-processual e a ação propriamente dita, é a audiência preliminar, na qual a acusação formula um requerimento e, se aceito pelo Magistrado, este é quem fixa as linhas básicas da acusação, face ao recebimento do pedido (richiesta) do Ministério Público.

Num pormenor, o arcaico sistema brasileiro se mostra melhor, é aquele que exige o oferecimento da denúncia técnica, com limites precisos, o que não é exigido pelo sistema italiano, que se contenta com um simples pedido formulado pelo Ministério Público. Hoje, a exigência constitucional da fundamentação dos despachos judiciais reforça esse aspecto processual.

#### 6.2.5 - D A D E F E S A

Para abreviar os inconvenientes de um processo longo, a Defesa pode renunciar à audiência preliminar, à fase debatimental, ou logo de início fazer um acordo com a acusação a respeito da sanção que será imposta, sempre com vantagens inequívocas. Surge, também, no Código Processual Penal, a

oportunidade da Defesa requerer uma das alternativas do rito processual, que pode ser formulada em conjunto com a Acusação ou dependente de sua anuência, mas sempre sob a direta apreciação do Magistrado.

Isso é possível, desde que se tenha em vista que o processo, na verdade, se presta para reconstituir o fato histórico que é a ação delituosa, o crime em si. Portanto, se o Ministério Público não pediu o arquivamento da investigação preliminar, o que pode se dar nos casos de manifesta falta de fundamento da "notitia criminis", por improcedibilidade da ação penal ou porque não puderam ser reconhecidos os autores do delito, deve requerer o arquivamento desse expediente, o que pode ou não ser aceito pelo Magistrado. Se aceito, não haverá problema algum; porém, se o Magistrado discordar, seu ponto de vista prevalece e o Ministério Público deve proceder a novas investigações e apresentar o requerimento formal de imputação.

#### 6.2.6 - P R O C E D I M E N T O S E S P E C I A I S

Conforme estabelece o Código Processual, há o procedimento ordinário, reservado aos delitos de maior gravidade e os chamados "procedimentos especiais", que contêm ritos abreviados e que pela ordem são: o juízo abreviado (giudizio abbreviato), a aplicação da pena a pedido das partes (applicazione della pena su richiesta delle parti), o juízo diretíssimo (giudizio direttissimo), o juízo imediato (giudizio immediato) e o procedimento por decreto (procedimento per decreto).

No procedimento especial que é o juízo abreviado, a regra do artigo 441 fixa o rito e, havendo requerimento da Defesa acatado pelo Ministério Público, o Juiz julga desde logo o processo, no estado em que se encontra e, se condenatória a decisão, observará o artigo 442 que favorece o acusado, com a redução da pena de prisão perpétua para 30 anos e, em qualquer caso, uma redução obrigatória de 1/3, o que é um estímulo para uma decisão mais rápida. Como se vê, é um procedimento especial que pode ser aplicado, mesmo aos crimes mais graves que são de competência do Tribunal do Júri, importando, essa opção processual uma renúncia ao julgamento pelo Tribunal Popular. Esse procedimento abreviado traz reduções na ordem recursal, reduzindo a devolução a temas específicos, conforme o artigo 443 desse Código.

Surge, na sequência, o procedimento especial previsto no Título II, "Aplicação da Pena a requerimento das partes" donde sobressai o acordo, "il patteggiamento", que se faz com base no disposto pelo artigo 444 do CPPI, que lhe fixa as regras fundamentais, valendo a pena tentar uma tradução de seu texto:

" O imputado e o Ministério Público podem requerer ao Juiz a aplicação, na espécie e na medida indicada, de uma sanção substitutiva, diminuída de um terço, ou ainda de uma pena detentiva quando esta, tomando-se em conta as circunstâncias e diminuída até em um terço, não supera dois anos de reclusão ou detenção, só ou conjuntamente com a pena pecuniária ".

No Parágrafo segundo do mesmo artigo 444, estabelece-se que o Juiz, conforme o estado do processo, vendo estar perfeita a qualificação jurídica do fato e a aplicação e motivação dada pelas partes corretas, determinará por sentença a aplicação da pena indicada, enunciando na parte dispositiva que esta foi prolatada atendendo a um pedido formulado pelas partes.

Apesar do acordo, não se subtrai ao Juiz o poder de apreciar certos requisitos, tais como: qualificação correta do fato, avaliação do processo e circunstâncias do caso, podendo, pois, recusar o pedido das partes. Se, entretanto, acatá-lo, uma de suas consequências será a homologação, inapelável, não sendo um benefício mas uma decisão sobre o mérito da demanda.

O artigo 444 tem ainda um parágrafo terceiro que possibilita à parte requerer ao juiz que, em função do acordo, lhe conceda a suspensão condicional da pena, o que, se não for o caso, poderá ser rejeitada pelo Juiz.

Em seguida, o artigo 445 trata dos efeitos da aplicação da pena a requerimento das partes, assumindo importância fundamental porque nele se considera que o delito é extinto se, no prazo de cinco anos, quando a sentença concerne a um crime, ou de dois anos, quando diz respeito a uma contravenção, o acusado não comete novo crime ou contravenção da mesma espécie. Nesse caso, se extingue todo e qualquer efeito penal e, se aplicada uma pena pecuniária, ou uma sanção

substitutiva, a aplicação não é obstáculo para a concessão de uma sucessiva suspensão condicional da pena.

O artigo 446 trata do pedido de aplicação da pena e consenso, estabelecendo o parágrafo primeiro: " As partes podem formular o requerimento (de aplicação da pena) até a declaração da abertura do debate de primeiro grau". E prossegue: "O requerimento e o consenso na audiência são formulados oralmente, nos outros casos são formulados por ato escrito " .

O artigo 447 estabelece a possibilidade do pedido ser formulado ainda na realização da " indagine preliminare ", ou seja, na investigação preliminar e, nesse caso, o requerimento apresentado ao Juiz, assinado em conjunto pela acusação e defesa, será fixada uma data para audiência, onde se proferirá a decisão, podendo ser ouvidos nessa audiência as partes, formulando regras claras para que a iniciativa seja logo apreciada, formalmente.

Esse tipo de procedimento previsto no Título II se encerra com o artigo 448, que fixa os provimentos que o Juiz pode adotar nesse tipo de rito. É dada especial atenção ao dissenso do Ministério Público ao pedido formulado pela defesa e, neste caso, cabe ao mesmo dar os motivos de seu inconformismo, que serão analisados pelo Juiz, que pode supri-lo, sendo, neste caso, permitida a apelação, face a sua não concordância com o acordo. Nos demais casos isso não é possível.

O procedimento especial chamado " giudizio

"diretíssimo", de começo não exige a "audiência preliminar" e se aplica aos crimes em que ocorreu a prisão em flagrante delito ou em que houve a confissão do réu; a requerimento do Ministério Público e, se houver o consentimento do acusado ou seu defensor, passa diretamente para a audiência de instrução e julgamento. Somente se houver conexão com outro caso, em que não seja possível a separação, prevalecerá o rito ordinário.

Conforme se deprende do estudo desse rito, o "diretíssimo" se caracteriza por uma situação de evidência da prova, seja pela prisão em flagrante ou pela própria confissão. O artigo 450 do CC4PPI fixa os rumos da instrução em juízo, para aplicação do "diretíssimo".

O Ministério Público toma providências, para apresentação em juízo do preso em flagrante ou medida cautelar, cita o que estiver em liberdade; feitas as anotações do processo, o juiz-presidente avisa ao acusado sobre a faculdade de requerer o "Juízo abreviado", ou mesmo a aplicação da pena conforme o pedido das partes. O acusado, caso não concorde com a solução, pode pedir prazo para formular sua defesa, havendo possibilidades de transformação do rito, segundo o artigo 452, observando-se a faculdade da mudança, se o Juiz assim entender, segundo o estado do processo.

O procedimento "de imediato" vem regulado nos artigos 453 a 458 e é resultado de aplicação dos princípios do contraditório, ou processo penal acusatório, ficando quase que

num meio termo entre o "diretíssimo" e o "ordinário", tendo como ponto inicial a dispensa da audiência preliminar. A defesa pode requerer o "juízo imediato" de acordo com o artigo 419 do CPPI, devendo o requerimento do Ministério Público vir acompanhado do relatório com a "notitia criminis", documentação relativa às provas realizadas, com a presença do Juiz, ficando este, na forma do artigo 445, o Juiz com prazo para decidir a respeito da aceitação ou não desse rito.

No artigo 456 o Juiz, em seu despacho, fará as advertências conhecidas, facultando ao acusado requerer a transformação em juízo abreviado, ou mesmo a aplicação da pena a seu requerimento, com as vantagens da redução da pena em um terço. Se o Juiz que julga o pedido de juízo imediato não for competente, remeterá os autos para aquele que o for, todavia, há plena ciência das partes da iniciativa tomada tanto pela acusação como pela defesa, tudo para acelerar a prestação jurisdicional e evitar manobras protelatórias, face à vantagem reducional da pena que tal procedimento acarreta.

Por derradeiro, o novo Código manteve o conhecido "procedimento por decreto", dando-lhe uma estrutura simples e autônoma, aplicando-se-o nas chamadas "infrações de bagatela". Nesse caso, o juiz emite o "decreto penale" de condenação, face a acusação desenvolvida pelo Ministério Público. Somente depois disso é que o réu é formalmente citado e, se discordar, fará resistência, apresentando defesa contra o decreto condenatório, conforme dispõe o artigo 461. No primeiro

anteprojeto de nosso Código de Processo Penal Brasileiro, conforme anotamos, José Frederico Marques procurou transplantar esse procedimento para nossa legislação, no intuito de agilizar a prestação jurisdicional.

Resta acrescentar, ainda, que a fase recursória foi grandemente afetada pela introdução dos "procedimentos especiais", pois, no procedimento abreviado, este reduz o âmbito da apelação, restringindo a devolução; e, no procedimento da aplicação da pena a requerimento das partes, o recurso foi simplesmente eliminado.

Em conclusão, importa ressaltar que o processo penal italiano dá um passo significativo em função do poder dispositivo das partes, isto porque podem requerer a modificação dos procedimentos ou mesmo transacionar, tudo, evidentemente, face às provas produzidas e sua valoração, bem como as vantagens que o juiz pode, condescendentemente, aplicar na fixação da pena.

## 7 - DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A "conciliação", que é umas das marcas registradas do chamado Código Buzaid de Processo Civil, transporta para o processo civil uma das características com que entre nós o processo de Direito do Trabalho sempre ostentou como uma de suas atuações mais conhecidas.

Os autores costumam apontar algumas vantagens que a "conciliação" apresenta: 1o) propicia mais breves soluções para demandas; 2o.) colabora para a celeridade processual, com a eliminação de uma pletora de trabalho que se esta não existisse, deveria ter que ser realizado; em função desses itens aumenta a eficiência, a credibilidade e a eficácia, e facilita ainda o acesso das partes ao Poder Judiciário.

Evidentemente que se há de exigir dos Juizes algum treinamento, e não a mera e simples possível vocação para realizar tal projeto; a "mens legis" visa encurtar distâncias; mas para tanto deveríamos criar hábitos de "conciliador" no espírito do Julgador, sendo que as escolas e os escritórios de treinamento tem dedicado pouco tempo para esta arte de fazer com que as pessoas cheguem a um denominador comum.

E com isso se exige mais uma habilidade do juiz, mas que é claramente um atributo a mais a ser exigido do futuro candidato a magistrado, que deve ser treinado para tal, e não apenas que continuemos a confiar no seu "instinto" ou bom

senso profissional.

Colhe-se em renomados processualistas nomeadamente o clássico Carnelutti, em sua obra universal: Sistema, Vol. 1o. pág. 174, ed. 1936, a seguinte idéia de que a mediação:

"Visa a uma composição contratual qualquer sem preocupar-se com a sua justiça".

Resulta intuitivo na obra que a conciliação: "tende ao invés à composição justa"; vale dizer a atuação do magistrado não deve ser coativa ou tendenciosa, como às vezes acontece, para por fim a um processo a mais, a fim de que pese no quadro estatístico de trabalho, embora pesando no direito de uma das partes.

É evidente que a pessoa do Juiz, na audiência conduzindo a "conciliação", deve importar na condução ética dos trabalhos, sem que sua autoridade dimanante comportamentos nervosos que indiquem a pressa que se possui em resolver logo, de qualquer modo, a demanda que está sob sua responsabilidade pessoal, já que encarna a pretensão estatal de distribuir justiça a seus jurisdicionalizados cidadãos.

Não vemos maior profundidade ou valoração na distinção entre os êtimos "mediação" ou "conciliação", já que o ato de permitir que as partes negociem um acordo teve ter alguém que desinteressadamente promova esse encontro e logre esse importante fim.

Nunca é demais uma pequena busca histórica do instituto, valendo lembrar que, embora de um modo geral afastada do velho Código de 1939, no processo de separação judicial e nos casos de família o Juiz deveria iniciar a audiência tentando conciliar as partes, trazendo-lhes, como se dizia, o "lenitivo do bom conselho" com que, na verdade, se pretendia evitar as separações, ou quando não, tentar demover os litigantes a promoverem uma separação amigável invés de uma dita judicial, que tinha o sentido figurado de litigiosa.

A história de nossa tradição legislativa encontra a conciliação até mesmo na Carta Constitucional de 25/03/1824, com sua evidente primazia por ser a Constituição Política do Império do Brasil, pois trazia no seu art. 161 o seguinte:

"Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum."

E logo em seguida o art. 162, dando continuidade, esclarecia consequentemente:

"Para este fim haverá Juizes de Paz, os quais serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegendem os Vereadores das Câmaras. Suas atribuições, e Districtos serão regulados por Lei."

E descendo para a legislação infra-constitucional, daquele tempo, vamos encontrar no teor do artigo

5o. da famosa Lei de 15/10/87, o seguinte:

"Compete ao Juiz de Paz: conciliar as partes que pretendem demandar por todos os meios pacíficos que estiverem ao seu alcance, mandando lavrar termo de resultado, que assinará com as partes e o escrivão."

Com essa pesquisa histórica, queremos demonstrar que é da nossa tradição judiciária a busca do entendimento preliminar entre as partes e a lavratura do termo com o resultado obtido, tudo no sentido de apaziguar os ânimos.

E essa tradição apaziguadora prosseguiu encontrando-se na Consolidação das Leis Civis do Conselheiro Ribas, no seu art. 185, o seguinte texto:

"Em regra, nenhum processo pode começar sem que se faça constar que se tem intentado o meio de conciliação perante o Juiz de paz".

Observa-se por esses textos transcritos que a figura e a função do Juiz de Paz, tal qual hoje ainda existe é da mais pura tradição do fôro brasileiro, tendo louros até mesmo de texto constitucional.

Ainda no tradicional Regulamento 737 de 25/11/1850 ficara estabelecido no seu art. 23:

"Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso sem que previamente se tenha tentado o meio da

conciliação, ou por ato judicial, ou comparecimento voluntário das partes."

Demonstra-se também, de outra parte, a preferência pelo termo "conciliação" ao invés de qualquer outro.

Mesmo quando a Constituição Federal permitiu por pouco espaço de tempo que os Estados legislassem sobre matéria processual a conciliação permaneceu em vários deles, ainda que em alguns marcada pela facultatividade.

Mas é como se assinalou no curso deste tema, no Direito do Trabalho, com a advento do Decreto No. 21.396 de 12/05/1932, quando se formaram as Comissões mistas de conciliação, para o fim de dirimir os dissídios entre empregados e empregadores, como se lê no art. 13 desse Decreto, foi que a conciliação permaneceu efetivamente por mais tempo em nossa legislação nacional.

Com o retorno do Código Buzaid ao uso prêvio da conciliação, voltamos a recuperar um dos nossos institutos judiciários mais antigos e de grande e extraordinária valia que assume pela primeira vez, em matéria penal, um lugar que pensamos será muito importante na administração da justiça.

Uma característica básica que resulta da maior importância é que a conciliação processual no Código Buzaid de 1973, é feita perante o Juiz que a assinará conforme manda o art. 449, após a lavratura e homologação do acordo.

Questiona-se então, como poderão eventualmente uma das partes alegar: dolo, coação, erro ou qualquer outro vício que macule a composição realizada perante a figura do Juiz?

Pensamos que tal se torna pelas próprias condições em que é realizada, fora de qualquer suspeita, porquanto o procedimento do Magistrado há de ser o mais escorreito possível, e tal é a vontade da Lei, exatamente porque a homologação não deve traduzir nada mais do que a própria vontade das partes, apaziguada, encontrada como fim último buscado pela atividade desempenhada pelo Juiz.

Será um modo terminativo fatal para se apressar o andamento da Justiça e, por essa via, sua importância se evidencia fundamental para os tempos modernos, em virtude da informatização do controle da justiça.

Por ocasião da discussão do projeto de Código de Processo Civil, quando se estudava a volta desse importante instituto processual, o anteprojeto dispunha no art. 485 que haveria "comparecimento das partes à primeira audiência". Todavia, apresentava um parágrafo que dizia:

"Parágrafo Único. A parte poderá escusar-se de comparecer, declarando ao Juiz sua intenção de não fazer acordo."

A Comissão revisora, manteve a redação do anteprojeto, agora como art. 541, todavia restou apenas o "caput"

do mencionando artigo, suprimindo-se inteiramente o seu parágrafo, que serviria apenas para tumultuar e justificar a ausência protelatória a audiências.

Como já se sabe, a colocação topográfica da conciliação no início da audiência, representa um passo importante, porquanto no sistema da lei processual civil, em alguns casos o Juiz, se achar oportuno e conveniente, ou se as questões não demandarem a realização de provas testemunhais, sendo apenas provas documentais ou de questões jurídicas, poderá proferir o que chamamos de "juízo antecipado da lide".

Ora, o intuito do legislador foi exatamente o de obviar inconvenientes na prestação jurisdicional, como por exemplo, as pautas carregadas de audiências dos juizes, falha capital do finado Código Processual Civil de 1939; mesmo assim, a conciliação colheu os frutos da antiga prática que vinha sendo feita nos processos de separação judicial "prazo de reflexão" e nas ações de alimentos.

Figurou nos procedimentos que chegam à audiência, nos processos ditos sumários, ou no "sumaríssimo" que se iniciam pela audiência, a necessidade de ser realizada a fase da "conciliação", cuja omissão deve ser corrigida a todo tempo pelo Juiz.

Pela sua importância é de se destacar que no IV Encontro dos Tribunais de Alçada, ocorrido em Curitiba, em setembro de 1975, discutiu-se e se firmaram as teses: 1a.) a

falta de conciliação constitui nulidade relativa, i. é., se não houver reclamação da parte, ela se convalida; e 2a.) não há conciliação no processo cautelar.

Já o VI Encontro, ocorrido agora em Belo Horizonte no ano de 1983, aprovou a tese de que não se deve decretar a nulidade por omissão da tentativa de conciliação nas causas de natureza patrimonial.

A propósito da conciliação no juízo cível, firmou-se e vai-se pacificando o entendimento de que conforme o art. 38 do mesmo CPC o advogado deve comparecer a audiência com poderes especiais para firmar acordo, e que o acordo feito com a presença da parte, mesmo sem advogado é válido, "exempli gratia":

"A conciliação do art. 448 do CPC - referido no art. 278, parágrafo 1o., do mesmo código - é ato que se realiza entre as partes, independentemente de qualquer atividade advocatícia; razão mesma pela qual a lei processual se refere ao comparecimento das partes - art. 447 - e à citação do réu para comparecer à audiência - art. 278. Nenhum vício, pois, na homologação de acordo concluído pessoalmente pelo réu, sem a assistência de advogado. (Ac. unân. da 9a. Câm. do TJSP de 01/11/83, na apel. No. 53.927-2, rel. des. Vieira de Souza, ADCOAS 1984, No.97.482).

Firmou pois, a jurisprudência de nossos Tribunais as teses de que a conciliação é nulidade relativa que deve ser alegada nas questões patrimoniais, na primeira oportunidade processual sob pena de convalidação; e nas questões familiares ou conexas, esta exigência é fundamental, geradora de nulidade do "decisum" proferido sem a sua verificação que é de exigência do processo; de outra sorte o comparecimento da parte mesmo sem advogado e firmando acordo, não enseja nulidade, o mesmo ocorrendo se seu advogado está munido de poderes especiais.

Comparando a fase de conciliação no juízo cível com o juízo trabalhista, ressalta a diferença de tratamento, porque no cível há apenas uma única tentativa feita no início da audiência, antes da colheita probatória e da fixação do "thema decidendum"; já no juízo trabalhista, a mesma é colocada por igual no início da audiência e, mesmo após os atos formais da instrução e antes de proferir o julgamento, deve o Magistrado do Trabalho proceder à uma segunda tentativa, para ver se consegue, ainda assim, a transação das partes.

#### 7.1 - CRITICAS A FASE CONCILIATÓRIA

É, por outro lado, preciso que ao lado do treinamento, a pessoa do Magistrado mantenha firme seus ideais de administrar a justiça, com imparcialidade e livre do pensamento ideológico; todavia, face aos dramas do cotidiano, podemos resumir as principais críticas que se fazem a algumas

atuações menos precisas dos senhores juizes:

1) a litigiosidade das partes, com ânimos irritados e eventualmente exaltados pelas posições e orientações de seus advogados; 2) a atividade probatória prévia, com a localização de testemunhas, gastos periciais, e o custo envolvido na preparação da demanda, tornam inaudíveis os reclamos à harmonização pretendida pelo juiz; 3) a impaciência que ronda alguns juizes que no trato direto com as partes percebem posições irredutíveis, ou o chamado "gosto de demandar" e se limitam no mais das vezes à mera formalidade de consultar as partes se ocorre alguma possibilidade de fazer acordo; 4) a sobrecarga de despachos a fazer, partes a atender, levam o juiz a ter preocupação com o tempo útil ou disponível para a conciliação, fazendo-a às pressas; 5) ocorre comumente na Justiça do Trabalho em que o Juiz abre uma série sucessiva de audiências, deixando a cargo dos vogais o encaminhamento da conciliação e voltando apenas para homologar o resultado ou designar nova data para a colheita da prova; 6) ou ao contrário, a pressa em fazer acordos impostos, onde predomina a perspectiva do empregador correto, ante às ameaças que veladamente lhe são feitas sob a conveniência do "mau acordo" e a exagerada benevolência para a parte tida como hipossuficiente, do que o fim de obter uma sentença, justa; 7) a conciliação formal, fria, desmotivada, cumprida como mero ato retórico do processo, evidentemente

não pode levar a lugar nenhum.

Esses fatos negativos ora apontados se constituem em experiência que deve ser vencida pelo entusiasmo em harmonizar, em transações que busquem uma identificação entre o ato de compor e em perfeita harmonia com o interesse final, a equidade nas decisões.

A esse propósito já se proclamou que a conciliação, na verdade, tem que ser uma busca da equidade no compor a divergência entre as partes, fazendo-se o possível para que não seja essa conciliação base para novos desentendimentos, pois que seu fim é exatamente a paz social.

Finalmente, argumenta-se que as partes, no âmbito da justiça comum não se contentam com um só julgamento e visam duplo grau de jurisdição, na tentativa de reverter o quadro que inicialmente se lhes pareceu favorável.

A conciliação, nesse particular aspecto é desencorajadora de qualquer forma de revisão ou arrependimento, tanto que, homologada, adquire foro de sentença judicial passível de execução forçada, para satisfazer a pretensão deduzida no juízo conciliador.

Na maioria das vezes, os conciliadores se limitam apenas a considerar a matéria de fato, em detrimento da matéria jurídica que, pela própria condição de audiência deve ser relegada a plano secundário, o que também às vezes não se revela salutar, nem educativo no sentido de elevar o comportamento das

peçoas face as regras mínimas de Direito com as quais se encontram em contato.

Este último aspecto é vencido, se for ministrado, conforme alegamos, pelo Poder Judiciário, através de um centro de treinamento, condições especiais, verdadeira técnica negocial para proceder a solução harmônica dos conflitos, com a explicação simples do litígio, e aí, a linguagem técnica tem que ceder o lugar à comunicação entendível pelas partes; há que haver simplicidade nos trabalhos, eliminando-se qualquer pompa que retarde a prática dos atos processuais; o leigo não há de se sentir apavorado, nem constrangido nesses ambientes forenses onde impera a via conciliatória.

Desnecessário referir-se que esse esquema de julgamento não comporta o pagamento de taxas ou custas de qualquer natureza, sob pena de inviabilizar-se; todavia, a figura dos conciliadores ou eventuais árbitros, merecerão um "pró-labore" sem vínculos definitivos pelas horas em que desempenhem suas nobilitantes funções, pagas evidentemente pelo Poder Judiciário como órgão do Estado encarregado da administração da Justiça.

## 7.2 - CONCLUSÃO PARCIAL

Feitas as considerações críticas, impõe-se concluir que os juizados de conciliação dependem basicamente da atuação do Magistrado e das partes representadas pelos seus

advogados e Ministério Público que deverão compreender a natureza especial que requer um foro, simples, objetivo, sem pompas ou solenidades, em que a franqueza deva predominar, onde a linguagem forense deixe de ser tecnicamente rebuscada, dando condições ao leigo de agir com inteira liberdade.

As decisões deverão, tanto quanto possível, serem marcadas pela rapidez, sem prejuízo da lógica interna que as estruturam, nem os procedimentos se encaminharem para o grotesco, com linguajar que, embora não técnico, evidentemente não abuse dos regionalismos e outros cacoetes que deslustram o vernáculo nacional.

O acesso à justiça deve ser considerado como a principal razão de ser desses Juizados que relegam a plano secundário os rigores excessivos de um formalismo, onde apesar de tudo deve haver respeito para o "the due process of law", pois o que interessa é que os preceitos constitucionais de garantia individual se tornem efetiva e pronta realidade, não apenas direitos meramente formais, colaborando inclusive na educação do cidadão para o exercício pleno de seus direitos, para que se torne um fiel observador das leis e cumpridor de seus deveres e compromissos para com a comunidade na qual está inserido.

Este é um fato a buscar, embora seja quase um sonho, i.é., o cidadão, o comum do povo, exercendo seus plenos poderes de cidadania, pois o comum é o desleixo dos direitos,

sob os argumentos mais variados, inclusive aqueles da morosidade, custos excessivos, e aborrecimentos com que a tradicional "Justiça Formalizada" vinha brindando os nossos concidadãos.

Mas tal fato não é só comum entre nós, e colhe-se em pesquisas que já foram realizadas na Inglaterra pela Royal Commission on Personal Injury Compensation, na década de 1970, e ainda pela Oxford Center for Socio-Legal Studies agora na década de 1980, que mostrara que apenas 10% (dez por cento) das pessoas que sofreram danos pessoais em acidentes diversos chegaram a promover ações com a finalidade de se verem ressarcidas de seus prejuízos.

Informa ainda a pesquisa que do rol daqueles que não se interessaram pelos seus direitos, pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) fizeram isso por ignorância ou medo; aquela pelo fato de não saberem a quem recorrer e como proceder e os medrosos pelos custos extremamente altos dos processos aí compreendidos eventuais gastos com o preparo de tais ações; conforme se vê em A.M. Dugdale e outros, "A Level Law Ed. Butterworths, Londres, 1988, p. 63."

Esperamos que apesar desses informes, o exercício pleno da cidadania, com a participação inclusive política que a democracia plena haverá de proporcionar, tornará mais coerente a vida das pessoas e mais adequado o prestígio do Poder Judiciário.

## 8 - FASE PREPARATÓRIA DA INICIATIVA PROCESSUAL PENAL

Costumamos classificar em três aspectos, as diversas formas sistematizadas para cuidar da iniciativa processual nos sistemas criminais adotados no mundo, Embora se revistam de grande dificuldade, temos:

a) O sistema inglês, e de um modo geral o que vige nos países que adotam a "Common law", não tem a instrução (inquêrito policial) e desconhecem a existência de uma instituição como o Ministério Público, na forma utilizada na Europa continental; a fase preparatória do processo compete só às polícias; (destaque-se apenas a forma vigorante nos EE.UU, que tem um Ministério Público, que não se ocupa da fase primeira do inquérito, na maioria dos Estados.)

b) segundo sistema: países que contam com uma investigação policial mais associada ou controlada pelo Ministério Público, e sem que o chamado Juiz de Instrução desempenhe qualquer papel; adotado na maioria dos países socialistas, exceção da Iugoslávia, alguns países árabes, (Kwait, Líbia) e africanos;

c) terceiro sistema: em que se faz uma distribuição de competências investigatórias, não só pelas polícias e Ministério Público como, sobretudo, pelo Juiz de Instrução, como o modelo francês, belga, holandês, que inspirou o sistema italiano, espanhol e o português de 1976 e 1987.

Na verdade esse sistema consiste em afirmar que só o Juiz de Instrução pode assegurar com sua independência a isenção na condução dos trabalhos preliminares; destaque-se que, nesses países, o Ministério Público está enclausurado no Poder Executivo e atua face o princípio da oportunidade, com imparcialidade e autonomia relativas.

Outros autores de nomeada formularam uma triplíce classificação dos sistemas de investigação e julgamento, ficando assim o relacionamento entre polícia criminal e autoridades judiciárias: a) sistema da autonomia ou autarquia; b) da dependência total; e c) o da dependência funcional, ou limitada.

Pelo sistema da autarquia ou da independência, as autoridades policiais trabalham em círculos diversos de competência, pois têm liberdade orgânica e funcional, com elos diversos e distintos, apenas repassando o teor de suas conclusões em inquéritos, ou "dossiers", apresentando, porém, incontáveis prejuízos à liberdade, garantia e segurança dos cidadãos, parecendo o dito popular, no qual as autoridades judiciárias passam a ser "cabeças sem mãos".

Segundo o sistema da dependência total, orgânica e funcional, une o corpo de polícia ao do das autoridades judiciárias, com a vantagem da unificação, da direção única, e da crescente coordenação; todavia, não tem a tradição, nem o preparo demonstrado nas atividades da chamada polícia

preventiva ou ostensiva de defesa do cidadão contra os perigos genéricos, ainda o despreparo do Ministério Público e judiciário para esse tipo de ação, que transferiria os erros atualmente praticados pela polícia para esses órgãos que já tem tradição.

Finalmente, o terceiro sistema, o da dependência funcional ou limitada, tende a ser a forma adotada pelos Códigos de Processo Penal mais modernos, como o de Portugal, segundo ensina Jorge de Figueiredo Dias, com uma rigorosa delimitação de competências entre as autoridades policiais e judiciárias, ficando as tarefas de investigação e colheita de dados a cargo das "polícias criminais", sob o controle do Ministério Público e, os atos que necessitam interferir com as liberdades públicas fundamentais asseguradas ao cidadão, com o concurso das autoridades da Magistratura.

Tem-se que buscar um amplo diálogo e entendimento entre as cúpulas das instituições Policial, de Ministério Público e Magistratura, como forma de organizadamente combater o surto de criminalidade, invariavelmente sempre crescente, sem desprezo pelas autoridades penitenciárias.

Diante do aumento da criminalidade em todos os países, várias soluções foram postas em prática, desde a discriminalização pura e simples de algumas condutas típicas, o rebaixamento de alguns tipos para meras contravenções ou infrações de pequena gravidade, a fase da chamada dispensa da pena, ou um princípio de "infrações de bagatela", - procedimentos

relativos à falta de dignidade para a aplicação da pena, ou evitar-se a punição pela ausência de fundamentação da própria pena.

No campo processual penal, vários procedimentos especiais foram adotados, o "guilty plea" do direito americano, o "processo de ordens penais", a "ordonnance pénale" francesa, o italiano "Giudizio per decreto penale di condanna", a "transacção" do direito holandês, ou o "arquivamento condicionado" (pelo grau reduzido de periculosidade social do fato) da experiência polonesa.

Nesses procedimentos de natureza processual especial, predominam idéias de: informalidade, cooperação, consenso, oportunidade, celeridade, economia, não publicidade e transacção, para o estabelecimento de um resultado breve, porém, seguro.

As soluções são de ordem político-criminais, visando a desobstruir os pretórios, carregados de processos que se arrastam indefinidamente, substituindo-os por formas mais simples que assegurem, todavia, maior eficiência na realização do ideal de justiça.

Encontram-se respostas, na criação, como reação, dos chamados Juizados Especiais, das penalidades administrativas, e das infrações apenadas pecuniariamente, com pronta e rápida solução do conflito, evitando-se assim que ele prossiga e se agigante.

Há, assim, um espaço de consenso, em que todos concordam que a processualística tradicional não teria como resolver adequadamente esse tipo de infrações e, há também, um espaço de conflito, porque os direitos fundamentais não podem e não devem ser deixados de lado, porque vinculados à dignidade do cidadão; daí a solução negociada, com as técnicas de discriminalização e da pronta punição. Só que esta punição se faz pela via mais rápida e menos rigorosa, abrindo espaços para a conciliação face a própria oportunidade de eliminar de vez a pequena-criminalidade, pelo pagamento de pequena multa ou obrigação.

Se determinado comportamento social é violado pela conduta do cidadão, uma alternativa básica de sanções deve ser colocada à disposição dos Juizados Especiais, traduzindo meios mais modernos de punição, que acolha e acate os progressos da ciência, em todos os seus sentidos.

Essa alternativa não poderia ser de imposição autoritária, como resultado de um julgamento com todas as formalidades e poderia ser alcançado, com procedimentos amigáveis, pela via da conciliação, e encaminharia o cidadão para os mais notáveis avanços da ciência.

Transgressões de trânsito, que obrigariam os maus condutores a serem reciclados, a assistirem aulas e palestras que melhor os conscientizassem do erro do seu comportamento; prestação de serviços comunitários a órgãos públicos assistenciais, adequados ao fato e à personalidade do

infrator, restrições de direitos mínimos porém que resultassem em benefício da coletividade, dariam maior alcance e significado à pena-retribuição-melhoramento.

O Juizado Especial, por isso, deve ter a presidência de um Magistrado Togado, que deverá, para atingir essas importantes finalidades, estar em perfeito acordo com o que de mais atualizado e progressivo se faz nesse campo.

O direito comparado, apresenta, numa rápida visão, caminhos que propiciam alternativas de punição mais brandas, porém eficientíssimas do ponto de vista social, facilitando até mesmo a compreensão do porquê da reação social.

## 9 - O PROBLEMA DA TRANSAÇÃO

### 9.1 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mesmo nas infrações que fiquem no rol de competência dos Juizados Especiais, das infrações de menor potencial ofensivo, a atuação do Ministério Público é marcante.

Com efeito, cumpre logo destacar a posição constitucionalmente assegurada aos membros do "parquet" no que tange a titulariedade da ação penal, da qual é o verdadeiro "dominus litis", conforme se estabelece na Carta Magna, no art. 129, inciso I:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - Promover, privativamente, a ação penal

pública na forma da lei;"

Esta regra constitucional confirma o princípio de ser o Ministério Público o real "dominus litis" da ação penal, da qual resulta, sem sombra de dúvida, o poder de atuação da instituição, já que tal lhe é categoricamente atribuído pelo referido artigo e parágrafo transcritos. Muito embora se possa reconhecer que ao lado da absoluta titulariedade da ação penal, reservou, a Carta, todavia, como forma de fiscalização por parte do particular interessado o teor da garantia que se contém o art. 5o. inciso LIX, que diz:

"LIX - será admitida ação privativa nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal."

Diante da infração penal, o Ministério Público, entre outras alternativas, basicamente se detém atualmente em adotar uma das três posições clássicas: se houver prova da autoria e materialidade do delito ou mesmo se houver apenas indícios veementes de quem seja seu autor e do fato material, oferecerá a denúncia, iniciando-se assim a ação penal; caso não encontre tais elementos nos autos investigatórios, mas vislumbre a possibilidade concreta de que tais elementos podem ainda ser encontrados, na forma do art. 16 do CPP, baixará os autos à autoridade policial para que esta realize as diligências, absolutamente imprescindíveis ao esclarecimento cabal do fato; e finalmente, caso não se convença da existência de elementos de autoria ou materialidade, de seus indícios, se não houver tipicidade nas condutas investigadas, ou ainda se houver uma das

reconhecidas causas de extinção da punibilidade, pedirá o arquivamento dos autos de inquérito policial.

Uma vez proposto o pedido de arquivamento do inquérito policial, caberá ao Juiz determinar o seu cumprimento; todavia, pode o Juiz discordar desse entendimento, quando então em obediência aos princípios que orientam a independência funcional, o livre poder de convicção na chamada "opinio delicti", remeterá referidos autos ao Procurador Geral, que é o chefe da instituição.

Esse procedimento, ditado pela norma processual contida no art. 28 do CPP, está hoje completamente absorvido pelos meios forenses, e assim cabe ao juízo do Procurador Geral adotar uma das posições comumente reconhecidas: acatar o pedido e nesta condição nada mais restará a ser feito pela autoridade judicial; denunciar ele próprio o crime ou então, para respeitar a "opinio delicti" que é a liberdade de convicção, designar outro membro da instituição para que cumpra essa determinação, que passa assim ser a vontade da instituição e não mais a de um de seus integrantes; ou ainda, solicitar esclarecimentos complementares para adotar uma dessas posições.

Ao assim se estabelecer, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal em vigor asseguram a completa independência funcional, a liberdade de convicção e a autonomia nos desígnios dos interesses societários ao Ministério Público, já que modernamente seus agentes são entendidos como

"agentes políticos" na visão do consagrado jurista de saudosa memória que foi Helly Lopes Meirelles (in Dto. Administrativo Brasileiro, 13a. ed. S. Paulo, 1987, p. 52, também em Estudos e Pareceres de Direito Público, v. VII/333 e 334, S. Paulo, 1983.)

Diante das peças de informação trazidas ao conhecimento do Ministério Público ele poderá ainda, nos casos de competência dos Juizados Especiais, optar por uma nova figura de processo que passa a ser a transação.

Ainda é preciso referir que as posições clássicas são hoje adotadas em qualquer tipo de crime, mesmo naqueles apenados com reclusão, que são os mais graves, e portanto, diante da máxima de que quem pode o mais, pode o menos, não se vê sentido algum, em não ratificar, mesmo nos casos das infrações de menor potencial ofensivo, essas alternativas, que já estão incorporadas no acervo de atribuições funcionais do Ministério Público, já que seu fim é a busca do ideal de justiça.

Essa posição constitucionalmente assegurada de "dominus litis", a prerrogativa das chamadas garantias constitucionais que antes só a Magistratura ostentava - da "irredutibilidade de vencimentos, inamovibilidade e vitaliciedade", fazem com que a instituição, hoje também autônoma, exerça com independência suas atribuições para aprimoramento do processo democrático, cuja ordem institucional lhe é confiada. Daí a compreensão de ser também "agente

político".

## 9.2 - NOTAS HISTÓRICAS A RESPEITO DA TRANSAÇÃO

E

### DO JUIZADO RECURSAL DE PRIMEIRO GRAU

Embora de há muito praticado nas legislações de outros Estados soberanos, como as que adotam o modelo "anglo-saxão" e recentemente até no sistema italiano, a transação, na verdade, somente apareceu nos processos penais com o Anteprojeto do Professor José Frederico Marques, no artigo 644, em trabalho apresentado ao Ministério da Justiça no ano de 1970, e que foi submetido a várias emendas pela Comissão de Juristas nomeados para examinar esse Anteprojeto de grande profundidade.

Apesar de serem em número elevado, os integrantes dessa Comissão são bastante conhecidos e vale a pena mencioná-los: Rogério Lauria Tucci, Sergio Marcos de Moraes Pitombo, Francisco de Assis Toledo, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Manoel Pedro Pimentel, Hélio Bastos Tornaghi, Roberto Joacir Grassi, José Paulo Sepúlveda Pertence, Antonio Acir Breda, este do Paraná, entre vários outros de grande renome dentre os juristas do Brasil.

Pela Portaria No. 320 de 26/05/81 o então Min. da Justiça, Dep. Fed. Ibrahim Abi-Ackel, que se notabilizara pela famosa C.P.I. das Penitenciárias, mandou publicar esse Anteprojeto para que fosse conhecido e estudado pela comunidade jurídica-científica do país, para que recebesse as observações e

estudos pertinentes; tal se fez segundo o Diário Oficial da União de 27/05/81. Cumpre destacar que nesse Anteprojeto Frederico Marques se estabelecia um procedimento sumaríssimo, para que por ele fossem processadas as infrações que fossem reconhecidas como de menor gravidade, aliás em conformidade com o célebre Anteprojeto do Código Penal do Senador paranaense Accioly Filho, que foi especialmente assessorado pelo hoje Juiz do Tribunal de Alçada, Luiz Viel, e que na época integrava o Ministério Público do Paraná.

O anteprojeto Frederico Marques foi inicialmente publicado no Diário Oficial da União como suplemento ao No. 118, na edição de segunda feira, 29 de junho de 1970, e submetido aos trabalhos da Subcomissão Revisora, formada pelo próprio José Frederico Marques, pelo Professor José Carlos Moreira Alves, que era o Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos e ainda dos senhores professores: Benjamim Moraes Filho e José Salgado Martins; na época era o Ministro da Justiça o professor Alfredo Buzaid.

Com o falecimento, ainda no desenrolar dos trabalhos do professor gaúcho José Salgado Martins, foi ele substituído pelo renomado jurista Hélio Bastos Tornaghi.

Remetido ao Congresso Nacional e submetido ao exame da comunidade jurídica nacional, sofreu profundas modificações, sendo retirado para novos estudos que se fizeram sob a orientação dos professores, Rogério Lauria Tucci e Francisco de Assis Toledo e ainda de José Frederico Marques; vale

apenas salientar as análises feitas durante o importante "I Congresso Nacional de Política Criminal e Penitenciária", promovido pelo Ministério da Justiça, através do Conselho Nacional de Política Penitenciária bem como com a colaboração das Universidades Brasileiras..

Nova revisão foi feita pela Comissão, agora acrescentada do jurista Jorge Alberto Romeiro, que repisou todo o material coligido.

Salienta a exposição de motivos, no item No. 13, ser um projeto moderno e que destaca na letra "a":

"simplificação do sistema procedimental, designadamente do recursal, com a instituição de procedimento sumaríssimo adequado ao julgamento das causas de menor relevância e das atinentes aos denominados delitos de trânsito."

Já nessa fase vigia a Lei Complementar No. 40/81, que veio a dar feição uníssona ao Ministério Público do Brasil, estruturando o "parquet" nacional que passou a manter uma unidade de constituição e tipicidade de funções.

E o Anteprojeto regula o Ministério Público nos artigos 79 a 84, valendo destacar o que se pretendeu no art.

83, que fixava a existência do Conselho Superior do Ministério Público, para superintender e fiscalizar a "instituição" em cada Estado da Federação, dando-lhe funções específicas, como por exemplo, a parte ofendida, quando houvesse pedido de arquivamento pelo Promotor, poder a ele recorrer.

É curioso destacar ainda do primeiro Anteprojeto elaborado pelo professor José Frederico Marques, dentro do processo sumário, o art. 652, além de outros:

"Art. 652. Nos processos por crime punido com pena até um ano de detenção, apresentada a denúncia, o juiz mandará citar o réu, designando dia e hora para o interrogatório.

Art. 653. Feito o interrogatório ou se o réu citado pessoalmente não comparecer, o Juiz, na mesma audiência, o absolverá ou condenará.

Parágrafo Único. Se o réu citado por edital, não comparecer, o processo seguirá o rito sumário.

Art. 654. Proferida sentença absolutória, caberá apelação do Ministério Público ou do ofendido.

Art. 655. Proferida a condenação, o réu poderá oferecer oposição revocatória, no prazo de cinco dias, impugnando a sentença e apresentando, se for o caso, as exceções cabíveis"

Vê-se assim um julgamento rápido, preciso, que dava extraordinária validade ao oferecimento da denúncia e certamente ao mandado de citação, que deveria conter a preciosa informação de que o seu não comparecimento poderia importar em aceitação da acusação, tal qual deduzida na peça acusatória.

Esse processo sumaríssimo tinha ainda uma causa especial, prevista no art. 656, que quando se tratasse de réu primário e de condenação à pena de multa, se esta fosse paga

no prazo de oposição, i.e., de resistência à condenação, o juiz declararia o processo perempto e estaria extinta a punibilidade; assim se daria um final célere a um tipo de procedimento que não apresenta similar no direito brasileiro.

Evidencia-se apenas a busca de procedimentos mais rápidos, verdadeiramente inusitados na processualística histórica nacional.

E ainda, marcando um posicionamento que mais tarde veio a ser adotado, previra já naquele tempo, um "juízo colegiado de primeira instância" que se materializaria no Anteprojeto contido na "Exposição de Motivos do Projeto de Lei 1.655 de 1983", de onde transcrevemos o No. 32:

"Derivam tais alterações da necessidade urgente de se adequar ao novo estatuto processual penal às normas constitucionais e à realidade forense. A do parágrafo único do art. 35, conjugadas com os parágrafos únicos dos artigos 507 e 531, tem relevo ainda mais significativo, pela instituição do juízo colegiado de primeira instância, dotado de competência para julgamento dos recursos interpostos nas causas de procedimentos sumaríssimos da justiça local. A criação e a organização desse órgão são remetidos às leis estaduais de organização judiciária."

Da transcrição feita, retira-se o surgimento da noção clara de uma instância recursal, formada na própria primeira instância, com juízos colegiados, exatamente para

forçar a prática de uma justiça penal mais rápida. Atualmente, esse "juízo coletivo" já existe conforme dispõe a Lei 7.244 de 7.11.84, art. 41, parágrafo 1o. (o recurso será julgado por turma composta de 3 (três) juizes, em exercício no primeiro grau de jurisdição reunidos na sede do juizado).

É deveras importante salientar que nesse primeiro documento histórico, na procura da renovação de nosso Código de Processo Penal, que o eminente José Frederico Marques sintetizava como oportunidade de se verificar o instituto da perempção, quando no art. 240 estabelecia as causas pelas quais se consideraria extinto o processo, abrindo já naquela época, caminho para importantes e valiosas conquistas processuais, modernizando nosso procedimentalismo penal, merecendo circunstanciada análise o teor do art. 241, parágrafo 1o.:

"Art. 241, parágrafo 1o. - Tratando-se de processo de ação penal pública, dar-se-á perempção nos casos expressamente previstos nesse Código, em que o réu, por aceitar pena de multa que lhe foi imposta, desiste, tácitamente, de exercer poderes e faculdades inerentes a seu direito de defesa, para que se extinga a relação processual."

O Anteprojeto, abrindo uma espécie de transação, inicial e rápida, colocava ênfase a que o poder de disposição do Acusado importaria uma concessão por parte do poder público, e certamente, com esse procedimento, fica patentemente claro que o grande processualista José F. Marques

buscava ultrapassar o problema da "obrigatoriedade mitigada" que vige entre nós e assim, embora o réu abrisse mão do seu direito de defesa, para o rápido final da ação penal, com maior desobstrução das Varas Criminais, pelo menos nos crimes de menor potencial ofensivo.

Note-se que, com essa "transação mitigada" e o "juízo colegiado de primeira instância", ainda com as funções que pretendia para o Conselho Superior do Ministério Público, conjugada com a possibilidade da ação penal pública subsidiária, fechava-se um sistema de nítida proteção à liberdade dos acusados e um procedimento aos ofendidos ou vítimas, na busca do ideal de justiça, possibilitando que a palavra final e derradeira não ficasse apenas na vontade de um único sujeito processual.

Esses projetos de institutos processuais são muito importantes, porque marcam um desejo claro de inovar, criar situações que tragam o Poder Judiciário para o âmbito de modernidade, sem sacrifício da "defesa pública" nem desrespeito ao sagrado "direito de defesa", sendo, portanto, justamente equilibrado.

Apenas por um dever de honestidade é preciso destacar, ainda, que o próprio Código Penal, somente muito tempo depois, trouxe para a boa aplicação da Lei, uma circunstância atenuante da maior significação para o princípio da busca da verdade real, com o estabelecimento no art 65, inciso III, letra "d", vejamos:

"Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

"d" - confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;"

É por demais evidente, em nosso modo de pensar, que a Justiça Penal não pode tratar igualmente dois acusados que se comportam de maneira diametralmente oposta, um confessando desde logo a prática do crime, evitando gastos inúteis de investigação e suspeitas que poderiam magoar ou causar gravames a outras pessoas, possivelmente vinculadas com a prática criminosa, e outro que se omite e até nega os fatos nos quais se viu envolvido.

Nessa circunstância atenuante, duas responsabilidades são revigoradas, a do profissional da advocacia e a do próprio acusado, porque, o direito ao silêncio por parte do acusado é hoje um cânone constitucional, pois a Magna Carta o consagrava e isso poderia tornar muito mais difícil e onerosa a atuação da polícia Judiciária e do próprio Poder Judiciário, e assim surge mais uma composição das partes no ideário da busca da verdade real.

As vantagens são inequívocas e merecem destaque porque abrem caminho para novos institutos que consagram a possibilidade de tornar a resposta penal, vale dizer,

a justiça penal; mais rápida, já que a certeza da punição é o melhor antídoto contra a criminalidade, por realizar a finalidade da pena consubstanciada na "prevenção geral e especial".

### 9.3 - CONCEITO JURIDICO DA TRANSAÇÃO

O texto constitucional contido no art. 98, inciso I, fixa a clara orientação de que os Juizados Especiais deverão ter procedimentos de natureza oral e sumaríssima, permitindo-se nas hipóteses que serão fixadas em lei, a transação e o julgamento dos recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

A transação é a base da atuação do Ministério Público nesses juizados especiais que visam a celeridade sem prejuízo da segurança e da certeza judiciais.

Conforme aludimos em outra parte desse estudo, a transação deve ser praticada em dois momentos processuais, a exemplo do que se faz na Justiça do Trabalho, logo após o oferecimento da denúncia ou quando do encerramentos dos debates, antes da prolatação da sentença.

Clarificando-se esse procedimento, ensejam-se duas oportunidades de se encerrar os procedimentos judiciais em favor dos altos objetivos perseguidos com esses juizados.

O texto legal que se busca poderia ser o indicado em notável estudo realizado pelos professores Herminio

Alberto Marques Porto e Nelson Nery Júnior, intitulado "Juizados Especiais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo", publicado pela Revista de Processo No. 55 pág. 105-119, de onde retiramos este esboço de artigo:

"O acusado será apresentado, juntamente com as peças e documentos ao órgão do Ministério Público que oficia perante o juízo.

Parágrafo 1o. - se o infrator lhe confessar o fato espontaneamente, o Ministério Público e a Defesa poderão transacionar quanto à punição, desde que o acusado concorde expressamente com a pena proposta pelo órgão da acusação.

Parágrafo 2o. - omissis

Parágrafo 3o. - Havendo transação, que será reduzido a termo, o Ministério Público requererá ao Juiz a aplicação da pena."

Esse dispositivo encaminha bem o cerne da questão, que concilia os princípios constitucionais já ventilados no curso deste estudo, notadamente o princípio do contraditório, porque ao Ministério Público, como "dominus litis" compete a iniciativa de acusar ou não, podendo requerer o arquivamento das peças de informação, solicitar novos atos investigatórios, ou formular a denúncia oral, que fatalmente será reduzida a termo.

Em seguida surge a fase de conciliação.

É evidente e claro que a parte contrária,

i.é., quem defende, somente poderá aquilatar das condições de sucesso ou insucesso da pena requerida pela acusação se souber do que e porque está sendo acusada uma pessoa, para poder se situar com todos os elementos da problemática.

O dever de punição fica adstrito ao sistema de provas e ao julgamento que se irá proceder.

A conciliação pode colocar um fim ao lento trabalho da justiça, propiciando assim, melhor e mais adequada resposta penal, exatamente para fortalecer os princípios da "prevenção geral e especial", aqui buscados com tanta intensidade.

Por outro lado, não se desrespeita o "direito da defesa" que é exercido em sua total plenitude, com a rigorosa observância do constitucional princípio do "the due process of law", que é garantia universal de direito.

Só pode praticar atos de transação o Ministério Público se for independente, autônomo e cercado de suas prerrogativas constitucionais, valendo aqui repetir-se ao clássico R. Hayoit de Termicourt, que era Procurador Geral da Bélgica, no seu estudo "Propos sur le Ministère Public" que afirmava no seu Relatório apresentado no Congresso Internacional de Direito Judiciário, Grand-Belgica-ag-set. de 1977:

"Le caractère essentiel du Ministère Public est l'indépendance; indépendance envers les Cours et Tribunaux, indépendance aussi, dans une large mesure de mois, envers les Gouvernement."

Havendo as partes interessadas, acusação e defesa, chegado a um denominador comum a respeito dos interesses contrapostos, a solução evidentemente, desde que não ofereça deslizes morais ou jurídicos, será definitiva, pela homologação que será ato referenciador a ser praticado pelo Juiz.

Diante de um acordo conforme aos ditames da justiça, nada mais restará ao Juiz senão homologar essa transação, que porá fim a uma disputa judicial, com a prestação jurisdicional sendo feita de modo rápido e seguro.

A transação é instituto de Direito Civil. Consta no art. 1.025 de nosso Código:

"É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas."

Figura, portanto, no Título II, Dos Efeitos das Obrigações, no capítulo IX dessa parte.

É um termo jurídico que traz alguma dificuldade na sua precisa conceituação, havendo autores que destacam esse aspecto peculiar, como por exemplo o clássico Manuel Inácio Carvalho de Mendonça em sua obra Doutrina e Prática das Obrigações, atualizada pelo eminente Juiz que foi José de Aguiar Dias, Tomo I, Ed. Rev. Forense, Rio 1956, pág. 371:

"371. Não existe em toda técnica jurídica um vocábulo que seja tão frequentemente usado e tantas vezes radicalmente deturpado em sua significação, como o que intitula

o presente capítulo. Transação na linguagem vulgar é negócio, é contrato.

Em nota de rodapé acentua o uso de "transar" feito no sul do país pela influência dos vizinhos castelhanos, que Clóvis Bevilacqua empregou "transacionar" quando o técnico seria "transigir".

E o grande tratadista inicia por um ângulo histórico, acentuando desde logo dois sentidos que hodiernamente são empregados no uso constante do vocábulo; um lato, portanto amplo, em que compreende o compromisso e o antigo pacto de juramento - "pactum de jurejurando extrajudiciale" - no sentido dado pelo direito romano; e o outro restrito, que se refere a acomodação que as partes fazem sobre um pretense direito, que está em litígio ou que é em certos aspectos incerto, o que equivaleria, a mais do que o vocábulo alemão "Auseinandersetzung" porque se reveste de caracteres específicos como a bilateralidade, e a outorga de recíprocas concessões:

"Pactum quo res dubia, data aliquo, vel retendo, vel promisso deciditur, transactio videtur"

A marca da transação, segundo os nossos melhores doutrinadores, é feita pela presença dos seguintes elementos: 1o.) reciprocidade das obrigações e concessões que as partes estabelecem entre si; e 2o.) a existência de um litígio, iniciado ou na iminência de ser começado a respeito dos direitos postos em questão, vale dizer, uma "res dubia", e assim as

partes, inicialmente oponentes, mediante mútuas concessões, resolvem por termo, i.é., por fim ao litígio pelo acordo.

Fundamental a destacar-se no âmago do instituto é a sua bilateralidade, porque implica concessões recíprocas, para que não sejam atos unilaterais, o que desvirtuaria o instituto de direito material, na concepção civilística tradicional.

Evidentemente que as partes, para poderem transigir, deverão estar investidas de poderes inequívocos nesse sentido.

De um lado haverá de estar o Ministério Público representado por seu agente político, o Promotor de Justiça, com atribuições específicas, e de outro lado a parte ou pessoa acusada, acompanhada ou não de seu advogado, e aí a sua simples presença, poderá ser juridicizada através do instrumento de mandado "apud acta" que é também um modo de se fazer representar juridicamente nos pleitos processuais penais.

O poder-dever de punir, representando a vontade do Estado, deverá estar centrado na pessoa do Juiz, que ouvirá a proposta das partes a respeito da "res dubia", que no caso é o "jus puniendi" estatal em luta com o "jus defensionis" do acusado, o respeito a seus direitos constitucionais.

A ação penal que se propõe em face dos antecedentes investigatórios, se converte, na verdade, na "res

dubia", pela incerteza que uma ação penal representa para as partes contendoras.

Do recebimento da ação até a sua final solução, com os encargos devidos, a pletora de atos e funções que forçosamente terão que ser realizadas para a busca da verdade real, o sistema contraditório e a decisão judicial até seu efetivo trânsito, são questões que apesar de toda a aparência podem não ocorrer, por efeito mesmo do decurso do prazo, que acarretará a prescrição, quer da pena, quer da própria pretensão punitiva, ou qualquer outra causa de extinção da punibilidade.

A nosso ver, a ação penal, por mais eficientes que possam ser os sujeitos da relação processual penal, pode se converter num pleito de incertezas, portanto, justa é sua classificação como uma verdadeira "res dubia".

No campo do direito civil, curiosamente, essa "res dubia" mereceu um debate exaustivo tratado por duas posições nitidamente antagônicas que se formaram sobre o tema, dentro do instituto da transação, uma delas chamada de "romano-germânica" e a outra de "francesa".

Para a corrente "romano-germânica" a transação era fundada exclusivamente na incerteza, pois o direito depende no caso de alguma eventualidade, que se traduziria pela indecisão das partes quanto ao eventual êxito dessa demanda; a outra, "francesa", preponderou o brocardo: "res litigiosa et dubia",

conjugados, como elemento essencial tanto para o cumprimento de sua função jurídica, como ainda para permitir que nela se verifique a dúvida, quer objetiva ou subjetivamente.

Sabe-se que o critério objetivo defendido por seus teóricos sustentava que a transação decorria, inegavelmente, do temor das partes a respeito da sorte do litígio e pelo desejo que têm de por fim à situação de dúvida, eliminando portanto a "alea".

Já pelo critério subjetivo, a "res dubia" consiste em considerar a transação, desde que o direito se tornasse duvidoso no pensamento das partes.

Os autores nacionais, como o consagrado Miguel Maria de Serpa Lopes, in "Curso de Direito Civil", vol. II (obrigações em Geral) liv. Freitas Bastos, 3a. ed. - 1961, Rio, pág. 336, apontam no problema da "res dubia" em nosso direito positivo, três pontos importantes que valem a pena serem transcritos:

1o.) se a "res dubia" é essencial; 2o.) no caso afirmativo, se é bastante por si mesma a integrar a transação ou se necessita de vir conjugada com a litigiosidade do objeto dessa mesma transação; 3o.) se a "res dubia" deve ser entendida no sentido objetivo ou subjetivo."

Contra essa concepção tida como clássica insurgiu-se a doutrina internacional, e a nacional perfilou-se ao

lado do elemento "res dubia" como fator essencial:

"Os nossos juristas manifestam-se favoráveis ao caráter essencial da "res dubia", no sistema de nosso Código Civil. Assim, Clóvis sustenta pressupor a transação a dúvida ou litígio a respeito da relação jurídica; João Luiz Alves considera seus pressupostos necessários a concessões recíprocas, sem o que se confundiria com a renúncia, com a ratificação ou com a doação e só pode existir quando os direitos sobre que versa forem litigiosos ou duvidosos." in M.M. de Serpa Lopes, ob. cit. pág. 337.

Caracterizada assim a essência do instituto da transação pela existência da chamada "res dubia", mister complementar-se o estudo que fazemos na área do Direito Civil, trazendo à baila o segundo elemento que ainda conforme o douto M.M. de Serpa Lopes trata de:

"As concessões recíprocas. Um segundo elemento da transação é a existência de concessões recíprocas, elemento esse que coloca na categoria dos contratos sinalagmáticos." in - ob. aut. cit. pág. 338.

Unindo-se as duas posições, pode-se transpor a melhor interpretação civilística que o vocábulo empregado em nosso texto constitucional pode encarar, vê-se que em face do caráter litigioso da demanda, as concessões mútuas que haverão de ser feitas terão, na verdade, um propósito final, próprio da transação e vem consagrado no art. 1.025 do Código Civil, que é a finalidade precípua e fundamental de "prevenir ou por término a

um litígio".

E esta é realmente a razão de ser da estipulação constitucional, apressar a prestação jurisdicional, assegurar a "prevenção geral e especial", dar maior autonomia ao poder decisional do órgão acusatório e evitar longas e incertas demandas, que se tornariam em peças caríssimas e trariam inegável desprestígio ao Poder Judiciário, que sempre deve buscar formas mais eficientes de assegurar a efetiva prestação jurisdicional.

Em se tratando de "juizado especial" para cobrir de maior eficiência a apreciação dos crimes de menor potencial ofensivo, a transação será sempre de caráter judicial, porque realizada em juízo, na presença de um Juiz, sendo apenas uma questão formal, e desde que a transação não sirva para fins antijurídicos, como encobrir a procura da verdade, simular situação que não corresponde à realidade fática, se nela nada houver de atentatório à moral ou ao Direito, não restará ao Juiz outra atitude senão homologá-la para que produza todos os seus efeitos, de forma mais completa.

Os limites do objeto da transação nesse caso, serão aqueles que o texto legal vier a especificar, porque estão diretamente ligados ao tipos de menor potencial ofensivo, como tais regulados em nossa legislação repressiva penal, quer codificada ou não.

Outro aspecto a ser salientado é que a lei haverá de impor uma forma especial à transação, porque feita em

juízo, na presença do Juiz da causa, e só poderá ter eficácia plena a partir do ato da homologação pelo Juiz competente, produzindo em consequência até mesmo a cessação da instância regularmente instaurada, dando lugar ao juízo executório.

#### 9.4 - CONSEQUENCIAS.

Os efeitos oriundos da transação deverão ser executados dentro das ponderações em que se deu o ajuste ou acordo, deles não podendo afastar-se o Juiz da Vara das Execuções, ou o próprio homologante se assim dispuser a Lei; todavia, o princípio da exequibilidade, deve guardar a maior fidelidade ao texto homologado, para que não se desvirtue a finalidade da Justiça na área penal, operando, por força do próprio acordo das consequências cíveis, notadamente ligados à indenização dos prejuízos que deva ser suportada pela parte interessada.

A transação, com efeito, é um modo terminativo da relação processual penal, que uma vez realizada tem efeitos fatais, pois coloca um fim na demanda penal, instaurada ou a instaurar-se, valendo a partir da homologação como "res judicata".

Tem-se, por isso, de considerar também, o grave problema da reincidência. Como se sabe, esta se caracteriza quando é praticado um novo delito por quem já cometera delito anterior.

Em nosso sistema penal, só se considera reincidente quando o autor do delito atual já foi condenado anteriormente, i.é., a reincidência tem como pressuposto básico, a existência de uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, contra esse mesmo autor.

No caso das infrações de menor potencial ofensivo como: as contravenções penais, os crimes que sejam apenados somente com multa, poder-se-á admitir o pagamento em pecúnia, a exemplo do que se fazia como a "oblazione" do direito penal italiano, que Francesco Antolisei em seu precioso: "Manual de Derecho Penal" (Parte General) UTEHA ARGENTINA. Buenos Aires., tecia oportunos comentários:

"A pesar de la opinión expresada por algunos escritores, no se trata de ejecución voluntaria de la pena y, por ello, el instituto no constituye una derogación al principio "nulla poena sine iudicio". La suma que se paga es una mera multa administrativa, que produce la consecuencia de degradar el delito a un mero injusto administrativo extinguiendo todas sus consecuencias penales. El pago previsto en algunas leyes especiales, denominado "conciliación administrativa", produce prácticamente los mismos efectos, impidiendo el ejercicio de la acción penal o deteniendo su curso por sobrevenida del delito." in aut. e ob. cit. pág. 546-547 (No. 243).

Evidencia-se, por outro lado, que no instituto da reincidência, pelo menos nos crimes de menor potencial

ofensivo, uma vez paga a pena pecuniária, tal fato, por si só, deveria constituir fator de eliminação total do fato típico.

Aceitamos a engenhosidade do raciocínio desenvolvido linhas acima, da degradação do delito, para simples infração administrativa e assim eliminar todos os seus efeitos.

Não se pode olvidar a lição de Eugenio R. Zaffaroni, no seu valioso: "Manual de Derecho Penal (Parte General)", quando alude:

"toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio de que puede juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho (nom bis in idem). aut. ob. cit. pág. 718.

E arremata o acatado jurista platino:

"....a nuestro juicio, todas las disposiciones que hacen referencia a la misma (refere-se à reincidência) son inconstitucionales." in aut. ob. cit. e págs. cit.

Importa ainda salientar que Zaffaroni refuta uma a uma todas as fundamentações dogmáticas que procuram estruturar a existência da reincidência como agravante penal.

Pode-se destacar que essas considerações de ordem doutrinária indicam o posicionamento da literatura internacional, pois a "reincidência" está perfeitamente regulada no art. 63 do nosso atual Código Penal; ademais, o art. 64 desse

diploma legal fixa o prazo de 5(cinco) anos para que a mesma perca sua condição de agravante penal.

Antes da reforma penal procedida em 1984, havia três correntes distintas a respeito da pena de multa anterior, como fundamento para se reconhecer a reincidência:

"a) Não enseja (STF, HC. 42. 714, RTJ35/484;.....;

b) Enseja, mas só se ambos os crimes forem dolosos (STF, RE 86.754.DJU 31.10.77, p.7588);

c) Enseja (TACrSP, HC 146.484, Julgados 88/70)" in Celso Delmanto, Código Penal Comentado, 5o. ed. amp. e atual, Edição Renovar. S. Paulo 1988.

Informa ainda o pranteado autor, que:

"Condenação anterior por contravenção: Não gera reincidência quanto ao crime subsequente".(STF, HC 60.273....omissis. pág. 113.

Em conclusão defendemos a corrente que adota, com relação à reincidência, os seguintes pontos: quanto à contravenção, uma vez admitida a transação ou cumprida a pena, a mesma não leva à reincidência ; quanto a pena de multa, somente ocorrerá se ambos os crimes forem dolosos.

## 10 - DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Dentro do estudo da relação processual penal

que se instala no Juizado Especial, merece estudo a teoria dos sujeitos processuais; nomeadamente, seriam o Juiz, o Ministério Público, como detentor do poder-dever de representar o "jus punitivus" do Estado; o acusado com seu Defensor, posto que, representam o polo passivo da relação processual e participantes de relevo, e por essa mesma razão não se pode olvidar da figura da vítima, no geral tão esquecida dos pleitos processuais, que poderá se fazer representar por seu Assistente. Ao Assistente, constituído pela vítima, caberá complementar as atividades desenvolvidas pelo Ministério Público, mas, evidentemente, não poderá, no caso de uma composição amigável, se opor quando a iniciativa partir do titular da ação, ou seja, do Ministério Público, enquanto "dominus litis".

A principal motivação para esta colocação da vítima como sujeito da relação processual, podendo constituir Assistente do Ministério Público, torna possível, mesmo no âmbito das infrações de pequeno potencial ofensivo, estabelecer bases seguras que não de lhe possibilitar, como consequência processual penal, a indenização pelas perdas e danos sofridos com o crime.

Nesse sentido a copiosa doutrina do Direito Português, como aponta o Prof. Jorge de Figueiredo Dias, no seu estudo sobre os "Sujeitos da Relação Processual", nomeando as obras existentes sobre o tema, destacadamente, dos Profs. Ribeiro de Faria, Costa Andrade, J. A. Barreiros e o Próprio Figueiredo Dias, conferir em: "O novo Código de Processo Penal", ed. Liv.

Almedina, Coimbra, 1988, Portugal, pág. 10.

Este caminho importa manter uma tradição importante na área de Direito Criminal que diz respeito a um dos efeitos tradicionais da pena, que é o de tornar certa a obrigação de indenizar, isto porque na condenação criminal já estão definidas a autoria e a materialidade do fato típico.

O art. 128 do Código Penal Português de 1982, dispõe claramente:

"...a indenização de perdas e danos emergente de um crime é regulada pela lei civil", o que dá margem às chamadas "acções civis".

Em nosso ordenamento penal, o art. 91 estabelece:

"- São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime".

Esse dispositivo do Código Penal é completado pela visão de sistema que se contém no Código de Processo Penal, que ao tratar no Título IV, "Da ação civil", expressamente dispõe no art 63:

"Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros."

Por isso é preciso destacar que o sistema brasileiro atualmente em vigor repousa nos dizeres do art. 1.525 do Código Civil, que fixa a "responsabilidade civil é independente da criminal", sendo certo que a vinculação da responsabilidade civil com a criminal, pode ser estabelecida em função do resultado do pronunciamento jurisdicional do Magistrado criminal. Assim, em caso de sentença absolutória criminal, fica subordinada a ela a responsabilidade civil, mesmo a despeito do teor do art. 1.525 do C. Civil.

Portanto, pode-se estabelecer que a responsabilidade civil, em princípio, é independente da criminal, porém, no caso de condenação é certa a obrigação de indenizar; nos casos de absolvição pelo juiz criminal, conforme regra do art. 65 do CPP,:

"Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito."

De outro lado, pode-se até a ter sentença penal condenatória como verdadeiro título executório na jurisdição civil; as possíveis contradições surgiram apenas nas decisões criminais absolutórias, ficando certo que os procedimentos culposos, quando não houver compensação de culpas, sujeitam igualmente à indenização cível.

Todavia há jurisprudência mansa e pacífica em

nossos Tribunais de que a absolvição criminal, por ausência de culpa, não impede a procedência da ação de reparação, no cível, RTJ 93/1.155.

Por isso a intervenção do ofendido ou seu representante legal, como assistente da acusação é de primacial importância, porque este não é simples auxiliar do Ministério Público, mas forma com este uma intervenção adesiva, resultando num litisconsórcio ativo, buscando uma reparação em favor da vítima a ser paga pelo responsável pelo crime.

Neste aspecto, o Juizado Especial pode conduzir um objetivo marcadamente significativo, na medida em que, no campo da própria "transação", que pode e deve ser discutida como um dos itens para levar as partes, acusação e defesa, a uma "composição amigável" que pode incluir em seus objetivos durante a fase "conciliatória" e que apresentará como resultado, não apenas uma solução parcial, mas total, abrangente das áreas cíveis e criminal.

Esse sentido de resposta única ao delito, com sanções que podem ser de ordem criminal e cível, certamente contribuirá de forma muito clara para a celerização da prestação jurisdicional em todos os seus níveis.

Por isso, entre os sujeitos processuais clássicos da relação processual, em polos destacados, se há de

incluir o assistente constituído pela vítima, para somar ao Juiz, ao Ministério Público e ao Defensor, com solução total e definitiva, ao menos nos delitos de menor potencial ofensivo, tornando assim mais real o princípio da inderrogabilidade penal, reforçados da prevenção geral e especial da punição.

Essa colocação sobre os sujeitos processuais, abre caminho para um posicionamento quanto a condução do trabalhos no Juizado Especial, posto que, a fase de conciliação, somente esta, pode ficar na órbita de atuação do Juiz o do "árbitro", i.é., o "dominus" desta fase que pode ser qualquer uma dessas pessoas, com participação ativa das partes, através de seus representantes, mas a fase judicial, propriamente dita, só ficará a cargo do Juiz togado.

Assim, diferenciamos os níveis de atuação do Juiz togado e do "árbitro", previstos, como faculdade, no texto constitucional.

Nunca porém se poderá abrir mão de que, face aos princípios processuais clássicos, incidentes sobre o tema, o Juiz é o "dominus" na fase propriamente judicial, ensejando campo para atuação do árbitro na fase conciliatória; o que é de certo ponto tolerável no campo da ciência processual.

A segunda tentativa de "conciliação e transação", no campo propriamente processual do Juizado Especial, prescindirá, por evidente, do concurso do "árbitro", porque estranho ao que se passou no ambiente interno da relação

processual e das provas já carreadas perante a autoridade judiciária, já que as mesmas, conforme o surto de progresso que enfrentamos, poderá ser, por fita magnética, gravação oral, ou televisiva, com imagens e sons, ou até mesmo taquigráfica, como já existe nos países que adotam o modelo anglo-saxão; e assim se perderia tempo com a figura do "árbitro".

Esse posicionamento nos é recomendado pelos princípios da economia e da celeridade processual, ainda que, de certo modo, existam os que defendem que se tal "árbitro" não atuar, nessa segunda fase, poder-se-ia comprometer outro princípio cardinal do processo, aquele da independência ou imparcialidade do próprio Juiz processante.

Preservar-se-ia também a reserva da função jurisdicional, que somente poderia ser exercitada por Juiz togado, como uma decorrência do dispositivo constitucional que assegura os princípios do Juiz natural e do devido processo legal.

Aprofundamos o estudo das possíveis consequências da existência da relação processual penal, com destaque para os sujeitos dessa relação, para estabelecer com segurança os limites precisos de atuação de cada interveniente, quer do Juiz ou do árbitro (este limitado apenas à fase de conciliação dita preliminar), a sequência da instrução criminal, e a reabertura da fase de conciliação, o arrazoado, que pode ser

de forma oral, resumindo-se as sustentações a meros itens programáticos, como se faz no Tribunal do Júri; e em seguida a decisão jurisdicional; é claro com amplo destaque à presença e participação das partes, eventualmente da vítima a seu Assistente, e do Acusado e seu Defensor.

Disserta com maestria o consagrado Figueiredo Dias, sobre o Ministério Público, dizendo:

"A atitude de legalidade persiste porém intocada ali, onde a lei permite ao Ministério Público omitir a acusação em casos e sob pressupostos legalmente determinados em função da realização de finalidades pré-estabelecidas, em homenagem às quais o poder discricionário é justamente conferido. Ao que se soma a consabida consciência metodológica actual, segundo a qual uma tal discricionarietà não é substancialmente diferente da que se intromete em qualquer processo de aplicação do direito, mesmo naquele que na aparência surge como legalmente vinculado da forma mais estrita." in aut. cit. Art. sobre os sujeitos processuais no novo Cód. de Proc. Penal, na coletânea " O Novo Código de Processo Penal, Liv. Almedina, Coimbra, 1988, pág.25.

Sendo de afirmação da literatura jurídica universal, que a missão do Ministério Público é de colaboração com o Poder Judiciário na busca da verdade real e na realização do Direito, neste particular o direito à transação, em uma eventual composição amigável na lide penal, se mostra perfeitamente adequada aos objetivos da verdade e da justiça nas relações humanas.

Por isso, por mais que as idéias da economia, da celeridade e da simplificação processuais, possam reivindicar essa forma de julgamento, não se há de omitir os direitos sagrados da defesa: do acusado silenciar, da presunção de inocência, do "in dubio pro reo" e ainda, que ao acusado e seu Defensor deverão militar rigorosa proporção, ou seja, a chamada "igualdade de armas" para litigar ou acordar.

Os fins básicos e teleológicos do Direito ficarão resguardados pelos objetivos que movem os sujeitos processuais: o do Juiz e do Ministério Público na busca da verdade real e na justa punição; e o Defensor na defesa do "jus libertatis" do Acusado, função hoje reconhecida como essencial à realização da Justiça, uma presença forte que certamente não concordará com "transações" que não sejam do precipuo interesse do Acusado, enquanto pessoa e cidadão portador de direitos.

O "Juizado Especial", no tocante aos sujeitos da relação processual, respeita os valores mais profundos e nos estudos mais corretos a respeito do tema, impondo-se como válida e eficaz a sua implantação na fase atual da vida contemporânea, no que toca à proteção dos Direitos e Garantias Individuais, mesmo à luz de exigências modernas como as que são feitas na obtenção de soluções consensuais, que a um tempo se revestem de um caráter de bilateralidade.

Essa bilateralidade atenderá aos reclamos da

Justiça e aos da própria defesa do cidadão, face a uma política criminal mais correta e menos preconceituosa, onde a intervenção do Defensor assume privilegiada posição, tão importante quanto à dos demais sujeitos do processo.

#### 10.1 - O CONFLITO DE INTERESSES E SEU TRATAMENTO LEGAL

Numa sociedade organizada e que se pretende pluralista, o conflito de interesses é tratado de várias maneiras; todavia, no sistema constitucional brasileiro a solução pela via da justiça é disciplinada como monopólio do Poder Judiciário, um dos três poderes políticos do Estado.

O normal e o mais comum seria que tais conflitos fossem solucionados sem a necessidade de atuação do Poder Judiciário, mas entre nós a solução prática de conflitos pela via do arbitramento e da conciliação são pouco praticadas, embora ocorram algumas instâncias formais como a instituição dos chamados Juizes de Paz, que deveriam ter essa incumbência, que é uma das mais caras tradições do sistema colonial português introduzido no Brasil e que vige até os dias atuais.

Nas pequenas comunidades é até possível que ocorram intermediações extra-oficiais, porém, com as cidades de grande e médio porte, tais fatos já se tornam muito mais difíceis pelas próprias condições de vida da população.

Sintoma grave dessa falta de atuação efetiva

dos órgãos estatais na centralização excessiva que se opera nos grandes centros, com as populações que cada vez mais perdem os seu sentido de identidade, o fluxo de pessoas de uma região para outra, a mudança de valores essenciais à vida em sociedade e o desconhecimento de pessoas e coisas do lugar, enfim o tratamento massivo e despersonalizado.

A própria criminalidade avança devido aos fatores do desconhecimento, do desamor e da falta de respeito de uns para com os outros, aliada às dificuldades da vida, comum aos povos integrantes do chamado terceiro mundo.

A mesma "cifra negra" que cada vez mais se alastra com os conflitos de interesses não solucionados, com as eternas filas para todos os tipos de atendimento e a má prática pelos órgãos públicos quase sempre com pessoas não treinadas para essa finalidade, tornam a vida muito difícil gerando o "stress" e a desintegração social.

As falhas tradicionalmente apontadas do funcionamento do Poder Judiciário poderemos sintetizar em: a) a Justiça é lenta; b) é excessivamente cara e muito complicada; c) muito difícil e praticamente inútil aos que a procuram; d) as interferências ditas políticas e que favorecem grupos de poder; enfim, as pessoas diante de tantas dificuldades, preferam renunciar aos seus direitos, dados os obstáculos que enfrentam, com os poderes públicos sequer mantendo um regular

serviço de informações para esclarecer os mais atrasados.

Nas pesquisas de opinião, realizadas pelos órgãos de auscultamento, as notas atribuídas geralmente são nada expressivas, porque o povo, de um modo geral, demonstra seu grande descontentamento.

A chamada "crise do Judiciário", agravada pela falta de verbas, acesso do homem simples aos seus serviços, uma ausência de melhor divulgação de seus trabalhos, uma infra-estrutura adequada, permitem que se projete uma visão distorcida de sua própria atuação.

De par com esses fatos, ainda as falhas da legislação que não acompanha o desenvolvimento, com Códigos verdadeiramente obsoletos, como por exemplo o Código de Processo Penal, e a ausência de moderna codificação das leis e procedimentos da Justiça do Trabalho, são exemplos irritantes dessa demora legislativa e que se imputa indevidamente ao Judiciário, que sofre assim, mais essa consequência.

## 10.2 - TRATAMENTO DESIGUAL

As infrações penais de pequeno porte, que tem a missão de verdadeiramente prevenir conflitos maiores, são hoje documentos legislativos apenas ornamentais; como exemplo, podemos citar o caso da Lei das Contravenções Penais e outras

extravagantes, que raramente aparecem nas estatísticas criminais, mesmo nas pequenas comunidades porque o Poder Judiciário, no seu gigantismo, não as contempla.

### 10.3 - DAS AUTORIDADES POLICIAIS

A divisão das funções policiais, em preventivas e repressivas, tem apresentado alguns aspectos de graves contradições, que somente com aprofundado estudo e boa vontade conseguiremos demover, para o êxito da repressão penal.

Com efeito, através da Polícia Militar, com sua função ostensiva de polícia de prevenção, temos de destacar os seus nobilitantes esforços dos serviços de trânsito, tanto na sua prevenção como na repressão.

O conhecido Batalhão da Polícia de Trânsito, acorrendo prontamente para fazer os levantamentos técnicos do local, com a elaboração de bem organizados "croquis" e colheita de outros dados, tem permitido que o Poder Judiciário dê soluções corretas, mas no caso dos Juizados Especiais, certamente se lhe acrescentarão a velocidade nas soluções legais.

Policiais adestrados para rapidamente elaborarem a colheita do material necessário com a pronta liberação das vias de trânsito, para que o fluxo de veículos não seja afetado, a ponto de comprometer a circulação ordenada do trânsito, sem os graves inconvenientes da elevação do volume das buzinas, das reclamações e da "loucura" do trânsito, que tem

propiciado a realização de reações violentíssimas que não poucas vezes tem levado os participantes a gestos extremos de violência e crueldade, com a perda inútil de tantas e tão preciosas vidas humanas.

A exemplo do que pregamos com respeito às Escolas Superiores da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia, também as Escolas de Polícia, quer a de Polícia Civil, como a Academia Policial Militar, é mister que se diga, responsáveis pelo adestramento e capacitação de suas respectivas forças de recursos humanos, precisa que seus ensinamentos se adaptem a uma realidade que requer levantamentos precisos e rápidos, com elementos perfeitamente condicionados a agir sob a pressão dos acontecimentos, sem rotinas superadas, com uma nova estrutura de formação: um moderno sistema, rápido e funcional, menos burocrático e emperrado, que permita ao cidadão sentir-se protegido e defendido contra as vicissitudes da vida prática.

Imprescindível portanto, que não haja uma centralização asfixiante; com procedimentos escorreitos, com o policial militar motorizado, quer com as motocicletas de fácil locomoção no trânsito, com elementos treinados para em poucos minutos interditar o fluxo do trânsito, proceder às notas básicas do acontecimento, lavrando imediatamente um boletim de ocorrências, previamente elaborado, para o qual foram habilmente adestrados, resolvendo em minutos as providências mais enérgicas para a comprovação do ocorrido e liberação das pistas de trânsito, sem prejuízo da segurança de todos.

Recomenda-se, como medida de ordem prática, um padrão, (standard) de procedimentos que convirjam, aglutinadamente, todos os interessados, polícia militar, Instituto de Criminalística (com seus bem estruturados Departamentos de Medicina Legal), policiais civis, prontos e solícitos para darem sequência aos boletins de trânsito de responsabilidade do Batalhão de Trânsito (BPTRAN) e uma rotina policial judiciária, que assegure o rápido trâmite do feitos, até uma solução final e derradeira com a decisão prolatada pelos Juizados Especiais.

Racionalizar-se o procedimento desde o levantamento da ocorrência, numa sequência lógica, precisa, que permita uma efetiva realização do ideal de Justiça, que reforçaria a credibilidade nas instâncias públicas de repressão.

Seminários conjuntos entre as Forças de Segurança do Estado que exercem o seu chamado "poder de polícia", uma efetiva política de segurança pública, em bases científicas, com análises profundas dos acontecimentos no setor, se faz urgente e imprescindível.

Se as pequenas desavenças progridem, com total descaso pelos valores em conflito, estes tendem a se agravar, pois mesmo quando comunicados às instâncias de repressão, pouco ou nenhum efeito conseguem obter.

A era da informática aproximando os eventos exige para sua implantação além de maiores gastos, pessoal apto a

fazer com que esses equipamentos agilizem a prestação dos serviços.

E assim as chamadas infrações de menor porte, continuam em plano secundário, acarretando desgastes e desprestígio, exatamente na camada populacional mais densa, que são as chamadas classes média e inferior.

A igualdade apenas formal, e não havendo a econômica, traz outros complicadores a esse quadro já caótico.

#### 10.4 - POPULARIZAÇÃO DA SOLUÇÃO COM OS JUIZADOS

A Carta Constitucional de 1988, conforme já assinalamos, acenou com essa possibilidade de criação dos chamados Juizados Especiais, visando atenuar o difícil acesso à Justiça, com um procedimento oral, rápido e que não afete a segurança das decisões.

A ênfase conferida à conciliação favorece ao apaziguamento dos espíritos, contribuindo para soluções mais rápidas e eficazes, que tragam alento e esperança aos cidadãos nas suas disputas.

A própria estrutura interna desses Juizados com fórmulas mais simples, comunicação via postal, registro em gravações dos depoimentos, pela oralidade efetiva, e ainda o especial cuidado de conferir a "equidade" na solução obtida pelos árbitros ou conciliadores, enfim, podem permitir que a Justiça atenda a todos que efetivamente vierem bater à suas portas, tal o

desiderato com que serão criados os Juizados Especiais.

#### 10.5 - A VALORIZAÇÃO DOS ADVOGADOS

Um acesso facilitado aos Juizados Especiais, à primeira vista, com a possibilidade do interessado comparecer sozinho ao Juizado, desacompanhado de advogado, poderia significar desprestígio à valorosa classe dos Advogados.

A experiência entretanto, tem revelado que tal não acontece e, muito pelo contrário, está a indicar um melhor preparo para os que militam nessa área, sendo de fácil constatação que é um campo fértil e extremamente propício para que os novos Advogados por ali se iniciem no campo profissional.

Evidentemente que um procedimento oral, rápido, o preparo do profissional para bem orientar o seu cliente, se reveste de "insight" de maior significação, de "presença de espírito" para acompanhar a velocidade dos acontecimentos.

A atuação do jovem profissional, num campo congestionado como é nos dias de hoje a advocacia, exige que o Advogado tenha um largo tirocínio, que só se adquire com a efetiva experiência da prática dos atos privativos do Advogado no aconselhamento dos seus clientes e no seu acompanhamento aos pretórios.

Por mais que seja excelente a sua bagagem teórica, sem o "batismo de fogo" da atuação prática,

efetivamente, não pode o Advogado ser levado à conta de experiente, capacitado e apto para as nobilitantes funções que a advocacia como ciência, técnica e arte exige dos seus profissionais.

Note-se, por exemplo, que a moderna legislação penal trouxe verdadeiros desafios para o profissional da advocacia. Suponha-se que seguindo o velho lema ético de que o Advogado Criminal não deve ensinar seu cliente a mentir, quando muito, se a questão o prejudica, instruir-lhe para que se cale, valendo-se da garantia constitucional do silêncio, que o C.P.P no seu art. 186 aponta claramente, como até gerador de más consequências para interpretação e convicção do Julgador; ou ainda, a responsabilidade do Advogado em instruir seu cliente a confessar ou não o crime que se lhe imputa, para se valer da circunstância atenuante contida no art.65, inciso III, letra "d" do vigente Código Penal, assumindo um ônus gravíssimo pela orientação dada.

Neste aspecto importante da atuação profissional, a experiência desenvolvida no Escritório Modelo da Faculdade de Direito da UFPR mostra que é bem melhor trabalhar com Advogados que defendem a parte contrária, de grande talento e erudição, porque estes sabem que os exatos limites dos direitos de seus clientes, e favorecem o acordo ou o termo de conciliação; não assim, os que se mostram falhos desse entendimento e querem persuadir, sem argumentos fictícios ou jurídicos, de envergadura.

Um advogado criminalista, com largo tirocínio, com olhos capazes de ver o emaranhado de dificuldades que as vezes seu clientes terá de enfrentar, como, por exemplo, depender única e exclusivamente do depoimento de uma ou duas testemunhas, que por profissão poderão tomar rumos diferentes, sendo difíceis de serem localizadas, os encargos de arrolar testemunhas para virem depor em Juízo, com perdas de horas de trabalho, alimentação e condução, que importam às vezes, custos de grande monta, posto que compareceriam apenas para depor em favor da tese da Defesa, e que, face a uma avaliação rigorosa, talvez pela conhecida praga do cigano: "Deus que lhe dê boas demandas", se veja na inquietação permanente de aguardar o dia do julgamento, que pode ser transferido até mesmo pelas circunstâncias adventícias do tempo.

Ou ter que suportar em algumas oportunidades o assédio da imprensa, nem sempre composta de profissionais com adequado senso ético, com visão integral de suas graves responsabilidades, como verdadeiros formadores de opinião, e que até inconscientemente, no afã de bem informar, acarretam graves ônus às pessoas que se vêem envolvidas na grande tragédia da cena criminal.

Advogado que possa reconhecer a oportunidade de observar o brocardo popular de que às vezes é melhor um mau acordo do que uma boa demanda; tudo para que no final os prejuízos do cliente não sejam agravados com a própria apuração da infração lhe atribuída.

Por outro lado, não há a menor dúvida que o Juizado Especial contribuirá para fortalecer o espírito da cidadania na população que, com o acesso facilitado à Justiça, certamente adquirirá o generoso hábito de melhor defender seus direitos, e em consequência disso, cedo perceberá a importância o valor da advocacia na consolidação do Direito, com a consequente ampliação do mercado de trabalho.

Por esse ângulo, as pessoas, certamente, haverão de pensar duas vezes, para proferirem o hoje refrão do "vai procurar os seus direitos", porque saberão que as portas do Judiciário estão acessíveis a todos os que demandarem por seus direitos, mesmo os de pequeno ou escasso valor econômico, mas de grande significação para a cidadania e a dignidade dos que nele se envolveram.

Comparando-se com as experiências norte-americanas das pequenas cortes, denominadas de "Small Claims Courts" em que a comunidade se faz representar por profissionais de Direito, advogados, juizes e promotores aposentados, que ali comparecem gratuitamente e ou a troco de pequenos saldos a emprestar sua experiência para ajudar a população a resolver seus conflitos e assim facilitar a vida em comunidade, aplainando as disputas e limitando-as num círculo de pequenos efeitos, que previnem futuras desavenças.

Exemplo típico de participação popular se deu recentemente com a comunidade de Curitiba, quando da instalação dos serviços do Tribunal do Júri da Capital, quando o 2o.

Tribunal convocou as pessoas para se alistarem voluntariamente como jurados, e a resposta entusiástica da população, comparecendo em massa e pasme-se respondendo ativamente com sua presença às sessões, propiciando um grande número de julgamentos, sem outra remuneração ou recompensa senão a da livre e honrosa participação na realização do ideal de justiça.

O advento das Escolas Superiores da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia, entre nós, tem propiciado reciclagens, discussão de novos e antigos problemas, tornando-os sujeitos da relação processual penal mais aptos para a realização de seus misteres, que trarão benefícios à população e ao Direito, meta que todos buscamos.

Na luta contra a delinquência, a atividade pré-processual desenvolvida pelas autoridades policiais é de natureza fundamental para a "persecutio criminis", porque todos os elementos indiciários deverão ser colhidos de forma eficiente, para poder reprimir os que infringem a ordem jurídica, perturbando a paz social.

Há pois, uma luta pertinaz entre a lei e o crime, e ao Estado compete exercer o seu direito de auto-defesa, para tornar possível a vida em coletividade, exercendo seu "imperium" que virá favorecer o Poder Judiciário com sua missão de distribuir justiça em bases legais.

A formação do "corpus delicti" com os elementos da autoria e materialidade, na formação da culpa,

compete primeira e basicamente à Policia Judiciária que, nesse mister, tem que reunir as policcias existentes num corpo ágil e apto a encontrar os relevantes fins para os quais foi criada.

## 11 - A D E N D O

### 11.1 - JUIZADOS ESPECIAIS NO CONGRESSO NACIONAL

O Deputado Federal pelo Rio Grande do Sul, Nelson Jobim, vem de apresentar ao Congresso Nacional, especificamente à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 3.698 de 1989, disciplinando os chamados Juizados Especiais sobre a transação penal e outras providências. Este Projeto foi anexado a outro, de número 1.129 de 1988, do também Deputado Federal, Jorge Arbage, que cuida dos Juizados Especiais e a Justiça de Paz remunerada. É mais amplo e mais completo o trabalho do Deputado Nelson Jobim, que vai merecer alguns aspectos críticos visando o seu completo esclarecimento e a tentativa de fornecer elementos para ampla discussão.

Dispõe o artigo primeiro que tais Juizados Especiais Cíveis e Criminais serão Órgãos da Justiça ordinária e criados pela União no Distrito Federal e Território e pelos Estados, visando a conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

O artigo primeiro é encimado pelo Capítulo I, cujo título é " Disposições Gerais ", quando, na verdade, são disposições introdutórias a encaminhar o assunto. Verifica-se, claramente, que a Justiça Federal e a Trabalhista ficam excluídas do projeto, não ficando bem clara a razão de tal eliminação, porquanto também, nessas áreas, nas questões de pequeno porte,

elas teriam importante papel a desempenhar, que é exatamente o mesmo princípio que orienta todo o projeto.

O Capítulo II cuida especificamente dos Juizados Especiais Cíveis, onde seu campo já vem sendo executado pelos Juizados de Pequenas Causas, com notável desafogo e prevenção de grandes demandas, com aceitação total, vencendo resistências iniciais que se opunham a esse Tribunal popular que está consagrado pelos bons serviços prestados, carecendo, como é evidente, de alguns ajustes, necessariamente, como exige a prática diária, no tocante à execução.

A execução, porém, é aqui disciplinada e poderá revolucionar completamente o que se conseguiu, que é a chamada justiça preventiva, pois os pequenos conflitos não evoluem, não progridem, face ao rápido encaminhamento que tais Tribunais de Pequenas Causas vêm dando aos problemas de sua competência, ainda, saliente-se com a parte das execuções que se há de melhorar. Em suma, o procedimento previsto incorpora as regras de experiência já colhidas com os Juizados de Pequenas Causas e lhes dá um tratamento que a "praxis" estabeleceu, dando condições de efetividade aos julgamentos e tornando a Justiça mais acessível às partes.

No Capítulo III, que trata do Juizado Especial Criminal, reside sim a grande inovação, porque não temos nenhuma experiência em tal setor, e esta se torna de maior importância, pois pode representar uma forma de estancar a impunidade que as

pequenas infrações hoje desfrutam, pela precariedade do funcionamento da Justiça Criminal.

No artigo 61 é fixada a competência para os crimes capitulados no artigo 155 " caput " do Código Penal, isto é, os delitos de furtos simples. No inciso II são enquadrados todos os crimes dolosos punidos com pena de reclusão de até um ano, ou de detenção até dois anos, incluindo os crimes culposos, todos eles, e ainda as contravenções penais.

Este dispositivo merece uma atenção especial. O crime de furto simples é absoluto em estatísticas criminais, sendo o de maior incidência. Como se sabe, as Delegacias de Polícia, notadamente as de crimes contra o patrimônio, possuem um número extremamente significativo de pessoas cadastradas e que praticaram esse tipo de delito e, em função do pequeno valor, da ausência de reclamação, ou até mesmo, num gesto de larga liberalidade não autorizada em lei, mas realmente praticadas muitos em função de serem primários, são apenas registrados como tendo passagens pela Delegacia e após liberados, sem nenhum outro processo e, quando reincidem, aí sim, se forma um processo com essa anotação, para registrar seus antecedentes.

Aqui, certamente, a "praxis" policial não será alterada pois, com raríssimas exceções, os que são processados criminalmente já cometeram, obviamente, mais de uma infração penal, e a "cifra negra" é impossível de ser estimada, devido a

nossa falta de estatísticas confiáveis a respeito.

Os crimes dolosos, punidos com até 01 (um) ano de reclusão e os com até 02 (dois) anos de detenção, não oferecem maior gravidade, parecendo-nos sua aceitação pacífica.

O problema atinge sua plenitude com a introdução do inciso III que engloba todos os crimes culposos, o que sem dúvida é a grande meta a ser atingida, porque nessa competência se incluem os crimes praticados, em sua maioria, pelos condutores de veículos automotores.

No caso do Paraná, onde temos várias Varas Criminais próprias para tratar do assunto, bastaria, tão-somente, por alteração de sua competência, transformá-las em Juizados Especiais, permanecendo já com a sua estrutura atual, contando com recursos materiais e humanos que possuem, não havendo dificuldade alguma, por isso, em sua implantação, e a velocidade dos julgamentos adquirirá uma presteza que é difícil de imaginar.

Some-se, ainda, a inclusão das contravenções penais, hoje verdadeira letra morta na repressão penal, e que assim, teria vigorada a sua prática e observância; não que as contravenções penais não tenham ocorrido, mas elas ocorrem e até em grande número, porém, sua final destinação seria realidade, qual seja, prevenção de fatos dessa natureza, que assim tendo punição, pronta e eficaz, haveriam de prevenir a incidência na estatística criminal.

O cidadão, por certo, sentiria o que há muito não sente, que é a proximidade com a Justiça e a certeza da

punição ao seu redor.

No tocante ao procedimento, surge o chamado Juizado de Instrução, o que reclama a presença de Juizes, Promotores e Advogados, isto é, a instrução seria feita com a dispensa total, por inútil, do inquérito policial. O Juizado de Instrução, com vigência em outros países (na França, por exemplo), pode vir a ser adotado conforme dispõe o Projeto, no Capítulo II, Seção II, quanto ao "Procedimento no Juizado de Plantão", consoante o artigo 63 e seguintes que lhe dão corpo.

Será, evidentemente, uma revolução na área do Judiciário e exigirá um moderno entrosamento entre as autoridades encarregadas da investigação, julgamento e repressão.

Esse Juizado de Instrução, em princípio, é destinado a funcionar apenas nas grandes cidades, que se mostram adequadas a poder observar os seus vários princípios, mas a propaganda e a difusão do funcionamento, por certo, reclamarão do Poder Judiciário a sua pronta disseminação, porque realmente o cidadão será, efetivamente, atingido e a Justiça chegará a todos, como é o seu objetivo e o propósito do legislador.

Mas a grande novidade que virá surpreender a todos que militam na Justiça será a "transação", prevista no artigo 79 do Projeto, que é realmente revolucionária. Diz o artigo:

" Poderá haver transação sobre a punibilidade nos crimes previstos no artigo 61 desta lei".

E no artigo 82 do Projeto dispõe:

" O Juiz proporá a transação às partes na instalação das audiências e antes de proferir a sentença ".

Aqui observa-se um princípio que vem orientando a prestação da prestação jurisdicional, pois o acordo é uma prática antiga, principalmente nos países que seguem o modelo da "common law" de Justiça. Só que lá, o que vem ocorrendo é que a iniciativa do acordo, com o nome de "Plea Bargaining", é inteiramente do Ministério Público, e aqui fica confinada à autoridade judicial. Pensamos não ser boa a redação proposta neste particular porque, no sistema acusatório, que é um sistema de partes, deve-se preservar ao máximo a atitude de total imparcialidade do Juiz. Aliás, Juiz é sinônimo de imparcialidade. Assim, seria melhor que o Ministério Público, efetiva e corretamente, tomasse a iniciativa de propor o acordo, procedendo-se antes mesmo da formação da ação, antes portanto da denúncia acusatória ser recebida.

Esse Projeto, que foi apresentado em 12 de setembro de 1989 pelo Deputado Nelson Jobim, traz um avanço significativo para as nossas práticas judiciais e revolucionária, radicalmente, o posicionamento de nossas autoridades voltadas ao assunto.

Não poderíamos terminar sem alusão ao Projeto elaborado pelos Juizes e Professores de Direito, Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco Antonio Marques da Silva, publicado na RT 630/401, que mereceu excelente estudo por parte de Herminio Porto e Nelson Nery Jr., que foi merecidamente publicado na Revista de Processo n. 55, pags. 105 usque 119, versando sobre o mesmo assunto, cuja leitura se torna obrigatória. A noticia é alvissareira e se faz necessário que todos os interessados, através de seus contatos, pressionem o Congresso Nacional e o próprio Poder Judiciário, que também deve estar atento, a fim de que esses Juizados Especiais sejam realidade no menor prazo possível.

## 11.2 - PROBLEMAS PRÁTICOS

### 11.2.1 - D A A R B I T R A G E M

Estabelecendo a Constituição a possibilidade dos Juizados Especiais contarem com Juizes togados e árbitros, evidenciou-se um fato concreto, qual seja, a eventual remuneração a ser paga e a que título aos que exercerem a função de árbitros.

Vale ressaltar, desde logo, que no principio,

a Ordem dos Advogados do Brasil, por suas Seccionais, se insurgia contra o procedimento, sob a alegação de que se estaria a suprimir ainda mais o mercado de trabalho dos advogados. Tal, entretanto, veio a se constatar, foi um erro de avaliação lógica, pois que não havia ainda a experiência prática com que contamos, hoje, e por esse prisma, o funcionamento dos Juizados, ao contrário, evidenciou uma oportunidade a mais de profissionalizar os advogados, quando não, uma atividade que se pode confiar a Juizes, Promotores e Advogados públicos e particulares, Serventuários da justiça aposentados que assim não se desligam de todo da atividade jurídica, e podem conseguir além da ocupação, também uma pequena remuneração.

Na verdade, a maioria dos Juizados, principalmente no interior do Estado, conta com árbitros não remunerados, que se sentem honrados em colaborar com o Poder Judiciário, e atuam em função de cumprirem uma tarefa que lhes traz satisfação e um verdadeiro "munus publicum", entendimento que tem prevalecido.

Com a incidência do direito positivo, algumas posições começam a ser questionadas, pois a Constituição Federal proíbe relação de emprego gratuita, mas essa exige a efetiva disponibilidade do árbitro à disposição do empregador por um lapso de tempo, em que acata suas ordens, o que não se verifica na prestação da função de árbitro, moderador ou conciliador.

Também o artigo 7o., inciso XXXII, da

Constituição Federal estabelece a proibição de se proceder a distinção entre trabalho manual, técnico, intelectual entre os profissionais respectivos, vale dizer, da mesma área.

Mas a questão vem preocupando as áreas ligadas ao problema, e por enquanto a solução encontrada tem sido a do pagamento de "jeton", uma espécie de honorários pelo número de sessões a que comparece, provindo os recursos do próprio Poder Judiciário.

Alguns estudiosos entendem, todavia, que esses encargos deveriam ser pagos pelas partes interessadas, numa pequena proporção com o valor da causa, mas a tal ponto que não viesse com o tempo, a se tornar um empecilho para a possibilidade do acesso dos menos favorecidos a esses órgãos, de verdadeiro julgamento popular.

#### 11.2.2 - PODERES DO JUIZ

Um outro problema, de importância prática,, advém da conjugação de alguns dispositivos da Lei 7.244 de 07.11.84, que dispõe sobre o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, notadamente aos poderes do Juiz, ou do árbitro na condução da demanda perante ele instalada.

Estabelece o artigo 26 que o árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos artigos

quarto e quinto desta lei, podendo decidir por equidade. Ora, essa faculdade, de certo modo, equipara o procedimento do árbitro ao do Juiz, que muitas vezes atua em cumprimento à orientação pessoal que lhe foi transmitida pelo próprio Juiz. Nessa referência aos artigos quarto e quinto da mencionada lei, é de se adicionar o artigo segundo que, conforme alguns, soa até como mais importante, porque nele são fixados os princípios norteadores do Juizado Especial, quase que sua marca característica, porque ali se diz que o processo será orientado pelos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se sempre a conciliação das partes.

Todavia, o que vem inscrito no artigo quarto é um amplo poder conferido ao Magistrado togado que muito nos aproxima do direito anglo-saxão, onde algumas regras são especialmente fixadas pelo Juiz, face às próprias e inusitadas características do caso concreto que está em julgamento. Assim, o Magistrado tem ampla e total liberdade para conduzir o processo até mesmo quanto à determinação das provas que serão produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Esse preceito é ainda suplementado pelo artigo 34 do mesmo diploma legal que, sem dúvida, o completa, porque diz que:

" Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução

e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias ”.

A exegese deste artigo leva o debate para rumos por demais amplos e significativos, quase que a tese do direito de livre interpretação, isto porque, a fixação do " thema decidendum", que é tarefa básica e fundamental do Juiz, exsurge com toda a sua plenitude, já que em matéria pericial o Juiz é "peritus peritorum", e aqui no caso, fica ao seu livre arbítrio a condução do processo, escoimando-se das conhecidas atitudes impertinentes ou dos escusos procedimentos meramente protelatórios com que se deturpa a aplicação da lei.

Como tem sido assinalado, o artigo 130 do atual Código de Processo Civil, que estabelece:

" Caberá ao Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias ",

merece especial consideração, pois, na verdade, sendo o Juiz o sujeito da relação processual que preside a instrução, é evidente que é para ele que a prova é endereçada e, por isso tem, pela letra da lei, poderes suficientes para orientar o processo no sentido do " thema decidendum " que a ele, Juiz, cabe fixar desde logo, favorecendo o debate das partes.

Não se pode perder de vista, porém, a exigência constitucional do Juiz motivar suas decisões, dando as razões de seu convencimento e explicando os motivos que o

levaram a atuar desta ou daquela maneira, para segurança das partes e credibilidade do Poder Judiciário.

Em tema de prova, três posições costumam ser fixadas: sua determinação, a maneira da realização e, finalmente, sua valoração. O Juiz não pode ser, na feliz expressão de Nelson Hungria, "um convidado de pedra" a assistir impassível o pedido das partes, um espectador inerte, inativo, devendo tomar atitude positiva na averiguação da verdade real. Conclui-se, pois, se a função de julgar implica aplicar normas jurídicas a fatos, parece claro que ele deve conhecê-las muito bem.

Nem se diga que o princípio dispositivo seria um obstáculo invencível na atividade e nos poderes jurisdicionais do Juiz; pensamos que o bom senso recomenda uma atitude mais ativa, principalmente diante da inércia das partes ou de atitudes dúbias por elas adotadas.

É certo que as partes têm o poder de dispor sobre seus direitos, mas não têm elas nenhum direito de dispor da capacidade e do poder do Juiz em querer melhor conhecer os fatos que são a base da causa que se vai decidir.

Nem se diga, ainda, que tomando atitudes inovadoras, vai o Juiz comprometer sua imparcialidade, a sua natural neutralidade no conflito. Ora, ao Juiz importa reconhecer, na base dos fatos, quem tem razão, e por isso, deve agir, embora com cautela, para não revelar nenhuma preferência

por qualquer das partes.

Essas cautelas dizem respeito a postulados básicos das provas, como ao autor incumbe provar o que alega; o Juiz não é, evidentemente, encarregado de suprir suas omissões; isso vai ocorrer no momento final da valoração das provas.

Na parte final, na valoração das provas, a tendência é analisar as questões de fato, muito rapidamente, e isso tem sido apontado, já que nas questões jurídicas se procura, na maioria das vezes, emprestar um certo "brilho" na decisão, anotando doutrina e jurisprudência, algumas vezes até mesmo estrangeira, o que parece demais rebuscado para um Juizado Especial, que deve ser orientado pela simplicidade. Evidentemente que o Juiz não vai assinalar apenas que ficou "convencido" ou "não gostei desse comportamento da testemunha", mas dará, em linguagem simples e entendível pelas partes, as razões do seu convencimento e das conclusões a que chegou.

Para cumprir sua missão, o Juiz atenderá ao sentido da lei, auscultando seus fins e objetivos, adequando ao caso concreto a norma correspondente e fazendo valer a descoberta dos fatos, tal qual apreendeu durante a realização da prova e, finalmente, julgando com seus conhecimentos, sua vivência e seus valores.

O "devido processo legal", nesse caso, será a contraditoriedade que sempre acompanhará a realização da prova,

e o fato de se poder fiscalizar o andamento processual e ao final discutir com ampla e total liberdade.

Fixando o "thema decidendum", atento ao desenrolar da prova, o Juiz terá ampla visão material dos fatos, valorizará corretamente a prova e, assim, escapará da regra geral, desafortunadamente vigente nos pretórios e que o Professor René Ariel Dotti focaliza, com proverbial sutileza, ao dizer:

" E é justamente através do processo que o direito penal mostra a sua grandeza e revela suas misérias. A dignidade e o relevo humano e social das normas materiais serão exaltados ou lamentados em razão de seu concreto funcionamento. Um dos graves inconvenientes do descompasso entre o progresso dos conceitos formais do direito penal e a debilidade das infra-estruturas do processo reside na distância profunda entre o acusado e o Juiz. Na candente reação de Marco Del Pont, " la justicia del crime es administrada en forma tal, que el juez no conoce la mayoría de las veces al acusado a quien condena o absuelve, y esto, ni en los casos más graves ". (in DOTTI, René Ariel, Reforma Penal Brasileira, Ed.Forense, Rio, 1988, pag. 357).

### 11.3 - ASPECTOS CONTRA A MOROSIDADE.

Notícias que nos chegam dos Estados Unidos nos informam sobre rumos que vem tomando, naquele país, a advocacia particular, que vem conseguindo impor novidades na área da Justiça, mais especificamente na solução dos conflitos, com o aumento significativo do número de empresas privadas que se ocupam em decidir questões entre particulares que de outra forma se transformariam em questões judiciais.

Povo extremamente cioso de sua independência, com um culto de liberdades públicas fundamentais e no pleno exercício da democracia e da cidadania, o refrão popular "time is money" não se compadece em aguardar as demoradas soluções que o Poder Judiciário leva para definir as questões que vêm ao seu conhecimento.

Assim é que vem apresentando no campo penal uma grande e discutida novidade que são as penitenciárias de cunho privado ou particular em que o Estado contrata, como vem fazendo em outras áreas, empresas que se especializaram na atuação como penitenciárias particulares, e que vem funcionando em diversos Estados, com razoável custo e fazendo frente aos dispendiosos estabelecimentos públicos, ensejando uma revisão dos conceitos quanto aos custos econômicos e aos padrões de eficiência desses estabelecimentos correcionais.

Causou verdadeiro impacto em nossa opinião pública o advento desses estabelecimentos que segregam cidadãos, havendo aqueles em que os próprios condenados pagam suas estadias e se permitem condições especiais de acomodação que se constituem um verdadeiro luxo, como as que foram confinados os condenados pelo conhecido escândalo " Watergate", quando foram sentenciados vários elementos que compunham o primeiro escalão do governo Richard Nixon, bem como havendo outras em que o Estado é que contrata mediante concorrência pública esses estabelecimentos.

Paralelamente a esse aspecto, a demora na solução dos pleitos tem ensejado que uma nova empresa se constitua para fins particulares, que são as empresas que se ocupam em decidir casos que seriam da competência da Justiça, desde que, evidentemente, as partes contendoras assinem um termo de acordo se comprometendo a acatar e a cumprir o que for decidido nessas soluções, o que entre nós seria, mais ou menos, a semelhante figura processual pouco usada dos arbitramentos, algo que existe no Código de Processo Civil desde 1939, sob os Títulos de "Juízo Arbitral", e que vinha disciplinado nos artigos 1031 usque 1046, em que se previam as disposições gerais, o andamento e o próprio julgamento das causas e a execução do julgado pelo próprio juízo arbitral; e que no Código de Processo Civil vem disciplinado com melhor sistemática no Capítulo XIV do Título I, que cuida dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, do Livro IV, esclarecendo-se que a redação das normas do atual Código sobrepujam o Código de 1939, normas que são comumente usadas no comércio internacional, conforme esclarece a vasta

contribuição doutrinária sobre o assunto.

É assaz curioso que no âmbito do comércio internacional e das próprias negociações comerciais não se faça uso desses instrumentos que sequer são estudados com alguma profundidade nos cursos de graduação ou especialização em Direito. E isso se dá porque os Tribunais que compõem a Justiça Cível estão incrivelmente abarrotados, com sua monstruosa burocracia, seus custos astronômicos e, o que é pior, dos usuários com seus intermináveis recursos que não tem prazo possível para ser estimado, mesmo pelos seus profissionais que são peritos no assunto.

Evidentemente que as empresas que se dedicam a esse campo de negociação devem manter elevados padrões de eficiência, com julgamentos corretos, com adequados níveis de equidade, para merecerem a reputação e a credibilidade que serão a mola mestra de seus negócios. Para que tal ramo dê sucesso, além da rapidez, sigilo, confiança e regularidade, há de haver muita certeza, com um processo reduzido e extremamente simples, que possa ser compreendido e acatado por todos os que se voltam a essas atividades.

Essa espécie de Justiça privada, acionada por particulares contra particulares, deve contar com estruturas adequadas e já há algumas que se destacam, como nos chega ao conhecimento, uma delas, denominada " JUDICATE", que tem sua sede na cidade de Filadélfia e possui uma linha numerosa de filiais

nos EUA. Ela tem verdadeiras salas de audiências e evidentemente proporciona aos seus "juizes" e "jurados" remuneração bastante atraente, que lhes permite dedicação integral à empresa. Mas como a novidade sempre apresenta peculiaridades, sabe-se que uma das mais importantes empresas da chamada "Justiça Privada" se denomina " Associação Norte-Americana de Arbitragem" e é uma entidade sem fins lucrativos que atua em todo o país, com uma aplicabilidade a pelo menos 60.000 (sessenta mil) casos resolvidos no ano de 1990 (dados fornecidos pela Gazeta do Povo).

A existência dessas organizações, embora entre nós não tenhamos conhecimento de nenhuma iniciativa desse tipo, num rápido estudo comparativo que fazemos, podemos identificar, nesse comportamento, uma iniciativa particular de resolver um problema que os organismos oficiais não tem demonstrado particular eficiência. Pelo menos, nas avaliações feitas em consultas à população e que foram publicadas pelo jornal Folha de São Paulo, o povo tem dado, invariavelmente, uma nota regular ao Poder Judiciário, ou seja, uma nota 5 (cinco), o que reflete um índice amargo de ser absorvido

Ainda sobre esse procedimentos de natureza exclusivamente privada, o saudoso Heleno Claudio Fragoso, ao seu tempo já anotara:

" Ainda no plano geral tem-se sugerido evitar o procedimento perante os Tribunais quando se trata de pequenas infrações e de fatos que podem ser corrigidos

através de outras agências sociais. O processo penal é lento e ineficiente, estigmatizando o acusado por inseri-lo nas engrenagens do sistema. É o que o relatório da Comissão Presidencial dos Estados Unidos chamava, em 1973, de "diversionary devices", ou seja, processos e meios para suspender o procedimento criminal, desde que o indiciado se submeta a assistência e tratamento por instituições e órgãos alheios ao sistema de justiça repressiva. Isso só será possível fazer naqueles países onde vigora, para o Ministério Público, o critério da oportunidade (que julgamos altamente desejável), o qual permite ao acusador renunciar ao processo penal naqueles casos em que suas inconveniências são manifestas". (in FRAGOSO, Heleno Cláudio, art. Alternativas da Pena Privativa de Liberdade, publ. na Revista de Direito Penal, vol. 29, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p.10).

#### 11.4 - D A M U N I C I P A L I Z A ç ã O

De certa feita, o acatado Professor de Direito Sérgio Ferraz, participando em Brasília, por ocasião dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, no sétimo painel sobre "Organização Nacional. Região, Estado e Município. Funcionamento Regionalizado dos Poderes Constitucionais", no qual era expositor o Professor Nelson Nogueira Saldanha, da UFPE,

juntamente com o Deputado Matheus Schimidt, durante sua exposição, analisando a estrutura dos poderes em nosso país, desde a Constituição de 1891, questionou abertamente a tarefa judicante, porque ela só é confiada à União e aos Estados, com estas palavras:

" Por que ela é federal e estadual?

Por que ela não é federal, estadual ou municipal?

Deve ela ser só federal ou não?

Esse é um tema que deve ser meditado." (in Anais do Simpósio - Temas Constitucionais, Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça, Brasília, 1986, p.26).

Depreende-se dessa colocação que os Municípios têm direta necessidade de resolverem seus problemas jurídicos, que nele efetivamente acontecem.

E onde não se conta com nenhuma estrutura do Poder Judiciário, pelo elementar fato de não serem sede de Comarca, bem que poderiam se prestar a criar condições para que os Juizados Especiais ali tivessem sede, apenas nas modalidades de conciliação ou mesmo juízos arbitrais, como forma de realizarem a Justiça. Quando não, colaborariam efetivamente para que os casos judiciais pendentes diminuíssem nas estatísticas, o que redundaria em desafogo dos pleitos que são levados ao conhecimento do Poder Judiciário. Pelo tempo e pelas condições de eficiência que vierem a apresentar, podem se constituir em instituições, acatadas pela praxe e pelo costume,

que é, como se ensina, um dos modos pelo qual se forma o direito.

O hábito de se recorrer ao Juízo Arbitral, pode e se nos configura correto afirmar advirá também da eficiência e credibilidade dos Juizados Especiais, quer de ordem cível, quer de ordem criminal, e quanto antes assegurarmos ao cidadão os mecanismos efetivos de uma paz social, estaremos garantindo à sociedade condições plenas de se desenvolver com equilíbrio e Justiça.

## 12 - C O N C L U S Õ E S

PRIMEIRA - Nas infrações de menor potencial ofensivo, a autoridade policial dispensará o inquérito policial tradicional, fazendo um relatório que deverá conter: relato circunstanciado da ocorrência, ou boletim circunstanciado, exames periciais indispensáveis, qualificação do acusado, da vítima, das testemunhas e as apresentará diretamente ao Ministério Público.

SEGUNDA - O " Ministério Público ", por seu Promotor de Justiça, poderá: pedir o arquivamento se o fato não se constituir crime; novas diligências complementares, se houver dúvida séria, indispensável; ou oferecerá a denúncia, escrita ou oral, (neste caso reduzida a termo), manifestando-se desde logo, sobre eventual possibilidade de transação.

TERCEIRA - A transação, produto de mediação, será realizada, preferencialmente em audiência, ou fora dela, nesse caso se encaminhará petição ao Juiz Togado para ser homologada, mesmo antes do oferecimento da denúncia; no caso de audiência, a homologação far-se-á na presença de todos.

QUARTA - A transação não se considera como direito subjetivo do acusado, posto que é uma faculdade do Ministério Público e submete-se à homologação do Juiz Togado, este jungido aos princípios gerais do Direito; todavia, se o Juiz denegar a homologação, caberá recurso de apelação para a Turma de Juizes de Primeira Instância.

QUINTA - Se, a critério do Ministério Público, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do fato, suas consequências, não recomendarem a transação, o Promotor deverá se manifestar desde logo, motivadamente e oferecerá a denúncia.

SEXTA - Por intermédio da transação poderá o acusado assumir o compromisso de cumprir uma das seguintes alternativas, isolada ou cumulativamente:

a) suspensão condicional da punição;

b) obrigação de reparar o dano, servindo a ata como título executório;

c) a imposição da multa ou outra pena pecuniária;

d) submeter-se a interdição temporária de direitos;

e) submeter-se a restrições de fim de semana, com ou sem trabalho;

f) a medidas cautelares inominadas estabelecidas no acordo;

SETIMA - O registro da transação, não impedirá novo benefício, no prazo de 05 (cinco) anos; todavia, o Acusado será considerado reincidente.

OITAVA - Em caso de descumprimento das condições homologadas, o prazo prescricional será regulado conforme a pena imposta, aumentados de metade para todos os efeitos.

NONA - A lei deve estabelecer forma determinada e precisa para os atos processuais, que serão realizados em audiência para lograr suas finalidades.

DECIMA - Serão consideradas infração de menor potencial ofensivo:

a) os crimes culposos;

b) os crimes de furto simples, de furto privilegiado, bem como o estelionato de pequeno valor;

c) as contravenções penais;

d) as infrações com pena de até 01 (um) ano de prisão simples, ou os crimes dolosos cuja pena não ultrapasse 01 (um) ano de reclusão, ou até 02 (dois) anos de detenção.

### 13 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 01 TORNAGHI, Helio Bastos. Instituições de processo penal. Rio de Janeiro : Forense, 1959. v. 4.
- 02 MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. Rio de Janeiro : Forense, 1960. 310 ps.
- 03 TORNAGHI, Helio Bastos. Curso de processo penal. 6a.ed. São Paulo : Saraiva, 1989. v. 1 e 2.
- 04 CAMPANHOLE, Adriano, CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Todas as constituições do Brasil. São Paulo : Atlas, 1971. 478 ps.
- 05 PIRES, Homero. Comentários à constituição federal brasileira. São Paulo : Is.n.!, 1933. p.(coletânea).
- 06 COSTA, Moacyr Lobo da. Breve história do direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v.55, n. 118, p. 63, 1970
- 07 ACOSTA, Walter P. O processo penal. Rio de Janeiro : Borsoi, 1985. 526 ps.
- 08 NEGRAO, Theotônio. Código de processo civil. 20.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p.1161.
- 09 DOTTI, René Ariel. Código de processo penal. Rio de Janeiro : Forense, 1987. 770 p.
- 10 PEREIRA, Milton Luiz. Justiça federal. São Paulo : Sugestões Literárias, 1970. p.
- 11 MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro : Forense, 1961. v. 1 e 2.
- 12 \_\_\_\_\_. A reforma do poder judiciário. São Paulo : Saraiva, 1979. v. 1.
- 13 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Comentários ao código de processo civil (de 1939). 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958. t.1.
- 14 MONTEIRO, João. Teoria geral do processo civil. 6.ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1956. p.
- 15 SANTOS, Moacyr AMARAL. Primeiras linhas de direito processual civil. 8.ed. São Paulo : Saraiva, 1980, v. 1.
- 16 CINTRA, A.C.A. de., GRINOVER. A.P., DINAMARCO, C.R. Teoria geral do processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974. p. 241.

- 17 LIEBMAN, Enrico Tulio. Manuale de diritto processuale civile. 3.ed. Milano : Giufrè, 1973. v. 1.
- 18 FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos. Rio de Janeiro : Forense, 1963. 182p.
- 19 PINTO FERREIRA. Curso de direito constitucional. 5.ed. São Paulo : Saraiva, 1991. 673 p.
- 20 NUNES, José Castro. Teoria e prática do poder judiciário. Rio de Janeiro : Forense, 1943. p. 81.
- 21 SEABRA FAGUNDES, Miguel. Bancos, liquidação extrajudicial. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. v.173, p.107-112, set/out.1957.
- 22 MELO, Luis Pereira de. Da conciliação. Revista de Processo, São Paulo, n.4, p. 143-146, 1976.
- 23 CARTAXO, Ernani Guarita. Direito romano. Curitiba, 1956. 120p. (apostila)
- 24 BRANDÃO, Domingos Sávio. O procedimento sumaríssimo no atual código de processo civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 4, p. 68-104, 1976.
- 25 SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. São Paulo : Centro Propag.Católica, 1910. p. 354-596.
- 26 CASCAIS, Waldomiro. A conciliação e o novo código de processo civil. In: CICLO DE PALESTRAS SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 1974, Florianópolis.
- 27 SCHONKE, Adolf. erecho procesal civil. Barcelona : Bosch, 1950. p. 13.
- 28 BATISTA, Francisco de Paula. Compêndio de teoria e prática. 7.ed. Lisboa : Livraria Clássica Ed., 1910. p. 73.
- 29 CARNELUTTI, Francesco. Sistema. Padosa : Cadan, 1936. v. 1.
- 30 DUGDALE, A.M. et al. A level law. Londres : Butterworths, 1988. p. 63.
- 31 MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. 13.ed. São Paulo : RT, 1987. p. 52.
- 32 \_\_\_\_\_ . Estudos e pareceres de direito público. São Paulo : RT, 1983, v. 6.

- 33 PORTO, Herminio Alberto Marques, NERY JUNIOR, Nelson. Juizados especiais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. Revista de Processo., São Paulo, n. 55, p. 105-119, 1989.
- 34 TERMICOURT, R. Hayot. Propus sur le Ministère Public. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO JUDICIÁRIO, 1977. Belgique. Relatório....Bélgica, 1977. p.
- 35 MENDONÇA, Manuel Carvalho de. Doutrina e prática das obrigações. Rio de Janeiro : Forense, 1956. t.1. (atualizada pelo Juiz José Aguiar Dias).
- 36 SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961. v. 2 (Obrigações em geral).
- 37 ANTOLISEI, Francesco. Manual de derecho penal. Buenos Aires : UTEHA, 1960.603p. (Parte general).
- 38 ZAFFARONI, Eugenio. Manual de derecho penal. 6.ed. Buenos Aires : Ediar, 1989. 820p. (Parte general).
- 39 DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 2.ed. São Paulo : Renovar, 1988.701p.
- 40 DIAS, Jorge de Figueiredo et al. O novo código de processo penal. Coimbra : Almedina, 1988. 534p.
- 41 AMODIO, Ennio, BASSIOUNI, M.C. 1 processo penale negli stati uniti d'America. Milano : Giufrè, 1988. 381p.
- 42 DOTTI, René Ariel. Bases alternativas para o sistema de penas. Curitiba : Littero-Técnica, 1980. 484p.
- 43 --- . Reforma penal brasileira. Rio de Janeiro : Forense, 1988. 473 p.
- 44 CORDERO, Franco. Ideologie del processo penale. Milano: Giufrè, 1966. 273p.
- 45 CORDERO, Franco. Le situazioni soggettive ne processo penale. Torino : G. Giappichelli, 1956. p.191-235.
- 46 BREDÁ, Antonio A. O código de processo penal na Itália. In: ENCONTRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 1990. Guarapuava. (Palestra).
- 47 BUONO, Carlos E. de A., BENTIVOGLIO, Antonio Tomas. A reforma processual penal italiana. São Paulo : RT, 1991, 152p.

- 48 MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal. São Paulo: RT, 1987, 176p.
- 49 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de derecho penal. Buenos Aires : Ediar, 1980, v. 5. (Parte general).
- 50 COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. Curitiba : HDV, 1987. p.
- 51 JESCHEK, Hans Heinrich. Tratado de derecho penal. Barcelona : Bosch, 1981. p.
- 52 AMODIO, Ennio. O modelo acusatório no novo código de processo penal italiano. Revista de Processo, São Paulo, n.59, p.135-155, 1990.
- 53 MANZINI, Vincenzo. Originine del procedimento, in Trattato di Diritto Processuale Penale, 5a.ed., Torino, UTEI, 1956, p.1-156, n.4.
- 54 THORNBERRY, J.P. et al Testing international theory; an examination of reciprocal...